

CARL FRIEDRICH VON WEIZÄCKER-STIFTUNG



www.cfvw.org

ISBN 978-3-9815293-0-2

ARBEITSKAMPF IN DER DASEINSVORSORGE

CARL FRIEDRICH VON WEIZÄCKER-STIFTUNG

ARBEITSKAMPF IN DER DASEINSVORSORGE

VORSCHLÄGE ZUR GESETZLICHEN REGELUNG
VON STREIK UND AUSSPERRUNG IN UNTERNEHMEN
DER DASEINSVORSORGE

Im Auftrag der Carl Friedrich von Weizsäcker-Stiftung
erarbeitet von

Prof. Dr. Martin Franzen

Lehrstuhl für deutsches, europäisches,
internationales Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht
Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.

Institut für Arbeitsrecht und
Recht der Sozialen Sicherung
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Prof. Dr. Christian Waldhoff

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Finanzrecht
Humboldt-Universität zu Berlin

CARL FRIEDRICH VON WEIZÄCKER-STIFTUNG

BEREICH: ZUKUNFT DER ARBEIT



ARBEITSKAMPF IN DER DASEINSVORSORGE

VORSCHLÄGE ZUR GESETZLICHEN REGELUNG
VON STREIK UND AUSSPERRUNG IN UNTERNEHMEN
DER DASEINSVORSORGE

im Auftrag der Carl Friedrich von Weizsäcker-Stiftung
erarbeitet von

Prof. Dr. Martin Franzen

Lehrstuhl für deutsches, europäisches,
internationales Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht
Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.

Institut für Arbeitsrecht und
Recht der Sozialen Sicherung
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Prof. Dr. Christian Waldhoff

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Finanzrecht
Humboldt-Universität zu Berlin

CARL FRIEDRICH VON WEIZSÄCKER-STIFTUNG

BEREICH: ZUKUNFT DER ARBEIT

Herausgeber:
Carl Friedrich von Weizsäcker-Stiftung,
 Bereich Zukunft der Arbeit

Im Auftrag der Carl Friedrich von Weizsäcker Stiftung
 erarbeitet von

Prof. Dr. Martin Franzen
 Lehrstuhl für deutsches, europäisches,
 internationales Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht
 Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.
 Institut für Arbeitsrecht und
 Recht der Sozialen Sicherung
 Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Prof. Dr. Christian Waldhoff
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Finanzrecht
 Humboldt-Universität zu Berlin

Berlin / Bonn / München 2012

ISBN 978-3-9815293-0-2

© 2012 Carl Friedrich von Weizsäcker-Stiftung
www.cfvw.org

Satz und Druck:
 Bamberger&Schneider GmbH – Agentur für Druck und Werbung
www.bamberger-schneider.de

INHALT

VORWORT	08
I. ARBEITSKAMPF IN DER DASEINSVORSORGE – TATSÄCHLICHE GRUNDLAGEN UND ÖKONOMISCHE RAHMENBEDINGUNGEN	16
1. STREIKEMPIRIE UND WAHRNEHMUNG IN DER ÖFFENTLICHKEIT.	17
2. SPEZIFIKA DER AUSWIRKUNGEN EINES ARBEITSKAMPFES IN DER DASEINSVORSORGE	20
3. GESAMTWIRTSCHAFTLICHE BEDEUTUNG UND DRITTBETROFFENHEIT	21
4. STAND DER RECHTSPRECHUNG UND VORARBEITEN IN DER WISSENSCHAFT	23
5. STREIK IN DER DASEINSVORSORGE IM INTERNATIONALEN VERGLEICH	31
II. ERFORDERNIS EINER GESETZLICHEN REGELUNG – DIE VERFASSUNGSERWARTUNG DES GRUNDGESETZES	34
1. DAS PROBLEM IN DER JUDIKATUR	34
a) Bipolarer Arbeitskampf	34
b) Einbeziehen Dritter	35
c) Strenger Maßstab	36
2. DAS PROBLEM IN VERFASSUNGSRECHTLICHER SICHT	37
a) Wesentlichkeitstheorie	37
b) Entscheidungsmaßstab	38
c) Neutralitätspflicht	39
d) Interessenausgleich	41
3. ZWISCHENERGEBNIS	43
III. AUSGESTALTUNG UND EINSCHRÄNKBARKEIT DES GRUNDRECHTS DER KOALITIONSFREIHEIT	44
1. SCHUTZBEREICH DER KOALITIONSFREIHEIT	44
a) Persönlicher Schutzbereich	44
b) Sachlicher Schutzbereich	45
aa) Voraussetzungen	45

bb) Geschützte Tätigkeiten im Allgemeinen	47	Zu § 1 (Gesetzeszweck).	76
cc) Streik als geschützte Tätigkeit im Besonderen	49	Zu § 2 (Geltungsbereich).	76
2. SCHRANKEN DES STREIKRECHTS ALS TEIL DER		Zu § 3 (Ankündigungspflicht)	76
KOALITIONSFREIHEIT	50	Zu § 4 (Aufrechterhaltung einer Grundversorgung)	77
a) Art. 9 Abs. 2 GG	50	Zu § 5 (Urabstimmung)	79
b) Grundrechte Dritter	51	Zu § 6 (Schlichtung)	80
c) Weitere Rechtsgüter mit Verfassungsrang.	52	Zu § 7 (Streik einer Berufsgruppengewerkschaft)	84
d) Spezielle Schranken des Arbeitskampfrechts?	52		
aa) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	52		
bb) Gemeinwohl	53		
3. ZWISCHENERGEBNIS	54		
IV. INTERNATIONALRECHTLICHE VORGABEN: ILO, EMRK, ESC	55	VI. ERSTE WIRKUNGSGESCHICHTE DES ENTWURFS.	85
1. WEITER SCHUTZBEREICH	58	1. REAKTIONEN AUF DIE PROFESSOREN-INITIATIVE / POLITIK.	85
2. RECHTFERTIGUNG VON EINSCHRÄNKUNGEN	61	2. REAKTIONEN AUF DIE PROFESSOREN-INITIATIVE / GEWERKSCHAFTEN	86
a) Völliger Ausschluss für Personen, die Hoheitsgewalt ausüben	64	3. REAKTIONEN AUF DIE PROFESSOREN-INITIATIVE / WISSENSCHAFT.	87
b) Völliger Ausschluss und erhebliche Einschränkungen für		a) Wolfgang Franz	87
„notwendige Dienste“	65	b) Reinhold Zippelius	88
c) Im Übrigen: Minimaldienst und Verfahrensregeln	67	c) Volker Rieble	88
3. FAZIT	69	4. PRAKTIKERSTIMMEN AUS DER ANWALTlichen BERUFSPRAXIS UND	
		DER WIRTSCHAFT	89
		a) Ulrich Fischer	89
		b) Frank Benner, Dr. Arnd Hermann und Christoph Wilhelm	90
		c) Prof. Dr. Robert von Steinau-Steinrück	92
		5. ZUSAMMENFASSUNG	93
V. ZUSAMMENFASSENDE BEWERTUNG: EIN VORSCHLAG FÜR EINEN		LITERATURVERZEICHNIS:	94
ANGEMESSENEN INTERESSENAUSGLEICH ZWISCHEN DEN		DIE PROFESSOREN	105
TARIFVERTRAGSPARTEIEN UND DER ALLGEMEINHEIT.	71		
1. GESETZESWORTLAUT.	71		
§ 1 Gesetzeszweck	71		
§ 2 Geltungsbereich	71		
§ 3 Ankündigungspflicht	71		
§ 4 Aufrechterhaltung einer Grundversorgung.	72		
§ 5 Urabstimmung	73		
§ 6 Schlichtung.	73		
§ 7 Streik einer Berufsgruppengewerkschaft.	74		
2. ERLÄUTERUNG.	74		
a) Allgemeiner Teil	74		
b) Besonderer Teil	76		

VORWORT

„Der Streik als Spaziergang‘ - Spartengewerkschaften können mühelos Schäden anrichten“, so titelte die FAZ in ihrer Ausgabe am 5. Juni 2012.

Kaum ein Thema aus dem Arbeitsrecht hat die Praxis, die Wissenschaft und auch die Politik in den letzten Jahren so stark bewegt wie das Thema der Spartengewerkschaften, der Tarifpluralität und der Arbeitskämpfe. Dabei ist die neue Macht der Spartengewerkschaften – kleine Berufsgruppen meist bei großen ehemaligen Staatsmonopolisten, die dank ihrer Spezialisierung auch weite Teile der Infrastruktur lahm legen können – ständig gewachsen. Dies nicht zuletzt durch das Urteil des Bundesarbeitsgerichtes vom April 2010, das den Grundsatz der Tarifeinheit, der über fünfzig Jahre für einen gewissen Arbeitsfrieden gesorgt hat, wegfallen ließ. Es wird erbittert darum gestritten, ob und wie die Streikmacht dieser kleinen, aber schlagkräftigen Gewerkschaften eingedämmt werden kann. Dabei geht es längst nicht mehr nur um Lokführer, Piloten, Fluglotsen, Krankenhausärzte und andere Berufsgruppen. Denn die Zahl der Berufsgruppen-gewerkschaften wächst stetig.

Bereits im Jahr 2011 hatten die Vertreter der Arbeitgeberverbände, die BDA, und die im DGB organisierten Gewerkschaften mit der Regelung der Tarifeinheit einen Vorstoß gewagt, das lange geltende Prinzip, das von allen unbestritten für eine gewisse Struktur und Ordnung gesorgt hatte, per gesetzlichem Dekret zu etablieren. Es ist bislang einmalig in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, dass sich die als Koalitionen nach dem Grundgesetz gegenüberstehenden Flächengewerkschaften und die Arbeitgeberverbände mit einem Appell an den Gesetzgeber gewandt haben. Dies hat auch gleichzeitig die Kritiker auf den Plan gerufen. Diese halten einen solchen Vorschlag, der letztlich aus ihrer Sicht zu einer Verdrängung, zumindest erheblichen Einschränkung der Spartengewerkschaften führen würde, für verfassungsrechtlich bedenklich, wenn nicht sogar für verfassungswidrig. Beide Seiten haben keinen Aufwand gescheut, Belege sowohl für die eine wie für die andere Auffassung zu liefern. So hat es von der BDA-Seite ein Gutachten des ehemaligen Präsidenten des Bundesverfassungsgerichtes, Herrn Papier, gegeben, der der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung von BDA und DGB verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit beschei-

nigt. Ein Gutachten von Professoren aus der Wissenschaft, unter anderem auch beauftragt vom Deutschen Beamtenbund, sagt das Gegenteil. Die gesetzliche Regelung der Tarifeinheit sei verfassungswidrig.

Von beiden Seiten werden mit unnachgiebiger Härte die jeweiligen Grundsatzpositionen verteidigt. Während die Arbeitgeberseite betont, dass nur die Tarifeinheit die Tarifautonomie langfristig sichern könne, behaupten die Vertreter der Spartengewerkschaften, dass jede gesetzliche Regelung darauf angelegt sei, ihre Betätigungsfreiheit nach Art. 9 III GG und damit ihre Bestandsfähigkeit nachhaltig zu beeinträchtigen, ja sogar zu beseitigen.

Die Carl Friedrich von Weizsäcker-Stiftung hat es sich zur Aufgabe gemacht, eine Plattform dafür zu bilden, auf der mittels moderner wissenschaftlicher Erkenntnis im Austausch der Meinungen die Zukunft gestaltet wird. Im Bereich der Zukunft der Arbeit wird in vielen Feldern des Arbeitslebens nach neuen und innovativen Lösungen gesucht. Dabei sind die Beiträge, die geleistet werden, als Diskussionsbeiträge zu verstehen, die einen Weg zwischen den festgefahrenen Vorstellungen der Parteien suchen. Bei den innovativen Lösungen geht es nicht darum, die Interessen einzelner Gruppen zu befriedigen. Vielmehr steht bei der Suche nach zukunftsfähigen Modellen der Wunsch im Mittelpunkt, die widerstreitenden Interessen möglichst zu versöhnen. Dies ist vor dem Hintergrund immer schärferer Verteilungskämpfe in den westlichen Industriestaaten eine mitunter herausfordernde Aufgabe. Zu bewältigen sind solche Herausforderungen aber nur, wenn im offenen Diskurs alle Themen auf den Tisch kommen und konsensfähige Ansätze so weiterentwickelt werden, dass sie zu einer befriedigenden Lösung führen.

In den Unternehmen der Daseinsvorsorge stehen sich zwei widerstreitende Aufgaben und Interessenlagen gegenüber: Auf der einen Seite der Auftrag des Staates, für die Bevölkerung die Leistungen zur Daseinsvorsorge stets verlässlich zu erbringen. Hierzu sind die Unternehmen ausdrücklich vom Grundgesetz verpflichtet. Auf der anderen Seite die berechtigten Interessen von Mitarbeitern, über die Koalitionsfreiheit ihre Interessen im freien Spiel der Kräfte einzubringen und durchzusetzen.

Es geht also um die Zukunft von Arbeitsbeziehungen, aber auch um das Funktionieren weiter Bereiche des öffentlichen Lebens wie Verkehrssystem, Versorgung mit medizinischer Hilfe, mit Strom, Wasser und Gas, Kommunikation und mehr.

Das Grundgesetz hat in Art. 9 III GG die Koalitionsfreiheit geregelt. Die Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen den Arbeitgeberverbänden und den Gewerkschaften zu übertragen, die nach dem Tarifvertragsgesetz normative Regelungen treffen können, d.h. eine Stellung haben, wie sie sonst nur der Gesetzgeber hat, das ist auf der ganzen Welt einzigartig. In keinem anderen Land der Welt gibt es eine entsprechende Garantie und Regelungsbefugnis. In den letzten fünfzig Jahren haben die Tarifvertragsparteien mit einem sehr guten Gespür für die notwendige Ausgewogenheit auch ihrer Arbeitskämpfmittel von dieser Freiheit Gebrauch gemacht und für große Teile der Arbeitnehmerschaft sichere soziale Standards geschaffen. Unsere Tarifautonomie hat zum sozialen Frieden sowie zur prosperierenden Entwicklung von Wirtschaft und Gesellschaft gleichermaßen beigetragen. Nicht zuletzt in Europa gilt Deutschland gerade in den letzten sieben Jahren auch wieder als Vorbild zur Bewältigung der Finanz- und Wirtschaftskrise. Die von Angemessenheit und Vernunft getragenen Vereinbarungen zwischen den Koalitionen haben dabei eine große Rolle gespielt wie z.B. die Regelung der Kurzarbeit.

Die Tarifautonomie und die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 III GG erscheinen wie ein Mobile, in dem sich die Kräfte gegenseitig austarieren müssen und in dem kein großes Ungleichgewicht entstehen darf.

Ist dieses Mobile der Freiheit in Gefahr? Warum wird nun ein Bereich, der über fünfzig Jahre die soziale Marktwirtschaft in Deutschland auf das Beste unterstützt hat, allenthalben hinterfragt?

Die Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland hat sich – wie die moderne post-industrielle Gesellschaft überhaupt – in den letzten zehn bis fünfzehn Jahren sehr stark in Richtung der Individualisierung der Bürger und der Wahrnehmung von Einzelinteressen entwickelt. Zudem haben die Medien immer mehr an Einfluss gewonnen. Die Politik pflegt in einer Demokratie oft reflexartig auf

die in den Medien gespiegelte Meinung der Bevölkerung zu reagieren. Eine Interessengruppe, die es heute schafft, ihre Interessen besonders öffentlichkeitswirksam medial darzustellen, erhält die meiste Aufmerksamkeit und damit auch die größten Möglichkeiten, Gehör zu finden. Dabei kommt es nicht mehr darauf an, dass es sich um eine große gesellschaftliche Gruppe handelt. Vielmehr spielt eine Rolle, wie das Thema medial platziert ist und ob es an Popularität gewinnt. Es kommt durchaus vor, dass gerade kleine Interessengruppen ihre Anliegen besonders vehement durchsetzen, weil die große schweigende Mehrheit dem Prozess nichts entgegensetzt.

Parallel zur Individualisierung der Gesellschaft ist auch die Interessenvertretung der Arbeitnehmer stärker auf die Berufsgruppen zugeschnitten worden. Dort haben sich bezeichnenderweise so genannte Berufsgruppengewerkschaften, auch Spartengewerkschaften genannt, etabliert. Entwickelt haben sie sich in Bereichen, in denen zunächst Spezialisten, wie z.B. Ärzte oder Fluglotsen, unter Hinweis auf ihre speziellen Vorkenntnisse oder akademische Ausbildung um eine bessere Vergütung gekämpft haben. Längst erstreckt sich aber diese Entwicklung auf ganz andere Bereiche. Es sind nicht mehr nur die ursprünglichen Funktionsebenen. Vielmehr gibt es heute Gewerkschaften für sehr viele besondere Berufsgruppen wie z.B. jene der Lokführers oder der Flugbegleiter, des Bodenpersonals, der Betriebsfeuerwehr oder der Technikmitarbeiter und andere mehr, die sich als Berufsgruppengewerkschaft positioniert haben. Insgesamt soll es – so schätzt man – bundesweit ca. fünfhunderttausend bis sechshunderttausend Mitglieder in diesen Berufsgruppengewerkschaften geben. „Amtliche“ Zahlen gibt es allerdings nicht. Sind diese Zahlen zutreffend, wäre dies immerhin fast ein Zehntel der heute in den großen Verbandsgewerkschaften organisierten Arbeitnehmer (ca. 6,4 Mio. Mitglieder). Die Mitgliederzahl der DGB-Gewerkschaften ist seit zehn Jahren rückläufig. Dafür schließen sich immer mehr Mitarbeiter den Berufsgruppengewerkschaften an. So liegt der Organisationsgrad in einigen Berufsgruppen bei ca. 80 Prozent, in anderen sogar darüber. Der durchschnittliche Organisationsgrad bei den Flächengewerkschaften beträgt dagegen meist um etwa 20 Prozent der Beschäftigten. Dies hat notwendigerweise Folgen für die Kampfbereitschaft. Zur Durchsetzung der tarifvertraglichen Ziele dürfen die Gewerkschaften in den Grenzen des Ultima-Ratio-Prinzips auch Arbeitskämpfmittel einsetzen. Die Streikbereitschaft einer Berufsgruppe, bei der 80 – 90 Pro-

zent Organisierte vertreten sind, ist ungleich höher als bei Gewerkschaften, die nur einen geringen Anteil der Beschäftigten zu ihren Mitgliedern zählt. Während die im DGB organisierten Gewerkschaften den Berufsgruppengewerkschaften vorwerfen, dass sie egoistische Ziele verfolgen und eine solidarische Interessenvertretung aller Arbeitnehmer nur über größere Einheiten möglich sei, werfen die Berufsgruppengewerkschaften den nach dem Industrieverbandsprinzip organisierten Gewerkschaften vor, sie würden die Interessen bestimmter Berufsgruppen nicht adäquat wahrnehmen und stellten daher keine Alternative für die Klientel dar, die sie selbst vertreten.

Aber gehen wir nochmal einen Schritt zurück: Was hat dieser Meinungsstreit zwischen den Gewerkschaften mit den vorliegenden Fragen zu tun? Nun, die Antwort ist evident. Die Auseinandersetzung zwischen den Gewerkschaften führt dazu, dass sich jede Gewerkschaft im Wettbewerb um Mitglieder gegenüber der anderen profilieren will. Dieser Wettbewerb wird aber von den Gewerkschaften nicht nur untereinander ausgetragen, sondern letztlich auf dem Rücken des Arbeitgebers. Denn dieser wird von allen Seiten mit unterschiedlichen Forderungen und der Drohung von Arbeitskämpfen überzogen.

Die Sorge, dass gerade im Bereich der Daseinsvorsorge Arbeitskämpfe überhand nehmen, teilt auch die Bevölkerung. Mit einer repräsentativen Umfrage durch das Institut für Demoskopie in Allensbach belegte Frau Professor Dr. Renate Köcher im Jahr 2011, dass die große Mehrzahl in der Bevölkerung in zentralen Feldern für eine Einschränkung oder sogar ein Verbot des Streikrechtes eintritt. Die Studie gibt beredt darüber Auskunft, dass in der Bevölkerung ein sehr klares Verständnis dafür vorhanden ist, wie wichtig Gewerkschaften auf der einen Seite sind, wie wichtig es aber auf der anderen Seite auch ist, Regeln aufzustellen, die den Konkurrenzkampf der Gewerkschaften untereinander durch Arbeitskämpfe auf Kosten der Allgemeinheit einschränken (www.zukunftderarbeit.eu; www.cfvw.org).

Dennoch gibt es seitens der Politik wenig Interesse, regelnd tätig zu werden. Seit über fünfzig Jahren hat sie es nicht geschafft, im Bereich der Tarifeinheit oder gar des Arbeitskampfes eine Regelung zu treffen. Selbst als sie staatseigene Unternehmen privatisierte, hat sie es versäumt, die Unternehmen der Da-

seinsvorsorge, die einen verfassungsrechtlichen Auftrag zu erfüllen haben, mit entsprechenden Regularien zu versehen, die im Arbeitskampf greifen können. Auf der anderen Seite verfügen Spartengewerkschaften nun mit Arbeitskämpfen in Unternehmen der Daseinsvorsorge über Möglichkeiten, die Disruptionen des öffentlichen Lebens auslösen können, die auch für die Bevölkerung nicht mehr tragfähig erscheinen.

Dies wurde etwa im Frühjahr 2012 deutlich, als der Luftverkehr sehr erheblich gestört wurde, weil 220 Vorfeldlotsen und Follow me-Fahrer der Spartengewerkschaft GDF einen Arbeitskampf initiiert hatten. Dadurch wurde die größte Luftverkehrsdrehscheibe in Deutschland, der Flughafen Frankfurt am Main mit über 20.000 Beschäftigten und fast 70.000 Arbeitsplätzen, in den medialen Mittelpunkt gerückt. Jeder konnte miterleben, was es bedeutet, wenn es keine Spielregeln für Arbeitskämpfe in der Daseinsvorsorge gibt. Die Behinderungen und Beeinträchtigungen der Allgemeinheit bis zum internationalen Luftverkehr waren so drastisch, dass sich die Stimmung in der Bevölkerung sehr deutlich gegen die Streikenden wendete.

Die Carl Friedrich von Weizsäcker-Stiftung verfolgt das Thema Spartengewerkschaften, Tarifeinheit und Arbeitskämpfe in der Daseinsvorsorge bereits seit nunmehr vier Jahren. Sie hat nach der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes zur Aufhebung der Tarifeinheit 2010 eine Professoren-Initiative mit neun Professoren unterstützt, die gemeinsam einen Gesetzentwurf vorstellten: „Tarifpluralität als Aufgabe des Gesetzgebers“. Schon in dieser Monographie wurde deutlich, dass das Problem der Tarifpluralität im Arbeitskampfrecht liegt. Um nicht das gesamte Arbeitskampfrecht in unverhältnismäßiger Weise sofort zu regulieren, bedarf es auch hier des minimal-invasiven Eingriffs. Die Kernprobleme stellen sich zurzeit fraglos bei den Unternehmen der Daseinsvorsorge.

Insbesondere gibt es hier ein Problem, das in allen anderen Feldern, die sonst vom Arbeitskampf betroffen sind, nicht auftritt: die Drittbetroffenheit. In den Unternehmen der Daseinsvorsorge ist der Staat nach dem Sozialstaatsprinzip gehalten, bestimmte Leistungen anzubieten. Seine Handlungsmöglichkeiten sind insoweit eingegrenzt. Zudem werden von Streikmaßnahmen nicht nur die Unternehmen betroffen, sondern vor allem die Allgemeinheit. Dies liegt im Wesen der

notwendigen Drittbetroffenheit bei Unternehmen der Daseinsvorsorge. Diese Allgemeinheit sitzt aber nicht am Verhandlungstisch und kann sich auch in dem vorgesehenen Verfahren bei den Arbeitsgerichten nicht einbringen. Der große mediale Druck, der bei solchen Arbeitskämpfen erzeugt wird, und die massive Drittwirkung, die erreicht wird, fordern eine andere Sichtweise als bei allen anderen Arbeitskämpfen. Dies rechtfertigt es auch, eine Sonderregelung für diesen Bereich anzustreben. Dies hat der Verfassungsrechtler Professor Dr. Christian Waldhoff in seiner Stellungnahme überzeugend herausgearbeitet.

Wegen dieser ganz besonderen gesellschaftlichen Relevanz hat die Carl Friedrich von Weizsäcker-Stiftung die Initiative von Professor Dr. Martin Franzen, Professor Dr. Gregor Thüsing und Professor Dr. Christian Waldhoff über ein Jahr lang begleitet und unterstützt. Dabei haben sich die drei Professoren bei ihrem Gesetzentwurf davon leiten lassen, was im Ausland an Regelungen vorhanden ist und kritisch reflektiert, inwieweit sich solche Regelungen auf Deutschland übertragen lassen. Sie haben das Gespräch gesucht mit den DGB-Gewerkschaften, den Spartengewerkschaften, mit den Arbeitgeberverbänden, der BDA als Spitzenverband und anderen Verbänden ebenso wie mit den Unternehmen in der Daseinsvorsorge selbst.

Aufgrund der Vielzahl der Gesprächsrunden und der Suche nach praktikablen Lösungswegen nahm die Arbeit am Gesetzentwurf mehr Zeit in Anspruch als ursprünglich geplant. Im März 2012 konnte er in den Räumen der Bundespressekonzferenz in Berlin vorgestellt werden. Im Anschluss daran fand mit den stellvertretenden Fraktionsvorsitzenden von CDU und FDP sowie der Sprecherin für Arbeitnehmerrechte von Bündnis 90 / Die Grünen ein stark beachtetes Kolloquium statt.

In dieser Monographie sind sowohl der Gesetzentwurf selbst als auch Erläuterungen dazu und zum gesamten Verfahren sowie erste Reaktionen aus der Praxis abgebildet. Die Monographie soll einen Beitrag zur Vertiefung der Diskussion leisten, aber auch neue Möglichkeiten und Sichtweisen aufzeigen. Damit ist die Hoffnung verbunden, dass einer der Leitsätze des Physikers und Philosophen Carl Friedrich von Weizsäcker greift, nämlich dass „salomonische Weisheit“ Eingang in diesen Gesetzentwurf gefunden hat. Eines jedenfalls ist gewiss: Der

Gesetzvorschlag leistet seinen Beitrag dazu, einen wichtigen neuen Ansatz für die Diskussion einer notwendigen gesetzlichen Regelung zu liefern.

Auch in der Zukunft wird sich die Carl Friedrich von Weizsäcker-Stiftung weiter mit der Gesamtthematik befassen. Unter anderem gibt es eine Zusammenarbeit mit dem IFO-Wirtschaftsinstitut, um die volkswirtschaftlichen Auswirkungen und Schäden der Arbeitskämpfe in der Daseinsvorsorge mit wissenschaftlichen Methoden zu erfassen und zu beurteilen. Auch dies kann ein weiterer Meilenstein sein, der zur Vertiefung der Problemsicht beiträgt und einen Ansatz dafür liefert, über die Notwendigkeit von gesetzlichen Spielregeln nachzudenken.

München, den 1. September 2012

Dr. Frank Meik

Kurator der Carl Friedrich v. Weizsäcker-Stiftung
und Direktor für den Bereich Zukunft der Arbeit

I. ARBEITSKAMPF IN DER DASEINSVORSORGE – TATSÄCHLICHE GRUNDLAGEN UND ÖKONOMISCHE RAHMENBEDINGUNGEN

Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge – ein dringendes, aktuelles und internationales Phänomen: Jüngst Furore gemacht hat der Arbeitskampf bei der australischen Fluglinie Qantas. Als Reaktion auf einen Streik stellte die Fluggesellschaft ihren Flugbetrieb vollständig ein und sperrte sämtliche Arbeitnehmer aus. Die Folgen für den internationalen Flugverkehr waren enorm – 68.000 Passagiere strandeten, darunter siebzehn Staatschefs, die sich für eine Konferenz in Australien aufhielten.¹ Diese Folgen hielt die australische Regierung für untragbar. Auf ihren Antrag hin ordnete „Fair Work Australia“, ein arbeitsrechtliches Tribunal, an, dass die Fluggesellschaft ihren Flugbetrieb wieder aufnehmen müsste.² Das Tribunal gab dem Antrag statt, weil die Aussperrung seitens der Fluggesellschaft die Luftfahrt und Tourismusindustrie übermäßig schädige:

“In this case the primary consideration, however, as required by s. 424 (1) [Fair Work Act 2009], is the effect of the protected action on the wider aviation and tourism industries. We have decided that in the particular circumstances of this case, which on the evidence include the particular vulnerability of the tourism industry to uncertainty, suspension will not provide sufficient protection against the risk of significant damage to the tourism industry and aviation in particular.”³

Inzwischen befindet sich der Fall *Qantas* vor einem Schiedsgericht, das einen für beide Seiten bindenden Kompromiss aushandeln wird. Während dieser Zeit sind Arbeitskämpfe verboten.⁴

Dieser aktuelle Fall verdeutlicht anschaulich, dass Arbeitskämpfe in der Daseinsvorsorge besondere Probleme mit sich bringen – sie betreffen üblicherweise nicht nur die Kampfparteien, sondern insbesondere auch die Öffentlichkeit. Diesen Konflikt zu bewältigen kann nicht der Tarifautonomie überlassen werden, da es an einer Selbstregulierung durch das paritätische Gleichgewicht der Kräfte fehlt. Die Öffentlichkeit kann sich nicht mit eigenen Kampfmaßnahmen wehren. Es bedarf daher gesetzlicher Regelungen, wie sie in Australien jüngst erforderlich waren, auch in Deutschland, um für den Ernstfall gewappnet zu sein.

1. STREIKEMPIRIE UND WAHRNEHMUNG IN DER ÖFFENTLICHKEIT

Zu Arbeitsniederlegungen im Bereich der Daseinsvorsorge kam es ohne Inbezugnahme von Warnstreiks in den vergangenen zehn Jahren insbesondere bei der Deutschen Lufthansa AG, der Deutschen Bahn AG und bei der Deutschen Telekom AG sowie in einer Reihe von Universitätskliniken, kommunalen Krankenhäusern und allgemein dem Öffentlichen Dienst: Im Jahr 2009 wurde der Öffentliche Dienst im Bereich des Sozial- und Erziehungsdienstes bestreikt. Am Arbeitskampf beteiligten sich 150.000 Arbeitnehmer, erstritten wurde eine betriebliche Gesundheitsförderung sowie Verbesserungen bei der Eingruppierung. Vom 28. bis zum 31. Juli 2008 kam es zu Streiks bei der Deutschen Lufthansa AG. Zahlenmäßig beteiligt waren ca. 5.000 Arbeitnehmer. Er kämpft wurde eine Entgelterhöhung von 5,1 % sowie weitere Stufenerhöhungen von 2,3 %, eine Einmalzahlung und eine ergebnisabhängige Komponente von bis zu 2,4 % der Jahresgrundvergütung. Im Jahr 2007 waren sowohl die Deutsche Telekom AG wie auch die Deutsche Bahn AG von Streiks betroffen. Die Tarifauseinandersetzung bei der Deutschen Telekom AG dauerte zehn Wochen und betrug umfangmäßig 350.000 Streiktage. Gestreikt wurde aufgrund der Ausgliederung von 50.000 Beschäftigten in drei Service-Gesellschaften. Am Ende einigten sich die Tarifparteien auf eine Absenkung der Vergütungen um 6,5 % (mit Besitzstandssicherung) und auf die Verlängerung der Wochenarbeitszeit von 34 auf 38 Stunden ohne Lohnausgleich gegen Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen bis Ende 2012. Bei der Deutschen Bahn AG erstreikte die Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer (GDL) einen eigenständigen Tarifvertrag für Lokführer mit Regelungen zu Entgelt und Arbeitszeit, sie verpflichtete sich dabei zur Kooperation mit der Gewerkschaft Transnet und der GDBA. Insgesamt dauerte der Arbeitskampf zehn Tage. Im Jahr 2006 waren Universitätskliniken, Landeskrankenhäuser sowie kommunale Krankenhäuser von Arbeitsniederlegungen von Ärzten betroffen. Jeweils erkämpfte der Marburger Bund eigenständige Tarifverträge für die Ärzte. In den Universitätskliniken und Landeskrankenhäusern streikten die Ärzte 13 Wochen lang, bis zu 14.000 Ärzte waren beteiligt. In den kommunalen Krankenhäusern dauerte der Arbeitskampf 8 Wochen unter Beteiligung von bis zu 17.500 Ärzten. Im Jahr 2005 streikte in den Universitätskliniken Baden-Württembergs das nichtärztliche Personal. Es ging bei der acht Tage dauernden Tarifauseinandersetzung um die Übernahme des neuen Tarifrechts des öffentlichen Dienstes. Erstreikt wurde eine 390 €-Pauschale für

¹ Vgl. etwa „Qantas in confrontation with unions“, Financial Times v. 30.10.2011, abrufbar unter <http://www.ft.com/> zuletzt abgerufen am 9.11.2011.

² Fair Work Australia [2011] FWAFB 7444.

³ Fair Work Australia [2011] FWAFB 7444 § 15.

⁴ „Qantas vor Schiedsgericht“, FAZ v. 21.11.2011, S. 16.

elf Monate, eine Pauschale für die Jahre 2006/2007 in Höhe von jeweils 300 €, die Erarbeitung einer neuen Entgelttabelle, eine nach Lebensjahren gestaffelte Arbeitszeit, die Einführung von Arbeitszeitkonten und eine Sonderzahlung ab 2006 i. H. von 88 % eines Monatsgehalts.

Besonders relevant geworden sind Streiks in zwei Bereichen: Im Transportgewerbe und im Gesundheitswesen. Bei der Deutschen Lufthansa AG, bei der Deutschen Bahn AG haben die Pilotenvereinigung Cockpit und die Gewerkschaft der Deutschen Lokomotivführer (GDL) erhebliche Lohnsteigerungen durchsetzen können. Die Besonderheit dieser Bereiche ist, dass hier nicht nur die Daseinsvorsorge betroffen ist, sondern auch Spartengewerkschaften mit hohem Organisationsgrad bestehen, die Funktionseliten vertreten und entsprechend kampfstark sind.

Eine Zersplitterung der Gewerkschaftslandschaft in Deutschland durch Auftreten von Spartengewerkschaften ist an sich kein neues Phänomen. Hierzulande existieren mehr als 100 Gewerkschaften. Die meisten von ihnen treten aber selbst nicht tarifpolitisch eigenständig auf, sondern haben sich mit den großen Gewerkschaften zu Tarifgemeinschaften zusammengeschlossen – wie etwa der Deutsche Journalistenverband, der mit der Dienstleistungsgewerkschaft ver.di ein Kooperationsverhältnis eingegangen ist.⁵ Tarifpolitisch eigenständig operieren dagegen einige wenige Spartengewerkschaften, die Funktionseliten wie Piloten, Lokführer und Ärzte vertreten und aufgrund ihrer Schlüsselqualifikationen erhebliche tarifpolitische Wirkungsmacht erzielen können. In diesem Zusammenhang zu nennen sind insbesondere die Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer (GDL) mit 34.000 Mitgliedern, die Vereinigung Cockpit (VC) mit 8.200 Mitgliedern, die unabhängige Flugbegleiterorganisation (UFO) mit über 10.000 Mitgliedern, die Gewerkschaft der Flugsicherung (GdF) mit 3.500 Mitgliedern, der Marburger Bund mit 107.000 Mitgliedern, die „contterm“ – Fachgewerkschaft für die Beschäftigten auf den Container Terminals im Hamburger Hafen mit ca. 100 Mitgliedern, die Neue Assekuranz Gewerkschaft mit über 100 Mitgliedern, die Technik Gewerkschaft Luftfahrt, die Gewerkschaft der Servicekräfte mit ca. 100 Mitgliedern und die jüngst neu gegründete Spartengewerkschaft für Betriebsfeuerwehren.⁶

Besonders auffällig bei zahlreichen Spartengewerkschaften ist ihr junges Gründungsdatum: Gewerkschaft der Flugsicherung (GdF) – 2004, contterm – Dezember 2009, Neue Assekuranz Gewerkschaft – November 2010, Technik Gewerkschaft Luftfahrt – Dezember 2010, Gewerkschaft der Servicekräfte – Dezember 2010, Spartengewerkschaft für Betriebsfeuerwehren – Mai 2011. Gerade in den vergangenen zwei Jahren kam es offensichtlich zu einer Gründungswelle von Spartengewerkschaften, die jeweils Funktionseliten innerhalb der Arbeitnehmerschaft vertreten. Auffällig ist dabei zudem, dass sich eine Reihe neuer kleiner Gewerkschaften gerade erst seit Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit durch Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 7. Juli 2010⁷ formiert haben.

Die tarifpolitische Wirkungsmacht der Spartengewerkschaften lässt sich anschaulich an den von den Gewerkschaften Cockpit, der GDL und des Marburger Bundes errungenen Verhandlungsergebnissen illustrieren: Die Pilotenvereinigung Cockpit hat erstmals im Jahr 2001 einen eigenen Tarifvertrag bei der Lufthansa erstreikt. Die Grundgehälter wurden damals um insgesamt 19,5 Prozent erhöht. In den folgenden Jahren gab sich Cockpit für seine Mitglieder zwar etwas zurückhaltender, aber dennoch sind die Grundvergütungen der Lufthansa-Piloten im Zeitraum von 2001 bis 2008 insgesamt um 36 Prozent gestiegen.⁸ In den Krisenjahren seit 2008 war man etwas zurückhaltender, konnte gleichwohl Lohnsteigerungen von 5,5 für 2007 und 2008 sowie ein Ergebnis von 25 Prozent einer Monatsvergütung erstreiten. Erst im Jahr 2009 wurden zwei Jahre Nullrunden vereinbart.⁹ Gegenüber der Deutschen Bahn AG setzte die Lokführergewerkschaft GDL Anfang 2008 für ihre Klientel ein zweistelliges Lohnplus durch, während sich die anderen Beschäftigtengruppen mit 4,5 Prozent zufriedengeben mussten. Der Marburger Bund, die Interessenvertretung der Krankenhausärzte, holte 2006 eine zweistellige Lohnerhöhung heraus; die von ver.di vertretenen Pfleger und Krankenschwestern mussten sich dagegen mit Einmalzahlungen begnügen.

Wie ist die öffentliche Wahrnehmung von Arbeitskämpfen im Bereich der Daseinsvorsorge? Mit einer deutlichen Mehrheit sprechen sich die Deutschen für Einschränkungen des Streikrechts oder ein Verbot von Streiks in Unternehmen der Daseinsvorsorge aus. Dies hat das Institut für Demoskopie Allensbach (IfD)

5 IWD Nr. 10 v. 10.3.2011, „Kleine auf Konfrontationskurs“ S. 6, auch abrufbar unter www.iwkoeln.de, zuletzt eingesehen am 9.11.2011

6 Zahlen nach IWD Nr. 10 v. 10.3.2011, „Kleine auf Konfrontationskurs“ S. 6 f., auch abrufbar unter www.iwkoeln.de, zuletzt eingesehen am 9.11.2011.

7 BAG v. 7.7.2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068 ff.

8 IWD Nr. 34 v. 21.8.2008, „Spartengewerkschaften – Friedenspflicht wird ausgehöhlt“, S. 2, auch abrufbar unter www.iwkoeln.de, zuletzt eingesehen am 9.11.2011.

9 IWD Nr. 36 v. 6.9.2010, „Spartengewerkschaften – Ende der Tarifeinheit bedroht Jobs“, S. 2, auch abrufbar unter www.iwkoeln.de.

in einer repräsentativen Befragung unter 1.798 Bundesbürgern im Auftrag der Carl-Friedrich von Weizsäcker Stiftung (CFvW) ermittelt. Danach sind knapp 72 Prozent aller Befragten für Einschränkungen oder ein Verbot von Streiks bei Beschäftigten in Krankenhäusern. Auch im Luftverkehr und bei der Bahn sprechen sich mit jeweils um die 60 Prozent große Teile der Bevölkerung für ein Verbot von Streiks bzw. für ein eingeschränktes Streikrecht aus. Für ein völliges Streikverbot bei Fluggesellschaften und Flughäfen sind dabei neun Prozent, bei der Bahn sind es 14 Prozent. Demgegenüber votieren knapp 30 Prozent weiterhin für ein uneingeschränktes Streikrecht im Bahnverkehr, etwa ebenso viele im Flugverkehr und lediglich 21 Prozent für ein uneingeschränktes Streikrecht im Krankenhaus-Sektor.

Großen Teilen der Bevölkerung sind auch die wirtschaftlichen Folgen von Streiks bewusst. Mit über 45 Prozent ist eine deutliche relative Mehrheit davon überzeugt, dass die von Streiks ausgelösten wirtschaftlichen Schäden heute höher liegen als noch vor Jahren, nur gut sechs Prozent glauben, dass sie niedriger sind. Dennoch stehen die Deutschen mit großer Mehrheit hinter den Gewerkschaften: Nur zehn Prozent sind der Meinung, Gewerkschaften seien heute generell überholt. Allerdings sehen 37 Prozent deutlichen Veränderungsbedarf bei den Gewerkschaften, da ihr konkretes Verhalten nicht mehr in diese Zeit passe.

Jeder zweite Deutsche spricht sich sowohl für Branchengewerkschaften als auch für branchenbezogene Tarifverträge aus. Nur ein knappes Viertel findet unterschiedliche Tarifverträge für einzelne Berufsgruppen einer Branche besser. Gleichwohl sind große Teile der Bevölkerung davon überzeugt, dass Sparten-gewerkschaften die Interessen der Arbeitnehmer gezielter vertreten. Eine Gewerkschaft für alle Arbeitnehmer präferieren lediglich 14 Prozent.

2. SPEZIFIKA DER AUSWIRKUNGEN EINES ARBEITSKAMPFES IN DER DASEINSVORSORGE

Arbeitskämpfe in den Bereichen der Daseinsvorsorge gewinnen ihre spezifische Brisanz wegen der besonderen ökonomischen Strukturen der Wirtschaftszweige der Daseinsvorsorge: Es sind Bereiche, in denen häufig natürliche Monopole bestehen.¹⁰ Ein natürliches Monopol liegt vor, wenn aufgrund der Produktionstechnologie die Marktnachfrage von einem Unternehmen kostengünstiger be-

friedigt werden kann als von mehreren Unternehmen.¹¹

Dies hat Folgen für die Dynamik von Arbeitskämpfen in diesem Bereich: Gibt es nur einen Anbieter in einem Wirtschaftszweig, können die Kunden nicht auf andere Anbieter ausweichen. Ein Ausfall der Produktion des Monopolisten trifft sie daher ungleich härter als ein Streik bei einem „normalen Unternehmen“. Dort können sie ihren Bedarf anderweitig befriedigen, der Streik bleibt in seinen Wirkungen auf den eigentlichen Adressaten, nämlich den Arbeitgeber, begrenzt. Anders im Bereich der Daseinsvorsorge: Dort gibt die monopolistische Marktstruktur den Arbeitnehmern eine besonders große Macht, weil die Öffentlichkeit nicht ausweichen kann.¹²

Unter Umständen können die bestehenden Marktzutrittsbarrieren und Monopolrenten sogar dazu führen, dass Arbeitgeber und Gewerkschaften zusammen ihren Konflikt auf dem Rücken der Öffentlichkeit austragen: Können die Kunden nicht auf einen anderen Anbieter ausweichen, können die Arbeitgeber die höheren Personalkosten auf die Kunden – oder, soweit öffentliche Subventionen gezahlt werden, auf die Öffentlichkeit – abwälzen.¹³ So wurde etwa beim Fluglotsenstreik konstatiert: Die Dritten (Fluggesellschaften und ihre Passagiere), die die Kosten des Tarifabschlusses letztlich finanzieren müssen, sitzen nicht am Verhandlungstisch.¹⁴

Die hier vorgeschlagenen Beschränkungen des Arbeitskampfes können dieses Problem letztlich nicht lösen; dazu wäre eine Intensivierung des Wettbewerbes auf den Produktmärkten erforderlich. Das ist die Aufgabe des Regulierungsrechts. Flankierend trägt der hiesige Gesetzentwurf aber dazu bei, die Störungen des Verhandlungsgleichgewichts zu Lasten der Öffentlichkeit zu verringern.

3. GESAMTWIRTSCHAFTLICHE BEDEUTUNG UND DRITTBETROFFENHEIT

Insbesondere Arbeitsniederlegungen im Transportgewerbe haben weitreichende Konsequenzen, die die deutsche Volkswirtschaft insgesamt empfindlich beeinträchtigen und Schäden in Milliardenhöhe verursachen können. Nach einer Schätzung des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung würde ein mehrere

¹¹ Vgl. nur *Blankart/Gehrmann*, in: Schmidt-Trenz/Stober(Hrsg.), *Jahrbuch Recht und Ökonomik des dritten Sektors*, 2006, S. 36, 45.

¹² Monopolkommission, 18. Hauptgutachten 2008/2009, BT-Drs. 17/2600, Rn. 962, 964ff. (S. 342f.); *Schliemann*, FS Bauer, 2010, S. 923, 926f.

¹³ Monopolkommission, 18. Hauptgutachten 2008/2009, BT-Drs. 17/2600, Rn. 985, 988 (S. 349).

¹⁴ „Fluglotsen – Jetzt reicht schon die Streikdrohung“, IW-Nachrichten v. 13.10.2011, abrufbar unter <http://www.iwkoeln.de/>, zuletzt eingesehen am 9.11.2011.

Tage anhaltender Streik bei der Deutsche Bahn AG und die damit verbundene Unterbrechung des Güterverkehrs zu volkswirtschaftlichen Kosten von bis zu 70 Millionen Euro pro Tag führen. Bei gleichzeitiger Einbeziehung von erheblichen Teilen des Personenverkehrs in die Streikmaßnahme würden sich die Einbußen weiter auf bis zu 90 Millionen Euro pro Tag und damit auf rund 1,5 % der täglichen Bruttowertschöpfung in Deutschland erhöhen. Für den eher unwahrscheinlichen Fall von über zwei Wochen andauernden umfangreichen Streiks im Güter- und Personenverkehr auf der Schiene könnten Wertschöpfungseinbußen von bis zu 180 Millionen Euro entstehen.¹⁵ Diese Einschätzungen decken sich mit den Angaben des Präsidenten des Bundesverbandes Großhandel, Außenhandel und Dienstleistungen (BGA), Anton Börner, der die durch einen Streik an fünf aufeinanderfolgenden Arbeitstagen entstehenden Schäden auf ca. 100 Millionen Euro pro Tag beziffert. Sollte der Streik sogar zwei Wochen andauern, erhöhe sich der Schaden bis auf 200 Millionen Euro pro Tag.¹⁶

Die weitreichenden volkswirtschaftlichen Auswirkungen von Streiks im Schienenverkehr erklären sich durch die Schlüsselstellung, welche die Bahn durch den Transport von Personen und Gütern für die deutsche Wirtschaft innehat:¹⁷ 17 % aller Güter werden auf der Schiene transportiert. Die Deutsche Bahn AG befördert pro Tag Güter im Wert von 240 Millionen Euro. Zwar ist der Lkw mit einem Anteil von 70 % der mit Abstand bedeutendste Verkehrsträger, jedoch hat der schienengebundene Verkehr seit einigen Jahren einen Bedeutungszuwachs zu verzeichnen. Die Verlagerung des Güterverkehrs auf die Straße wird für die Unternehmen aufgrund steigender Kraftstoffpreise, der Einführung von Mautgebühren und Staus zunehmend weniger interessant.¹⁸ Die Wirtschaft hängt daher erheblich vom Güterverkehr ab. Führen Lieferengpässe zu Produktionsstopps, entstehen in Form des damit verbundenen Wertschöpfungsausfalls volkswirtschaftliche Verluste, die sich in den Betrieben in unterausgelasteten Sachkapazitäten (Gewinnausfall) und Kurzarbeit (Lohnausfall) äußern.¹⁹

Innerhalb des Personenverkehrs beträgt der Marktanteil der Bahn 7,1 %. Insgesamt 5 Millionen Fahrgäste werden durch die Deutsche Bahn AG tagtäglich befördert. Kommt es im Schienenverkehr zu Streiks, können die betroffenen

Personen zwar teilweise auf andere Verkehrsmittel umsteigen, hierdurch erhöhen sich allerdings die Transportkosten. Auch kann es infolge von Staus auf den Straßen zu Einnahmeausfällen sowohl bei Pendlern als auch bei Selbständigen und Geschäftsreisenden kommen.²⁰

Naturgemäß wirtschaftlich durch Streiks im Schienenverkehr besonders intensiv betroffen ist die Deutsche Bahn AG selbst. Durchschnittlich nimmt das Unternehmen täglich 27 Millionen Euro im Bereich des Personenverkehrs und weitere 15 Millionen Euro im Güterverkehr ein. Durch Bahnstreiks entstehen der Deutsche Bahn AG daher in kurzer Zeit erhebliche Einnahmeausfälle sowie Imageverluste, die sich auf die langfristige Geschäftsentwicklung negativ auswirken.²¹

4. STAND DER RECHTSPRECHUNG UND VORARBEITEN IN DER WISSENSCHAFT

Rechtsprechung zum Streik in der Daseinsvorsorge gibt es bisher kaum. Das Phänomen des Streiks in der Daseinsvorsorge ist für Deutschland etwas durchaus Neues. Erst die Privatisierung der großen Unternehmen der Daseinsvorsorge (Post, Bahn) und vieler Stadtwerke sowie die damit einhergehende privatrechtliche Ausgestaltung vieler Dienstverhältnisse machen den Streik in der Daseinsvorsorge zu einem arbeitsrechtlichen Problem.²² Zuvor war die traditionelle deutsche Lösung, um Streiks in der Daseinsvorsorge zu verhindern, entsprechende Aufgaben durch Beamte erledigen zu lassen. Diese unterlagen einem allgemeinen anerkannten generellen Streikverbot.²³

Deshalb fehlt es bisher an höchstrichterlicher Rechtsprechung zu der Frage, wie die Interessen der Arbeitskämpfparteien und Dritter in Ausgleich zu bringen sind. Instanzgerichtliche Rechtsprechung existiert bisher insbesondere für den Lokführerstreik im Jahre 2007. Angesichts fehlender gesetzlicher Leitlinien agierten die Arbeitsgerichte dort im mehr oder weniger freien Raum. Dies erklärt, warum die Gerichte anfangs zu recht unterschiedlichen Ergebnissen

15 DIW Wochenbericht „Die wirtschaftlichen Folgen von Bahnstreiks“ v. 16.1.2008, Nr. 03/2008, S. 25 ff.

16 „Volkswirtschaftliche Schäden durch Bahnstreiks: 100 Mio. EUR am Tag“, Bericht der Redaktion RiskNet v. 9.3.2011, zuletzt eingesehen am 9.11.2011.

17 Die nachfolgenden Daten sind dem DIW Wochenbericht „Die wirtschaftlichen Folgen von Bahnstreiks“ v. 16.1.2008, Nr. 03/2008, S. 25 f. entnommen.

18 DIW Wochenbericht „Die wirtschaftlichen Folgen von Bahnstreiks“ v. 16.1.2008, Nr. 03/2008, S. 27.

19 DIW Wochenbericht „Die wirtschaftlichen Folgen von Bahnstreiks“ v. 16.1.2008, Nr. 03/2008, S. 27.

20 DIW Wochenbericht „Die wirtschaftlichen Folgen von Bahnstreiks“ v. 16.1.2008, Nr. 03/2008, S. 28.

21 DIW Wochenbericht „Die wirtschaftlichen Folgen von Bahnstreiks“ v. 16.1.2008, Nr. 03/2008, S. 29.

22 Vgl. *Dieterich*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 12. Aufl. 2012, Art. 9 GG Rn. 134; *Heinze*, FS 50 Jahre BAG, S. 493 ff.

23 Vgl. BVerfGE 8, 1, 17 u.a.; BGH v. 16.6.1977 – III ZR 179/75, BGHZ 69, 128, 140 ff. = NJW 1977, 1875, 1878 (Fluglotsenstreik); OLG Köln v. 13.11.1975 – 7 U 43/75, NJW NJW 1976, 295, 296 f.; *Isensee*, Der Tarifvertrag als Gewerkschafts-Staats-Vertrag, in: Leisner (Hrsg.), *Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat*, 1975, S. 23, 26 f.; *Scholz*, Öffentlicher Dienst zwischen öffentlicher Amtsverfassung und privater Arbeitsverfassung?, in: Leisner, *Berufsbeamtentum*, 1975, S. 179, 195f.; kritisch jedoch etwa *Däubler*, *Der Streik im öffentlichen Dienst*, 2. Aufl. 1971, S. 105 ff.

kamen: Während das Arbeitsgericht Nürnberg den Streik vollständig verbot,²⁴ beschränkte das Arbeitsgericht Chemnitz ihn lediglich auf den Nahverkehr.²⁵ Insgesamt wurden die ersten Entscheidungen der Gerichte als „hilfslose“ Reaktion auf die geänderten Verhältnisse empfunden.²⁶ Ebenfalls ins Jahr 2007 fiel ein Streik bei einem Blutspendedienst, über den das LAG Hamm zu entscheiden hatte.²⁷ 2008 konnte sich das LAG Hamm zu einem Streik in einer städtischen Kindertagesstätte äußern – auch die Kinderbetreuung sei Daseinsvorsorge.²⁸

Gemeinsamer Ansatzpunkt aller instanzgerichtlichen Entscheidungen für Begrenzungen des Streikrechts war das Verhältnismäßigkeitsprinzip, welches das Bundesarbeitsgericht als allgemeine Grenze für Arbeitskampfmaßnahmen entwickelt hatte.²⁹ Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eignet sich als Maßstab für die rechtliche Beurteilung von Arbeitskampfmaßnahmen deshalb, weil durch die Ausübung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Betätigungsfreiheit regelmäßig in ebenfalls verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen des unmittelbaren Kampfgegners oder von Dritten eingegriffen wird. Es bedarf daher einer Abwägung kollidierender Rechtspositionen.³⁰

Dafür, wie diese bei Beteiligung von Dritten vorzunehmen ist, gibt es freilich noch keine gefestigte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Das Gericht hat das Verhältnismäßigkeitsprinzip bisher in erster Linie im Hinblick auf den Ausgleich der Interessen der Arbeitskampfparteien *untereinander* entwickelt.³¹ Insbesondere auch die Abwägungsformel des Bundesarbeitsgerichts ist für die Beteiligung Dritter am Rechtsstreit nur bedingt geeignet:

„Das Abwägungspostulat der Verhältnismäßigkeit erfordert stets eine Würdigung, ob ein Kampfmittel zur Erreichung eines rechtmäßigen Kampfziels

24 V. 8.8.2007 – 13 Ga 65/07, juris.

25 V. 5.10.2007 – 7 Ga 26/07, juris.

26 Dieterich, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Aufl. 2012, Art. 9 GG Rn. 134.

27 NZA-RR 2007, 250.

28 LAG Hamm v. 29.10.2009 – 8 SaGa 22/09, juris Rn. 8.

29 Grundlegend BAG GS v. 21.4.1971 – GS 1/68, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 43; BAG v. 12.3.1985 – 1 AZR 636/82, BAGE 48, 195; v. 11.5.1993 – 1 AZR 649/92, BAGE 73, 141; v. 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055; Kissel, Arbeitskampfrecht, 2002, § 29; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht Bd. 1, 1997, § 24 I 2 a (1) S. 1130; Otto, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 8 Rn. 3 ff.

30 BAG v. 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055 Rn. 25; LAG Sachsen v. 2.11.2007 – 7 SaGa 19/07, NZA 2008, 59, 61; vgl. auch BAGE 73, 141; BAG v. 12.3.1985 – 1 AZR 636/82, BAGE 48, 195; Otto, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 2 Rn. 92 ff., § 8 Rn. 71; Däubler, in: ders. (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 14 Rn. 18; Kissel, Arbeitskampfrecht, 2002, § 43 Rn. 124; Scherer, Grenzen des Streikrechts in den Arbeitsbereichen der Daseinsvorsorge, 2000, S. 63 f., 65f.; Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, 2010, S. 471; Bayreuther, NZA 2008, 12, 13.

31 Nur dort ist etwa das „Vernichtungsverbot“ (BAG v. 30.3.1982 – 1 AZR 265/80, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 74 unter III 1; v. 11.5.1993 – 1 AZR 649/92, AP FeiertagslohnzG § 1 Nr. 63 unter II 2; v. 21.6.1988 – 1 AZR 651/86, BAGE 58, 364; v. 9.4.1991 – 1 AZR 332/90, NZA 1991, 815; v. 18.2.2003 – 1 AZR 142/02, BAGE 105, 5) sinnvoll.

*geeignet und erforderlich und bezogen auf das Kampfziel angemessen (proportional bzw. verhältnismäßig im engeren Sinn) eingesetzt worden ist.*³²

Abgewogen wird nur die Eignung und Verhältnismäßigkeit des Kampfmittels *gemessen am selbstgesetzten Kampfziel*. Das Gericht begrenzt also nicht den Umfang der Schädigung durch den Arbeitskampf als solchen. Gegenüber dem Kampfgegner kann es das auch nicht, weil es andernfalls eine Tarifizensur vornehmen würde: Entschiede das Gericht darüber, inwieweit der Arbeitskampf den Kampfgegner schädigen darf, würde es über die Machtbalance und damit mittelbar über das Verhandlungsergebnis bestimmen. Das wäre mit dem Verbot der Tarifizensur nicht zu vereinbaren;³³ die Tarifeinigung soll sich gerade im freien Spiel der Kräfte der Arbeitskampfparteien finden. Deshalb überprüft das Bundesarbeitsgericht auch nicht die Angemessenheit von Angriffskampfmitteln.³⁴

Was gegenüber dem Kampfgegner angemessen ist, weil er seinerseits auf Arbeitskampfmittel zur Wahrung seiner Interessen zurückgreifen kann, hilft Dritten, die von den Folgen des Arbeitskampfes betroffen sind, nicht weiter. Ihre Interessen finden in der Formel des Bundesarbeitsgerichts keinerlei Berücksichtigung. Deshalb besteht trotz des Rückgriffs auf den bekannten Topos „Verhältnismäßigkeitsprinzip“ erhebliche Rechtsunsicherheit. Klar ist zwar, dass die Beeinträchtigung kollidierender Grundrechtspositionen Dritter eine Einschränkung des Streikrechts rechtfertigen kann.³⁵ Eine echte Abwägung zwischen der Koalitionsfreiheit und ihren Belangen ist jedoch wegen der Gefahr der Tarifizensur stets schwierig.³⁶ Deshalb wird bei der Abwägung mit den Interessen der Gegenseite regelmäßig nicht nur die Höhe der Tarifforderung, sondern auch der Umfang der wirtschaftlichen Nachteile, die sie durch die Arbeitskampfmaßnahme erleidet, ausgeklammert.³⁷ Es entspricht nämlich gerade dem Wesen der Arbeitskampfmaßnahme, dass der Gegenseite wirtschaftliche Schäden zugefügt werden sollen.³⁸

32 BAG v. 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055 Rn. 25; s. auch BAG v. 10.6.1980 – 1 AZR 168/79, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 65 unter B I; v. 12.3.1985 – 1 AZR 636/82, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 84; zuletzt BAG v. 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 NZA 2009, 1347.

33 BVerfGE 84, 212, 231 = AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 117 unter C I 3 b cc; BAG v. 10.6.1980 – 1 AZR 168/79, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 64 unter B I 2 b; v. 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, AP TVG § 1 Sozialplan Nr. 2; Dieterich, FS-Otto, 2008, S. 45 ff.

34 BVerfGE 84, 212, 231.

35 BVerfGE 100, 271; LAG Hamm v. 16.1.2007 – 18 Sa 74/07, NZA-RR 2007, 250, 251ff.; LAG Sachsen v. 2.11.2007 – 7 SaGa 19/07, NZA 2008, 59, 68ff.; Otto, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 2 Rn. 92 ff., § 8 Rn. 71; Däubler, in: ders. (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 14 Rn. 18; Kissel, Arbeitskampfrecht, 2002, § 43 Rn. 124; Scherer, Grenzen des Streikrechts in den Arbeitsbereichen der Daseinsvorsorge, 2000, S. 36 ff., 59, 94 ff., 105 ff.; Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, 2010, S. 471; Bayreuther, NZA 2008, 12, 13.

36 Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1374.

37 Däubler, in: ders. (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 14 Rn. 12; Bayreuther, NZA 2008, 12, 13.

38 BAG v. 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055 Rn. 28; BAG v. 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347, Rn. 44; Däubler, in: ders. (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 14 Rn. 12.

Das trifft auf Dritte nicht zu. Deshalb bezieht ihnen gegenüber die Rechtsprechung die absolute Höhe der Schäden, die durch die Arbeitskampfmaßnahme entstehen, in die Abwägung ein. Das ArbG Nürnberg verbot den Arbeitskampf bei der Bahn mit dem Argument, es drohten „immense wirtschaftliche Schäden“ für die Volkswirtschaft insgesamt;³⁹ das LAG Sachsen hat in seiner Entscheidung darauf abgestellt, wie groß die Schäden sind, die Dritten durch den Arbeitskampf drohen.⁴⁰ Weiterhin ausgeklammert bleibt jedoch auch bei der Abwägung mit Drittinteressen die Höhe der Tarifforderung – das erfordert das Verbot der Tarifzensur. Eine solche kommt nur in Betracht, wo die Streikforderung gezielt auf die wirtschaftliche Existenzvernichtung des Gegners gerichtet wäre oder wenn sämtliche Dienstleistungen gänzlich zum Erliegen kommen.⁴¹

Indem sie weiterhin die Höhe der Tarifforderung aus der Abwägung ausklammert, kommt die Rechtsprechung zu einer konkret-abstrakten Abwägung: Sie vergleicht die konkret drohenden Eingriffe in die Grundrechte Dritter mit der abstrakten Größe der Tarifautonomie als solcher.⁴² Das führt sie dazu, den absolut zulässigen Umfang von Drittschädigungen zu begrenzen ohne auf die Tarifforderung abzustellen. Letztlich wird die Abwägung damit auf der Ebene geführt, wie weit Arbeitskämpfe allgemein zu Lasten Dritter gehen dürfen. Dabei kommt es darauf an, wie hoch der Schaden der Dritten durch den konkreten Arbeitskampf ist. Die Rechtsprechung vergleicht somit letztlich nicht das konkrete Interesse der Arbeitnehmerseite an einer Streikmaßnahme mit den entstehenden Schäden, sondern betrachtet nur die absolute Höhe der eintretenden Schäden. Für die Höhe des Schadens kommt es darauf an, in welchem Umfang tatsächlich Personen und die Allgemeinheit von einem Streik betroffen sind und ob bzw. welche Ausweichmöglichkeiten für Betroffene bestehen. Außerdem ist relevant, welche Rechtsgüter betroffen sind.⁴³

Um diesen Schaden Dritter in erträglichen Maßen zu halten, lassen die Gerichte Eingriffe in das Streikrecht zu. Bisher wichtigstes Instrument zur Wahrung der Interessen Dritter ist in der Verpflichtung der Arbeitskampfparteien durch die Rechtsprechung, Notdienste zu schaffen, anzunehmen, um so die Schäden

der Allgemeinheit zu begrenzen.⁴⁴ Notstandsarbeiten sind die Arbeiten, welche die Versorgung der Bevölkerung mit lebensnotwendigen Diensten und Gütern während eines Arbeitskampfs sicherstellen sollen.⁴⁵ Deren grundsätzliche Notwendigkeit wird von den Sozialpartnern ebenso wie von Rechtsprechung und Lehre anerkannt.⁴⁶ Dass demnach etwa die Versorgung der Bevölkerung mit Blutkonserven gesichert sein muss, versteht sich von selbst.⁴⁷ Der Begriff des Notdienstes geht jedoch über eine Notfallversorgung im engeren Sinn hinaus: Gemeint ist ein Mindestmaß an Versorgung, bei einem Lokführerstreik ein eingeschränkter Fahrbetrieb.⁴⁸ Mehr als bloßer Notdienst im technischen Sinne, sondern wirkliche Mindestversorgung.⁴⁹

Als schadensmindernd hat das LAG Sachsen angesehen, dass die Streiks der Lokführer bei der Deutschen Bahn AG stets rechtzeitig vorher angekündigt wurden, um anderweitige Dispositionen der Kunden zu ermöglichen.⁵⁰ Deshalb musste es zu der Frage, ob eine solche Vorankündigungspflicht besteht, nicht Stellung nehmen. Es ist jedoch naheliegend, dass es eine solche annehmen würde – wie es das ArbG Berlin dann auch getan hat.⁵¹ Der Eingriff in das Streikrecht der Arbeitnehmer ist insofern gering, weil eine Vorankündigung des Streiks den wirtschaftlichen Druck auf den Arbeitgeber kaum verringert – er verliert die Einnahmen der Kunden, die zu einem anderen Anbieter wechseln, genauso wie er sie durch einen Streik verlieren würde.

Manche gehen davon aus, dass das ArbG Chemnitz⁵² und auch das LAG Sachsen⁵³ neben die praktische Konkordanz noch das „Gemeinwohl“ als allgemeine Arbeitskampschranke treten lassen.⁵⁴ Als zusätzliche Schranke neben der praktischen Konkordanz stößt eine allgemeine Gemeinwohlbindung auf berechnete Kritik.⁵⁵ Allerdings hat wohl auch das ArbG Chemnitz und das LAG Sachsen das Gemeinwohl nur als Verkürzung für die im Rahmen der praktischen Konkordanz zu beachtenden Rechte Dritter verwandt. Diese freilich ist unumstritten.

44 So bei dem Bahnstreik LAG Sachsen NZA v. 2.11.2007 – 7 SaGa 19/07, 2008, 59, 69 f.

45 Vgl. BAG v. 30.3.1982 – 1 AZR 265/80, BAGE 38, 207.

46 Vgl. BAG v. 14.12.1993 – 1 AZR 550/93, NJW 1994, 1300; v. 31.1.1995 – 1 AZR 142/94, NZA 1995, 958, 959.

47 LAG Hamm v. 16.1.2007 – 18 Sa 74/07, NZA-RR 2007, 250, 253 ff.

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

49 Rieble, Verfassungsfragen der Tarifeinheit, 2010, Rn. 381.

50 LAG Sachsen v. 2.11.2007 – 7 SaGa 19/07, NZA 2008, 59, 68.

51 ArbG Berlin v. 29.4.2008 – 58 Ga 6014/08, juris Rn. 41.

52 V. 5.10.2007 – 7 Ga 26/07, juris Rn. 157.

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

54 Vgl. Däubler, in: ders. (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 14 Rn. 19.

55 Däubler, in: ders. (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 14 Rn. 19; Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampspluralität, 2010, S. 470 f. m.w.N.; vgl. auch Scherer, Grenzen des Streikrechts in den Arbeitsbereichen der Daseinsvorsorge, 2000, S. 65 f.

39 ArbG Nürnberg v. 8.8.2007 – 13 Ga 65/07, juris Rn. 2.

40 NZA 2008, 59, 68ff.

41 LAG Sachsen v. 2.11.2007 – 7 SaGa 19/07, NZA 2008, 59, 70; unter Verweis auf Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht Bd. 1, § 24 V 4 c (6), S. 1179.

42 Vgl. LAG Sachsen v. 2.11.2007 – 7 SaGa 19/07, NZA 2008, 59, 68 ff.

43 LAG Sachsen v. 2.11.2007 – 7 SaGa 19/07, NZA 2008, 59, 68 unter Verweis auf Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht Bd. 1, § 24, S. 1179.

Die bisher nur rudimentäre Rechtsprechung wird in der Literatur weitergedacht. Im Ausgangspunkt herrscht weitgehende Zustimmung, dass der Ausgleich zwischen den Interessen Dritter und dem Streikrecht auf der Grundlage des Verhältnismäßigkeitsprinzips insbesondere dadurch gelingen kann, dass durch Notdienste die Interessen der Dritten gewahrt werden.⁵⁶

Wie freilich die Konkordanz im Einzelnen *de lege lata* herzustellen ist, ist umstritten. Einigkeit besteht, dass sich jedenfalls das Grundrecht auf Leben und körperliche Integrität gegenüber dem Streikrecht durchsetzen wird.⁵⁷ Deshalb halten viele einen Streik in Bereichen wie etwa der öffentlichen Wasserversorgung, in Intensiv-, Entbindungs- oder Dialysestationen von Krankenhäusern generell für unzulässig.⁵⁸ Andere bestreiten das Bestehen eines generellen Streikverbotes auch in diesen Bereichen; *Däubler* lässt beispielsweise einen angekündigten eintägigen Streik in der Wasserversorgung zu.⁵⁹

Bei Versorgungsleistungen, die nicht im eigentlichen Sinne Leben oder Gesundheit der Bevölkerung betreffen, ist man sehr viel großzügiger bei der Zulassung von Streiks. Hier hält man die Verfügbarkeit einer elementaren Grundversorgung für ausreichend. Deren genauer Umfang ist freilich wiederum streitig. *Bayreuther* verlangt bei einem Streik beim Eisenbahnverkehr jedenfalls ab einer gewissen Streikdauer die Sicherstellung einer verlässlichen Minimalversorgung.⁶⁰ *Greiner* dagegen hält grundsätzlich auch einen vollständigen Bahnstreik für zulässig, soweit andere Verkehrsmittel die Bedürfnisse der Bevölkerung hinreichend decken könnten.⁶¹

Vereinzelt sind dagegen Forderungen geblieben, die Tarifforderung selbst zu überprüfen.⁶² Sie werden ganz überwiegend wegen eines Verstoßes gegen das

Verbot der Tarifizensur abgelehnt.⁶³

Auf breite Zustimmung stoßen Verfahrensregelungen; sie sollen einem Arbeitskampf im Bereich der Daseinsvorsorge seine Schärfe nehmen. Vorgeschlagen werden die obligatorische Durchführung eines Schlichtungsverfahrens⁶⁴ sowie die Schaffung einer angemessenen Vorankündigungspflicht vor der Einleitung von Arbeitskampfmaßnahmen.⁶⁵ Häufig gefordert wird auch, die Durchführung einer Urabstimmung zur Voraussetzung von Arbeitskampfmaßnahmen zu machen.⁶⁶

Da sich solche Postulate überwiegend nur auf Grundlage des Verhältnismäßigkeitsprinzips *de lege lata* umsetzen lassen, konstatiert die Literatur ein deutliches Bedürfnis nach einer gesetzlichen Regelung des Arbeitskampfes zumindest in der Daseinsvorsorge. Eine solche sei erforderlich, um die Öffentlichkeit vor Arbeitskämpfen in Permanenz zu schützen und um die Funktionsfähigkeit des Tariffsystems zu bewahren.⁶⁷ Als Element einer Regelung wird neben den oben vorgeschlagenen (Verpflichtung zu Notdiensten, Schlichtungs- und Vorankündigungspflichten) eine gesetzliche Definition von Kriterien für die Verhältnismäßigkeitsprüfung genannt.⁶⁸

Einen zusammenhängenden Regelungsvorschlag machte schon 1988 der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte der Arbeitsrechtler *Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter*.⁶⁹ Der so genannte Professorenentwurf strebt eine umfassende gesetzliche Regelung von Arbeitskämpfen an; damit greift er über den Bereich des hiesigen Gesetzesentwurfes weit hinaus. Die dort vorgeschlagenen Regelungen entschärfen jedoch auch Arbeitskämpfe in der Daseinsvorsorge entscheidend und sind vielfach Vorbild für schon oben referierte Regelungsvorschläge in der jüngeren Literatur, die sich speziell auf Arbeitskämpfe in der Daseinsvorsorge beziehen.

56 *Dieterich*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Aufl. 2012, Art. 9 GG Rn. 134; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 36 Rn. 40; *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 8 Rn. 71; *Däubler*, in: ders. (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 14 Rn. 18; *Rieble*, Verfassungsfragen der Tarifeinheit, 2010, Rn. 381; *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, 2010, S. 471f.; *Thüsing*, FS 50 Jahre BAG, S. 889, 899; *Bayreuther*, NZA 2008, 12, 13; *Jacobs*, NZA 2008, 325, 330f.; *Buchner*, BB 2007, 2520, 2521; a.A. jedoch *Scherer*, Grenzen des Streikrechts in den Arbeitsbereichen der Daseinsvorsorge, 2000, S. 125 f. und 131 f. (auch Notdienst hilft nicht), daher Streik häufig unverhältnismäßig.

57 *Däubler*, in: ders. (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 14 Rn. 18; *Sittard*, ZTR 2008, 178, 181; *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, 2010, S. 472; differenzierter *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 43 Rn. 133.

58 *Bayreuther*, NZA 2008, 12, 14; *Sittard*, ZTR 2008, 178, 181; *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, 2010, S. 472; *Schliemann*, FS Bauer, 2010, S. 923, S. 28 f.; *Scherer*, Grenzen des Streikrechts in den Arbeitsbereichen der Daseinsvorsorge, 2000, S. 119 ff. insb. 125 f. Vgl. auch *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 9 Rn. 350: Für Ärzte zumindest, soweit es um die Grundversorgung der Kranken geht.

59 Der Streik im öffentlichen Dienst, 1971, S. 232f.

60 *Bayreuther*, NZA 2008, 12, 14; so wohl auch *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 43 Rn. 136.

61 *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, 2010, S. 472.

62 v. *Steinau-Steinrück/Glanz*, NZA 2009, 113, 118; *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 8 Rn. 41ff.; vgl. auch *Buchner*, BB 2008, 106, 109.

63 *Willemsen/Mehrens*, NZA 2010, 1313, 1323; *Schliemann*, in: FS Bauer, S. 923, 938; *Kamanabrou*, ZfA 2008, 241, 271.

64 *Buchner*, BB 2007, 2520, 2521 f.; *Bayreuther*, NZA 2008, 12, 16; *Hanau/Thüsing*, in: Thüsing (Hrsg.), Tarifautonomie im Wandel, 2003, 35 ff. (für den Bereich der Daseinsvorsorge); *Schliemann*, FS Bauer, 2010, S. 923, 938; *Kamanabrou*, ZfA 2008, 241, 275 ff.; *Lieb*, in: FS Hanau, 1999, S. 561, 572 (die beiden letzten für Arbeitskämpfe allgemein); *Rieble*, ZAF 2005, 218, 223 f.; die Monopolkommission empfiehlt dies gerade für den Bereich der Daseinsvorsorge, 18. Hauptgutachten 2008/2009, BT-Drs. 17/2600, Rn. 1012 (S. 353). A.A. jedoch *Zachert*, FS Wendeling-Schröder, 2009, S. 23, 26.

65 *Bayreuther*, NZA 2008, 12, 17; *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 8 Rn. 14; *Hanau/Thüsing*, in: Thüsing (Hrsg.), Tarifautonomie im Wandel, 2003, 35ff. (für den Bereich der Daseinsvorsorge); *Rieble*, ZAF 2005, 218, 225 f.

66 *Rieble*, ZAF 2005, 218, 223 f.

67 Dediziert jüngst *Bayreuther/Franzen/Greiner/Krause/Oetker/Preis/Rebhahn/Thüsing/Waltermann*, Tarifpluralität als Aufgabe des Gesetzgebers, 2011, S. 84 ff., insb. 89 ff. für die Daseinsvorsorge; *Henssler*, RdA 2011, 65, 72; *Willemsen/Mehrens*, NZA 2010, 1313, 1322; vgl. auch *Kamanabrou*, ZfA 2008, 241, 279; *Rieble*, ZAF 2005, 218, 223 f.

68 *Bayreuther*, NZA 2008, 12, 17; *Jacobs*, NZA 2008, 325, 331; *Kamanabrou*, ZfA 2008, 241, 276 ff.; *Willemsen/Mehrens*, NZA 2010, 1313, 1322.

69 *Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter*, Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte, 1988.

Der Entwurf von 1988 enthielt nicht nur die Pflicht, vor dem Beginn eines Arbeitskampfes ein Schlichtungsverfahren zu durchlaufen (§ 4), sondern auch, vorher eine Urabstimmung durchzuführen (§ 6). Der Entwurf kannte schließlich auch materielle Schranken für die Ausübung des Arbeitskampfrechts: Neben dem allgemeinen Übermaßverbot (§ 2 Abs. 2) sind insbesondere die §§ 10 f. einschlägig. Nach § 10 mussten auch im Arbeitskampf die notwendigen Erhaltungsarbeiten durchgeführt werden. Im vorliegenden Kontext besonders relevant ist jedoch § 11, der den Kampfparteien auferlegte, für eine Mindestversorgung zu sorgen, welche die elementaren persönlichen, sozialen und staatlichen Bedürfnisse befriedigt (Abs. 1). Hier geht es um den Schutz von Drittinteressen.⁷⁰ Insbesondere angesprochen waren dabei die Arbeitsbereiche der Daseinsvorsorge, welche in § 11 Abs. 2 des Entwurfes exemplarisch aufgezählt wurden.⁷¹ Ihre Abgrenzung war recht großzügig. Hierzu sollten unter anderem „Nahrung und Gesundheit“, „Energie und Wasser“ oder ganz allgemein „Verkehr“ gehören. Freilich ist je nach der Bedeutung des Schutzgutes ein unterschiedliches Maß an Mindestversorgung sicherzustellen.⁷² Nach § 11 Abs. 3 musste die Streikabsicht (auch) der Öffentlichkeit drei Tage vor dem avisierten Beginn des Streiks mitgeteilt werden.

Andere umfassende Regelungsvorschläge sind die Erwägungen *Löwischs*, der nicht nur Urabstimmungen und eine Schlichtung zur Voraussetzung eines Arbeitskampfes machen möchte, sondern auch die staatliche Befugnis, Arbeitskämpfe für eine bestimmte Zeit zu suspendieren, befürwortet.⁷³ Etwas weniger weit, aber in eine ähnliche Richtung gehen die Vorschläge von *Heinze*, der ebenfalls befürwortet, eine Schlichtung zur Voraussetzung des Arbeitskampfes zu machen sowie das Verhältnismäßigkeitsprinzip inklusive Notdienst- und -erhaltungsarbeiten gesetzlich zu regeln.⁷⁴ Auch *Rieble* hat bereits einen Vorschlag für die gesetzliche Regelung von Arbeitskämpfen unterbreitet, der auf die verbreitet geforderten Elemente – Schlichtungsobliegenheit, Urabstimmung, Ankündigungsfristen und Beschränkungen für den Bereich der Daseinsvorsorge im Sinne einer Mindestversorgung – setzt.⁷⁵

70 Anders als die Erhaltungsarbeiten, die auf den Schutz des Kampfgegners abzielen, *Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter*, Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte, 1988, S. 57.

71 Andere, etwa die Presse, können direkt unter § 11 Abs. 1 subsumiert werden, *Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter*, Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte, 1988, S. 57 f.

72 Anders als die Erhaltungsarbeiten, die auf den Schutz des Kampfgegners abzielen, *Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter*, Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte, 1988, S. 54 f.

73 Modernes Tarifverhandlungsrecht: Förderung alternativer Konfliktlösung, in: *Rieble* (Hrsg.), Zukunft des Arbeitskampfes, 2005, S. 36 ff.

74 FS Molitor, 2004, S. 159ff.

75 *Rieble*, ZAF 2005, 218.

5. STREIK IN DER DASEINSVORSORGE IM INTERNATIONALEN VERGLEICH

Einen generellen Überblick über die Rechtslage im internationalen Vergleich gibt die vergleichende Studie der Internationalen Arbeitsorganisation (International Labour Organisation, ILO) über Vereinigungsfreiheit und Kollektivverhandlungen.⁷⁶ Aus dem Jahr 1994 datierend ist sie nicht mehr ganz aktuell; als Überblick über die möglichen Regelungsansätze und als erste Bestandsaufnahme taugt sie dennoch.

Die Studie zeigt auf, wie weitgespannt die Palette der Regelungsmöglichkeiten ist: Die international anzutreffenden Lösungen reichen bis zum absoluten Streikverbot.⁷⁷ Dass etwa in der Sowjetunion jeglicher Streik als konterrevolutionär verboten war, ist für Deutschland freilich sicher kein Vorbild. Weniger krude, aber doch beinahe ebenso wirksam ist es, gesetzlich eine Zwangsschlichtung vorzusehen, die auf Antrag einer der Kampfparteien oder auch durch eine Behörde eingeleitet werden kann und im Rahmen derer dann Löhne verbindlich festgesetzt werden.⁷⁸ Anderes gilt nur, wenn das System der Zwangsschlichtung durch die faire Besetzung der Schlichtungsgremien die Gewähr für angemessene Tarifabschlüsse bietet. Ein Beispiel hierfür kann Australien sein; dort waren Streiks, die über einen Bundesstaat hinausgriffen (insbesondere solche bei der staatlichen Eisenbahn) durch den *Conciliation and Arbitration Act 1904* (sec. 6) seit dem Beginn des 20. Jahrhunderts verboten. An die Stelle eines Arbeitskampfes trat ein Zwangsschlichtungssystem, wonach Löhne und Arbeitsbedingungen letztlich durch Gerichte festgelegt wurden. In einem solchen Fall mag man ein System der Zwangsschlichtung nicht von vornherein ablehnen; von Tarifautonomie kann man freilich nicht sprechen. Inzwischen wurde der *Conciliation and Arbitration Act 1904* jedoch aufgehoben; nach dem *Fair Work Act 2009* sind nun auch bundesübergreifende Streiks (sec. 406ff.) erlaubt. Auch in Deutschland existierte in der Weimarer Zeit die Möglichkeit der Zwangsschlichtung.

Spezifisch für die Daseinsvorsorge finden sich in den allermeisten Ländern Einschränkungen des Streikrechts. Die Anknüpfungspunkte der Beschränkungen sind zwei verschiedene: Viele Beschränkungen knüpfen an den Status des Beschäftigten im öffentlichen Dienst an, während andere an die ausgeübte Tä-

76 General Survey of Freedom of Association and Collective Bargaining (1994), abrufbar unter <http://www.ilo.org/>, zuletzt abgerufen am 9.11.2011.

77 ILO, General Survey of Freedom of Association and Collective Bargaining (1994), § 152.

78 ILO, General Survey of Freedom of Association and Collective Bargaining (1994), § 153.

tigkeit anknüpfen. Allerdings überschneiden sich beide Kategorien sehr häufig, denn in vielen Ländern werden notwendige Dienste von Beschäftigten des öffentlichen Dienstes ausgeübt.⁷⁹

Welche Regelungen konkret getroffen werden, ist dann freilich wieder unterschiedlich: Einige Länder erlauben auch Beschäftigten des öffentlichen Dienstes ausdrücklich oder tatsächlich den Streik, andere verbieten ihn ausdrücklich oder tatsächlich.⁸⁰ Praktisch jedes Land kennt jedoch Begrenzungen des Streikrechts im öffentlichen Dienst. Die Einschränkungen unterscheiden sich allerdings – während manche Länder wie Deutschland in erster Linie auf die Rechtsstellung des Beschäftigten (Beamter oder Angestellter) abstellen, machen andere seinen Rang oder seinen Tätigkeitsbereich zum entscheidenden Kriterium.⁸¹

Auch außerhalb des öffentlichen Dienstes gibt es Beschränkungen des Rechts auf Vereinigungsfreiheit. Entscheidend ist dann regelmäßig der Rang des Beschäftigten oder die Tätigkeit, die er ausübt. Letzteres ist hier relevant. Beschränkungen für Arbeitnehmer in der Daseinsvorsorge (der von der ILO verwandte Begriff „essential services“ ist allerdings enger als der der deutschen Daseinsvorsorge) sind international üblich.⁸²

Viele Länder haben Regelungen, die Streiks im Bereich notwendiger Dienste verbieten oder begrenzen.⁸³ Ein Beispiel für relativ restriktive Regelungen ist Brasilien: Dort sind in bestimmten Bereichen der Daseinsvorsorge wie dem Transportgewerbe, dem Telekommunikationssektor und der Kinderbetreuung Arbeitskämpfe verboten.⁸⁴ Ähnliche Regelungen finden sich auch sonst in Lateinamerika.⁸⁵ Wie die nationalen Rechtsordnungen „notwendige Dienste“ definieren ist unterschiedlich; die Herangehensweise reicht von einer enumerativen Aufzählung bis zu Generalklauseln, wonach Streiks, die für die öffentliche Ordnung, die Interessen der Allgemeinheit oder die wirtschaftliche Entwicklung schädlich sind, verboten sind.⁸⁶ Zum Teil wird die Feststellung dieser Voraussetzung einer Behörde überlassen,⁸⁷ so etwa in Guatemala, wo der Präsident

Streiks, welche die „öffentlichen Dienstleistungen“ schwer zu beeinträchtigen drohen, suspendieren kann.⁸⁸ Die Kontrollorgane der ILO vertreten freilich auch hier ein sehr viel restriktiveres Konzept.⁸⁹

Zu den Begrenzungen des Streikrechts, die häufig vorkommen und einem Streikverbot vorzuziehen sind, zählt die Verpflichtung, Notdienste einzurichten.⁹⁰ Teilweise können hierzu Arbeitnehmer zwangsweise verpflichtet werden, Vereinbarungen zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite über Notdienste sind auch hier vorzuziehen.⁹¹ Auch Ankündigungspflichten sind international verbreitet. In Mexiko etwa beträgt die Ankündigungsfrist in diesem Bereich zehn Tage, in San Salvador vier.⁹²

79 ILO, General Survey of Freedom of Association and Collective Bargaining (1994), § 155.

80 ILO, General Survey of Freedom of Association and Collective Bargaining (1994), § 156.

81 ILO, General Survey of Freedom of Association and Collective Bargaining (1994), § 157.

82 ILO, General Survey of Freedom of Association and Collective Bargaining (1994), § 154.

83 ILO, General Survey of Freedom of Association and Collective Bargaining (1994), § 159.

84 Almeida/Nogueira, (2003) 12 International Human Rights Journal, 7.

85 Glass-Hess, 35 (2003) Georgia Journal of International and Comparative Law, 333 ff.

86 ILO, General Survey of Freedom of Association and Collective Bargaining (1994), § 159.

87 ILO, General Survey of Freedom of Association and Collective Bargaining (1994), § 159.

88 Glass-Hess, 35 (2003) Georgia Journal of International and Comparative Law, 333 ff.

89 ILO, General Survey of Freedom of Association and Collective Bargaining (1994), §§ 159 f..

90 ILO, General Survey of Freedom of Association and Collective Bargaining (1994), §§ 160, 162; für Lateinamerika etwa Glass-Hess, 35 (2003) Georgia Journal of International and Comparative Law, 333 ff.

91 ILO, General Survey of Freedom of Association and Collective Bargaining (1994), §§ 162 f.

92 Glass-Hess, 35 (2003) Georgia Journal of International and Comparative Law, 333 ff.

II. ERFORDERNIS EINER GESETZLICHEN REGELUNG – DIE VERFASSUNGS- ERWARTUNG DES GRUNDGESETZES

Zu all dem fehlt die gesetzliche Regelung. Doch die Frage, welche Gegenstände durch Gesetz geregelt werden müssen, ist eine verfassungsrechtliche Frage. Hinsichtlich des Erfordernisses einer gesetzlichen Regelung für das Arbeitskampfrecht in Bereichen der Daseinsvorsorge sind *verfassungsrechtliche* Maßstäbe heranzuziehen.⁹³

1. DAS PROBLEM IN DER JUDIKATUR

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat die hier im Zentrum stehende Frage bisher nicht ausdrücklich entschieden. Zwar wird in ständiger Judikatur vertreten, dass das Grundrecht der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG der gesetzlichen Ausgestaltung bedürfe,⁹⁴ die Frage, ob ein Arbeitskampfgesetz zwingend erforderlich ist, wird jedoch differenziert beantwortet.

a) Bipolarer Arbeitskampf

Für den „normalen“, „bipolaren“ Arbeitskampf vertritt das Bundesverfassungsgericht freilich in ständiger Rechtsprechung, dass eine gesetzliche Regelung möglich, von Verfassungs wegen jedoch nicht zwingend gefordert sei.⁹⁵ Der Beschluss vom 26. Juni 1991 billigt die Ausbildung von Richterrecht in der Situation des Arbeitskampfes grundsätzlich, behandelt jedoch nicht die hier im Fokus stehenden Fälle der Drittbetroffenheit durch Arbeitskampfmaßnahmen. Der Erste Senat beschränkt seine Ausführungen explizit auf „das Verhältnis gleichgeordneter Grundrechtsträger“⁹⁶. Ein Grundgesetzkommentator beschreibt das Ergebnis dieser Rechtsprechung wie folgt: „Mit dieser Sonderdogmatik hat das Gericht letztlich vor den politischen Gegebenheiten und Sachzwängen verfassungsrechtlich die Waffen gestreckt.“⁹⁷

b) Einbeziehen Dritter

Für unsere Fragestellung zentral ist die Entscheidung zur Zulässigkeit des Einsatzes von Beamten der Deutschen Bundespost bei einem Streik vom 2. März 1993.⁹⁸ Der Erste Senat wiederholt zunächst die kurze Zeit zuvor entwickelten Grundsätze, um dann zu judizieren, dass für den Einsatz von Beamten auf bestreikten Arbeitsplätzen „eine gesetzliche Regelung hingegen zwingend erforderlich“ sei:

„Der Gesetzgeber ist verpflichtet, in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen ... Fehlen gesetzliche Regelungen, muß die Rechtsprechung sachgerechte Lösungen entwickeln, soweit es um das Verhältnis gleichgeordneter Grundrechtsträger geht ... Beim Beamteneinsatz auf bestreikten Arbeitsplätzen, bei dem es – zumindest auch – um das Verhältnis von Staat und Privatrechtssubjekten geht, ist jedoch eine gesetzliche Regelung unentbehrlich. Der Staat befindet sich bei der Reaktion auf Streikmaßnahmen in einer Doppelrolle. So ist die Bundespost einerseits Trägerin öffentlicher Verwaltung und nimmt als solche hoheitliche Aufgaben wahr. Andererseits ist sie aber auch tariffähige Arbeitgeberin. Soweit sie Arbeitnehmer auf arbeitsrechtlicher Grundlage beschäftigt, betätigt sie sich als Privatrechtssubjekt. Hingegen bedient sie sich mit einem zwangsweise angeordneten Einsatz von Beamten auf bestreikten Arbeitsplätzen eines Mittels, das ihr nur als Hoheitsträgerin zu Gebote steht und über das der Staat durch sein Beamtenrecht verfügt. Soll mit Hilfe des Beamtenrechts auch der Staat in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber mit besonderen Kampfmitteln gegenüber den Gewerkschaften ausgestattet werden, so muß dies in einem offenen, durch entsprechende Verfahrensgarantien flankierten Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich geregelt werden.“⁹⁹

Die hier zu untersuchende Konstellation unterscheidet sich von dem Fall von 1993 dadurch, dass es nicht um den Einsatz von Beamten anstelle von streikenden Arbeitnehmern geht; die Situation ist jedoch insofern vergleichbar, als dass in beiden Fällen Dritte in das Arbeitskampfgeschehen bewusst und gewollt einbezogen werden. In beiden Fällen wird der Autonomiebereich, den Art. 9 Abs. 3 GG eröffnet, überschritten. Jenseits des Bereichs der Tarifautonomie können

93 Kloepfer, NJW 1985, 2497 m.w.N.; ebd., S. 2498: „... eines der wichtigsten verfassungsrechtlichen Probleme des Arbeitsrechts der Gegenwart. Ist eine flächendeckende richterliche Ersatzgesetzgebung wirklich verfassungsrechtlich gedeckt (und/oder wenigstens politisch legitim), obwohl die Rechtsprechung nicht (jedenfalls nicht unmittelbar) demokratisch legitimiert und verfassungsrechtlich auch nur zu einzelfallbezogenen Konfliktlösungen befugt ist?“

94 BVerfGE 50, 290, 368 f.; 57, 220, 245 ff.; 84, 212, 226; Lerche, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, 1968, passim; Kemper, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 9 Abs. 3 Rn. 108.

95 BVerfGE 84, 121, 225 ff.; 88, 103, 115 f.; indirekt wohl auch Kammerentscheidung BVerfG, NJW 1997, 2230, 2231.

96 BVerfGE 84, 212, 226.

97 Bauer, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 9 Rn. 95.

98 BVerfGE 88, 103.

99 BVerfGE 88, 103, 116.

Eingriffe freilich nur durch Gesetz oder auf gesetzlicher Grundlage erfolgen.¹⁰⁰ Das gilt es im Folgenden näher zu entfalten.

Zudem handelte es sich bei der alten Deutschen Bundespost zweifelsfrei um den Bereich der Daseinsvorsorge. Ist durch die Privatisierung hier auch zum Großteil das *hoheitliche* Element der Gewährleistung des Daseinsvorsorgeauftrags entfallen, bleibt es in der Sache jedoch dabei, dass es sich um eine für das Gemeinwesen notwendige Infrastruktur handelt, auf welche die Bevölkerung angewiesen ist. Das kann etwa auch am Beispiel der Flugsicherung verdeutlicht werden: Durch die Organisationsprivatisierung, die nach der Änderung des Art. 87d GG möglich wurde, gilt hinsichtlich von Aufgabe und Struktur der Luftraumüberwachung nichts Anderes, als zu Zeiten verbeamteter Fluglotsen.¹⁰¹

c) Strenger Maßstab

Im Übrigen wird das grundsätzliche Problem der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung verfassungsgerichtlich differenziert beantwortet. Nur bedingt mit der vorliegenden Fragestellung vergleichbar hat der Zweite Senat in seiner Entscheidung zur sog. Rügeverkümmern im Strafprozess von 2009 sich mit dem Problem des Richterrechts in vertiefter Weise auseinandergesetzt.¹⁰² Während die in einer fünf zu drei-Entscheidung obsiegende Mehrheitsmeinung hier mit einem durch den Verzicht auf eine wirkliche verfassungsrechtliche Prüfung erkaufte Ergebnis recht großzügig verfährt,¹⁰³ werden in dem Sondervotum der Richter *Andreas Voßkuhle*, *Lerke Osterloh* und *Udo Di Fabio* überzeugend verfassungsrechtliche Grenzen richterlicher Rechts-(fort-)bildung aufgezeigt.¹⁰⁴ Die kompetenzrechtliche Problematik bestimmt die Lösung des Problems. Das Sondervotum der drei Dissenter betont, dass bei der Rechtsdurchsetzung des Einzelnen eher großzügig, bei Rechtsverkürzungen hingegen streng zu verfahren sei.¹⁰⁵ Die hier in Rede stehende Konstellation des Arbeitskampfrechts ist durch die Bezogenheit von Schutz und Eingriff aufeinander gekennzeichnet: Die Rechtsverwirklichung des einen kann – wie prinzipiell in jedem grundrechtlichen Dreiecksverhältnis – nur durch Rechtsverkürzung des anderen umgesetzt werden.¹⁰⁶ Das spricht für den strengen Maßstab verfassungsrechtlicher Kontrolle.

100 *Bauer*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 9 Rn. 95.

101 Einzelheiten bei *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Art. 87d Rn. 10 f., 15 ff., 18 ff.

102 BVerfGE 122, 248.

103 Zur Kritik eingehend *Möllers*, JZ 2009, 668.

104 BVerfGE 122, 248, 282 ff. Bemerkenswert in diesem Zusammenhang erscheint, dass die professoralen Mitglieder des Senats kritisch, die Bundesrichter eher großzügig verfahren: Damit wird ein – weniger juristisch, denn (richter-)soziologisches Grundproblem – offenbar: Richter, die über die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung judizieren, können nur schwer bewegt werden, hier Grenzen zu ziehen.

105 BVerfGE 122, 248, 282, 286.

106 Insofern weiterführend *Hermes*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 119, 134.

2. DAS PROBLEM IN VERFASSUNGSRECHTLICHER SICHT

a) Wesentlichkeitstheorie

Die Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes¹⁰⁷ zeigt, in welchen Bereichen eine gesetzliche Regelung als Grundlage staatlichen Handelns erforderlich ist. Diese Lehre ist historisch im Bereich der Eingriffsverwaltung entwickelt worden, d.h. es ging vorrangig um die Abgrenzung zwischen den Funktionen der Legislative und der Exekutive bei staatlichen Freiheitseingriffen. Sie ist jedoch übertragbar in Bereiche, in denen es weniger um exekutives Handeln im Sinne von Gefahrenabwehr geht, sondern generell die Freiheitssphären der Grundrechtsträger ausgleichend einander zugeordnet werden müssen.¹⁰⁸ Das folgt schon daraus, dass unter dem Grundgesetz *jegliche* staatliche Gewalt an die Verfassung gebunden ist, Art. 20 Abs. 3; 1 Abs. 3 GG. Außerdem ist allein das Parlament unmittelbar demokratisch legitimiert – Verwaltung wie Rechtsprechung sind nur mittelbar demokratisch legitimiert, ohne dass wiederum signifikante Legitimationsunterschiede zwischen diesen beiden Staatsfunktionen ausgemacht werden könnten. Mit andern Worten: Auch in Bereichen, in denen es nicht primär um den Handlungsspielraum der (Eingriffs-)Verwaltung geht, sondern überhaupt Staatsgewalt grundrechtsrelevant agiert, stellt sich das Problem.¹⁰⁹ Dies wird durch die vom Bundesverfassungsgericht geprägte Weiterentwicklung der klassischen Eingriffslehre, wonach jeglicher staatlicher „Eingriff in Freiheit und Eigentum“ den Vorbehalt des Gesetzes auslöst, die sog. Wesentlichkeitstheorie auf den Begriff gebracht.¹¹⁰ Danach sind dem Gesetzgeber nicht nur die Ermächtigung für exekutive Freiheitseingriffe, sondern alle für das Gemeinwesen „wesentlichen“ Entscheidungen vorbehalten. „Wesentlich“ bedeutet, wesentlich für die Entfaltung der Grundrechte. Das Wesentlichkeitskriterium beurteilt sich mithin nach der Grundrechtsrelevanz. Auch die dritte Staatsgewalt, die Rechtsprechung, ist grundsätzlich an diese Wesentlichkeitsdoktrin über Art. 1 Abs. 3; 20 Abs. 3 GG gebunden.¹¹¹ Auch wenn sie keine Eingriffsverwaltung darstellt

107 Statt vieler *Ossenbühl*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 101.

108 *Morgenthaler*, Freiheit durch Gesetz, 1999, S. 259 f.

109 *Kloepfer*, NJW 1985, 2497, 2499; differenziert S. 2500 f.

110 Für das Arbeits-(kampf-)recht *Kloepfer*, NJW 1985, 2497, 2498 und passim.

111 *Gärdtitz*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Stand des Gesamtwerks: 33. Lfg. Juli 2011, Art. 20 (6. Teil) Rn. 176; *Hillgruber*, JZ 1996, 118, 123 f.; *Hermes*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 119, 133 ff.; *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Loseblattsammlung, Stand des Gesamtwerks: 62. Lfg. September 2011, Art. 97 Rn. 26; *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II: Grundrechte, 26. Aufl. 2010, Rn. 279; *Möllers*, JZ 2009, 668, 672: „Die Erstreckung verfassungsrechtlicher Vorgaben an den Gesetzgeber auch auf die Rechtsprechung erscheint jedenfalls dann geboten, wenn die Rechtsprechung mit gesetzestähnlicher Reichweite gestaltende Entscheidungen trifft.“ a.A. etwa *Halter/Mayer/Möllers*, Die Verwaltung 30 (1997), 51, 62 ff.; der (Mit-)Autor *Möllers* hat, wie das gerade wiedergegebene Zitat zeigt, freilich diese Position inzwischen aufgegeben. *Hermes*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 119, 133 f., hat die in der Mehrheitsmeinung im „Rügeverkümmernsverfahren“ zum Ausdruck kommenden traditionellen Sichtweise durch die Entwicklung der deutschen Grundrechtsdogmatik erklärt.

und funktionale Unterschiede zwischen Exekutive und Jurisdiktion anzuerkennen sind, bedarf auch die Rechtsprechung für „wesentliche“ Grundrechtseinschränkungen der formal-gesetzlichen Grundlage.¹¹²

b) Entscheidungsmaßstab

Damit ist nicht jegliches Richterrecht von Verfassungen wegen hinfällig.¹¹³ Bei der Frage der Grenzen ist jedoch danach zu unterscheiden, ob die richterliche Rechtsfortbildung als Konkretisierung des (Grund-)Gesetzes anlässlich eines eng begrenzten Sachproblems erfolgt oder ob sie strukturell gesetzestretenden Charakter besitzt.¹¹⁴ „Denkt“ das Gericht eine Norm fort, schließt es eine Lücke im vorgegebenen gesetzlichen System im Rahmen der Rechtsanwendung, bleibt der parlamentarische Gesetzgeber stets als „Erstinterpret“ der Verfassung¹¹⁵ erhalten. Im Arbeitskampfrecht hat das Richterrecht freilich wegen der konstanten Verweigerung des parlamentarischen Gesetzgebers, wegen der „Inkongruenz von gesetzlichen Entscheidungsgrundlagen und richterlichen Entscheidungskompetenzen“¹¹⁶, strukturell gesetzestretenden Charakter angenommen.¹¹⁷ Seine Setzungen dienen zwar auch der Entscheidung eines konkreten Rechtsstreits, seine Wirkung ist freilich – wie bei jeder Rechtsnorm – auf generell-abstrakte Außengeltung angelegt.¹¹⁸ Der Richter empfängt jedoch durch das parlamentarische Gesetz als Entscheidungsmaßstab gerade einen wesentlichen Teil seiner Legitimation, er kann sie sich insoweit nicht selbst schaffen.¹¹⁹ Dies wird spätestens dann zum verfassungsrechtlichen Problem, wenn durch einen Arbeitskampf zwingend auch Drittinteressen in grundrechtsrelevanter Weise berührt sind. Zumindest hier werden die funktionell-rechtlichen Grenzen von Gerichtsbarkeit überschritten, denn ein Gerichtsverfahren bietet nicht die Erkenntnismöglichkeiten und auch nicht die Öffentlichkeit, die dem parla-

mentarischen Verfahren bei politisch höchst strittigen Fragen eigen sind.¹²⁰ „Die gerichtlichen Verfahren sind nicht in gleicher Weise konsensstiftend sowie kollektive Interessen ausgleichend und vollziehen sich auch nicht in vergleichbarer Öffentlichkeit wie das parlamentarische Verfahren. Für die allgemeine rechtliche Ordnung der Arbeitsbeziehungen ist der Gesetzgeber und sein demokratisches Mandat gefordert. Damit ist jedenfalls eine flächendeckende Rechtsgestaltung durch die Rechtsprechung – wenn auch durch eine Vielzahl punktueller rechtsfortbildender Entscheidungen – unvereinbar“¹²¹. Spätestens hier gleiten Gerichte in Politik ab, statt Rechtsanwendung zu betreiben.¹²² Diese Ausführungen gelten für die Fachgerichtsbarkeit – das Bundesarbeitsgericht – gleichermaßen wie für das Bundesverfassungsgericht, denn letzteres besitzt nur eine Verwerfungskompetenz in Bezug auf Gesetze, jedoch keine positive Rechtsetzungskompetenz.¹²³

c) Neutralitätspflicht

Diese Feststellungen werden auch nicht angesichts einer Analyse des einschlägigen Grundrechts der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG hinfällig. Diese Vorschrift ist so zu interpretieren, dass *den Koalitionspartnern* – den Tarifparteien – durch das Grundgesetz, d.h. durch die Verfassung selbst ein Stück Autonomie im ursprünglichen Wortsinn eingeräumt ist. Autonomie bedeutet, dass der Staat in seinem Regelungsanspruch zurücktritt und die Aushandlung der Tarifverträge, d.h. der Arbeitsbedingungen den Tarifvertragsparteien überlässt:¹²⁴ „Das kollektive Koalitionsrecht ... konstituiert über den liberalen Grundrechtsbereich hinaus einen besonderen Bereich gesellschaftspolitischer Eigenverantwortung.“¹²⁵ Das umfasst auch die arbeitsrechtlichen „Kampfmittel“, d.h. insbesondere den Streik als die zentrale Kampfmaßnahme der Arbeitnehmerseite in tarifvertraglichen Auseinandersetzungen.¹²⁶ „Autonomie“ bedeutet hier – wie in anderen Zusammenhängen (Art. 28 Abs. 2 GG – kommunale Selbstverwaltung; Art. 40 Abs. 1 Satz 2 GG – Geschäftsordnungsautonomie des Deutschen Bundes-

112 Schuppert, Der Staat 15 (1976), 114, 117 f. unter Berufung auf BVerfGE 34, 293, 301 f.; Morgenthaler, Freiheit durch Gesetz, 1999, S. 259 ff. und passim; a.A. Ipsen, DVBl. 1984, 1104, 1105; dagegen zutreffend wiederum Lerche, NJW 1987, 2465, 2471; Kloepfer, NJW 1985, 2497, 2499 f.

113 Vgl. aus der Literatur etwa differenziert Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, zu den verfassungsrechtlichen Maßstäben v.a. S. 82 ff.

114 Deutlich Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 79 ff., 189 f.; mit anderem Ansatz, auch Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 207 ff., 232 ff.

115 Vgl. Morgenthaler, Freiheit durch Gesetz, 1999, im Untertitel: „Der parlamentarische Gesetzgeber als Erstadressat der Freiheitsgrundrechte“.

116 Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 233.

117 Zeuner, Gedanken zum Verhältnis von Richterrecht und Betätigungsfreiheit der Beteiligten, dargelegt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: FS 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, 1979, S. 727, 742 ff., mit der Argumentation, dass wegen des Vorrangs des Gesetzes das gesetzestretende Richterrecht auch aus der grundrechtlich geschützten Betätigungsfreiheit der Tarifparteien Grenzen erfährt.

118 Kloepfer, NJW 1985, 2497, 2500 f.; differenziert zu den verschiedenen Arten von Richterrecht im hiesigen Bereich Lerche, NJW 1987, 2465, 2470.

119 Gärditz, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Stand des Gesamtwerks: 33. Lfg. Juli 2011, Art. 20 (6. Teil) Rn. 176.

120 Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 138 ff.; Lerche, NJW 1987, 2465, 2467 f.; Gärditz, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Stand des Gesamtwerks: 33. Lfg. Juli 2011, Art. 20 (6. Teil) Rn. 176.

121 Kloepfer, NJW 1985, 2497, 2501.

122 Vgl. wiederum Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 234: „Geht es um die grundlegend kontroverse Frage, was in einer Gesellschaft als gerechte Ordnung anzusehen ist und wie widerstreitende Interessen zu vermitteln sind, also um Probleme von offener Bewertungsqualität, so werden die verfahrensmäßigen Erkenntnismöglichkeiten des Richters und seine Stellung in der Verfassung überfordert.“

123 Vgl. auch Lerche, NJW 1987, 2465, 2467.

124 Löwer, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 9 Rn. 3; für die kommunale Selbstverwaltung mit ihrer Satzungsautonomie entsprechend etwa Janssen, Über die Grenzen des legislativen Zugriffsrechts, 1990, S. 128 ff.

125 Lerche, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, 1968, S. 27.

126 BVerfGE 84, 212 (225); Lerche, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, 1968, S. 14 ff., 42 ff.; Kemper, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 9 Abs. 3 Rn. 127.

tags; Selbstverwaltung der Wirtschaft im Kammerwesen) – ein Zurücktreten des (formal-)gesetzlichen Regelungsanspruchs, die grundsätzliche Überlassung eines Bereichs für die (soziale) Selbstorganisation.¹²⁷ Dies ist freilich stets nur für den Binnenbereich, für den Autonomie eingeräumt wurde, möglich: Im Bereich der kommunalen Selbstverwaltung beschränkt sich die Satzungsautonomie auf die „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“, im Bereich der parlamentarischen Geschäftsordnungsautonomie auf die Binnenorganisation des Parlaments, im Bereich der Selbstverwaltung der Wirtschaft auf die Kammermitglieder und den Sachbereich, für den Selbstverwaltung gewährt wird. Sobald Dritte, d.h. außerhalb des Bereichs der Selbstverwaltung Stehende, betroffen sind, tritt das Erfordernis eines Gesetzes *nicht* zurück. Das kann an den herangezogenen Beispielen von Selbstverwaltung verdeutlicht werden: Sobald der Binnenorganisationsbereich des Bundestags überschritten wird, ist eine gesetzliche Regelung, etwa im Abgeordnetengesetz erforderlich, reicht die Geschäftsordnung des Parlaments nicht aus; den berufsständischen Kammern steht weder ein allgemeinpolitisches Mandat zu, noch können durch berufsrechtliche Satzungen Dritte gebunden werden.¹²⁸ Diese Grenze gilt es auch bei der Tarifautonomie zu beachten: Solange nur die Tarifvertragsparteien betroffen sind, sieht Art. 9 Abs. 3 GG zumindest die Möglichkeit des Zurücktretens des Gesetzgebers vor; wenn zwingend Dritte, die nicht einer Koalition angehören und gar nichts mit der konkreten Tarifaueinandersetzung zu tun haben, systematisch und gezielt betroffen werden, stößt die Autonomie an Grenzen, wird die gesetzliche Grundlage für die richterliche Dezision *zwingend*.

Wenn die zentrale, einschlägige grundrechtliche Norm (Art. 9 Abs. 3 GG) hier einen Freiraum – Tarifautonomie – einräumt, kann aus dem auch in den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten verorteten staatlichen Regelungsvorbehalt nichts Gegenteiliges folgen. Nach dem Interpretationsansatz von der Einheit der Verfassung sind grundsätzlich alle verfassungsrechtlichen Normierungen prinzipiell gleichrangig und in der Anwendung einander so zuzuordnen, dass möglichst alle Wirklichkeit gewinnen können. Der Vorbehalt des Gesetzes erschöpft sich freilich nach zutreffender herrschender Ansicht nicht in den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten, sondern findet seine – historisch sogar vorrangigen

– Grundlagen im Rechtsstaats- und im Demokratieprinzip des Grundgesetzes. Von diesen Staatsfundamentalnormen kann ein Grundrecht allein nicht freizeichnen, es ist ein verfassungsrechtlicher Ausgleich herzustellen. In einem Arbeitskampfgesetz läge gerade kein Verstoß gegen die Neutralitätspflicht, die den Staat grundsätzlich im Bereich der Tarifautonomie bindet.¹²⁹ Dies gilt zumal für eine „grundrechtsorganisierende Gesetzgebung“¹³⁰, wie sie hier intendiert ist, denn Arbeitsk Kampfmaßnahmen sollen nicht generell verboten, sondern nur bestimmten Regeln unterworfen werden.¹³¹ Die „Wesentlichkeit“ einer Regelung des Arbeitskampfrechts im Sinne der Wesentlichkeitsrechtsprechung – besonders, sofern strukturell auch Drittinteressen betroffen sind – ist damit gegeben. *Michael Kloepfer* hat dies schon vor über 25 Jahren prägnant formuliert: „Bei allen Abgrenzungsschwierigkeiten im einzelnen kann freilich bezüglich der hier zu erörternden Problematik kaum bestritten werden, daß die allgemeine Ordnung der Arbeitsbeziehungen – jedenfalls eine grundsätzliche Regelung der kollektiven Arbeitsbeziehungen und vor allem des Arbeitskampfes – im Sinne der Konzeption der Wesentlichkeitstheorie prinzipiell eine wesentliche Frage wäre“¹³². *Peter Lerche* sprach schon vor Jahrzehnten von der „nur unfertig verfaßten Verantwortung der Sozialpartner“, die „insoweit noch offen“ und der Ausfüllung durch den Gesetzgeber bedürftig sei.¹³³ Dabei handele es sich nicht lediglich um ein Können oder Dürfen, sondern um einen „grundsätzlichen Auftrag“¹³⁴.

d) Interessenausgleich

Mag in der „klassischen“ Streiksituation, etwa im produzierenden Gewerbe, ein bipolares Verhältnis prägend sein, d.h. die Kampfmaßnahme der einen Partei zu einem Schaden ihres Gegners und umgekehrt führen, und bildet sich die Tarifautonomie in solchen Situationen spiegelbildlich in den wechselseitig eingesetzten Kampfmitteln ab, sind davon die hier im Fokus stehenden Streiksituationen im mehrpoligen Verhältnis abzugrenzen. Dass Schwerpunktstreiks im produzierenden Gewerbe und ähnliche Maßnahmen dann bei vergleichsweise geringem Mitteleinsatz zu großen mittelbaren Schäden auch in nicht unmittelbar bestreikten Betrieben derselben Branche führen sollen, ändert an dieser Situation grundsätzlich nichts, denn die Folgen treten bei Personen/Unternehmen ein,

129 *Scholz*, Koalitionsfreiheit, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 8, 2010, § 175 Rn. 49 f.

130 Begriff nach *Kloepfer*, NJW 1985, 2497, 2502; zuvor bereits ähnlich *Lerche*, *Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes*, 1968, S. 37 f.

131 *Lerche*, NJW 1987, 2465, 2471; dass ein generelles Verbot von Arbeitsk Kampfmaßnahmen verfassungswidrig wäre ist weitgehend anerkannt, vgl. nur *Lerche*, *Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes*, 1968, S. 54 f.

132 *Kloepfer*, NJW 1985, 2497, 2499.

133 *Lerche*, *Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes*, 1968, S. 32.

134 *Lerche*, *Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes*, 1968, S. 38.

127 Zumindest in diese Richtung BVerfGE 34, 307, 316; 50, 290, 367; ausführlich *Scholz*, Koalitionsfreiheit, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 8, 2010, § 175 Rn. 1 ff., 40 f.; ebd. Rn. 18 ff. wird darauf hingewiesen, dass im Bereich der Tarifautonomie weder ein rechtsfreier Raum geschaffen wird, noch das grundsätzlich gesetzliche Regelung zu unterbleiben hätte; konkret auf ein Arbeitsk Kampfgesetz bezogen ebd., Rn. 50; insgesamt auch *Otto*, FS Zeuner, 1994, S. 121 ff.

128 BVerfGE 33, 125, 157 ff. – „Facharzt“.

die ebenfalls zum Tarifkonflikt zählen oder zumindest im „Lager“ einer Tarifpartei stehen. Dass durch Streikaktionen der Bürger als Kunde ein Produkt – etwa ein Auto – später als erwartet erhält, kann nicht in diesem Sinne als Eingriff in die Rechtspositionen Dritter qualifiziert werden, denn es handelt sich nur um einen rechtlich irrelevanten tatsächlichen Reflex. Beschränken sich die Streikwirkungen jedoch nicht auf die an den Kampfhandlungen beteiligten Tarifvertragsparteien, ja ist die Auswirkung auf Dritte von der handelnden Kampfpartei als Druckmittel gerade intendiert, gehört sie gleichsam zum Wesensmerkmal der besonderen Situation eines konkreten Streiks, gelten von Verfassungs wegen andere Grundsätze. Gesetzesvorbehalt und Wesentlichkeitsdoktrin können und müssen ihre Wirkung voll entfalten. Der durch die gesetzliche Regelung hier herzustellende Interessenausgleich besteht nämlich nicht (nur) in der Regulierung der gegenläufigen Interessen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern, also der Tarifparteien, sondern zwischen dem Institut der Tarifautonomie einerseits und den Rechten Dritter andererseits.¹³⁵ Dass Art. 9 Abs. 3 GG vorbehaltlos gewährleistet ist, entbindet gerade nicht von dem Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für grundrechtsrelevantes staatliches Handeln,¹³⁶ sondern fordert lediglich die Beachtung verfassungsimmanenter Grundrechtsschranken, also von Grundrechten Dritter oder sonstiger mit Verfassungsrang ausgestatteter Rechtsgüter:¹³⁷ „Für die erforderliche Ausgleichsregelung ist wiederum der demokratisch legitimierte Gesetzgeber primär zuständig ... Eine Grenzziehung durch Gesetz – und nicht durch exekutiven oder judikativen Einzelakt – ist insofern nicht etwa entbehrlich, sondern im Gegenteil wegen des hohen Ranges der vorbehaltlosen Grundrechte sogar besonders wichtig“¹³⁸. Streik und Aussperrung in der Daseinsvorsorge können dabei beide möglichen verfassungsimmanenten Schranken betreffen: An der Arbeitskampsituation Unbeteiligte werden in grundrechtlich fundierten Rechtspositionen verletzt oder ein mit Verfassungsrang ausgestattetes Rechtsgut – etwa ein sicherer und funktionierender Luftverkehr, Art. 87d GG; die Krankenversorgung¹³⁹; die Energieversorgung¹⁴⁰ – erfordert eine gesetzliche Regelung.

3. ZWISCHENERGEBNIS

In der diesem Gesetzesvorschlag zugrunde liegenden Dreieckskonstellation des Arbeitskamps in der Daseinsvorsorge, die den Bereich der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie durch die Einbeziehung Dritter überschreitet, ist aufgrund der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes in ihrer Ausprägung als Wesentlichkeitstheorie eine gesetzliche Regulierung des Streiks in der Daseinsvorsorge von Verfassungs wegen erforderlich, da es sich um eine „wesentliche“ Entscheidung handelt, die Grundrechte Dritter und sonstige mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtsgüter betrifft. Es besteht eine Verfassungserwartung auf gesetzliche Regelung dieses Bereichs.

135 *Kemper*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 9 Abs. 3 Rn. 117.

136 Vgl. etwa *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II: Grundrechte, 26. Aufl. 2010, Rn. 344.

137 *Bauer*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 9 Rn. 94.

138 *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Vorb. vor Art. 1 Rn. 141.

139 BVerfGE 57, 70, 99.

140 BVerfGE 66, 248, 258.

III. AUSGESTALTUNG UND EINSCHRÄNKBARKEIT DES GRUNDRECHTS DER KOALITIONSFREIHEIT

Unter dem Begriff „Streik“ ist „die gemeinsame und planmäßig durchgeführte Arbeitseinstellung durch eine größere Anzahl von Arbeitnehmern mittels vorübergehender Suspendierung der Arbeitsverhältnisse zwecks Erreichung eines bestimmten Kampfziels“¹⁴¹ zu verstehen. Das Streikrecht hat seine verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 9 Abs. 3 GG.¹⁴² Das dort garantierte „Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden“, wird – obschon im Verfassungstext nicht explizit enthalten – in Rechtsprechung und Literatur als Koalitionsfreiheit bezeichnet.¹⁴³

1. SCHUTZBEREICH DER KOALITIONSFREIHEIT

Koalitionen im Sinne dieses Grundrechts sind *besondere* Vereinigungen, wie Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG mit seiner Zweckbindung verdeutlicht.¹⁴⁴ Koalitionen weisen Ähnlichkeiten zu den Vereinigungen im Sinne des Art. 9 Abs. 1 GG auf, unterscheiden sich freilich auch in vielerlei Hinsicht von ihnen. Der wesentlichste Unterschied ist der Vereinigungszweck.¹⁴⁵ Dieser besteht für Koalitionen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG in der „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“. Sofern Vereinigungen, die an sich die Voraussetzungen des Koalitionsbegriffs erfüllen, außerhalb des von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG vorgegebenen Zwecks agieren, unterstehen sie allein dem Schutz des Art. 9 Abs. 1 GG.¹⁴⁶ Welche Voraussetzungen für den Schutz der Koalitionsfreiheit erfüllt sein müssen und welche Rechte daran geknüpft sind, wird im Folgenden dargestellt.

a) Persönlicher Schutzbereich

Im Unterschied zur allgemeinen Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG handelt es sich bei der Koalitionsfreiheit um ein Menschen- oder Jedermannrecht, das nicht nur Deutschen zuteil wird. Der Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG („... für jedermann und für alle Berufe ...“) sowie die Zweckbindung lassen jedoch darauf schließen, dass nur solche Menschen Inhaber dieses Grundrechts

sein sollen, die (irgend-)einen Beruf ausüben.¹⁴⁷ Das Bundesverfassungsgericht versteht die Koalitionsfreiheit, wie auch die allgemeine Vereinigungsfreiheit, als sog. Doppelgrundrecht, nach dem sowohl die individuelle als auch die kollektive Koalitionsfreiheit geschützt sind.¹⁴⁸ Unter kollektiver Koalitionsfreiheit ist dabei das „Recht der Vereinigung selbst“ zu verstehen, „durch spezifisch koalitionsmäßige Betätigung die in Art. 9 Abs. 3 GG genannten Zwecke zu verfolgen“¹⁴⁹. Für diese Sichtweise spricht – neben dem Erfordernis eines effektiven Grundrechtsschutzes und entgegen einiger abweichender Stimmen im Schrifttum¹⁵⁰ –, dass in Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG von „Arbeitskämpfen“ die Rede ist, mithin von einer spezifisch durch die Koalitionen in ihrer Eigenschaft als Kollektiv wahrzunehmenden Betätigungsform.¹⁵¹

b) Sachlicher Schutzbereich

aa) Voraussetzungen

Voraussetzung für den Schutz durch Art. 9 Abs. 3 GG ist, für die Koalition wie für jede Vereinigung gemäß Art. 9 Abs. 1 GG, dass sie eine Personenmehrheit mit einem gemeinsamen Zweck darstellt, die sich freiwillig und mit zeitlicher und organisatorischer Stabilität zusammengeschlossen hat.¹⁵² Hinzu tritt für den Begriff der Koalition als „besondere Vereinigung“ – wie bereits angedeutet – das Bedürfnis des spezifischen Vereinigungszwecks der „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“. Unter den Begriff „Arbeitsbedingungen“ fallen alle im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis stehenden Gesichtspunkte und Interessen, etwa Löhne, Arbeitszeit und -schutz sowie Urlaubsregelungen.¹⁵³ Den „Wirtschaftsbedingungen“ werden demgegenüber die darüber hinausgehenden allgemeinen wirtschafts- und sozialpolitischen Aspek-

141 Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 9 Rn. 322.

142 Näher hierzu unter II 2 b.

143 Bauer, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 9 Rn. 66; vgl. Rudkowski, Der Streik in der Daseinsvorsorge, 2010, S. 21, die das Streikrecht als „Annexgewährleistung“ zur Koalitionsfreiheit ansieht.

144 S. aber Kemper, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 9 Abs. 3 Rn. 82, der darauf hinweist, dass im Verhältnis zu Art. 9 Abs. 1 GG keine einfache Spezialität bestehe, da Art. 9 Abs. 3 GG nicht nur das Bilden einer speziellen Art von Vereinigung, sondern auch eine koalitionszweckverfolgende Betätigung schütze.

145 BVerfGE 84, 212, 224; Bauer, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 9 Rn. 66.

146 Bauer, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 9 Rn. 66.

147 Scholz, Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, S. 42.

148 Statt vieler BVerfGE 92, 365, 393; 100, 271, 282; 103, 293, 304; so auch Dietlein, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, 2006, S. 2016; Bauer, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 9 Rn. 69; Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 9 Rn. 170; Cornils, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2009, Art. 9 Rn. 44.

149 BVerfGE 92, 365, 393.

150 Vgl. etwa Höfling, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Auflage 2011, Art. 9 Rn. 67; Kemper, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 9 Abs. 3 Rn. 136; Scholz, Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, S. 51 ff., 121 ff.; Pieroth/Schlink, Staatsrecht II: Grundrechte, 26. Aufl. 2010, Rn. 737, die gleichwohl zu einer Grundrechtsträgerschaft der Koalitionen gelangen, jedoch über Art. 19 Abs. 3 GG.

151 Bauer, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 9 Rn. 69.

152 Bauer, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 9 Rn. 74; Dietlein, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, 2006, S. 2026; Kemper, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 9 Abs. 3 Rn. 96 f.; problematisch kann das Merkmal der „zeitlichen Stabilität“ im Rahmen von Art. 9 Abs. 3 GG bei sog. ad-hoc-Koalitionen zur Verfolgung eines einmaligen Ziels werden. Entscheidend ist jedoch, dass „der Zusammenschluss über eine organisierte, gemeinsame Willensbildung zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks verfügt“, vgl. Kemper, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 9 Abs. 3 Rn. 97.

153 Bauer, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 9 Rn. 75; Cornils, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2009, Art. 9 Rn. 45; Jarass, in: ders./Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 11. Auflage 2011, Art. 9 Rn. 34.

te zugeordnet, z.B. Arbeitslosigkeit, Konjunkturfragen oder die Einführung neuer Technologien.¹⁵⁴ Nach dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG muss die Koalition für beide Zwecke gemeinsam handeln.¹⁵⁵ In der Praxis entsprechen daher dem Koalitionsbegriff des Art. 9 Abs. 3 GG die Arbeitgeberverbände und die Gewerkschaften sowie die jeweiligen Spitzenverbände.¹⁵⁶ Darüber hinaus wird für den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG das Bedürfnis des Vorliegens weiterer Kriterien diskutiert, die aus der Funktion des Grundrechts hergeleitet werden:¹⁵⁷ (1) Gegnerfreiheit und Gegnerunabhängigkeit, (2) Überbetrieblichkeit, (3) Durchsetzungsfähigkeit bzw. Verbandsmacht sowie (4) Tarifwilligkeit und Kampfbereitschaft. Ob und in welchem Umfang diese Voraussetzungen tatsächlich vorliegen müssen, damit eine Vereinigung als Koalition in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG fällt, wird unterschiedlich bewertet.¹⁵⁸ Die einzelnen Voraussetzungen erklären sich vorrangig mit dem Bedürfnis nach effektiver Interessenvertretung durch die Koalition und sind daher in ihrer Bedeutung auch daran zu messen. Eine effektive Aufgabenwahrnehmung wäre etwa im Fall einer aus Arbeitgebern und Arbeitnehmern bestehenden Vereinigung nicht oder nicht in gleichem Ausmaß möglich. Ebenso ist kaum von einer wirksamen und unabhängigen Aufgabenerfüllung zu sprechen, wenn die Mitglieder der Vereinigung sämtlich Angehörige eines Betriebs sind, dessen Führung Kündigungen aussprechen und durch diese Möglichkeit Einfluss auf Entscheidungsprozesse nehmen kann. Insofern wird man das Kriterium der Gegnerunabhängigkeit wie auch die Unterfälle der Gegnerfreiheit und der Überbetrieblichkeit¹⁵⁹ im Regelfall voraussetzen haben. Allerdings birgt ein starres Festhalten am Kriterium der Überbetrieblichkeit die Gefahr, dass die „Reichweite grundrechtlicher Gewährleistungen“ von „faktischen Machtverhältnissen“ abhängig gemacht wird.¹⁶⁰ Zumindest bei monopolartigen Großkonzernen sollte das Merkmal der Überbetrieblichkeit daher reduziert

werden;¹⁶¹ entscheidend ist die Gegnerunabhängigkeit, die auch in Großbetrieben gewährleistet sein kann. Weiterhin ist insbesondere die Voraussetzung der Tarifwilligkeit umstritten.¹⁶² Vor dem Hintergrund, dass Art. 9 Abs. 3 GG keineswegs zur Inanspruchnahme des Mittels des Tarifvertrags zwingt und dass auch im Rahmen des Grundrechts der Koalitionsfreiheit die Prämisse gilt, ein Recht nicht ausüben zu *müssen*,¹⁶³ sondern vielmehr das Ziel der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen auch auf anderem Wege zu erreichen ist,¹⁶⁴ sollte das Merkmal der Tarifwilligkeit kein zwingendes Kriterium für den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG darstellen. Die der Tarifwilligkeit nachgeordnete¹⁶⁵ Kampfbereitschaft wird heute nicht mehr als zwingendes Kriterium angesehen.¹⁶⁶ *Dietlein* führt hierzu treffend aus: „Auch eine Vereinigung, die den Arbeitskampf als letztes Mittel ausschließt, kann willens und in der Lage sein, die Interessen seiner Mitglieder mit dem erforderlichen Druck – womöglich sogar mit dem Instrument des Tarifvertrages – zu vertreten“¹⁶⁷. Schließlich ist dem Kriterium der Durchsetzungsfähigkeit bzw. Verbandsmacht aufgrund seiner schweren Abwäg- und Einschätzbarkeit auf der einen, der daran gleichwohl geknüpften schwerwiegenden Folgen gerade für im Entstehen befindliche Koalitionen auf der anderen Seite eine Absage zu erteilen.¹⁶⁸

bb) Geschützte Tätigkeiten im Allgemeinen

Inhalt der individuellen Koalitionsfreiheit sind vor allem das Gründungs- und Beitrittsrecht sowie das Recht, an einer geschützten Tätigkeit der Koalition teilzunehmen, beispielsweise an Arbeitskampfhandlungen.¹⁶⁹

Die kollektive Koalitionsfreiheit umfasst zunächst alle Tätigkeiten, die auch im

154 *Bauer*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 9 Rn. 75; *Cornils*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2009, Art. 9 Rn. 46; *Jarass*, in: ders./Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 11. Auflage 2011, Art. 9 Rn. 34; zur Begrifflichkeit eingehend *Dietlein*, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, 2006, S. 2049 ff.

155 Dies dient vornehmlich der Abgrenzung von reinen Wirtschafts- oder Verbraucherverbänden, die keine Koalitionen i.S.v. Art. 9 Abs. 3 GG darstellen (sollen), s. *Bauer*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 9 Rn. 75.

156 *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 9 Rn. 193, 220; *Jarass*, in: ders./Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 11. Auflage 2011, Art. 9 Rn. 34.

157 Vgl. *Bauer*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 9 Rn. 76.

158 Vgl. zu den einzelnen Kriterien eingehend und m.w.N. *Dietlein*, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, 2006, S. 2031 ff.; *Kemper*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 9 Abs. 3 Rn. 102 ff. erkennt etwa nur die Gegnerunabhängigkeit als Begriffsmerkmal der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs.3 GG an.

159 Letztlich kommt es maßgeblich auf die Unabhängigkeit der Koalition von etwaiger Einflussnahme durch die gegnerische Seite an. Diese kann sowohl durch Gegner „in den eigenen Reihen“ als auch durch die Beschränkung auf Bedienstete nur eines Betriebes gefährdet sein. Vgl. *Dietlein*, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, 2006, S. 2034 f.

160 *Dietlein*, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, 2006, S. 2035.

161 *Bauer*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 9 Rn. 78; *Löwer*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 9 Rn. 77; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 9 Rn. 212; für die vollständige Aufgabe dieses Kriteriums *Dietlein*, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, 2006, S. 2036.

162 Dafür etwa *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Auflage 2011, Art. 9 Rn. 61; *Löwer*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 9 Rn. 76, dagegen z.B. *Dietlein*, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, 2006, S. 2036; *Kemper*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 9 Abs. 3 Rn. 184.

163 *Dietlein*, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, 2006, S. 2036.

164 Vgl. BVerfGE 50, 290, 371; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 9 Rn. 299.

165 *Dietlein*, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, 2006, S. 2037: „akzessorischen“.

166 Statt vieler *Dietlein*, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, 2006, S. 2037 m.w.N.

167 *Dietlein*, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, 2006, S. 2037.

168 So auch *Bauer*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 9 Rn. 79; *Cornils*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2009, Art. 9 Rn. 50; *Kemper*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 9 Abs. 3 Rn. 186; *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Auflage 2011, Art. 9 Rn. 59; *Dietlein*, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, 2006, S. 2038; a.A. *Löwer*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 9 Rn. 76; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 9 Rn. 218.

169 *Jarass*, in: ders./Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 11. Auflage 2011, Art. 9 Rn. 36; *Cornils*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2009, Art. 9 Rn. 53; *Kannengießer*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 12. Auflage 2011, Art. 9 Rn. 23.

Rahmen der allgemeinen Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG geschützt sind, d.h. es werden alle Tätigkeiten zur Sicherung der Existenz- und Funktionsfähigkeit der Koalition sowie ihre Selbstbestimmung über die eigene Organisation, das Verfahren ihrer Willensbildung und die Führung der Geschäfte geschützt.¹⁷⁰ Nicht geschützt sind hingegen Tätigkeiten, die auch von Einzelpersonen in gleicher Weise vorgenommen werden können. In diesen Fällen richtet sich der grundrechtliche Schutz der Tätigkeit nach dem jeweils einschlägigen Grundrecht.¹⁷¹

Darüber hinaus schützt Art. 9 Abs. 3 GG das Recht, „durch spezifisch koalitionsmäßige Betätigung die in Abs. 3 genannten Zwecke zu verfolgen“¹⁷². In diesem Sinn sollen – nach ursprünglicher Beschränkung auf einen „Kernbereich spezifisch koalitionsmäßiger Betätigung“¹⁷³ – alle koalitionspezifischen Verhaltensweisen von der Koalitionsfreiheit erfasst sein.¹⁷⁴

Die Koalitionsfreiheit lässt sich demgemäß in die Teilbereiche Koalitionsbestandsgarantie, Koalitionszweckgarantie, Koalitionsverfahrensgarantie und Koalitionsmittelgarantie aufgliedern.¹⁷⁵ Anders formuliert: Die durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Art. 9 Abs. 3 GG entnommene „Koalitionsbetätigungsfreiheit“ fungiert als Oberbegriff für den Koalitionsbestand, das Koalitionsverfahren, den Prozess zur Erreichung des Koalitionszwecks (der Wahrung bzw. Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen) und die hierzu erforderlichen Mittel.¹⁷⁶ Das wichtigste Mittel zur Erreichung des Koalitionszwecks ist der Tarifvertrag als Ausdruck der durch Art. 9 Abs. 3 GG grundgelegten Tarifautonomie.¹⁷⁷ In ihm manifestiert sich der Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, er „ist das historisch gewachsene und im TVG näher normierte funktionstypische Mittel, um der Regelungsbefugnis („Wahrung und Förderung“) der Koalitionen hinsichtlich der im Verfassungstext genannten Ziele Geltungsmacht zu verschaffen“¹⁷⁸. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 26. Juni 1991 zur Tarifautonomie ausgeführt:

170 Jarass, in: ders./Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 11. Auflage 2011, Art. 9 Rn. 8, 37.
 171 Jarass, in: ders./Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 11. Auflage 2011, Art. 9 Rn. 9.
 172 BVerfGE 94, 268, 283; 100, 271, 282; 103, 293, 304; 116, 202, 219.
 173 BVerfGE 50, 290, 369; 88, 103, 114; s. hierzu eingehend Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 9 Rn. 265.
 174 BVerfGE 94, 268, 283; 100, 271, 282; statt Vieler Cornils, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2009, Art. 9 Rn. 55; Hufen, Staatsrecht II. Grundrechte, 3. Aufl. 2011, § 37 Rn. 6.
 175 Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 9 Rn. 242.
 176 Vgl. Dietlein, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, 2006, S. 2052; Rudkowski, Der Streik in der Daseinsvorsorge, 2010, S. 12.
 177 Vgl. Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 9 Rn. 299; Kannengießer, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 12. Auflage 2011, Art. 9 Rn. 23; Cornils, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2009, Art. 9 Rn. 61; Rudkowski, Der Streik in der Daseinsvorsorge, 2010, S. 12.
 178 Höfling, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Auflage 2011, Art. 9 Rn. 84.

„Tarifautonomie ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluß von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen.“¹⁷⁹

cc) Streik als geschützte Tätigkeit im Besonderen

Bedingung für einen wirklichen Interessenausgleich ist die Waffengleichheit der Tarifparteien. Das hat zur Folge, dass eine Druckausübung im Wege des Arbeitskampfes zur Stärkung der Verhandlungsposition und zur Herstellung eines Verhandlungsgleichgewichts (Verhandlungsparität) beiden Seiten möglich sein muss.¹⁸⁰ Die zur Ausübung von Druck zur Verfügung stehenden Mittel können als Ausdruck der Koalitionsmittelgarantie (s.o.) von den Koalitionen grundsätzlich frei gewählt werden,¹⁸¹ sofern hier näher zu bestimmende Grenzen eingehalten sind. Zu den nach Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tätigkeiten zählt daher anerkanntermaßen vor allem der Streik, soweit er „auf den Abschluß von Tarifverträgen gerichtet“¹⁸² ist.¹⁸³ Die Arbeitsniederlegung stellt das wirkungsvollste Druckmittel der Arbeitnehmerseite dar. Ohne diese Möglichkeit würde der Arbeitskampf aus Sicht der Arbeitnehmer zum „kollektiven Betteln“ mit wenig Aussicht auf Durchsetzung der eigenen Interessen verkommen.¹⁸⁴ Dem Streik kommt somit eine wichtige Hilfsfunktion für die von Art. 9 Abs. 3 GG intendierte Tarifautonomie zu. Der Streik als Arbeitskampfmaßnahme wird daher von der Koalitionsfreiheit erfasst, soweit er allgemein erforderlich ist, „um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen“¹⁸⁵. Aufgrund der Natur eines „Hilfswerkzeugs“ muss sich der Streik – wie auch die Aussperrung – als Arbeitskampfmaßnahme folglich stets an dem übergeordneten Koalitionszweck der Tarifautonomie messen lassen. Sobald er zur Herstellung derselben nicht erforderlich ist, fehlt ihm

179 BVerfGE 84, 212, 229.

180 Vgl. BVerfGE 84, 212, 229; Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 9 Rn. 288 ff.; Rudkowski, Der Streik in der Daseinsvorsorge, 2010, S. 12.

181 Vgl. BVerfGE 84, 212, 224 f.; 88, 103, 114; 94, 268, 283; BAG, NZA 2007, 1055 m.w.N.; Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 9 Rn. 298; Bauer, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 9 Rn. 84.

182 BVerfGE 92, 365, 393 f.; s.a. BVerfGE 88, 103, 114.

183 Kemper, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 9 Abs. 3 Rn. 161; Bauer, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 9 Rn. 84; Cornils, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2009, Art. 9 Rn. 67; Kannengießer, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 12. Auflage 2011, Art. 9 Rn. 26; Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 9 Rn. 322; Löwer, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 9 Rn. 80; s.a. Dietlein, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, 2006, S. 2059, der anmerkt, dass die Anerkennung des Arbeitskampfmittels der Aussperrung längere Zeit umstritten war.

184 BAGE 46, 322, 346; Rudkowski, Der Streik in der Daseinsvorsorge, 2010, S. 13; vgl. Kemper, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 9 Abs. 3 Rn. 161: „Gerade das Recht, die Arbeit zu verweigern, ohne das Arbeitsverhältnis aufzugeben, beseitigt die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmer in ihrem Bestreben um Verbesserung der Arbeitsbedingungen“.

185 BVerfGE 84, 212, 224; vgl. a. Kemper, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 9 Abs. 3 Rn. 126; Bauer, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 9 Rn. 84.

die verfassungsrechtliche Absicherung durch Art. 9 Abs. 3 GG.¹⁸⁶ Des Weiteren sind Einschränkungen des Streikrechts zulässig, sofern die Zweckerreichung der Tarifautonomie bzw. des Tarifvertrags nicht gefährdet ist.¹⁸⁷

2. SCHRANKEN DES STREIKRECHTS ALS TEIL DER KOALITIONSFREIHEIT

Da das Streikrecht als Arbeitskampfmaßnahme in der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG wurzelt, unterliegt es grundsätzlich auch deren Schranken, die im Folgenden skizziert werden. Das Grundrecht ist auf die Ausgestaltung durch den Gesetzgeber angelegt. Ähnlich wie die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG handelt es sich damit um ein sog. normgeprägtes Grundrecht. Die Ausgestaltung unterliegt damit auch der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, insbesondere nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.¹⁸⁸

a) Art. 9 Abs. 2 GG

Art. 9 Abs. 2 GG verbietet Vereinigungen, deren Zwecke oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten. Umstritten ist, ob diese Schranke aufgrund ihrer systematischen Stellung vor Art. 9 Abs. 3 GG auf diesen anwendbar ist.¹⁸⁹ Entscheidend ist, dass für die Frage nach der Bildung einer Koalition i.S.v. Art. 9 Abs. 3 GG tatbestandlich auf Art. 9 Abs. 1 GG zurückgegriffen wird.¹⁹⁰ Demgemäß müssen die der Bildung von Vereinigungen nach Art. 9 Abs. 1 GG mit Art. 9 Abs. 2 GG gesetzten Schranken auch für Koalitionen gelten.¹⁹¹ Hierfür spricht auch, dass sowohl in Abs. 3 als auch in Abs. 2 von „Vereinigungen“ als Oberbegriff für „Vereine und Gesellschaften“ in Abs. 1 die Rede ist.¹⁹²

186 Aus diesem Grund sind nicht von Koalitionen ausgehende „wilde Streiks“ oder „Sympathie- bzw. Solidaritätsstreiks“ nicht von Art. 9 Abs. 3 GG geschützt, vgl. *Jarass*, in: *ders./Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 11. Auflage 2011, Art. 9 Rn. 40; *Dietlein*, in: *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, 2006, S. 2062 ff.; *Höfling*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Auflage 2011, Art. 9 Rn. 108, merkt hingegen an, dem sog. wilden Streik könne nicht von vornherein der tatbestandliche Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG versagt werden.

187 Art. 9 Abs. 3 GG muss vor diesem Hintergrund funktional ausgelegt werden, s. *Scholz*, Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, S. 117 ff.; *ders.*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz. Kommentar, Art. 9 Rn. 163.

188 *Bauer*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 9 Rn. 92.

189 Zum Streitstand s. *Kemper*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 9 Abs. 3 Rn. 188 m.w.N.; dafür etwa *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz. Kommentar, Art. 9 Rn. 377; *Kemper*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 9 Abs. 3 Rn. 189; dagegen etwa *Höfling*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Auflage 2011, Art. 9 Rn. 126 ff.

190 S.o.; *Kemper*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 9 Abs. 3 Rn. 189.

191 *Kemper*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 9 Abs. 3 Rn. 189.

192 *Kemper*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 9 Abs. 3 Rn. 189.

b) Grundrechte Dritter

Die verfassungsrechtliche Garantie der Koalitionsfreiheit ist als sog. vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht ausgestaltet, d.h. der Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 GG sieht explizit keine Schranke vor. Auch wenn die Koalitionsfreiheit ohne Gesetzesvorbehalt gewährleistet wird, findet sie – wie jedes vorbehaltlos gewährleistete Grundrecht – verfassungsimmanente Schranken, zu denen mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtsgüter und insbesondere die Grundrechte Dritter zu zählen sind.¹⁹³ Auch der durch vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte garantierte Freiheitsgebrauch birgt die Gefahr von Konflikten in sich; die Lösung des Grundgesetzes besteht nun darin, dass der Gesetzgeber die Schrankensetzung hier an die Verfassung anseilen muss, in der Bestimmung der freiheitsbeschränkenden Ziele mithin nicht die gleiche Freiheit genießt, wie bei einem einfachen Gesetzesvorbehalt unterfallenden Grundrechten.¹⁹⁴ Im Übrigen sind vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte jedoch nicht schwerer einschränkbar, als solche, die Gesetzesvorbehalten unterliegen. Ist die Grundrechtsschranke verfassungsimmanent abgesichert, finden die gleichen Schranken-Schranken Anwendung, wie bei schon dem Wortlaut nach einschränkbareren Verbürgungen.

Kollisionen mit Grundrechten Dritter sind nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz in der Weise aufzulösen, dass beide Positionen größtmögliche Wirkung entfalten.¹⁹⁵ Keines der widerstreitenden Grundrechte kann von vornherein für sich ein größeres Gewicht beanspruchen, es soll ein möglichst schonender Ausgleich gefunden werden.¹⁹⁶ Hierzu ist eine Einzelfallabwägung unerlässlich.

Festzuhalten ist, dass auch eine Durchsetzung höherrangiger Rechte nicht ohne gesetzliche Grundlage vollzogen werden kann, da wesentliche Entscheidungen allein der Gesetzgeber treffen kann.¹⁹⁷ Im Einzelfall kann ein Streik in Krankenhäusern im Hinblick auf Art. 2 Abs. 2 GG unzulässig sein oder ein Streik in Presseunternehmen wegen Art. 5 Abs. 1 GG verboten werden, wenn dadurch die öffentliche Meinungsbildung in großem Umfang empfindlich beeinträchtigt

193 Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BVerfGE 84, 212, 228; 92, 26, 41; 94, 268, 284; *Kluth*, in: *Friauf/Höfling*, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Stand des Gesamtwerks: 33. Lieferung, Juli 2011, Art. 9 Rn. 254 ff.; allgemein zu verfassungsimmanenten Schranken *Hufen*, Staatsrecht II. Grundrechte, 3. Aufl. 2011, § 9 Rn. 30 ff.; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte. Staatsrecht II, 27. Aufl. 2011, Rn. 268 ff.

194 *Pieroth/Schlink*, Grundrechte. Staatsrecht II, 27. Aufl. 2011, Rn. 270.

195 Statt vieler BVerfGE 93, 1, 21; BAG, NZA 2005, 592; *Isensee*, in: *ders./Kirchhof* (Hrsg.), HbdStR, Bd. VII, 1. Aufl. 1992, § 162, Rn. 41; *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz. Kommentar, Art. 9 Rn. 353.

196 BVerfGE 103, 21, 33.

197 *Jarass*, in: *ders./Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 11. Auflage 2011, Art. 9 Rn. 51; *Bauer*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 9 Rn. 95; *Hufen*, Staatsrecht II. Grundrechte, 3. Aufl. 2011, § 37 Rn. 20; ferner *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz. Kommentar, Art. 20 Rn. VI 105.

wird.¹⁹⁸ Zudem sind Kollisionen mit Art. 4 Abs. 1 und 2 sowie 140 GG, ferner mit Art. 12 oder 14 GG denkbar.¹⁹⁹ Bei der Kollision zwischen Koalitionsfreiheit auf der einen und Koalitionsfreiheit auf der anderen Seite hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass eine Beschränkung der Aussperrungsbefugnis der Arbeitgeber „mit dem Schutz entgegenstehender Grundrechte der Arbeitnehmer und ihrer Organisationen“ aus Art. 9 Abs. 3 GG zu rechtfertigen sei.²⁰⁰

c) Weitere Rechtsgüter mit Verfassungsrang

Zu anderen mit Verfassungsrang ausgestatteten Rechtsgütern sind insbesondere die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu zählen, die in Art. 33 Abs. 5 GG verankert sind.²⁰¹ Für Beamte ist, gemäß Art. 33 Abs. 5 GG als hergebrachter Grundsatz des Beamtentums, der Streik verboten.²⁰² Entsprechendes gilt für Soldaten und Richter.²⁰³ Auch die Bekämpfung der Massenarbeitslosigkeit ist – abgestützt auf Sozialstaatsprinzip, Menschenwürdegewährleistung und die Staatszielbestimmung des wirtschaftlichen Gleichgewichts (Art. 109 Abs. 2 GG) – als „verfassungsrangiger Beschränkungsgrund“²⁰⁴ angesehen worden.²⁰⁵ Für den Bereich der Daseinsvorsorge ist neben den verfassungskräftigen Gewährleistungen der hier in Rede stehenden Lebensbereiche die Schutzpflichtdimension der Grundrechte zu beachten: Vor allem elementare Güter wie Leben, körperliche Unversehrtheit aber auch Ernährung und innere Sicherheit finden – wie oben dargelegt – in der Schutzpflichtdimension eine verfassungskräftige Absicherung.

d) Spezielle Schranken des Arbeitskampfrechts?

aa) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Das Bundesarbeitsgericht hat mit seiner Entscheidung vom 21. April 1971 die Verhältnismäßigkeit zum „obersten Gebot“ des Arbeitskampfrechts erklärt, da auch der Arbeitskampf, ähnlich staatlichen Maßnahmen, in die Rechtspositio-

nen Dritter eingreife.²⁰⁶ Im Schrifttum wird daher die Ansicht vertreten, die Arbeitskampffreiheit (als Ausprägung der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG) unterliege der Schranke der Verhältnismäßigkeit.²⁰⁷ Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit verkörpere einen, „auch aus der Sicht des Art. 9 Abs. 3 GG geeigneten und sinngerechten Maßstab zum (verfassungskonformen) Interessenausgleich (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Rechtsausübungsschranke)“²⁰⁸. Eine Einschränkung der Koalitionsfreiheit durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird teilweise jedoch abgelehnt.²⁰⁹ Die Verwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als Einschränkung des Grundrechts der Koalitionsfreiheit sei dogmatisch nicht haltbar. Denn der Grundsatz wirke als Schranken-Schranke und sei als Grenze für staatliches Handeln für Fälle konzipiert, in denen eine Berechtigung zu Freiheitseingriffen durch einen Schrankenvorbehalt bestehe. Der Einsatz im Gegenteil, nämlich als Grundrechtsschranke, sei sinnwidrig.²¹⁰

bb) Gemeinwohl

Es wird weiter vertreten, das Streikrecht unterliege als Arbeitskampfmaßnahme der Schranke des überwiegenden Interesses des Gemeinwohls.²¹¹ Zur Begründung wird – wie schon beim Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Schranke – auf das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 21. April 1971 verwiesen, in dem es heißt:

*„Arbeitskämpfe müssen deshalb unter dem obersten Gebot der Verhältnismäßigkeit stehen. Dabei sind die wirtschaftlichen Gegebenheiten zu berücksichtigen, und das Gemeinwohl darf nicht offensichtlich verletzt werden.“*²¹²

Die Berücksichtigung des Gemeinwohls als Schranke des Arbeitskampfrechts wird damit begründet, dass im Arbeitskampf Schutzgüter der Allgemeinheit bzw. Drittinteressen von öffentlicher Bedeutung besonders gefährdet seien.²¹³

Dogmatisch werden die Koalitionen den Bindungen der Sozialpflichtigkeit ana-

198 Jarass, in: ders./Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 11. Auflage 2011, Art. 9 Rn. 55.

199 Vgl. die Übersichten bei Höfling, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Auflage 2011, Art. 9 Rn. 133 und Kluth, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Stand des Gesamtwerks: 33. Lieferung, Juli 2011, Art. 9 Rn. 256.

200 BVerfGE 84, 212, 228 mit dem Hinweis auf das Bedürfnis nach der Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit durch die Rechtsordnung, soweit das Verhältnis der Tarifvertragsparteien zueinander berührt wird, die beide den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG genießen; s.a. Bauer, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 9 Rn. 98.

201 Kluth, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Stand des Gesamtwerks: 33. Lieferung, Juli 2011, Art. 9 Rn. 256.

202 BVerfGE 8, 1, 17; 44, 249, 264; zu neueren Zweifeln, die freilich keine juristische Grundlage finden können, Lindner, DÖV 2011, 305.

203 Höfling, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Auflage 2011, Art. 9 Rn. 134.

204 Cornils, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2009, Art. 9 Rn. 89.1.

205 BVerfG, NJW 1999, 3033, 3034; vgl. Cornils, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2009, Art. 9 Rn. 89.1 mit weiteren Beispielen.

206 BAGE 23, 292, 306.

207 Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 9 Rn. 317; Rudkowski, Der Streik in der Daseinsvorsorge, 2010, S. 17.

208 Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 9 Rn. 317, hier Fn. 3.

209 Kemper, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 9 Abs. 3 Rn. 195: „systemwidrig“.

210 Kemper, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 9 Abs. 3 Rn. 159.

211 S. etwa Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 9 Rn. 274, 350; Kannengießer, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 12. Auflage 2011, Art. 9 Rn. 26; Rudkowski, Der Streik in der Daseinsvorsorge, 2010, S. 19 ff.; a.A. Kluth, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Stand des Gesamtwerks: 33. Lieferung, Juli 2011, Art. 9 Rn. 256; Kemper, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 9 Abs. 3 Rn. 195: „Eine Gemeinwohl schranke gilt gegenüber den Grundrechten nicht, auch nicht gegenüber Art. 9 Abs. 3 GG“.

212 BAGE 23, 292, 306.

213 Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 9 Rn. 274.

log Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG unterstellt, die sie zur Beachtung von Gemeinwohlinteressen verpflichten sollen.²¹⁴ Insbesondere in Bereichen, die Zwecken der öffentlichen Sicherheit oder der öffentlichen Daseinsvorsorge dienen, seien Arbeitskampfmaßnahmen unzulässig.²¹⁵ Dagegen wird eingewandt, eine Bindung der Träger der Koalitionsfreiheit an Belange des Allgemeinwohls bestehe nicht. Grundrechtliche Freiheit sei, vorbehaltlich einer einschlägigen Schrankenregelung in der Verfassung, nicht „funktional“ durch staatliche Vorgaben oder Erwartungen beschränkt oder beschränkbar.²¹⁶ Auf dieses Gemeinwohlkriterium kann für vorliegende Fragestellung verzichtet werden, da sich auf einer abstrakten Ebene Gemeinwohlziele in den objektivrechtlichen Grundrechtsgehalten, im Konkreten in der Entscheidung des Gesetzgebers niederschlagen.

3. ZWISCHENERGEBNIS

Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG schützt das Streikrecht als koalitionsgemäße Betätigung zur Verwirklichung von Tarifautonomie. Obgleich es seinem Wortlaut nach vorbehaltlos gewährleistet ist, kann es durch den Gesetzgeber eingeschränkt werden. Im Gegensatz zu unter Gesetzesvorbehalt stehenden Grundrechten, muss sich das einschränkende Gesetz jedoch auf sog. verfassungsimmanente Schranken in Form von Grundrechten Dritter oder sonstigen, mit Verfassungsrang ausgestatteten Gütern stützen können. Unter diesen Voraussetzungen sind gesetzliche Einschränkungen des Streikrechts im Bereich der Daseinsvorsorge als verhältnismäßiger Ausgleich zwischen dem Grundrecht und den verfassungsfundierten Schranken möglich. Wie gezeigt werden konnte, besteht in den hier der Daseinsvorsorge unterstellten Bereichen eine derartige verfassungsrechtliche Absicherung.

IV. INTERNATIONALE RECHTLICHE VORGABEN: ILO, EMRK, ESC

Die Vereinigungsfreiheit von Arbeitnehmern und Arbeitgebern wird auch von internationalen Normen geschützt. Besondere Bedeutung kommt auf internationaler Ebene den Regelungen der Internationalen Arbeitsorganisation (International Labour Association, ILO) sowie denjenigen des Europarates zu.

Die Vereinigungsfreiheit der Arbeitnehmer und die Betätigung von Gewerkschaften sind Gegenstand einer Reihe von ILO Konventionen und Erklärungen. Die Gründungscharta (*Constitution*) der ILO von 1919 nennt in ihrer Präambel²¹⁷ die Anerkennung des Prinzips der Vereinigungsfreiheit als eine der mit der Gründung der ILO angestrebten Verbesserungen. In der Deklaration von Philadelphia (1944)²¹⁸ wird sie als fundamentales Prinzip der ILO noch einmal betont. Auch in der *Declaration on fundamental principles and rights at work*²¹⁹ von 1998 findet sie Erwähnung. Dies macht deutlich, dass die Vereinigungsfreiheit als zentraler arbeitsrechtlicher Grundsatz auch im internationalen Recht anerkannt ist; über den Inhalt der Vereinigungsfreiheit (*freedom of association*) ist damit noch nichts gesagt. Eine nähere Konkretisierung führen die Konventionen Nr. 87 (Vereinigungsfreiheit und Schutz des Rechts auf Assoziation) und Nr. 98 (Recht auf Organisation und Kollektivverhandlungen) herbei. Die ILO Konvention Nr. 151 befasst sich speziell mit dem Schutz des Vereinigungsrechts im öffentlichen Dienst und mit Verfahren zur Festsetzung der Beschäftigungsbedingungen dort. Sie wurde von Deutschland jedoch nicht ratifiziert.²²⁰

Der Europarat hat zwei im hiesigen Kontext relevante Normkomplexe geschaffen. Der praktisch wichtigere ist die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK). Diese gilt nicht nur auf Grund des Transformationsgesetzes als einfaches Bundesrecht mit Gesetzesrang;²²¹ nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das Grundgesetz auch möglichst im Einklang mit der EMRK und der zu ihr ergangenen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) auszulegen.²²² Letzterer entscheidet verbindlich (Art. 32 EMRK) über die Auslegung der EMRK. Der hohe Stellenwert, den das Bundesverfassungsgericht seiner Rechtsprechung für die Auslegung

214 Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 9 Rn. 350.

215 Ebd.

216 Kemper, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 9 Abs. 3 Rn. 84.

217 Abrufbar unter <http://www.ilo.org/>, zuletzt abgerufen am 9.11.2011.

218 Sec. II (b). Abrufbar unter <http://www.ilo.org/>, zuletzt abgerufen am 9.11.2011.

219 Sec. 2 (a), ilolex 261998.

220 S. <http://www.ilo.org/>, zuletzt abgerufen am 9.11.2011.

221 S. etwa BVerfG v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a., NJW 2011, 1931 Rn. 87 m.w.N.

222 St. Rspr. seit BVerfGE 74, 358, 370; jüngst etwa BVerfG v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a., NJW 2011, 1931.

des nationalen Rechts einräumt, hat dazu geführt, dass die Garantien der EMRK die Auslegung der deutschen Grundrechte mit prägen. Deshalb ist Art. 11 Abs. 1 EMRK, der die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit schützt, die vermutlich wirkmächtigste internationalrechtliche Garantie der Vereinigungsfreiheit. Als Teil der allgemeinen Vereinigungsfreiheit wird in Art. 11 Abs. 1 Hs. 2 EMRK insbesondere das Recht, zum Schutz der eigenen Interessen Gewerkschaften zu gründen und ihnen beizutreten, genannt.

Die Europäische Sozialcharta (ESC) ist ebenso wie die EMRK ein im Rahmen des Europarates geschlossener völkerrechtlicher Vertrag, der den Vertragsstaaten die Einhaltung insbesondere sozialer Grundrechte auferlegt. Sie schützt in Art. 5 nicht nur die Vereinigungsfreiheit, sondern in Art. 6 Nr. 4 auch ausdrücklich das Streikrecht. Ob überhaupt und inwiefern die ESC innerstaatliche Rechtswirkungen zeitigt, ist umstritten. Jedenfalls gab es nur ein Ratifikations-, aber kein Transformationsgesetz.²²³ Die Gerichte und wohl auch die überwiegende Zahl der Literaturstimmen sind daher zurückhaltend, der ESC unmittelbare Wirkung im nationalen Recht zuzubilligen,²²⁴ andere sind großzügiger.²²⁵ Im hiesigen Zusammenhang kommt es auf diese Debatte nicht an: Ein Gesetzgebungsvorschlag muss schon deshalb die ESC beachten, damit die Bundesrepublik nicht gegen ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen verstößt.

Für ESC und ILO-Konventionen gleichermaßen gilt das vom Bundesverfassungsgericht begründete Gebot völkerrechtsfreundlicher Auslegung des deutschen Grundgesetzes²²⁶ und auch des übrigen Rechts.²²⁷ Vor allem aber bestimmt der EGMR den Umfang der Vereinigungsfreiheit nach Art. 11 EMRK auch durch einen Vergleich mit anderen völkerrechtlichen Instrumenten, besonderer Bedeutung kommt dabei den ILO-Konventionen und der ESC zu.²²⁸ Daher sind sie in die EMRK hineinzulesen und erlangen so ein erhöhtes Maß an Verbindlichkeit, da zumindest die EMRK unmittelbar im deutschen Recht anwendbar und das

Grundgesetz möglichst im Einklang mit ihr auszulegen ist.

Dennoch ist die praktische Bedeutung der ESC und der ILO-Konventionen ungleich geringer als die der EMRK, da es an einem Rechtsprechungsorgan vergleichbar dem EGMR fehlt. Für die ESC existiert zwar mit dem Europäischen Ausschuss für Soziale Rechte ein Überwachungsorgan (als Ausschuss unabhängiger Sachverständiger, Art. 25 ESC). Dieser überwacht jedoch nur insgesamt die Einhaltung der Charta auf Grund von Berichten über die Umsetzung, welche die Mitgliedsstaaten selbst einreichen (Art. 21 ESC). Ferner sind seine Stellungnahmen nur Grundlage für das Ministerkomitee, den Mitgliedsstaaten mit 2/3 Mehrheit Empfehlungen auszusprechen (Art. 29 ESC). Das Zusatzprotokoll über Kollektivbeschwerden von 1995 hat Deutschland nicht ratifiziert. Entsprechend hält man die Empfehlungen des Komitees und auch des Ministerrates ganz überwiegend für unverbindlich.²²⁹

An dem Fehlen in Autorität und Qualität dem EGMR vergleichbaren Kontrollorgan krankt auch die Umsetzung der ILO-Konventionen. Es existiert (lediglich) ein Komitee für die Vereinigungsfreiheit (*Committee on Freedom of Association, CFA*), das vor allem über die Einhaltung der Konventionen Nr. 87 und 94 wacht. Es nimmt Beschwerden an und hat in den Jahrzehnten seiner Existenz eine durchaus beachtliche Spruchpraxis entwickelt. Ihr fehlt aber die rechtliche Verbindlichkeit, denn nach Art. 37 Abs. 1 der *ILO-Constitution* ist dem Internationalen Gerichtshof die Auslegung derselben und der Konventionen überantwortet.²³⁰ Deshalb sind die „Entscheidungen“ des CFA letztlich nur eine Rechtsansicht unter vielen. Auch darf ihre Bedeutung nicht verkannt werden. Das CFA entscheidet nicht wie ein Gericht ausschließlich nach rechtlichen Maßstäben. Häufig gibt es in seinen *Conclusions* politische Empfehlungen ab, wie in Hinblick auf einen bestimmten Fall die Vereinigungsfreiheit besser umgesetzt werden könnte. Das bedeutet nicht zwingend, dass die bisherige Praxis unzulässig wäre. Allerdings ist die tendenziell recht streikfreundliche Spruchpraxis zumindest eine Leitlinie dafür, was in jedem Fall mit den ILO-Standards zu vereinbaren wäre. Sie ist in dem inzwischen in fünfter Auflage erscheinenden „Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO“ (Im Folgenden: Digest) zusammengefasst.

223 G. v. 19.9.1964 (BGBl. II S. 1261) sowie die Bek. v. 9.8.1965 (BGBl. II S. 1122); dazu *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 20 Rn. 20.

224 BAG v. 24.3.2004 – 5 AZR 303/03, NZA 2004, 971, 974; *Rüthers*, in: Brox/ders. (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 2. Aufl. 1982, Rn. 124; *Richardi*, in: Staudinger/Albrecht (Hrsg.), BGB, 13. Aufl. 2010, Vor § 611 BGB Rn. 1159; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Bd. 1, 1997, § 1 III. 1.a)(2), S. 51, § 20 III. 5.b)(4), S. 958; *Rieble*, RdA 2005, 200, 203f.; vgl. auch *Ricken*, in: Richardi/Wlotzke/Wißmann/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 2009, § 197 Rn. 4f.

225 *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 20 Rn. 19ff.; *Lörcher*, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 10 Rn. 22ff.

226 Vgl. nur BVerfG v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a., NJW 2011, 1931.

227 BAG v. 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 173 sowie zuvor BAG v. 12.9.1984 – 1 AZR 342/83, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 81; v. 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 162; s. auch 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4, wonach die ESC vom Gericht zu beachten ist.

228 EGMR v. 12.11.2008 – 34503/97, §§ 34-52, 147-150 (Demir et alia vs. Turkey) = NZA 2010, 1425; v. 21.4.2009 – 68959/01, § 24 (Enerji Yapi-Yol Sen vs. Turkey) = NZA 2010, 1423; v. 2.7.2002 – 30668/96 et alia, §§ 30-37, 48 (Wilson et alia vs. United Kingdom).

229 *Beppler*, FS Wissmann, 2005, S. 97, 107; *Rieble*, in: Löwisch (Hrsg.), Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 1997, S. 41; *Rieble*, RdA 2005, 200, 204; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 20 Rn. 32; *Däubler*, ArbuR 1998, 144, 147 f.; a.A. *Lörcher*, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 10 Rn. 27 ff.

230 *Wisskirchen*, ZfA 2003, 691, 712 f.; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 20 Rn. 46; a.A. *Lörcher*, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 10 Rn. 27 ff.

Nicht nur aus Gründen der Rechtssicherheit wird hier der recht restriktiven Spruchpraxis der Überwachungsorgane von ESC und ILO-Konventionen gefolgt. Eine gewisse Verbindlichkeit erhalten die Spruchpraxen der ILO-Gremien und des europäischen Ausschusses für Soziale Rechte dadurch, dass sich der EGMR bei der Auslegung von Art. 11 EMRK auch an ihnen orientiert. Der EGMR leitet den Umfang des Streikrechts durch einen Vergleich mit anderen völkerrechtlichen Instrumenten ab, besondere Bedeutung kommt dabei den ILO-Konventionen und der ESC zu.²³¹ Deren Inhalt entwickelt der EGMR unter Rückgriff auf die Entscheidungspraxis des CFA und des Europäischen Ausschusses für soziale Rechte.²³² Die Entscheidungen dieser Kommissionen prägen damit die authentische Auslegung der EMRK durch den EGMR. Mittelbar kommt ihnen dadurch durchaus eine erhebliche Verbindlichkeit zu. Auch deshalb wird im Folgenden die – recht weite – Spruchpraxis dieser Gremien zu Grunde gelegt. Regelungen, die ihr genügen, stehen in jedem Falle im Einklang mit den Vorgaben des internationalen Menschenrechts.

Grundlage der folgenden Ausführungen ist also der gemeinsame Standard, der sich den drei oben genannten Vertragswerken unter Beachtung der Spruchpraxis der jeweiligen Kontrollorgane (EGMR, CFA, Europäischer Ausschuss für Soziale Rechte) entnehmen lässt.

1. WEITER SCHUTZBEREICH

Ausdrücklich schützt nur Art. 6 Nr. 4 ESC das Streikrecht. Weder die eingangs genannten Grundlagenerklärungen der ILO noch die ILO-Konventionen selbst enthalten ihrem Wortlaut nach eine unmittelbare Garantie des Streikrechts. Am ehesten ließe es sich aus Art. 4 der Konvention Nr. 98 herleiten, wonach die unterzeichnenden Staaten ein System für kollektive Verhandlungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern schaffen sollen. Nach der Spruchpraxis des CFA der ILO ist das Streikrecht jedoch bereits notwendige Folge der in Art. 2 der Konvention Nr. 87 geschützten allgemeinen Vereinigungsfreiheit.²³³

Ebenso wie die ILO-Konventionen schützt Art. 11 Abs. 1 EMRK unmittelbar nur die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit; als Teil dieser wird in Art. 11 Abs. 1 Hs. 2 EMRK insbesondere das Recht, zum Schutz der eigenen Interessen Gewerkschaften zu gründen und ihnen beizutreten, genannt. Dass der Beitritt zu einer Gewerkschaft dem Schutz der eigenen Interessen dienen soll, ist der Anknüpfungspunkt für den EGMR, auch die Betätigung der Gewerkschaften selbst bzw. andere Formen der Kollektivbetätigungen in den Schutzbereich des Art. 11 Abs. 1 EMRK aufzunehmen. Denn zum Schutz der eigenen Interessen eignet sich der Beitritt zu einer Gewerkschaft nur, wenn diese auch Möglichkeiten hat, die Interessen ihrer Mitglieder zu verfolgen.²³⁴

Wie die Gewerkschaft die Interessen der Arbeitnehmer verfolgen kann, muss durch das nationale Recht näher ausgestaltet werden; es gibt grundsätzlich keinen Anspruch auf bestimmte Maßnahmen, die ihnen das nationale Recht zubilligen muss.²³⁵ Deshalb war der Gerichtshof lange zurückhaltend dabei, aus der EMRK Mindestanforderungen für die Ausgestaltung der gewerkschaftlichen Betätigungsfreiheit abzuleiten. Zunächst verlangte er nur, dass nach nationalem Recht die Gewerkschaft zumindest „gehört“ werden müsste.²³⁶ In jüngerer Zeit ist er jedoch von seiner Rechtsprechung, wonach dazu nicht notwendig gehört, Tarifverträge verhandeln und abschließen zu können, abgegangen. Er sieht dies nunmehr als Mindestbestand der Vereinigungsfreiheit an, da die Konvention als „living instrument“²³⁷ im Lichte der fortschreitenden internationalen Rechtsentwicklung auszulegen sei:

„Aus diesen Gründen ist der Gerichtshof unter Berücksichtigung der Fortentwicklung des internationalen und staatlichen Arbeitsrechts und der Praxis der Konventionsstaaten der Auffassung, dass das Recht, Tarifverhandlungen mit dem Arbeitgeber zu führen, grundsätzlich ein wesentliches Element des in Art. 11 EMRK garantierten Rechts geworden ist, mit anderen eine Gewerkschaft zu gründen und Mitglied einer Gewerkschaft zu werden, um seine Interessen zu schützen. Dabei versteht sich, dass die Staaten frei bleiben, ihr Rechtssystem so zu organisieren, dass sie repräsentativen

231 EGMR v. 12.11.2008 – 34503/97, §§ 34-52, 147-150 (Demir et alia vs. Turkey) = NZA 2010, 1425; v. 21.4.2009 – 68959/01, § 24 (Enerji Yapi-Yol Sen vs. Turkey) = NZA 2010, 1423; v. 2.7.2002 – 30668/96 et alia, §§ 30-37, 48 (Wilson et alia vs. United Kingdom); vgl. dazu auch Lörcher, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 10 Rn. 65 f; Ewing/Hendy, 39 (2010) Industrial Law Journal, 2, 7 f.

232 EGMR v. 12.11.2008 – 34503/97, §§ 34-52, 147-150 (Demir et alia vs. Turkey) = NZA 2010, 1425; v. 21.4.2009 – 68959/01, § 24 (Enerji Yapi-Yol Sen vs. Turkey) = NZA 2010, 1423; v. 2.7.2002 – 30668/96 et alia, §§ 32f., 37, 48 (Wilson et alia vs. United Kingdom). Vgl. auch Ewing/Hendy, 39 (2010) Industrial Law Journal, 2, 7 ff.

233 CFA Digest, 5th edition 2006, § 523.

234 EGMR v. 2.7.2002 – 30668/96 et alia, § 42 (Wilson et alia vs. United Kingdom).

235 EGMR v. 2.7.2002 – 30668/96 et alia, §§ 42, 44 (Wilson et alia vs. United Kingdom); v. 27.10.1975 – 4464/70, §§ 38-39 (Union of Belgian Police v. Belgium); v. 6.2.1976 – 5614/72, §§ 39-40 (Swedish Engine Drivers Union v. Sweden).

236 EGMR v. 2.7.2002 – 30668/96, 30671/96 and 30678/96 et alia, § 42 (Wilson et alia vs. United Kingdom); v. 27.10.1975 – 4464/70, §§ 39-40 (Union of Belgian Police v. Belgium); v. 6.2.1976 – 5614/72, §§ 40-41 (Swedish Engine Drivers Union v. Sweden); zur Darstellung der Entwicklung auch EGMR v. 12.11.2008 – 34503/97, §§ 140-146 (Demir et alia vs. Turkey) = NZA 2010, 1425.

237 EGMR v. 12.11.2008 – 34503/97, §§ 146, 154 (Demir et alia vs. Turkey) = NZA 2010, 1425.

Gewerkschaften möglicherweise eine besondere Rechtsstellung gewähren. Angehörige des öffentlichen Dienstes müssen, von ganz besonderen Fällen abgesehen, wie andere Arbeitnehmer diese Rechte haben, unbeschadet von ‚rechtmäßigen Einschränkungen‘, die den ‚Angehörigen der Staatsverwaltung‘ i. S. von Art. 11 II EMRK auferlegt werden können, zu denen aber die Bf. im vorliegenden Fall nicht gehören (s. o. Nr. 108).²³⁸

In einer kurz darauf ergangenen Entscheidung hat der EGMR anerkannt, dass auch das Streikrecht zu dem Mindestbestand an Rechten, der Gewerkschaften nach nationalem Recht zugebilligt werden muss, gehört. In der Entscheidung *Enerji Yapı-Yol Sen/Türkei* hat er den Einwand der türkischen Regierung, ein Streikverbot sei kein Eingriff in die in Art. 11 Abs. 1 EMRK geschützte Gewerkschaftsfreiheit, zurückgewiesen:

„[...]Ein Streik, der den Gewerkschaften ermöglicht, sich Gehör zu verschaffen, ist für Gewerkschaftsmitglieder wichtig für den Schutz ihrer Interessen (EGMR, 1976, Serie A, Bd. 21 Nr. 36 = EGMR-E 1, 172 – Schmidt u. Dahlström/Schweden). Das Streikrecht ist von den Kontrollorganen der ILO als untrennbarer Teil der von der Konvention C 87 der ILO über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz der Vereinigungsrechte anerkannt worden (zur Berücksichtigung des Gerichtshofs von anderen völkerrechtlichen Instrumenten als der Konvention s. EGMR, Nrn. 34–52 – Demir u. Baykara/Türkei). Auch die europäische Sozialcharta erkennt das Streikrecht als ein Mittel an, die wirksame Ausübung des Rechts auf Kollektivverhandlungen zu gewährleisten. Aus diesen Gründen weist der Gerichtshof die Einrede der Regierung zurück.²³⁹

Von dieser Gewährleistung des Streikrechts sind Beamte nicht per se ausgenommen. Ein Streikverbot für Beamte bedeutet einen Eingriff in Art. 11 Abs. 1 EMRK und bedarf daher der Rechtfertigung nach Art. 11 Abs. 2 EMRK.²⁴⁰

Der Ansatz der ILO-Konventionen ist ganz ähnlich. Nach Art. 5 Abs. 1 der Konvention Nr. 87 ist es dem nationalen Recht überlassen, zu bestimmen, inwieweit die Garantien der Konvention für die Streitkräfte und die Polizei gelten sollen. Nach Art. 6 derselben Konvention erfasst diese nicht „public servants engaged

in the administration of the state“ / „fonctionnaires publics“. Auch dies legt das CFA eng aus und versteht darunter nur diejenigen Personen, die mit der Ausübung von Hoheitsrechten betraut sind. Nur bei ihnen kommt auch ein vollständiges Streikverbot in Betracht.²⁴¹ Es handelt sich um eine (ausnahmsweise) erlaubte Beschränkung des grundsätzlich bestehenden Streikrechts, von dem auch Beamte nicht per se ausgenommen sind.²⁴²

2. RECHTFERTIGUNG VON EINSCHRÄNKUNGEN

Begrenzungen des Streikrechts, ob gegenüber Beamten oder Arbeitnehmern, bedürfen daher grundsätzlich der Rechtfertigung. Diese kann jedoch gerade im Bereich der Daseinsvorsorge gelingen, denn das Streikrecht ist auch im internationalen Recht nicht unbeschränkt gewährleistet, sondern mit öffentlichen Interessen und den entgegenstehenden Rechten Dritter in Ausgleich zu bringen.

Deutlich wird dies bei der Betrachtung der Schranken des Art. 11 EMRK. Nach dessen Abs. 2 S. 1 darf die Ausübung des Streikrechts nur Einschränkungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind

- für die nationale oder öffentliche Sicherheit,
- zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten,
- zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder
- zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK erlaubt weitergehende Einschränkungen des Streikrechts für Angehörige der Streitkräfte, der Polizei oder der Staatsverwaltung. Bereits Art. 11 Abs. 1 S. 1 EMRK ermöglicht jedoch bedeutende Einschränkungen des Streikrechts im Bereich der Daseinsvorsorge. Besonders relevant sind hier zwei Fallgruppen: Der Schutz der Gesundheit und der Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Insbesondere letzterer ist nicht nur der Anknüpfungspunkt für Einschränkungen des Streikrechts nach deutschem Recht, sondern wird auch international akzeptiert.

Die Systematik der ESC ist ganz ähnlich. Art. 31 ESC erlaubt Begrenzungen der Rechte aus der Charta, wenn diese gesetzlich vorgeschrieben und in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutze der Rechte und Freiheiten anderer

238 EGMR v. 12.11.2008 – 34503/97, § 154 (Demir et alia vs. Turkey) = NZA 2010, 1425.

239 EGMR v. 12.11.2008 – 34503/97, § 154 (Demir et alia vs. Turkey) = NZA 2010, 1425.

240 EGMR v. 12.11.2008 – 34503/97, § 154 (Demir et alia vs. Turkey) = NZA 2010, 1425.

241 EGMR v. 12.11.2008 – 34503/97, § 154 (Demir et alia vs. Turkey) = NZA 2010, 1425.

242 EGMR v. 21.4.2009 – 68959/01, § 24 (Enerji Yapı-Yol Sen vs. Turkey) = NZA 2010, 1423; vgl. auch hierzu *Ewing/Hendy*, 39 (2010) *Industrial Law Journal*, 2, 12.

oder zum Schutze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Sicherheit des Staates, der Volksgesundheit und der Sittlichkeit notwendig sind. Ferner enthält Art. 5 Abs. 1 ESC einen ausdrücklichen Vorbehalt, wonach es dem nationalen Recht überlassen bleibt, inwieweit die Garantie der Vereinigungsfreiheit für Streitkräfte und Polizei gelten soll.

Die ILO-Konventionen enthalten nur wenige ausdrückliche Schranken; das ist darin begründet, dass die Konvention Nr. 87 ihrem Wortlaut nach nur die Vereinigungsfreiheit als solche schützt, während die Konvention Nr. 98 ohnehin weitgehend der Ausgestaltung durch das nationale Recht bedarf (vgl. Art. 4). Immerhin finden sich Vorbehalte für Polizei und Streitkräfte (Art. 9 Abs. 1 der Konvention 87) und für Staatsdiener (Art. 6 der Konvention Nr. 98, wonach die Konvention nicht "public servants engaged in the administration of the state" / "fonctionnaires publics" erfasse).

Die praktisch wichtigeren Schranken der ILO-Garantien bilden jedoch die kollidierenden Rechte Dritter. Dass diese die Garantien einschränken können, folgt aus dem systematischen Zusammenhang der ILO-Normen. Sie sind ausweislich ihrer Präambeln Teil des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes, sie sollen die Vereinigungsfreiheit als grundlegendes Menschenrecht schützen. Entsprechend müssen sie auch kollidierenden Menschenrechten Raum gewähren.²⁴³ Zuerst zu nennen sind insofern die Meinungsfreiheit und das Eigentumsrecht der Arbeitgeber,²⁴⁴ aber auch die Interessen der Bevölkerung an der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen. Sie vermögen die Rechte der Gewerkschaften und der streikenden Arbeitnehmer zu beschränken. Kein Grund, das Streikrecht zu beschränken, ist nach dem CFA aber die Beeinträchtigung von Handel und Gewerbe als solche; dies würde nämlich dem Streikrecht letztlich seine Wirksamkeit nehmen.²⁴⁵

Somit lässt sich festhalten: Es ist praktische Konkordanz zwischen dem Streikrecht nach EMRK, ESC und den ILO-Konventionen und entgegenstehenden Rechten Dritter herbeizuführen. Im Bereich der Daseinsvorsorge, wo regelmäßig Dritte durch einen Streik stark negativ betroffen sind, sind damit durchaus weitreichende Beschränkungen des Streikrechts möglich. Diese müssen jedoch

verhältnismäßig erfolgen und den Wesensgehalt des Streikrechts wahren.²⁴⁶

Rechtsprechung – insbesondere des EGMR – welche Maßstäbe hier im Einzelnen gelten sollen und insbesondere wie die verschiedenen Interessen zu gewichten sind, fehlt noch weitgehend. Eine Orientierung bietet insofern die Entscheidungspraxis des CFA, das gerade für den Streik in der Daseinsvorsorge eine recht fein zisierte Systematik entwickelt hat. Es stuft im Hinblick auf die zulässigen Eingriffe ab:²⁴⁷

- Im öffentlichen Dienst („public service“) und bei im engeren Sinne „notwendigen“ Diensten („essential services“) erlaubt es weitgehende Eingriffe in die Streikfreiheit bis zu einem vollständigen Streikverbot, soweit sichergestellt ist, dass die Interessen der Arbeitnehmer auf andere Weise gewahrt sind.²⁴⁸
- Bei nicht streng genommenen notwendigen Diensten, deren Ausfall aber dennoch die „normalen Lebensbedingungen der Bevölkerung bedroht“ („services which are not essential in the strict sense of the term but where the extent and duration of a strike might be such as to result in an acute national crisis endangering the normal living conditions of the population“) und bei „öffentlichen Dienstleistungen von fundamentaler Bedeutung“ („public services of fundamental importance“) erlaubt es, den Streikenden Verpflichtungen für eine Grundversorgung („minimum service“) aufzuerlegen. Außerdem hält er es dort etwa für zulässig, eine Vorankündigungsfrist von 20 Tagen einzuführen.²⁴⁹
- Auch in anderen Bereichen hält das CFA Regelungen des Streikverfahrens wie Cooling-Off Perioden,²⁵⁰ eine vorgeschaltete Schlichtung²⁵¹ oder die Pflicht zu einer Urabstimmung vor dem Beginn des Streiks²⁵² für zulässig. Bei letzterem kommt es allerdings im Einzelnen auf die notwendigen Mehrheiten an.²⁵³

246 EGMR v. 12.11.2008 – 34503/97, § 97 (Demir et alia vs. Turkey) = NZA 2010, 1425.

247 S. auch Lörcher, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 10 Rn. 96.

248 CFA Digest, 5th edition 2006, 570 ff., §§ 595 ff.

249 CFA Digest, 5th edition 2006, § 553.

250 CFA Digest, 5th edition 2006, §§ 550, 554.

251 CFA Digest, 5th edition 2006, §§ 549, 552.

252 CFA Digest, 5th edition 2006, § 559.

253 Vgl. CFA Digest, 5th edition 2006, §§ 555 ff.

243 Anerkannt auch durch das CFA, s. etwa Digest, 5th edition 2006, §§ 581, 606, 644.

244 Anerkannt auch durch das CFA, Report No. 284, Case No. 1523, § 199 (a).

245 CFA Digest, 5th edition 2006, § 592.

a) Völliger Ausschluss für Personen, die Hoheitsgewalt ausüben

Einen vollständigen Ausschluss des Streikrechts erlauben sämtliche internationale Standards für Personen, die Hoheitsgewalt im eigentlichen Sinne ausüben: Nach Art. 5 Abs. 1 ESC ist es dem nationalen Recht überlassen, zu bestimmen, inwieweit die Garantien der Konvention für die Streitkräfte und die Polizei gelten sollen. Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK erlaubt Einschränkungen des Streikrechts für Angehörige der Streitkräfte, der Polizei oder der Staatsverwaltung. Die ILO-Konvention Nr. 87 gilt nach ihrem Art. 9 Abs. 1 nicht für Polizei und Streitkräfte und die Konvention Nr. 98 nach ihrem Art. 6 nicht für Staatsdiener („public servants engaged in the administration of the state“ / „fonctionnaires publics“).

In jedem Fall abgedeckt sind damit Einschränkungen des Streikrechts für die Bereich der Landesverteidigung und inneren Sicherheit (§ 2 Nr. 4 des hiesigen Entwurfs). Für die anderen vom Entwurf geregelten Bereiche der Daseinsvorsorge (vgl. § 2 im Übrigen) kommt es darauf an, inwieweit sie dem Begriff der „Staatsverwaltung“ subsumiert werden können. Dies wird wohl nicht gelingen:

Staatsverwaltung in diesem Sinne ist eng auszulegen²⁵⁴ und meint die Ausübung von Hoheitsrechten im eigentlichen Sinne. Ein allgemeiner Ausschluss des Streikrechts kommt nur in Betracht, soweit Beamte „im Namen des Staates Hoheitsgewalt ausüben“, nicht aber allgemein für den öffentlichen Dienst und insbesondere nicht für Angestellte von Wirtschafts- und Industrieunternehmen des Staates.²⁵⁵ Die für Art. 6 Abs. 1 EMRK entwickelten Maßstäbe können wohl übertragen werden: Danach kommt es nicht darauf an, ob die Tätigkeit öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet ist, sondern welche Tätigkeiten die jeweils in Frage stehenden Personen ausüben.²⁵⁶ Vollständig vom Streikrecht ausgeschlossen werden können Personen, die als Träger der Staatsgewalt handeln, und damit betraut sind, die allgemeinen Interessen des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften zu wahren. Beispiele für solche Tätigkeiten bilden die Streitkräfte und die Polizei.

Es ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob der Dienstposten unter Berücksichtigung der Natur seiner Dienstpflichten und der Verantwortlichkeiten, die er mit sich bringt, eine direkte oder indirekte Beteiligung an der Ausübung der Staatsge-

walt und an Amtspflichten zur Wahrung der allgemeinen Interessen des Staates oder anderer Körperschaften des öffentlichen Rechts einschließt.²⁵⁷ Es geht also um eine funktionale Betrachtung, die daran anknüpft, ob eine Person Hoheitsrechte ausübt. Damit ist ein erster Eckpunkt gefunden: Der Streik in der Daseinsvorsorge, etwa bei der Bahn oder in der Luftfahrtbranche, betrifft keine hoheitlichen Tätigkeiten. Die dort tätigen Personen sind daher im Grundsatz wie private Arbeitnehmer zu behandeln.

b) Völliger Ausschluss und erhebliche Einschränkungen für „notwendige Dienste“

Außerhalb der Ausübung von Hoheitsgewalt kommt ein Ausschluss des Streikrechts nur im Bereich der notwendigen Dienste im engeren Sinne in Betracht („essential services in the strict sense“). Notwendige Dienste im engeren Sinne sind solche Dienste, deren Unterbrechung das Leben, die persönliche Sicherheit oder die Gesundheit der gesamten oder eines Teiles der Bevölkerung gefährden würde.²⁵⁸ Die Gefährdung muss klar und unmittelbar sein.²⁵⁹

Bei der Bestimmung dessen, was ein notwendiger Dienst ist, hat der jeweilige Staat einen Beurteilungsspielraum, denn es hängt in erheblichem Umfang von den Verhältnissen in dem jeweiligen Land ab, was ein notwendiger Dienst ist.²⁶⁰ Auch hängt die genaue Abgrenzung von der Dauer und Intensität des konkreten Streiks ab: So kann aus einem nicht-notwendigen ein notwendiger Dienst werden, wenn die Länge des Streiks oder seine Intensität dazu führt, dass die persönliche Sicherheit oder die Gesundheit der gesamten oder eines Teiles der Bevölkerung gefährden würde.²⁶¹ Das ist etwa bei der Müllabfuhr der Fall, wenn sich der Streik sehr lange hinzieht.²⁶²

Als notwendigen Dienst hat das CFA bisher anerkannt:²⁶³

- den Krankenhaussektor,
- die Elektrizitätsversorgung,
- die Wasserversorgung,

257 Zu all dem NVwZ 2000, 661 § 66 zu Art. 6 Abs. 1 EMRK.

258 CFA Digest, 5th edition 2006, § 576.

259 CFA Digest, 5th edition 2006, § 581.

260 CFA Digest, 5th edition 2006, § 582.

261 CFA Digest, 5th edition 2006, § 582.

262 CFA Digest, 5th edition 2006, § 591.

263 CFA Digest, 5th edition 2006, § 585.

254 EGMR NJW 2002, 3087, 3089; Meyer-Ladewig, EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 11 Rn. 35;

255 EGMR v. 21.4.2009 –68959/01, § 24, 32 (Enerji Yapi-Yol Sen vs. Turkey) = NZA 2010, 1423; Lörcher, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 10 Rn. 76; Meyer-Ladewig, EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 11 Rn. 22.

256 NVwZ 2000, 661 § 62 zu Art. 6 Abs. 1 EMRK.

- das Telefonnetz,
- Polizei und Armee,
- die Feuerwehr,
- der Betrieb von Gefängnissen,
- die Versorgung von Schulkindern mit Essen und die Reinigung von Schulgebäuden,
- die Flugaufsicht.

Die damit einhergehenden Streikverbote sollen sich auf das notwendige Maß beschränken. So soll das Streikrecht von Personen, die (nicht strikt notwendige) Hilfsdienste erbringen, etwa die Gärtner eines Krankenhauses, erhalten bleiben.²⁶⁴ Keinesfalls genügt als Rechtfertigung eines Streikverbotes das Argument, dass Beamte nach dem nationalen Recht traditionell kein Streikrecht genießen.²⁶⁵

Keine notwendigen Dienste im strengen Sinne stellen demgegenüber dar:²⁶⁶

- Kaufhäuser und Vergnügungsparks,
- Metallindustrie und Bergbau,
- das Transportgewerbe insgesamt,
- der Flugverkehr,
- die Produktion und Versorgung mit Brennstoffen,
- die Eisenbahn,
- der öffentliche Nahverkehr,
- die Post,
- die Müllabfuhr,
- das Hotelgewerbe,
- der Bildungssektor.

Im Bereich der notwendigen Dienste im engeren Sinne kann es zulässig sein, eine Zwangsschlichtung einzuführen, die das Streikrecht ersetzt. Im Übrigen, auch in anderen Bereichen der Daseinsvorsorge (dazu sogleich) kann sie nur dort stattfinden, wo sich die Arbeitskampfparteien freiwillig auf sie einlassen.²⁶⁷ Soweit das Streikrecht ausgeschlossen ist, müssen die Interessen der Arbeit-

nehmer auf andere Weise gewahrt werden.²⁶⁸

Der hiesige Entwurf strebt keinen vollständigen Ausschluss des Streikrechts in den geregelten Bereichen der Daseinsvorsorge an. Da ein solcher aber zumindest in den Bereichen der medizinischen Versorgung (§ 2 Nr. 1 des Entwurfs), der Versorgung mit Energie und Wasser (§ 2 Nr. 2 des Entwurfs), der Feuerwehr (§ 2 Nr. 3) und der Kommunikationsinfrastruktur (§ 2 Nr. 7) zumindest in Teilbereichen zulässig wäre, sind erst recht die hier vorgesehenen geringeren Eingriffe zulässig.

c) Im Übrigen: Minimaldienst und Verfahrensregeln

Außerhalb der notwendigen Dienste und des öffentlichen Dienstes im engeren Sinne kommt ein prinzipieller Ausschluss des Streikrechts ebensowenig in Betracht wie allzu einschneidende Beschränkungen desselben. Entsprechend der oben beschriebenen Unterscheidung erlaubt das CFA allerdings auch bei nicht strikt notwendigen, aber dennoch für die normale Lebensführung der Bevölkerung erforderlichen Diensten Einschränkungen des Streikrechts. Insbesondere erlaubt es eine Verpflichtung zu Minimaldiensten zu schaffen.

Zulässig sein soll dies bei nicht streng genommenen notwendigen Diensten, deren Ausfall aber dennoch die „normalen Lebensbedingungen der Bevölkerung bedroht“ („services which are not essential in the strict sense of the term but where the extent and duration of a strike might be such as to result in an acute national crisis endangering the normal living conditions of the population“) und bei „öffentlichen Dienstleistungen von fundamentaler Bedeutung“ („public services of fundamental importance“). Beide werden im Folgenden als Daseinsvorsorge bezeichnet, da diese Kategorien den gesamten Bereich, der von dem deutschen Begriff der Daseinsvorsorge erfasst ist, abdecken.

Als nicht strikt notwendige, aber dennoch der öffentlichen Versorgung dienend und damit der Daseinsvorsorge unterfallend hat das CFA angesehen:

- Den Fährdienst, soweit er der Verbindung von Inseln zum Festland dient,²⁶⁹
- die staatlichen Häfen,²⁷⁰

264 CFA Digest, 5th edition 2006, § 593.

265 CFA Digest, 5th edition 2006, § 589.

266 CFA Digest, 5th edition 2006, § 587.

267 CFA Digest, 5th edition 2006, §§ 564f.

268 EGMR v. 12.11.2008 – 34503/97, § 149 zu Art. 6 ESC (Demir et alia vs. Turkey) = NZA 2010, 1425; CFA Digest, 5th edition 2006, §§ 595ff.

269 CFA Digest, 5th edition 2006, § 615.

270 CFA Digest, 5th edition 2006, § 616.

- unterirdische Eisenbahndienste (gemeint ist hier sowohl eine U-Bahn als auch der unterirdische Gütertransport),²⁷¹
- ganz generell die Eisenbahnen,²⁷²
- der Postdienst,²⁷³
- die Müllabfuhr,²⁷⁴
- die staatliche Münze, der Bankensektor und die Versorgung mit Treibstoff,²⁷⁵
- der Erziehungssektor zumindest bei längeren Streiks,²⁷⁶
- die tierärztliche Versorgung zumindest soweit eine Tierseuche grassiert.²⁷⁷

In diesen Bereichen darf ein Minimaldienst etabliert werden. Ein Minimaldienst muss freilich auch das bleiben – ein Minimaldienst. Deshalb muss das Streikrecht „eines Großteils“ der streikenden Arbeitnehmer bestehen bleiben. Andererseits darf die Verpflichtung zum Minimaldienst durchaus das Ziel haben, die grundlegenden Bedürfnisse („basic needs“) der Nutzer zu befriedigen und die dafür nötigen Einrichtungen sicher oder ohne Unterbrechung weiter arbeiten zu lassen.²⁷⁸ Stets sollte der Minimaldienst auf das nötigste beschränkt bleiben und seine genaue Ausgestaltung unter Beteiligung der Arbeitnehmervertreter erfolgen.²⁷⁹ Die Bedingungen für den Minimaldienst müssen klar definiert und allen Beteiligten publik gemacht werden.²⁸⁰ Kommen die Arbeitskämpfparteien zu keiner freiwilligen Einigung, sollte das notwendige Niveau der Grundversorgung nicht durch das Arbeitsministerium oder eine andere staatliche Stelle, sondern durch eine unabhängige Einrichtung festgelegt werden.²⁸¹

Hinzu kommen können noch Regelungen des Streikverfahrens, welche die Drittbetroffenheit verringern können. So ist es allgemein zulässig, die Gewerkschaft zu verpflichten, dem Arbeitgeber vor dem Streik Nachricht zu geben,²⁸² bei den Diensten, welche der öffentlichen Versorgung dienen, hält das CFA sogar für zulässig, eine Vorankündigungsfrist von 20 Tagen einzuführen.²⁸³ Auch ist es generell – nicht nur im Bereich der Dienste der Daseinsvorsorge – zulässig,

das Durchlaufen eines Schlichtungsverfahrens zur Voraussetzung eines Streiks zu machen, soweit die Schlichtung adäquat, schnell und unparteiisch ist.²⁸⁴ Eine Cooling-off Periode selbst von 40 Tagen kann ebenfalls mit der Vereinigungsfreiheit vereinbar sein, soweit diese Phase dazu dienen soll, an den Verhandlungstisch zurückzukehren.²⁸⁵

Zulässig ist allgemein auch, eine (geheime) Abstimmung unter den betroffenen Arbeitnehmern zur Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Streiks zu machen.²⁸⁶ Zu anspruchsvoll ist es aber wohl, eine (absolute) Mehrheit von mehr als der Hälfte der betroffenen Arbeitnehmer zu finden.²⁸⁷ Ebenfalls für unzulässig wird es gehalten, wenn eine Beteiligung von mehr als der Hälfte der Beteiligten Arbeitnehmer gefordert wird.²⁸⁸

3. FAZIT

Das internationale Recht gibt keine *carte blanche* zur Regelung des Streiks in der Daseinsvorsorge, erlaubt aber doch eine umfassende Regelung.

Es erlaubt Einschränkungen des Streikrechts in der Daseinsvorsorge unter zwei Aspekten: Einerseits sind Beschränkungen des Streikrechts bis zu dessen vollständigen Ausschluss im funktional definierten Bereich der Ausübung von Hoheitsrechten zulässig. Andererseits kann auch die Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung mit als für die Lebensführung notwendig angesehenen Dienstleistungen Einschränkungen rechtfertigen. Insofern sind zwei Stufen zu unterscheiden: Notwendige Dienstleistungen im strikten Sinne können ebenso wie die Ausübung von Hoheitsrechten starke Einschränkungen des Streikrechts bis zu dessen Ausschluss rechtfertigen. Andere Dienstleistungen, die der Versorgung der Bevölkerung dienen, erlauben keinen Ausschluss des Streikrechts, aber eine Einschränkung dahingehend, dass ein Minimaldienst aufrechterhalten werden muss. Vorankündigungspflichten, die Pflicht zur Urabstimmung und ein vorheriges Schlichtungsverfahren sind generell als Voraussetzungen jedes Streiks zulässig.

271 CFA Digest, 5th edition 2006, § 617f.

272 CFA Digest, 5th edition 2006, §§ 619ff.

273 CFA Digest, 5th edition 2006, § 622.

274 CFA Digest, 5th edition 2006, § 623.

275 CFA Digest, 5th edition 2006, § 624.

276 CFA Digest, 5th edition 2006, § 625.

277 CFA Digest, 5th edition 2006, § 626.

278 CFA Digest, 5th edition 2006, § 607.

279 CFA Digest, 5th edition 2006, §§ 609 f., 612.

280 CFA Digest, 5th edition 2006, § 611.

281 CFA Digest, 5th edition 2006, § 613.

282 CFA Digest, 5th edition 2006, § 552.

283 CFA Digest, 5th edition 2006, § 553.

284 CFA Digest, 5th edition 2006, §§ 549 ff.

285 CFA Digest, 5th edition 2006, § 554.

286 CFA Digest, 5th edition 2006, § 559.

287 CFA Digest, 5th edition 2006, §§ 558, 557.

288 CFA Digest, 5th edition 2006, § 556: "The requirement of a decision by over half of all the workers involved in order to declare a strike is excessive and could excessively hinder the possibility of carrying out a strike, particularly in large enterprises. (See the 1996 Digest, para. 507.)"

Die hier als Bereich der Daseinsvorsorge ins Auge gefassten Wirtschaftszweige lassen sich sämtlich den Fallgruppen subsumieren, für die nach der bereits sehr streikfreundlichen Entscheidungspraxis des CFA erleichterte Eingriffsvoraussetzungen gelten. Die Bereiche der Landesverteidigung und inneren Sicherheit (§ 2 Nr. 4) sind Ausübung von Hoheitsgewalt. Die medizinische Versorgung (§ 2 Nr. 1) sowie die Versorgung mit Energie und Wasser (§ 2 Nr. 2) sowie die Feuerwehr (§ 2 Nr. 3) sind notwendige Dienste im engeren Sinne. Im Grenzbereich zwischen diesen und der öffentlichen Versorgung sind Entsorgung und Bestattung (ebenfalls § 2 Nr. 3). Verkehr, Kommunikationsinfrastruktur und Bankdienstleistungen (§ 2 Nr. 5, 7, 8) sind letzterer klar zuzuordnen. Wohl hierher und nicht zum öffentlichen Dienst gehört auch das Erziehungswesen (§ 2 Nr. 6); auch wenn Lehrer in Deutschland traditionell Beamte sind, geht es dort nur bedingt um die Ausübung von Hoheitsgewalt.

V. ZUSAMMENFASSENDE BEWERTUNG: EIN VORSCHLAG FÜR EINEN ANGEMESSENEN INTERESSENAUSGLEICH ZWISCHEN DEN TARIFVERTRAGSPARTEIEN UND DER ALLGEMEINHEIT

1. GESETZESWORTLAUT

Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte in der Daseinsvorsorge

§ 1 Gesetzeszweck

- (1) Zweck des Gesetzes ist die Regelung kollektiver Arbeitskonflikte in der Daseinsvorsorge.
- (2) Kollektive Arbeitskonflikte sind Auseinandersetzungen mit dem Ziel, den Abschluss eines Tarifvertrags durchzusetzen oder abzuwenden.
- (3) Soweit dieses Gesetz keine Regelung trifft, gelten die Rechtsgrundsätze des Arbeitskampfrechts sowie die übrigen Rechtsvorschriften des kollektiven Arbeitsrechts.

§ 2 Geltungsbereich

Zur Daseinsvorsorge im Sinne dieses Gesetzes gehören folgende Bereiche:

1. Medizinische und pflegerische Versorgung
2. Versorgung mit Energie und Wasser
3. Feuerwehr, Bestattung, Entsorgung
4. Landesverteidigung und innere Sicherheit
5. Verkehr
6. Erziehungswesen und Kinderbetreuung
7. Kommunikationsinfrastruktur
8. Versorgung mit Bargeld und Zahlungsverkehr

§ 3 Ankündigungspflicht

- (1) Eine Arbeitskampfmaßnahme ist nur zulässig, wenn die Arbeitskampfpartei ihre Arbeitskampfmaßnahme vier Tage vor ihrem geplanten Beginn gegenüber der anderen Arbeitskampfpartei ankündigt. Dabei müssen der Ort, der Beginn und die Dauer der Arbeitskampfmaßnahme mitgeteilt werden.
- (2) Die zum Arbeitskampf aufrufende Arbeitskampfpartei ist verpflichtet, die Öffentlichkeit in geeigneter Weise über den Arbeitskampf, insbesondere über die in Absatz 1 Satz 2 genannten Umstände, zu informieren.

§ 4 Aufrechterhaltung einer Grundversorgung

- (1) Die Arbeitskampfparteien haben dafür zu sorgen, dass die zur Befriedigung der elementaren persönlichen, sozialen und öffentlichen Bedürfnisse erforderliche Grundversorgung aufrechterhalten wird. Die Arbeitskampfparteien haben die für die Sicherstellung der Grundversorgung erforderlichen Arbeitnehmer von Arbeitskampfmaßnahmen auszunehmen.
- (2) Die Einzelheiten der Aufrechterhaltung einer Grundversorgung einschließlich der hierfür notwendigen Verfahrensregelungen im Falle der Nichteinigung bestimmen die Arbeitskampfparteien einvernehmlich. Falls keine Einigung zustandekommt, entscheidet eine Einigungsstelle über den Umfang der Grundversorgung nach Absatz 1 verbindlich. Die Einigungsstelle kann von jeder Arbeitskampfpartei jederzeit angerufen werden.
- (3) Die Einigungsstelle besteht aus der gleichen Anzahl von Beisitzern, die von den Arbeitskampfparteien auf Arbeitgeberseite und Arbeitnehmerseite bestellt werden, und einem unparteiischen Vorsitzenden, auf den sich beide Seiten einigen müssen. Kommt eine Einigung über die Person des Vorsitzenden nicht zustande, bestellt ihn das Landesarbeitsgericht, in dessen Bezirk der Arbeitskampf stattfindet oder stattfinden soll. Sind mehrere Landesarbeitsgerichtsbezirke betroffen, entscheidet das Bundesarbeitsgericht. Dasselbe gilt, wenn sich die Arbeitskampfparteien nicht über die Anzahl der Beisitzer einigen können. Die gerichtliche Entscheidung ergeht ohne die ehrenamtlichen Richter. Im Übrigen gilt § 98 Abs. 1 S. 3 bis 6 ArbGG entsprechend.
- (4) Die Einigungsstelle hat unverzüglich tätig zu werden. Sie fasst ihre Beschlüsse mit der Mehrheit der Mitglieder nach mündlicher Beratung. Bei der Beschlussfassung hat sich der Vorsitzende zunächst der Stimme zu enthalten; kommt eine Stimmenmehrheit nicht zustande, nimmt der Vorsitzende nach weiterer Beratung an der erneuten Beschlussfassung teil. Die Einigungsstelle ist beschlussfähig, wenn die Mehrheit der Mitglieder einschließlich des Vorsitzenden an Beratung und Beschlussfassung teilnimmt. Die Beschlüsse der Einigungsstelle sind schriftlich niederzulegen, vom Vorsitzenden zu unterschreiben und den Arbeitskampfparteien zuzuleiten. Sie verlieren ihre Wirkung mit Abschluss des angestrebten Tarifvertrags.
- (5) Eine Arbeitskampfmaßnahme ist nur zulässig, wenn die Arbeitskampfparteien über den Umfang der Grundversorgung einig sind oder ein Beschluss der Einigungsstelle nach Absatz 4 vorliegt.

§ 5 Urabstimmung

- (1) Eine gewerkschaftliche Arbeitskampfmaßnahme ist nur zulässig, wenn mehr als 50% der teilnahmeberechtigten Mitglieder der Gewerkschaft an einer Urabstimmung teilgenommen und mehr als 50% der abstimmenden Mitglieder der Gewerkschaft der Arbeitskampfmaßnahme zugestimmt haben. Teilnahmeberechtigt sind nur die Mitglieder der Gewerkschaft, deren Arbeitsverhältnisse unter den Geltungsbereich des angestrebten Tarifvertrags fallen.
- (2) Die Urabstimmung folgt den Grundsätzen der unmittelbaren, freien und geheimen Wahl. Die Gewerkschaft ist verpflichtet, das Ergebnis der Urabstimmung der anderen Arbeitskampfpartei sowie der Öffentlichkeit mitzuteilen.
- (3) Die Satzung der Gewerkschaft regelt die Einzelheiten der Durchführung der Urabstimmung. Die Satzung der Gewerkschaft kann höhere Quoren als in Absatz 1 bestimmt vorsehen.
- (4) Absätze 1 bis 3 gelten entsprechend für Arbeitskampfmaßnahmen der Arbeitgeberseite. Die Satzung des Arbeitgeberverbands kann das Stimmrecht seiner Mitglieder nach der wirtschaftlichen Bedeutung gewichten.

§ 6 Schlichtung

- (1) Eine Arbeitskampfmaßnahme ist nicht zulässig während eines Schlichtungsverfahrens. Die Arbeitskampfparteien regeln die Einzelheiten des Schlichtungsverfahrens.
- (2) Fehlt es an einer Vereinbarung über ein Schlichtungsverfahren, gelten die Absätze 3 bis 7 über die staatliche Schlichtung.
- (3) Das staatliche Schlichtungsverfahren kann von jeder Arbeitskampfpartei nach Scheitern der Tarifvertragsverhandlungen eingeleitet werden.
- (4) Das staatliche Schlichtungsverfahren wird von der beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales gebildeten Bundesschlichtungsstelle geführt. Die Bundesschlichtungsstelle wird von einem Bundesschlichter geleitet, der im Einvernehmen mit dem Ausschuss nach § 5 Abs. 1 des Tarifvertragsgesetzes vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales für eine Amtszeit von vier Jahren bestellt wird.
- (5) Nach Einleitung des Schlichtungsverfahrens benennt jede Arbeitskampfpartei innerhalb von drei Tagen einen Beisitzer. Stehen mehrere Arbeits-

kampfparteien auf einer Seite des Arbeitskampfes, müssen sie sich auf die Person des Beisitzers einigen. § 2 Abs. 4 und 5 des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen gelten entsprechend.

- (6) Die Bundesschlichtungsstelle hat unverzüglich tätig zu werden. Sie fasst ihre Beschlüsse mit Stimmenmehrheit. Innerhalb von vier Wochen nach ihrem Zusammentreten formuliert die Bundesschlichtungsstelle einen Schlichtungsvorschlag. Dieser ist vom Vorsitzenden zu unterschreiben und den Arbeitskampfparteien zuzuleiten. Nehmen die Arbeitskampfparteien durch schriftliche Zustimmungserklärung gegenüber der Bundesschlichtungsstelle den Schlichtungsvorschlag innerhalb von zwei Wochen nach seinem Zugang an, gilt er als zwischen den Arbeitskampfparteien zustandegemerkter formwirksamer Tarifvertrag.
- (7) Das Schlichtungsverfahren endet mit Ablauf der zweiwöchigen Annahmefrist nach Absatz 6 Satz 5.

§ 7 Streik einer Berufsgruppengewerkschaft

Eine gewerkschaftliche Arbeitskampfmaßnahme ist unzulässig, wenn sie auf den Abschluss eines Tarifvertrags gerichtet ist, der bezogen auf seinen angestrebten räumlichen und betrieblichen Geltungsbereich weniger als 15% der Arbeitsverhältnisse erfassen würde. Strebt die Gewerkschaft den Abschluss eines Firmentarifvertrags oder unternehmensbezogenen Tarifvertrags an, tritt an die Stelle des räumlichen und betrieblichen Geltungsbereichs im Sinne des Satzes 1 das Unternehmen.

2. ERLÄUTERUNG

a) Allgemeiner Teil

Der Gesetzesvorschlag regelt die Lösung kollektiver Arbeitskonflikte im Bereich der Daseinsvorsorge. Diese Materie wird in einem eigenen Gesetz geregelt. Die Anbindung an bestehende Gesetze, etwas das Bürgerliche Gesetzbuch oder das Tarifvertragsgesetz, ist nicht sachgerecht, weil in diesen Gesetzen spezifische arbeitskampfrechtliche Regelungen nicht enthalten sind. Außerdem gibt es kein umfassendes Gesetz zur Regulierung des Bereichs der Daseinsvorsorge, in welches die vorliegenden Regelungen hätten eingestellt werden können. Arbeitskämpfe im Bereich der Daseinsvorsorge unterscheiden sich gegenüber

Arbeitskämpfen in anderen Wirtschaftszweigen erheblich. Im Bereich der Daseinsvorsorge stehen sich typischerweise nicht nur die Arbeitskampfparteien auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite gegenüber, um eine Auseinandersetzung über die Durchsetzung von Tarifverträgen einer Lösung zuzuführen. Vielmehr sind Dritte, insbesondere die Allgemeinheit und die die Leistungen der Daseinsvorsorge nachsuchenden Bürger, unmittelbar von derartigen Arbeitskämpfen nachteilig betroffen. Ferner steht der Arbeitgeberseite aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen das arbeitskampfrechtliche Instrument zur Abwehr eines Streiks, die Aussperrung, typischerweise nicht oder nur sehr eingeschränkt zur Verfügung. Im Bereich der Daseinsvorsorge sind die Unternehmen gehalten, die Leistungen im Interesse der Bürger und der Allgemeinheit soweit wie möglich aufrechtzuerhalten. Diese Besonderheiten rechtfertigen es, für die Lösung kollektiver Arbeitskonflikte und Tarifaufinandersetzungen Sonderregelungen vorzusehen, welche in anderen Wirtschaftszweigen nicht notwendigerweise gelten müssen. Der Gesetzesvorschlag regelt den fraglichen Sachbereich nicht umfassend. Vielmehr sind daneben weiterhin die allgemeinen Grundsätze des Arbeitskampfrechts anwendbar, wie sie insbesondere die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts entwickelt hat.

Die einzelnen inhaltlichen Elemente des Gesetzesvorschlags knüpfen an die Besonderheiten von Arbeitskämpfen im Bereich der Daseinsvorsorge an. Die Pflicht der Arbeitskampfparteien, eine Arbeitskampfmaßnahme rechtzeitig anzukündigen (§ 3), soll die jeweils andere Arbeitskampfpartei und die Öffentlichkeit in die Lage versetzen, sich auf den Ausfall von Leistungen vorzubereiten und sich gegebenenfalls um Alternativen zu bemühen. Die Pflicht der Arbeitskampfparteien, eine Grundversorgung aufrechtzuerhalten (§ 4), ist dem Umstand geschuldet, dass manche Leistungen in der Daseinsvorsorge für eine funktionierende Infrastruktur einer Volkswirtschaft schlechthin unverzichtbar sind und daher während eines Arbeitskampfes zur Verfügung stehen müssen. Das gesetzliche Erfordernis einer Urabstimmung für Arbeitskampfmaßnahmen (§ 5) sichert die notwendige Legitimation der Arbeitsniederlegung nach innen mit Wirkung im arbeitskampfrechtlichen Außenverhältnis. Das vorgeschaltete Schlichtungsverfahren (§ 6) trägt in besonderer Weise dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung. Dieser ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts tragender Grundsatz des geltenden richterrechtlichen Ar-

beitskampfrechts. Ferner enthält der Entwurf eine Regelung für Streiks von Berufsgruppengewerkschaften (§ 7), welche im Bereich der Daseinsvorsorge besonders häufig anzutreffen sind.

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes folgt aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG.

b) Besonderer Teil

Zu § 1 (Gesetzeszweck)

Die Vorschrift regelt den Zweck des Gesetzes. Der Gesetzesvorschlag soll zur Lösung kollektiver Arbeitskonflikte in der Daseinsvorsorge beitragen.

Absatz 2 stellt klar, dass sich der Gesetzesvorschlag auf Auseinandersetzungen um die Durchsetzung des Abschlusses bzw. die Abwendung von Tarifverträgen beschränkt. Andere kollektive Arbeitskonflikte – etwa im Bereich der Betriebsverfassung – werden nicht erfasst.

Absatz 3 stellt klar, dass der Gesetzesvorschlag den fraglichen Sachbereich nicht umfassend regelt und die geltenden Rechtsgrundsätze des Arbeitskampfrechts und Rechtsvorschriften des übrigen kollektiven Arbeitsrechts weiterhin Geltung beanspruchen. Der Gesetzesvorschlag modifiziert diese Rechtsgrundsätze und Rechtsvorschriften, soweit er Regelungen enthält.

Zu § 2 (Geltungsbereich)

Die Vorschrift umschreibt den Geltungsbereich der Daseinsvorsorge für die Zwecke der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung abschließend. Dazu gehören die Bereiche medizinische und pflegerische Versorgung; Versorgung mit Energie und Wasser; Feuerwehr, Bestattung, Abfallbeseitigung; Landesverteidigung und innere Sicherheit; Verkehr; das Erziehungswesen und die Kinderbetreuung; die Kommunikationsinfrastruktur sowie Bankdienstleistungen, soweit sie für die Aufrechterhaltung des Zahlungsverkehrs und die Versorgung mit Bargeld unentbehrlich sind.

Zu § 3 (Ankündigungspflicht)

Die Vorschrift verpflichtet die Arbeitskampfparteien, eine Arbeitskampfmaß-

nahme rechtzeitig gegenüber der anderen Kampfpartei anzukündigen und die Öffentlichkeit darüber zu informieren. Die Ankündigungspflicht soll die andere Arbeitskampfpartei und die Öffentlichkeit in die Lage versetzen, sich auf den Ausfall von Leistungen vorzubereiten und sich gegebenenfalls um Alternativen zu bemühen. Als Vorankündigungszeit angemessen erscheinen hierbei vier Tage. In diesem Zeitraum können die Betroffenen typischerweise Abhilfemaßnahmen organisieren. Dabei müssen der Ort, der Beginn und die Dauer der Arbeitskampfmaßnahme mitgeteilt werden. Ferner ist die Arbeitskampfpartei verpflichtet, die Öffentlichkeit in geeigneter Weise über dieselben Umstände zu informieren, etwa durch Veröffentlichung des Streikbeschlusses auf der Homepage der Gewerkschaft im Internet, Pressemitteilungen oder dergleichen. Eine Arbeitskampfmaßnahme, die unter Verstoß gegen die Vorgaben dieser Vorschrift durchgeführt wird, ist rechtswidrig.

Zu § 4 (Aufrechterhaltung einer Grundversorgung)

Zu Absatz 1

Die Vorschrift verpflichtet die Arbeitskampfparteien, eine Grundversorgung aufrechtzuerhalten, welche die elementaren persönlichen, sozialen und öffentlichen Bedürfnisse auch im Falle eines Arbeitskampfes befriedigt. Die hierfür erforderlichen Arbeitnehmer sind von Arbeitskampfmaßnahmen auszunehmen.

Zu Absatz 2

Die Definition und den Umfang der Grundversorgung bestimmen in erster Linie die Arbeitskampfparteien in eigener Verantwortung einvernehmlich. Dies schließt Verfahrensregelungen bei Nichteinigung durch die Arbeitskampfparteien ein. Damit sind § 4 Abs. 2 bis 4 des Gesetzes der Sache nach dispositiv und können durch abweichende Vereinbarungen der Arbeitskampfparteien verdrängt werden. Dies trägt dem Grundsatz der Subsidiarität Rechnung und schont in besonderer Weise die Tarifautonomie der beteiligten Arbeitskampfparteien. Falls sich die Arbeitskampfparteien nicht über den Umfang der Grundversorgung einig werden können, entscheidet eine Einigungsstelle darüber verbindlich. Damit wird bezüglich des Umfangs der Grundversorgung eine staatliche Zwangsschlichtung etabliert. Regelungsvorbild ist hierbei eine wirtschaftsfriedliche Konfliktlösung im Bereich der Betriebsverfassung durch eine Einigungsstelle. Jede Arbeitskampfpartei kann die Einigungsstelle jederzeit anrufen.

Zu Absatz 3

Die Vorschrift regelt die Besetzung der Einigungsstelle, die über den Umfang der Grundversorgung zu entscheiden hat. Die Vorschrift ist an § 76 Abs. 2 BetrVG angelehnt. Die Einigungsstelle besteht aus der gleichen Anzahl von Beisitzern, die von den Arbeitskampfparteien auf Arbeitgeberseite und Arbeitnehmerseite bestellt werden, und einem unparteiischen Vorsitzenden, auf den sich beide Seiten einigen müssen. Scheitert eine Einigung über die Person des Vorsitzenden, bestellt ihn das Landesarbeitsgericht, in dessen Bezirk der Arbeitskampf stattfindet. Findet der Arbeitskampf in mehreren Landesarbeitsgerichtsbezirken statt, entscheidet das Bundesarbeitsgericht.

Die Zuständigkeit von Landesarbeitsgericht bzw. Bundesarbeitsgericht abweichend von § 76 Abs. 2 BetrVG ist dem Umstand geschuldet, dass es sich bei den hier vorliegenden Konflikten zumeist um Angelegenheiten allgemeiner Bedeutung handelt, für welche die auf den einzelnen Betrieb bzw. das Unternehmen bezogenen Zuständigkeitsregelungen des BetrVG nicht angemessen erscheinen. Um eine zügige Behandlung des Konflikts zu gewährleisten, entscheiden die zuständigen Spruchkörper nur in der Besetzung der Berufsrichter ohne die ehrenamtlichen Richter.

Die Verweisung auf § 98 Abs. 1 S. 3 bis 6 ArbGG stellt klar, dass die Vorschriften des arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens nach §§ 80 bis 84 ArbGG sowie die Verfahrensvorschriften über die Entscheidung zur Besetzung einer betriebsverfassungsrechtlichen Einigungsstelle entsprechend gelten. Dasselbe Verfahren soll Anwendung finden, wenn sich die Arbeitskampfparteien nicht auf die Anzahl der Beisitzer der Einigungsstelle einigen können. Dies entspricht § 76 Abs. 2 Satz 3 BetrVG.

Zu Absatz 4

Die Vorschrift regelt das Verfahren der Meinungsbildung und Beschlussfassung innerhalb der Einigungsstelle. Regelungsvorbild ist insoweit § 76 Abs. 3 und 5 BetrVG. Danach muss die Einigungsstelle unverzüglich tätig werden. Die Beschlüsse werden mit der Mehrheit der Mitglieder nach mündlicher Beratung gefasst. Bei der Beschlussfassung hat sich der Vorsitzende zunächst der Stimme zu enthalten; kommt eine Stimmenmehrheit nicht zustande, nimmt der Vor-

sitzende nach weiterer Beratung an der erneuten Beschlussfassung teil. Die Beschlüsse der Einigungsstelle sind schriftlich niederzulegen, vom Vorsitzenden zu unterschreiben und den Arbeitskampfparteien zuzuleiten. Die Einigungsstelle ist beschlussfähig, wenn die Mehrheit der Mitglieder einschließlich des Vorsitzenden anwesend ist. Damit ist sichergestellt, dass keine Seite die Verhandlungen und die Beschlussfassung durch eine Politik des „leeren Stuhls“ blockieren kann. Die Beschlüsse der Einigungsstelle verlieren ihre Wirkung mit Abschluss des angestrebten Tarifvertrags. Dies begrenzt die Regelungsbefugnisse der Einigungsstelle auf den konkreten Tarifkonflikt.

Zu Absatz 5

Die Vorschrift stellt klar, dass eine Arbeitskampfmaßnahme nur zulässig ist, wenn zuvor über den Umfang der Grundversorgung Einigkeit zwischen den Arbeitskampfparteien erzielt wurde oder ein Beschluss der Einigungsstelle über den Umfang der Grundversorgung vorliegt. Eine ohne diese Erfordernisse durchgeführte Arbeitskampfmaßnahme ist rechtswidrig. Vor diesem Hintergrund kann es zweckmäßig sein, wenn sich die Tarifvertragsparteien bereits im Vorfeld außerhalb eines konkreten Arbeitskampfgeschehens auf den Umfang der aufrechtzuerhaltenden Grundversorgung einigen.

Zu § 5 (Urabstimmung)Zu Absatz 1

Die Vorschrift knüpft die Zulässigkeit einer gewerkschaftlichen Arbeitskampfmaßnahme an die vorherige Durchführung einer Urabstimmung. Daran muss mindestens die Hälfte der von dem erstrebten Tarifvertrag betroffenen Mitglieder der Gewerkschaft teilnehmen. Außerdem muss die Mehrheit der teilnehmenden abstimmungsberechtigten Gewerkschaftsmitglieder die gewerkschaftliche Arbeitskampfmaßnahme unterstützen. Es gilt mithin ein doppeltes Quorum: mehr als 50% Beteiligung und mehr als 50% Zustimmung.

Das Erfordernis einer Urabstimmung als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung einer gewerkschaftlichen Arbeitsniederlegung geht über das derzeit geltende allgemeine Arbeitskampfrecht hinaus. Allerdings wird hierdurch in die Tarifautonomie der beteiligten Gewerkschaften nicht erheblich eingegriffen. Die meisten

Gewerkschaften sehen ein derartiges Urabstimmungserfordernis in ihren Satzungen mit zum Teil erheblich höheren Quoren ohnehin vor – zumeist 50% Beteiligung und 75% Zustimmung. Außerdem sollte ein Streik in der Daseinsvorsorge mit erheblichen Auswirkungen auf Dritte nur dann zulässig sein, wenn er auch nach innen hinreichend legitimiert ist und von den betroffenen Mitgliedern der Gewerkschaft mehrheitlich mitgetragen wird.

Zu Absatz 2

Die Vorschrift schreibt einige relevante Abstimmungsgrundsätze vor, die Grundsätze der unmittelbaren, freien und geheimen Wahl. Diese Grundsätze sind elementar für die Legitimation des Abstimmungsergebnisses und daher unverzichtbar. Die Gewerkschaft muss darüber hinaus das Ergebnis der Urabstimmung dem Arbeitskampfgegner und der Öffentlichkeit in geeigneter Weise mitteilen.

Zu Absatz 3

Die Einzelheiten der Durchführung der Urabstimmung werden der Regelung in der Satzung der Gewerkschaft überlassen. Dies schon die Verbandsautonomie der Gewerkschaft. Die Satzung muss die wesentlichen Abstimmungsgrundsätze vorgeben und kann im Übrigen den Vorstand oder andere Verbandsorgane ermächtigen, weitere Einzelheiten des Verfahrens durch Beschluss festzulegen. Nach Satz 2 der Vorschrift sind die in Absatz 1 festgelegten Quoren als Mindestquoren anzusehen, die durch die Satzung überschritten werden können.

Zu Absatz 4

Die Vorschrift stellt sicher, dass das Urabstimmungserfordernis ebenso für Arbeitskampfmaßnahmen der Arbeitgeberseite gilt. Dies ist dem Grundsatz der Kampfparität geschuldet. Der Autonomie der Arbeitgeberverbände bleibt es überlassen, die Stimmen nicht nach der Anzahl der Mitglieder, sondern nach deren wirtschaftlicher Bedeutung zu gewichten.

Zu § 6 (Schlichtung)

Zu Absatz 1

Nach dieser Vorschrift ist eine Arbeitskampfmaßnahme unzulässig, die auf eine

tarifvertragliche Regelung zielt, welche Gegenstand eines laufenden Schlichtungsverfahrens ist. Während des Schlichtungsverfahrens besteht somit eine relative Friedenspflicht. Die Vorschrift trägt damit dem arbeitskampfrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in besonderer Weise Rechnung. Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in seinem Beschluss vom 21. April 1971 – GS 1/68 – betont, dass der Arbeitskampf letztes Mittel (ultima-ratio) sein muss und daraus auch das Erfordernis eines vorgeschalteten Schlichtungsverfahrens abgeleitet (BAG GS 21. April 1971 – GS 1/68 – AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Teil III, A 3, Bl. 7). In Übereinstimmung mit diesem Beschluss des Großen Senats bestimmt die Vorschrift ferner, dass es in erster Linie den Tarifvertragsparteien obliegt, angemessene Regelungen über Einzelheiten des Schlichtungsverfahrens zu treffen. Diese haben Vorrang vor den Regelungen des Gesetzes über die staatliche Schlichtung nach Absätzen 3 bis 7.

Zu Absatz 2

Die Vorschrift stellt klar, dass ein zwischen den Arbeitskampf-/Tarifvertragsparteien vereinbartes Schlichtungsverfahren Vorrang hat vor den Regelungen über die staatliche Schlichtung nach den Absätzen 3 bis 7. Dies schon die Tarifautonomie der Tarifvertragsparteien und trägt dem Grundsatz der Subsidiarität staatlicher Regulierung im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts Rechnung. Die Vereinbarung der Tarifvertrags-/Arbeitskampfparteien muss inhaltliche Vorgaben für das Schlichtungsverfahren aufstellen.

Zu Absatz 3

Die Vorschrift stellt klar, dass jede Arbeitskampfpartei das staatliche Schlichtungsverfahren einleiten kann und dieses Schlichtungsverfahren damit nur auf Antrag stattfindet. Für eine Arbeitskampfpartei, die in den Genuss der Friedenspflicht nach Absatz 1 gelangen möchte, ist daher die Einleitung des Schlichtungsverfahrens unabdingbar.

Voraussetzung für die Einleitung eines Schlichtungsverfahrens ist, dass die Tarifvertragsverhandlungen gescheitert sind. Jede Tarifvertragspartei kann diese Voraussetzung autonom feststellen. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts unterliegt dies der Einschätzungsprärogative der jeweiligen Tarifvertragspartei. Aus dieser Regelung folgt ferner, dass der Vorrang der

Schlichtung dann nicht gilt, wenn die Tarifvertragsparteien überhaupt keine Tarifvertragsverhandlungen geführt haben. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn eine Gewerkschaft einen Tarifvertrag abschließen möchte, die Arbeitgeberseite hierzu aber unter keinen Umständen bereit ist. In einem solchen Fall wäre es der Gewerkschaft nicht zumutbar, noch ein Schlichtungsverfahren zu durchlaufen, obwohl doch die Arbeitgeberseite überhaupt nicht verhandeln möchte; eine Schlichtung wäre bloße Förmerei. In solchen Fällen soll die Gewerkschaft unmittelbar zur Arbeitsniederlegung aufrufen können, sofern die übrigen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen eines Streiks vorliegen.

Zu Absatz 4

Die Vorschrift regelt die organisatorische Anbindung des Schlichtungsverfahrens beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales. Die dort errichtete Bundesschlichtungsstelle wird von einem Schlichter geleitet, der im Einvernehmen mit dem Tarifausschuss nach § 5 Abs. 1 TVG vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales für eine Amtszeit von vier Jahren bestellt wird. Mit der Beteiligung des Tarifausschusses können die Spitzenorganisationen der Sozialpartner auf die Person des Schlichters Einfluss nehmen. Gleichzeitig wird damit der Bedeutung des Schlichtungsverfahrens Rechnung getragen.

Zu Absatz 5

Die Vorschrift regelt die Besetzung der Beisitzer der Bundesschlichtungsstelle. Die Anzahl der Beisitzer ist auf jeweils eine Person für Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite begrenzt. Damit besteht die Schlichtungsstelle nur aus drei Mitgliedern. Dies soll zu einem konzentrierten Schlichtungsverfahren beitragen. Stehen mehrere Arbeitskampfparteien auf einer Seite des Arbeitskampfes, müssen sie sich auf die Person des Beisitzers einigen.

Die Verweisung auf die für den Hauptausschuss nach dem MiArbG geltenden § 2 Abs. 4 und 5 MiArbG erklärt Vorschriften über die Rechtsstellung der Mitglieder der Bundesschlichtungsstelle sowie Regelungen über Beschlussfähigkeit und Vertretung für entsprechend anwendbar. Insbesondere ist damit die Tätigkeit der Schlichter ehrenamtlich und weisungsfrei.

Zu Absatz 6

Die Vorschrift regelt das interne Verfahren der Bundesschlichtungsstelle. Die Regelungen stellen sicher, dass das Schlichtungsverfahren spätestens nach etwa sechs bis acht Wochen abgeschlossen ist. So hat die Schlichtungsstelle ihre Tätigkeit unverzüglich aufzunehmen. Innerhalb von vier Wochen nach ihrem Zusammentreten muss die Bundesschlichtungsstelle einen Schlichtungsvorschlag formulieren, der wie alle Beschlüsse mit der Mehrheit der Stimmen beschlossen sein muss. Der Schlichtungsvorschlag ist vom Vorsitzenden zu unterschreiben und den Arbeitskampfparteien zuzuleiten. Nehmen die Arbeitskampfparteien den Schlichtungsvorschlag innerhalb von zwei Wochen durch schriftliche Zustimmungserklärung gegenüber der Bundesschlichtungsstelle an, gilt er als zwischen den Arbeitskampfparteien zustandgekommener formwirksamer Tarifvertrag. Dies stellt klar, dass die obligatorische Schlichtung nach § 6 grundsätzlich nicht als Zwangsschlichtung ausgestaltet ist. Die Arbeitskampfparteien bleiben also frei in ihrer Entscheidung, das Schlichtungsergebnis als Tarifvertrag für und gegen sich gelten zu lassen.

Zu Absatz 7

Die Vorschrift bestimmt, dass das Schlichtungsverfahren zwei Wochen nach Zugang des Schlichtungsvorschlags bei den Arbeitskampfparteien endet. Damit endet die während des Schlichtungsverfahrens bestehende Friedenspflicht aus Absatz 1. Satz 2 trifft eine Sonderregelung für unternehmensbezogene Tarifverträge.

In besonderen Konstellationen könnte an eine Zwangsschlichtung hinsichtlich des Inhalts eines Tarifvertrags gedacht werden, in Betracht kämen etwa in diesem Gesetzgebungsvorschlag die Bereiche des § 2 Nr. 1 bis 4 (Gesundheit; Energie und Wasser; Feuerwehr, Bestattung, Entsorgung; Landesverteidigung und innere Sicherheit). Diese Bereiche unterscheiden sich von anderen Bereichen der Daseinsvorsorge dadurch, dass hier Grundrechte Dritter von ganz erheblichem Belang wie etwa Art. 2 Abs. 2 GG (Leben und körperliche Unversehrtheit) insbesondere durch langandauernde Arbeitskämpfe betroffen sein können. Dies könnte weitergehende Eingriffe in die Tarifautonomie als in anderen Bereichen der Daseinsvorsorge rechtfertigen. Gleichwohl haben wir aus rechtspolitischen Gründen davon abgesehen, einen solchen – verfassungsrechtlich grundsätzlich möglichen – Vorschlag zu unterbreiten.

Zu § 7 (Streik einer Berufsgruppengewerkschaft)

Die Regelung bindet die Zulässigkeit des Streiks einer Gewerkschaft, die nur für bestimmte Arbeitnehmergruppen in dem Unternehmen bzw. der Branche tarifvertragliche Regelungen fordert (Berufsgruppen- oder Spartengewerkschaft), an ein bestimmtes Quorum. Damit soll verhindert werden, dass kleine und besonders streikmächtige Gewerkschaften für die von ihr repräsentierten Arbeitnehmergruppen Sondervorteile erstreiten, die den anderen Arbeitnehmergruppen im Unternehmen oder der Branche nicht zugute kommen. Als angemessen erscheint ein Quorum von 15%. Dies bedeutet, dass eine Berufsgruppengewerkschaft stets dann für einen Tarifvertrag streiken kann, wenn dieser mehr als 15% der gesamten Belegschaft des Unternehmens bzw. der Branche erfassen würde. Auf die Mitgliederzahlen der Gewerkschaft kommt es nicht an. Diese Regelung trifft Vorsorge gegen eine drohende Zersplitterung des Tarifvertragswesens und sichert auf diese Weise die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie.

VI. ERSTE WIRKUNGSGESCHICHTE DES ENTWURFS**1. REAKTIONEN AUF DIE PROFESSOREN-INITIATIVE / POLITIK**

Das „Ob“ einer gesetzlichen Regelung des Arbeitskampfes in der Daseinsvorsorge wird seitens der Politik zum Teil kritisch bewertet. Nach der Vorstellung des Entwurfes äußerten CDU, FDP und Grüne insbesondere in zwei Punkten des Entwurfes ihre Bedenken. Zum einen soll ein Streik der Professoren-Initiative nur nach der Urabstimmung gültig sein, für die ein doppeltes Quorum gelten soll. Die Koalitionsparteien sowie die Grünen sehen hierin eine deutliche Verschärfung des geltenden Rechts, da bislang bei Urabstimmungen nur ein einfaches Zustimmungsquorum zur Durchführung des Streiks erforderlich ist.

Zum anderen trifft § 7 des Entwurfes auf Fragen. Hier ist vorgesehen, dass Spartengewerkschaften, die mit ihrer Tarifzuständigkeit im Tarifgebiet oder im Unternehmen weniger als 15 % der Arbeitsverhältnisse repräsentieren, kein von der Mehrheitsgewerkschaft unabhängiges Streikrecht haben sollen. Hier von wären beispielsweise auch die Ärzte betroffen, die weniger als 15 % der Belegschaft eines Krankenhauses stellen. Folglich könnte auch der Marburger Bund nicht mehr zu Streiks aufrufen.

Der Stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion Günter Krings lehnt einen u.U. voreiligen Eingriff in das Streikrecht und damit zugleich in Artikel 9 Absatz 3 GG ab, solange das Erfordernis für eine gesetzliche Regelung nicht gegeben ist. Grundrechte seien keine klassischen Mehrheitsrechte, sie seien auch Minderheitsrechte. Dass kein Handlungsbedarf für ein solches Gesetz besteht, will er mit der Heranziehung der aktuellen Geschehnisse belegen. Der Streik am Frankfurter Flughafen sei auch mit Mitteln des geltenden Rechtes unterbunden worden. Somit bietet nach seiner Ansicht das geltende Recht einen ausreichenden Schutz vor Missbrauch des Streikrechts. FDP und Grüne sehen derzeit ebenfalls keinen Bedarf für ein Handeln des Gesetzgebers.

Durch die erneute Diskussion um die Einschränkung der Tarifpluralität fordern dennoch insbesondere Stimmen in der SPD, aber auch Vertreter des Arbeitnehmerflügels der CDU eine gesetzliche Lösung, die die Streikmacht der Spartengewerkschaften einschränken soll.

2. REAKTIONEN AUF DIE PROFESSOREN-INITIATIVE / GEWERKSCHAFTEN

Gewerkschaften – ob mehrheitlich oder vereinzelt - stehen dem Entwurf tendenziell ablehnend gegenüber, da sie in dem Quorum von 15 % die Gefahr eines „Zwei-Klassen-Streikrechts“ sehen. Neben ver.di hat sich auch der Marburger Bund entsprechend geäußert. Letztere wären selbst ebenfalls von diesem Quorum mit der Konsequenz betroffen, kein Streikrecht mehr innezuhaben.

In einer intensiv geführten Diskussion wurden insbesondere folgende Argumente vorgebracht:

Schon das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung wurde bezweifelt. Die bisherigen richterrechtlich herausgebildeten Instrumentarien bieten hinreichenden Schutz der Allgemeinheit. Überdies ist davon auszugehen, dass die Gewerkschaften aus sich heraus – auch ohne rechtliche Verpflichtung – die Interessen der Allgemeinheit im Arbeitskampf ernst nehmen. Denn einen Streik in der Daseinsvorsorge gegen die öffentliche Meinung zu führen sei nicht möglich. Der große GDL-Streik und der Erzieherinnen-Streik in Baden-Württemberg hat gezeigt, dass die öffentliche Meinung durchweg hinter den Streikzielen stand.

Auch der Ausschnitt, den der Gesetzesentwurf als Anwendungsbereich wählt, ist untauglich. Er reiht ganz unterschiedliche Bereiche aneinander, in denen ganz unterschiedliche Gewerkschaften und Arbeitgeber agieren. Die Abgrenzung von Daseinsvorsorge bleibt vage und führt im Einzelfall sicherlich zu nicht unerheblicher Rechtsunsicherheit. Feuerwehr, Krankenhaus, Fluglinien haben zu wenige Gemeinsamkeiten, als dass für sie einheitliche Streikregeln gelten können.

Wo der Gesetzentwurf über die bisherigen richterrechtlichen Regeln hinausgeht, liegt in ihm – schon wegen fehlender Erforderlichkeit - eine verfassungswidrige Einschränkung des durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Streikrechts. Dies gilt bereits für die Pflicht zur Vorankündigung. Die verschiebt das Gleichgewicht zwischen den Verhandlungspartnern nicht unerheblich, ermöglicht es doch der Gegenseite effektive Gegenmaßnahmen vorzubereiten. Dies gilt umso mehr, als die Vorankündigung den konkreten Betrieb benennen soll, der bestreikt wird. Die Gewerkschaft wird in ihrer Planung eingeschränkt und behindert und kann nicht kurzfristig das Streikziel wechseln, wenn sich die Mobilisierung bestimmter Betriebe schwieriger als erwartet gestaltet.

Eine obligatorische Verhandlungspflicht – von außen oktroyiert – bringt nichts, wenn es die Parteien selber nicht wollen. Wenn Verhandlungen ohne Streik Erfolg versprechen, dann wird die Gewerkschaft von sich aus den für sie ja mit erheblichen Kosten verbundenen Weg zunächst nicht beschreiten. Wenn dem aber nicht so ist, dann bedeutet die obligatorische Verhandlung nur zusätzliche Vorbereitungszeit für arbeitgeberseitige Streikabwehr.

Notdienstvereinbarungen werden bislang schon geschlossen. Sie erfolgen in Ansehung des konkreten Betriebs und des konkreten Streiks. Eine abstrakt-generelle Regelung – zumal von einem außenstehenden Dritten festgelegt – wird diesen Besonderheiten nicht gerecht. Zudem bleibt es vage, welchen Maßstab dieser schlichtende Dritte anwenden sollte, d.h. wie viel Notdienst er für erforderlich und wie viel er für nicht mehr erforderlich werten sollte. Gegen den Willen der Beteiligten in der Kürze der Zeit eine sinnvolle Regelung festzulegen, ist nicht möglich – mit dem Willen der Beteiligten braucht es aber keine gesetzliche Regelung. Die bisherigen Vorgaben des BAG sind hier sehr viel praxisgerechter.

Das Quorum von 15 % der Belegschafts-Repräsentation wurde insbesondere von Seiten der Spartengewerkschaften als unannehmbar gewertet, da hier verfassungswidrig den auf bestimmte Belegschaftsteile ausgerichteten Gewerkschaften faktisch das Streikrecht genommen werde.

Eine obligatorische Schlichtung, und sei es nur als obligatorische Schlichtung mit unverbindlichem Schlichterspruch, würde die Bedeutung von Gewerkschaften im Bereich der Daseinsvorsorge marginalisieren. Als härtester Eingriff in die Arbeitskämpfrechte der Gewerkschaft ist sie klar verfassungswidrig, wo die Parteien sich nicht selber darauf geeinigt haben. Der Schutz der Allgemeinheit kann es nicht rechtfertigen, einer ganzen Branche das Streikrecht zu nehmen.

3. REAKTIONEN AUF DIE PROFESSOREN-INITIATIVE / WISSENSCHAFT

a) Wolfgang Franz

Wolfgang Franz, Vorsitzender des Sachverständigenrates, Leiter des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung sowie Inhaber eines Lehrstuhls für Volkswirtschaftslehre an der Universität Mannheim, hat sich ebenso für eine Moder-

nisierung des Streikrechts in Deutschland ausgesprochen. Nach seiner Ansicht solle das Ultima-Ratio-Prinzip des Streikrechts wieder stärker in den Vordergrund gerückt werden. Bei der Überarbeitung des Streikrechts sieht Franz Handlungsbedarf durch den Gesetzgeber. Der Gesetzgeber müsse Schlichtungsverfahren mit Friedenspflicht zwingend vorschreiben, Warnstreiks eng begrenzen und Sympathiestreiks untersagen. Ferner schließt Franz das sogenannte „Cooling-off“ Modell nach US-amerikanischem Vorbild als weiteres Mittel nicht aus. Das Modell impliziert, dass der US-Präsident unter eng definierten Voraussetzungen Arbeitskampfmaßnahmen für einige Wochen aussetzen kann, wenn sie enorme volkswirtschaftliche Schäden verursachen. Dies könne in Deutschland den Bereich von Infrastruktur und Daseinsvorsorge umfassen. Eben diese Vorschläge sind im Entwurf berücksichtigt.

b) Reinhold Zippelius

Reinhold Zippelius, emeritierter Professor für Rechtsphilosophie und Öffentliches Recht an der Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg und einer der großen Staatsrechtslehrer seiner Generation, sieht das Problem hingegen nicht im geltenden Streikrecht, sondern in der Privatisierung der Daseinsvorsorge. Wolle man die Grundversorgung der Bürger gewährleisten, dann müsse man die massive Privatisierung zentraler Elemente der Daseinsvorsorge zurücknehmen und diese wieder in die öffentliche Hand legen. Zippelius sieht in dieser Umverteilung die positive Konsequenz, dass die Regelung der Besoldung öffentlich Beschäftigter nicht durch Gruppenkämpfe erfolgt, sondern auf demokratischem Wege. Damit wäre die Gefahr von Arbeitskämpfen in der Daseinsvorsorge eingedämmt.

c) Volker Rieble

In einem Beitrag für die Zeitschrift *Fachanwalt Arbeitsrecht* sowie im *Legal Tribune Online* widmet sich auch Volker Rieble der Streikbegrenzung in der Daseinsvorsorge. Er befürwortet eine Weiterentwicklung des Streikrechts zum Schutze der Allgemeinheit. Das Streikrecht sei kein „absolutes Recht“ zu beliebiger Drittschädigung. Jedes Recht stehe unter dem Vorbehalt, dass es Rechte anderer nicht nach Belieben beschädigen darf. Aus beiden Abhandlungen ist zu entnehmen, dass Rieble hier einen Bedarf für eine gesetzliche Regelung sieht. Er teilt die Ansicht der Professoren-Initiative im Hinblick auf eine Urabstimmung

und eine vorangehende Schlichtung, bevor ein Unternehmen bestreikt werden darf. Zweck dieser Beschränkungen sei allein der Schutz des Drittbetroffenen und nicht des bestreikenden Unternehmens. So solle eine Vorankündigung des Streiks für mehr Planungssicherheit seitens der Bevölkerung und dies überwiege sämtliche Nachteile, die beim Arbeitgeber eintreten würden.

Rieble bringt auch Verbesserungsvorschläge und Kritik in die Diskussion zur Begrenzung des Streikrechts mit ein. Im Entwurf sind die Bereiche der Daseinsvorsorge, auf die sich eine mögliche Regelung beziehen soll, aufgelistet. In Bezug auf diese Aufzählung fordert Rieble eine genaue Bestimmung, welche Bereiche konkret von der Daseinsvorsorge erfasst sein sollen. Als Beispiel hierfür zieht er die Reichweite des Begriffes „Verkehr“ heran. Aus seiner Sicht kann es nicht die Intention der Professoren-Initiative sein, dass jede Binnenschifffahrt und jeder Flugverkehr miterfasst sein soll.

Jedoch besteht auch für Rieble Diskussionsbedarf hinsichtlich des 15 % Quorums. Das Streikrecht könnte durch diese Regelung unverhältnismäßig beschränkt werden, zumal auch die Splittergewerkschaften bereits an die Schranken in Artikel 9 Absatz 3 GG gebunden seien. Auch die Gefahr der Instrumentalisierung des Quorums gegen missliebige Berufsgruppen, Sparten- oder Splittergewerkschaften sei nicht ausgeschlossen. Trotz dieser Bedenken stimmt auch Rieble der Professoreninitiative zu, dass eine Splittergruppe von wenigen Arbeitnehmern nicht einen ganzen Betrieb zulasten der Allgemeinheit lahmlegen dürfe.

4. PRAKTIKERSTIMMEN AUS DER ANWALTlichen BERUFSPRAXIS UND DER WIRTSCHAFT

a) Ulrich Fischer

Die Gegenposition in dem Beitrag der Zeitschrift *Fachanwalt Arbeitsrecht* hat der Fachanwalt für Arbeitsrecht in Frankfurt am Main Ulrich Fischer eingenommen. Für ihn bestehen keine Aussichten, den Gesetzgeber zu einer gesetzlichen Regelung des Arbeitskampfrechts in der Daseinsvorsorge zu motivieren. Unabhängig davon äußert Fischer inhaltliche Bedenken in Bezug auf den Entwurf der Professoren-Initiative. Seiner Ansicht nach stellt die Pflicht zur Vorankün-

digung der Streiks vielmehr eine Gefahr für die Unternehmen dar, als dass sie nützt. Durch die Ankündigung könnte die Kampfparität nicht mehr gewahrt sein. Gewerkschaften könnten im Verkehrsbereich dafür sorgen, dass dem Arbeitgeber allein durch einen so genannten kalten Streik Schäden zugefügt werden. Für Fischer stellt sich in solch einem Fall die Frage, ob die Entwurfsvorschläge dann auf eine tatsächliche Pflicht zur Umsetzung der Ankündigung abzielen. Auch die Einschränkung des Artikel 9 GG durch die 15 %-Hürde ist für ihn nicht unproblematisch, da man durch das Quorum zuließe, dass Arbeitgeberverbände in ihrer Satzung vorsehen können, das Stimmrecht ihrer Mitglieder nach der wirtschaftlichen Bedeutung zu gewichten.

b) Frank Benner, Dr. Arnd Hermann und Christoph Wilhelm

Im Nachgang zur Vorstellung des Gesetzentwurfs der Professoreninitiative haben sich Frank Benner, Leiter Tarifpolitik Fraport AG, Dr. Arnd Hermann, Leiter Personal und Arbeitsrecht DFS, Deutsche Flugsicherung GmbH, und Christoph Wilhelm, Hauptgeschäftsführer Arbeitgeberverband Luftverkehr e.V., in einer gemeinsamen Stellungnahme an die Professorengruppe gewandt. Darin begrüßen sie die Vorschläge der Professoren und kommentieren sie im Einzelnen.

Nur eine „Waffengleichheit“ (Parität) zwischen dem Arbeitgeber und den ihm gegenüberstehenden Gewerkschaften biete die Chance für ausgewogene Tarifverträge und faire Kompromisse. Insbesondere in Unternehmen der Daseinsvorsorge sei die Parität zwischen den Tarifpartnern durch eine zunehmende Diversifizierung der Gewerkschaftslandschaft durch Bildung von Spartengewerkschaften beeinträchtigt. Diese Parität müsse wiederhergestellt werden; nur so könnten Schäden Dritter nachhaltig gemildert werden. Als dienlich für die Bestimmung eines gesetzlichen Ordnungsrahmens kämen die nachfolgenden Mechanismen und Spielregeln in Frage:

- Der Tariffrieden sei gefährdet, wenn durch verschiedene Berufsgruppen-gewerkschaften in einem Unternehmen jederzeit und zeitversetzt Arbeitskämpfe geführt werden könnten. Eine gesetzliche Regelung sollte die Harmonisierung der Laufzeit von Tarifverträgen unterschiedlicher Gewerkschaften in einem Unternehmen und damit eine Harmonisierung der Friedenspflicht sicherstellen. Die Friedenspflicht während der Laufzeit eines

Tarifvertrages unterbinde Arbeitskämpfe. Sie garantiere dem Arbeitgeber für eine feste Laufzeit und bezogen auf das gesamte Unternehmen Planungssicherheit und kalkulierbare Personalkosten. Sie gewährleiste damit Kostenstabilität und konstante Produktivität. Um diesen Sinn und Zweck sicherzustellen, müsse die Friedenspflicht unternehmensbezogen, nicht nur in Bezug auf eine Berufsgruppe gelten.

- Der Warnstreik solle höheren Anforderungen unterliegen (z.B. Urabstimmung).
- Vorschaltung eines obligatorischen Schlichtungsverfahrens oder Mediation vor dem Arbeitskampf, aber ohne verpflichtenden Schlichterspruch. (Die Vor- und Nachteile eines verpflichtenden Schlichterspruchs sollten nochmals in Erwägung gezogen werden.)
- Obligatorische Urabstimmung mit Stimmrecht aller Arbeitnehmer nach gescheiterten Verhandlungen. Ziel ist die Schaffung einer gesetzlichen Verpflichtung zur Urabstimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung für einen gewerkschaftlichen Arbeitskampf. Nur ein von der breiten Mehrheit der Arbeitnehmer getragener Arbeitskampf sei rechtmäßig, nicht auch einer, den „nur“ der Gewerkschaftsvorstand beschließe.
- Befristete Kampfsperren („cool down period“) nach Scheitern der Verhandlungen bzw. nach den ersten Streikmaßnahmen.
- Pflicht zur rechtzeitigen Ankündigung eines Streiks: Nur so könne sich das Unternehmen durch Notfallpläne auf den Streik einstellen. Ebenso könnten sich Dritte besser auf den Streik einstellen.
- Allein die Androhung von Arbeitskampfmaßnahmen, ohne dass ein Streik auch tatsächlich durchgeführt werden solle (sog. „kalter Streik“), wäre jedoch rechtsmissbräuchlich (Argument: bereits die Ankündigung führe häufig zu hohen Schäden, Beispiel Lufthansa: Buchungsausfälle). Ein kalter Streik definiere sich als die konkrete Ankündigung von Arbeitskampfmaßnahmen durch eine Gewerkschaft, die dann entweder nur zunächst, später oder gar nicht zum angekündigten Zeitpunkt durchgeführt werden, ohne dass hierfür eine Vereinbarung oder ein neues Angebot der Arbeitgeberseite oder eine gerichtliche Verfügung der Grund sind. Dies bzw. jede andere Form einer rechtswidrigen oder rechtsmissbräuchlichen Ankündigung eines Streiks sollte im Bereich der infrastrukturellen Daseinsvorsorge möglichst verhindert werden.

- Koordinationsregeln für die Betätigung mehrerer Gewerkschaften im und gegenüber einem Unternehmen müssten zur Sicherung des Betriebsfriedens und der Betriebsabläufe geschaffen werden:
 - Quorumsprinzip oder verbindliche Kooperationspflicht bei Gewerkschaftspluralität.
 - Denkbar sei auch eine Regelung zum Thema „Tarifgemeinschaften“ i.S.v. verpflichtenden Verhandlungsgemeinschaften.
- Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz solle näher definiert werden, das Richterrecht müsse vielseitiger werden:
 - Die Kampfparität werde seit langem zu Lasten der Arbeitgeber, aber auch Drittbetroffener in Frage gestellt. So sei die Aussperrung kein effektives Mittel. Neben der Kampfparität müsse auch die „Verhandlungsparität“ gewährleistet sein.
 - Die Wirkungsmechanismen und die Ausgestaltung von Kampfmaßnahmen in unterschiedlichen Geschäftssystemen (u.a. Produktion / Dienstleistung) müsse durch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung stärker berücksichtigt werden.
 - Je kleiner eine streikende Berufsgruppe sei, desto höher müssten die Hürden für einen Arbeitskampf sein. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sei z.B. durch zahlenmäßige, zeitliche oder räumliche Begrenzung von Streiks zu konkretisieren („Streikarithmetik“).
 - Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung müssten die Höhe der zu erwartenden Schäden, die Auswirkungen auf Dritte und die Nachholbarkeit der Arbeitsleistung („verderbliche Güter“) Berücksichtigung finden (Definition der Kampfparität im Einzelfall).
 - Die Verhältnismäßigkeitsprüfung sollte folgende Abwägung (insb. bei Spartengewerkschaften) berücksichtigen: Tarifforderung vs. Kampfmittel vs. Kampfziel (Aufgabe des Verbots der Tarifzensur).

c) Prof. Dr. Robert von Steinau-Steinrück

Robert von Steinau-Steinrück berät als Rechtsanwalt Unternehmen im Arbeitsrecht und beobachtet in der Praxis ebenfalls das Bedürfnis einer gesetzlichen Regelung des Arbeitskampfrechts in der Daseinsvorsorge. Der Status quo sei im Arbeitskampf derzeit das Richterrecht. Einziger inhaltlicher Prüfstein für die Zulässigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen sei der richterlich entwickelte Ver-

hältnismäßigkeitsgrundsatz, der selbst keine klaren Konturen enthalte. Die neue Situation im Arbeitskampf – Aufgabe der Tarifeinheit und Ausweitung von Arbeitskampfmitteln wird von Steinau-Steinrück als Begründung für eine gesetzliche Regelung angeführt. Auch die Betroffenheit Nichtbeteiligter erhöhe den Druck auf der Arbeitgeberseite, die sich jedoch nicht adäquat verteidigen könnten. In diesem Punkt sieht er ebenso eine Störung der Kampfparität, so dass eine gesetzliche Regelung den Besonderheiten der Daseinsvorsorge gerecht werden kann.

5. ZUSAMMENFASSUNG

Erste Reaktionen sind also gemischt – nicht anders war es zu erwarten. Bei den Berufsgewerkschaften stößt jeder Vorschlag, der das Streikrecht in der Daseinsvorsorge reguliert, zunächst auf Ablehnung. In der Politik ist man im Hinblick auf die grundsätzliche Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung im Arbeitskampfrecht in der Daseinsvorsorge hingegen geteilter Meinung.

Von Unternehmensseite sieht man jedoch gerade aufgrund der Probleme in der alltäglichen Praxis Diskussionsbedarf für eine gesetzliche Regelung und eine Anpassung des Streikrechts in der Daseinsvorsorge. Dadurch will man insbesondere dem Problem der Betroffenheit unbeteiligter Dritter begegnen.

Auch die Wissenschaft ist dem Entwurf gegenüber überwiegend aufgeschlossen, auch wenn sie den Entwurf einer kritischen Betrachtung unterzieht. Ähnlich wie in der Politik und bei den Gewerkschaften äußern die Wissenschaftler vor allem im Hinblick auf das 15 % Quorum ihre Skepsis. Hintergrund dieses in § 7 des Entwurfes geregelten Quorums ist die Vermeidung des Eingriffs in das Recht unbeteiligter Dritter durch eine Spartengewerkschaft, die zwar einen geringen Anteil der Belegschaft ausmacht, aber eine gewichtige Streikmacht inne hat, wie der Streik der Vorfeldmitarbeiter am Frankfurter Flughafen veranschaulicht. In der Tat: Die 15% Marke ist gegriffen. Sie ist nur als Vorschlag der Professoren zu verstehen, der in weiteren Dialogen, wie sie bereits im Vorfeld des Entwurfes mit Arbeitgebern, Verbänden und Gewerkschaften geführt worden sind, einer Erörterung offensteht. Als solches ist auch der gesamte Entwurf zu betrachten, der ein erster Anstoß und Vorschlag in Richtung der Modernisierung des Arbeitskampfrechts in der Daseinsvorsorge sein soll.

LITERATURVERZEICHNIS:

- Abele, Roland*: Gesetzliche Streikregelung für den Öffentlichen Dienst in Italien, in: RdA 1991, S. 79 ff.
- Almeida/Nogueira*: (2003) 12 International Human Rights Journal, S. 7
- Arnold, Jürg*: Die Badische Landesschlichtungsordnung, in: RdA 1996, S. 356 ff.
- Badura, Peter*: Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat, in: DÖV 1966, S. 624 ff.
- Bayreuther, Frank*: Tarif- und Arbeitskampfrecht in der Neuorientierung, in: NZA 2008, S. 12 ff.
- Gewerkschaftspluralität im amerikanischen Tarifrecht: Warnung oder Vorbild für das deutsche Arbeitsrecht?, in: ZfA 2009, S. 747 ff.
- Bayreuther, Frank/Franzen, Martin/Greiner, Stefan/Krause, Rüdiger/Oetker, Hartmut/Preis, Ulrich/Rebhahn, Robert/Thüsing, Gregor/Waltermann, Raimund*: Tarifpluralität als Aufgabe des Gesetzgebers, herausgegeben von der Carl Friedrich von Weizsäcker-Stiftung, 2011
- Behning, Bettina*: Die Schlichtung in der kollektiven Arbeitsverfassung der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt a. M. 1994
- Bepler, Klaus*: Deutsches Streikrecht und Europäische Sozialcharta (ESC), in: Arbeitsrecht im sozialen Dialog – Festschrift für Hellmut Wißmann zum 65. Geburtstag, München 2005, S. 97 ff.
- Birk, Rolf/Konzen, Horst/Löwisch, Manfred/Raiser, Thomas/Seiter, Hugo*: Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte – Entwurf und Begründung, Tübingen 1988
- Brox, Hans/Rüthers, Bernd* (Hrsg.): Arbeitskampfrecht, 2. Auflage, Stuttgart 1982
- Buchner, Herbert*: BB- Forum: Der Bahnstreik – und welche Lehren daraus zu ziehen sind, in: BB 2007, S. 2520 ff.
- Committee on Freedom of Association: CFA Digest, 5th edition 2006
– Report No. 284, Case No. 1523

- Däubler, Wolfgang*: Der Streik im öffentlichen Dienst, 2. Auflage, Tübingen 1971
– Neue Grundsätze im Arbeitskampf?, in: ArbuR 1998, S. 144 ff.
– Der Notdienst im Arbeitskampfrecht, in: ArbuR 1981, S. 257 ff.
- Däubler, Wolfgang* (Hrsg.): Arbeitskampfrecht, 3. Auflage, Baden-Baden 2011
- Däubler, Wolfgang* (Hrsg.): Tarifvertragsgesetz, 2. Auflage, Baden-Baden 2006
- de Maizière, Thomas*, Staatliches Handeln im Wandel der Zeit, Baden-Baden 2012
- Dieterich, Thomas*: Kontrollpflicht und Zensurverbot im Arbeitskampf, in: Festschrift für Hansjörg Otto zum 70. Geburtstag am 23. Mai 2008, Berlin 2008, S. 45 ff.
- Dreier, Horst* (Hrsg.): Grundgesetz, 2. Auflage, Tübingen 2006
- Dütz, Wilhelm*: Die Beilegung von Arbeitsstreitigkeiten in der Bundesrepublik Deutschland, in: RdA 1978, S. 291 ff.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian* (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar, München 2009
- Ewing, Keith/Hendy, John*: 39 (2010) Industrial Law Journal, 2, 7 ff.
- ForsthoFF, Ernst*: Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart 1938
– Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959
- Franz, Thorsten*: Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, Tübingen 2005
- Franzen, Martin*: Arbeitskampf im tarifpluralen Betrieb – Gefahr für das Tarifvertragssystem?, in: ZfA 2011, S. 647 ff.
- Die neuere Rechtsprechung des Ersten Senats des BAG zum Arbeitskampfrecht, in: Jahrbuch des Arbeitsrechts 2009, Band 47 (2010), S. 119 ff.
- Friauf, Karl Heinrich/Höfling, Wolfram* (Hrsg.): Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Stand des Gesamtwerks: 33. Lieferung, Juli 2011 (Berlin)
- Gamillscheg, Franz*: Kollektives Arbeitsrecht, München 1997
- Gärtner, Frederike Cathérine*: Die gesetzliche Regulierung des Bahnstreiks in Frankreich, im Erscheinen (Diss. München 2011)
- Gaumann, Ralf*: Einseitige Anordnungsbefugnis des Arbeitgebers bezüglich der Erhaltungsarbeiten im Arbeitskampf nach fehlgeschlagener Einigung mit der Gewerkschaft, in: DB 2001, S. 1722 ff.

- Giesen, Richard*: Tarifeinheit und Verfassung, in: ZfA 2011, S. 1 ff.
- Glass-Hess, Laura*: 35 (2003) Georgia Journal of International and Comparative Law, S. 333 ff.
- Greiner, Stefan*: Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, München 2010
- Der Arbeitskampf der GDL, Überlegungen zur Parität im Sparten- und Spezialistenarbeitskampf, in: NZA 2007, S. 1023 ff.
- Rechtmäßigkeit des „Flashmob“ als Arbeitskampfmittel, Anmerkung zu BAG v. 22.9.2009, 1 AZR 972/08, in: EzA Nr. 143 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 27 ff.
- Halter, Ulrich/Mayer, Franz/Möllers, Christoph*: Wesentlichkeitstheorie und Gerichtsbarkeit, in: Die Verwaltung 30 (1997), S. 51 ff.
- Heckelmann, Dieter*: Erhaltungsarbeiten im Arbeitskampf, Berlin 1984
- Heinze, Meinhard*: Streikrecht der deutschen Fluglotsen als Angestellte der privatisierten Flugsicherung, in: Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 2004, S. 493 ff.
- Landes- und Reichsgeschichte. Festschrift für Hansgeorg Molitor zum 65. Geburtstag, Bielefeld 2004, S. 159 ff.
- Henssler, Martin*: Ende der Tarifeinheit – Eckdaten eines neuen Arbeitskampfrechts, in: RdA 2011, S. 65 ff.
- Henssler, Martin/Heiden, Ralph*: Anmerkung zur Entscheidung des BAG vom 28.3.2006, 1 ABR 58/04, AP Nr 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit
- Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen (Hrsg.): Arbeitsrecht, Kommentar, 4. Auflage, Köln 2010
- Henssler, Martin/Braun, Axel (Hrsg.): Arbeitsrecht in Europa, 3. Auflage, Köln 2011
- Hermes, Georg*: Staatliche Infrastrukturverantwortung, Tübingen 1998
- Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 119 ff.
- Hillgruber, Christian*: Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, in: JZ 1996, S. 118 ff.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*: Finanzkontrolle als Steuerungsaufsicht im Gewährleistungsstaat, in: DÖV 1999, S. 221 ff.
- Hofmann, Michael A./Coslovich, Antonella*: Arbeitsrecht in Italien, München 1996
- Hösch, Ulrich*: Die kommunale Wirtschaftstätigkeit: Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb oder Daseinsvorsorge, Tübingen 2000

- Hromadka, Wolfgang*: Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Tarifkollision, in: NZA 2008, S. 384 ff.
- Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans Carl*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band II/1, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt a. M. 1970
- Hufen, Friedhelm*: Staatsrecht II. Grundrechte, 3. Auflage, München 2011
- International Labour Organisation: General Survey of Freedom of Association and Collective Bargaining (1994)
- Ipsen, Jörn*: Verfassungsrechtliche Schranken des Richterrechts, in: DVBl. 1984, S. 1104 ff.
- Richterrecht und Verfassung, Berlin 1975
- Jacobs, Matthias*: Tarifpluralität statt Tarifeinheit. Aufgeschoben ist nicht aufgehoben, in: NZA 2008, S. 325 ff.
- Jacobs*: The law of strikes and lockouts, in: Blanpain (Hrsg.), Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies, 2010, S. 659 ff.
- Janssen, Albert*: Über die Grenzen des legislativen Zugriffsrechts, Tübingen 1990
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 11. Auflage, München 2011
- Jeschke, Anja*: Der europäische Streik, Baden-Baden 2006
- Kahl, Wolfgang*: Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, Tübingen 2008
- Kamanabrou, Sudabeh*: Der Streik durch Spartengewerkschaften - Zulässigkeit und Grenzen, in: ZfA 2008, S. 241 ff.
- Kehrmann, Karl/Bobke, Manfred A.*: Innengewerkschaftliche Demokratie und Verbändegesetz, in: ZRP 1985, S. 78 ff.
- Kempen, Otto Ernst/Zachert, Ulrich (Hrsg.): Tarifvertragsgesetz, 4. Auflage, Frankfurt a. M. 2006
- Kersten, Jens*: Die Entwicklung des Konzepts der Daseinsvorsorge im Werk von Ernst Forsthoff, in: Der Staat, Bd. 44 (2005), S. 543 ff.
- Kissel, Otto Rudolf*: Arbeitskampfrecht, München 2002
- Kloepfer, Michael*: Arbeitsgesetzgebung und Wesentlichkeitstheorie. Zur Verfassungspflicht einer Gesetzgebung insbesondere im Arbeitskampfrecht, in: NJW 1985, S. 2497 ff.

- Knauff, Matthias*: Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, Berlin 2004
- Konzen, Horst*: Fünfzig Jahre richterliches Arbeitskampfrecht – Grundlagen, Bilanz, Weiterentwicklung, in: 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 2004, S. 515 ff.
- Leisner, Walter (Hrsg.): Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat, Berlin 1975
- Lerche, Peter*: Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, Bad Homburg 1968
- Koalitionsfreiheit und Richterrecht, in: NJW 1987, S. 2465 ff.
- Lessner, Jan*: Chancen dezentraler Tarifpolitik - Herausforderung für die gewerkschaftliche Willensbildung, in: RdA 2005, S. 285 ff.
- Lieb, Manfred*: Vorbeugende Schlichtung unter Beteiligung Dritter, in: Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft: Festschrift für Peter Hanau, Köln 1999, S. 561 ff.
- Linder, Christian*: Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, Frankfurt a. M. 2004
- Lindner, Josef Franz*: Dürfen Beamte doch streiken?, in: DÖV 2011, S. 305 ff.
- Loritz, Karl-Georg*: Was nützen Prinzipien im Arbeitskampfrecht?: Gedanken zu aktuellen Entwicklungen, in: Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, Tübingen 2010, S. 1033 ff.
- Das überkommene Arbeitskampfrecht und die aktuellen Entwicklungen des Wirtschaftslebens, in: 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 2004, S. 557 ff.
- Löwer, Wolfgang*: Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, in: DVBl. 1991, S. 132 ff.
- Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, Köln 1989
- Löwisch, Manfred/Mikosch, Ernst*: Erhaltungsarbeiten im Arbeitskampf, in: ZfA 1978, S. 153 ff.
- Löwisch, Manfred (Hrsg.): Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, Heidelberg 1997
- Maaß, Roland*: Der Wettbewerb im örtlichen Personenbeförderungswesen: Möglichkeiten und Notwendigkeiten im Bereich straßengebundener Beförderung, Berlin 1998
- Mangoldt, Hermann v. (Begr.)/Klein, Friedrich (Fortf.)/Starck, Christian (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz, 6. Auflage, München 2010

- Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.)/Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H. (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand des Gesamtwerks: 62. Lieferung, September 2011 (München)
- Maurer, Hartmut*: Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, München 2011
- Mayer-Maly, Theo*: Anmerkung zum Urteil des BAG vom 20.12.1963, 1 AZR 157/63, AP Nr 34 zu Art 9 GG Arbeitskampf
- Meinel, Florian*: Der Jurist in der industriellen Gesellschaft. Ernst Forsthoff und seine Zeit, Berlin 2011
- Meyer, Cord*: Aktuelle Fragen zum Grundsatz der Tarifeinheit, in: DB 2006, S. 1271 ff.
- Rechtliche wie praktische Unzuträglichkeiten einer Tarifpluralität, in: NZA 2006, S. 1387 ff.
- Meyer-Ladewig, Jens*: Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2011
- Michlik, Frank*: Die gewerkschaftliche Urabstimmung vor einem Arbeitskampf – Eine Untersuchung zum deutschen und britischen Recht, Berlin 1995
- Möllers, Christoph*: Nachvollzug ohne Maßstababildung: richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: JZ 2009, S. 668 ff.
- Montesinos, Ignacio Albiol/Camps Ruiz, Luis Miguel/López Gandía, Juan/Sala Franco, Tomás*: Compendio de Derecho del Trabajo, Band 1, 3. Auflage 2008
- Morgenthaler, Gerd*: Freiheit durch Gesetz, Tübingen 1999
- Müller, Gerhard*: Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte, in: DB 1989, S. 42 ff.
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Auflage, München 2012
- Münch, Ingo von/Kunig, Philip (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, 5. Auflage, München 2003
- Oetker, Hartmut*: Die Durchführung von Not- und Erhaltungsarbeiten bei Arbeitskämpfen, Heidelberg 1984
- Ossenbühl, Fritz*: Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, in: DÖV 1971, S. 513 ff.
- Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch

- des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 5, 3. Auflage, Heidelberg 2007, § 101
- Otto, Hansjörg*: Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006
- Tarifautonomie unter Gesetzes- oder Verfassungsvorbehalt, in: Festschrift für Albrecht Zeuner zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1994, S. 121 ff.
- Picker, Eduard*: Der Arbeitskampf in der Rechts- und Wirtschaftsordnung – Zu einer Dogmatik des Arbeitskampfrechts –, in: ZfA 2011, S. 557 ff.
- Verfahrensfragen und Erklärungsobliegenheiten, in: Lieb/v. Stebut/Zöllner (Hrsg.), Arbeitskampfrecht – Symposium Hugo Seiter zum Gedächtnis, Berlin, 1990, S. 275 ff.
- Pielow, Johann-Christian*: Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, Tübingen 2001
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard*: Staatsrecht II: Grundrechte, 26. Auflage, Heidelberg 2010
- Rebhahn, Robert*: Das Kollektive Arbeitsrecht im Rechtsvergleich, in: NZA 2001, S. 763 ff.
- Reuter, Dieter*: Für ein konsistentes Arbeitskampfrecht, in: Festschrift für Günther Wiese zum 70. Geburtstag, Neuwied u.a. 1998, S. 427 ff.
- Richardi, Reinhard/Wlotzke, Otfried/Wißmann, Hellmut/Oetker, Hartmut (Hrsg.): Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 2009
- Rieble, Volker*: Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Berlin 1996
- Arbeitsniederlegung zur Standorterhaltung, in: RdA 2005, S. 200 ff.
- Verfassungsfragen der Tarifeinheit, München 2010
- Modernisierung des Arbeitskampfrechts zu einem Tarifverhandlungsrecht, in: ZAF 38 (2005), S. 218 ff.
- Urabstimmung als Streikvoraussetzung, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. 1, München 2007, S. 1439 ff.
- Rieble, Volker (Hrsg.): Zukunft des Arbeitskampfes, München 2005
- Rieble, Volker/Bitterberg, Stefan*: Arbeitskampf und Verbandsrecht, AR-Blattei SD 170.6, S. 1 ff., Stand: März 2005
- Rieble, Volker/Junker, Abbo/Giesen, Richard (Hrsg.): Neues Arbeitskampfrecht?, ZAAR-Schriftenreihe, Band 18, München 2010
- Ringwald, Roman*: Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff, Frankfurt a. M. 2008
- Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, Peter (Hrsg.): Arbeitsrecht, Beck'scher Onlinekommentar, Stand: 1.9.2011, Edition: 21 (München)
- Ronellenfitsch, Michael*: Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff, in: Blümel (Hrsg.), Ernst Forsthoff, Berlin 2003, S. 52 ff.
- Daseinsvorsorge und Wirtschaftlichkeit des Eisenbahnwesens, in: DVBl. 2008, S. 201 ff.
- Rudkowski, Lena*: Der Streik in der Daseinsvorsorge, München 2010
- Rüfner, Wolfgang*: Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 4, 3. Auflage, Heidelberg 2006, § 96
- Rüthers, Bernd*: Tarifautonomie und gerichtliche Zwangsschlichtung, Konstanz 1973
- Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Auflage, München 2011
- Säcker, Franz Jürgen*: Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, Düsseldorf 1969
- Scherer, Inge*: Grenzen des Streikrechts in den Arbeitsbereichen der Daseinsvorsorge, Berlin 2000
- Schliemann, Harald*: Streikkaskaden in der Daseinsvorsorge, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, München 2010, S. 923 ff.
- Schmidt, Reiner: Die Liberalisierung der Daseinsvorsorge, in: Der Staat, Bd. 42 (2003), S. 225 ff.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard/Schoch, Friedrich (Hrsg.): Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Auflage, Berlin 2008
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz (Begr.)/Hofmann, Hans/Hopfauf, Axel (Hrsg.): GG, Kommentar zum Grundgesetz, 12. Auflage, Köln, München 2011
- Schmidt-Trenz, Hans-Jörg/Stober, Rolf (Hrsg.): Jahrbuch Recht und Ökonomik des dritten Sektors, Baden-Baden 2006
- Scholz, Rupert*: Koalitionsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 8, Heidelberg 2010, § 175
- Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, München 1971
- Bahnstreik und Verfassung, in: Festschrift für Herbert Buchner zum 70. Geburtstag, München 2009, S. 827 ff.

- Schulze-Fielitz, Helmuth*: Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, München 2006
- Schuppert, Gunnar Folke*: Der moderne Staat als Gewährleistungsstaat, in: Eckard Schröter (Hrsg.), Empirische Policy- und Verwaltungsforschung, Opladen 2001, S. 399 ff.
- Schuppert, Folke*: Richterrecht und Verfassung – Einige Bemerkungen zur gleichnamigen Schrift Jörn Ipsens, in: Der Staat 15 (1976), S. 114 ff.
- Seiter, Hugo*: Streikrecht und Aussperrungsrecht, Tübingen 1975
- Sinay, Hélène/Javillier, Jean-Claude*: La grève, 2. Auflage 1984
- Sittard, Ulrich*: Die Bedeutung der Daseinsvorsorge und des Grundsatzes der Tarifeinheit für das Arbeitskampfrecht am Beispiel des Bahnstreiks – zugleich Anmerkung zum Urteil des LAG Sachsen v. 2.11.2007 - 7 SaGa 19/07 (ZTR 2008, 89), in: ZTR 2008, S. 178 ff.
- Staudinger, Julius v. (Begr.)/Albrecht, Karl-Dieter (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Auflage, Berlin 2010
- Steinau-Steinrück, Robert v./Glanz, Peter*: Dauerarbeitskämpfe durch Spartenstreiks – Die verbliebenen Kampfmittel der Arbeitgeber, in: NZA 2009, S. 113 ff.
- Stern, Klaus*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1: Die einzelnen Grundrechte, München 2006
- Teyssié, Bernard*: Droit du Travail, Relations collectives, 6. Auflage 2009
– Code du Travail, 26. Auflage 2011
- Thüsing, Gregor*: Tarifautonomie und Gemeinwohl, in: Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 2004, S. 889 ff.
– Der Außenseiter im Arbeitskampf, Berlin 1996
- Thüsing, Gregor (Hrsg.): Tarifautonomie im Wandel, Köln 2003
- Thüsing, Gregor/Waldhoff, Christian*: Koalitionsfreiheit und Arbeitsrechtskampf, in: ZfA 2011, S. 329 ff.
- Treu*: 15 (1994) Comparative Labor Law Journal, S. 461 ff.
- Villalón, Jesús Cruz*: Compendio de Derecho del Trabajo, 2008
- Vorderwühlbecke, Martin*: Die Pflicht zur Urabstimmung, in: BB 1987, S. 750 ff.
- Voßkuhle, Andreas*: Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: VVDStRL 62 (2003), S. 268 ff.
- Waldhoff, Christian*: Der Verwaltungszwang. Historische und dogmatische

- Studien zu Vollstreckung und Sanktion als Mittel der Rechtsdurchsetzung der Verwaltung (Manuskript)
- Wank, Rolf*: Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, Berlin 1978
- Westfall, David/Thüsing, Gregor*: Das Arbeitskampfrecht der Vereinigten Staaten und der Bundesrepublik in vergleichendem Überblick, in: RdA 1999, S. 251 ff.
– Boston Constitutional and Comparative Law Review 22 (1999), S. 65 ff.
- Wiedemann, Herbert (Hrsg.): Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 7. Auflage, München 2007
- Willemsen, Heinz Josef/Mehrens, Christian*: Das Ende der Tarifeinheit – Folgen und Lösungsansätze, in: NZA 2010, S. 1313 ff.
- Wisskirchen, Alfred*: Die normensetzende und normenüberwachende Tätigkeit der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO), in: ZfA 2003, S. 691 ff.
- Zachert, Ulrich*: Der Streik der Lokführer und die Phantasie der Juristen, in: Sozialer Dialog in der Krise? – Social dialogue in crisis? Liber amicorum Ulrike Wendeling-Schröder, Baden-Baden 2009, S. 23 ff.
- Zeuner, Albrecht*: Gedanken zum Verhältnis von Richterrecht und Betätigungsfreiheit der Beteiligten, dargelegt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: Festschrift 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 1979, S. 727 ff.



Prof. Dr.
Christian Waldhoff

Lehrstuhl für Öffentliches
Recht und Finanzrecht
Humboldt-Universität zu Berlin

Prof. Dr.
Martin Franzen

Lehrstuhl für deutsches,
europäisches, inter-
nationales Arbeitsrecht
und Bürgerliches Recht
Ludwig-Maximilians-
Universität München

Prof. Dr.
Gregor Thüsing, LL.M.

Institut für Arbeitsrecht
und Recht der Sozialen
Sicherheit
Rheinische Friedrich-
Wilhelms-Universität Bonn

DIE PROFESSOREN

