

8 83-7049

STUDIEN ZUM ÖFFENTLICHEN RECHT UND ZUR
VERWALTUNGSLEHRE

herausgegeben von Professor Dr. KLAUS STERN
Direktor des Instituts für Öffentliches Recht und Verwaltungslehre
der Universität zu Köln

Band 33

416 129 164 400 10



8 83-7049

Universitäts-
Bibliothek
München

P 82/6015

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

*Die Rechtmäßigkeit des Beamteneinsatzes beim Streik
der Tarifkräfte* : 2 Rechtsgutachten / von Peter Ba-
dura u. Klaus Stern. - München : Vahlen, 1983.

(Studien zum öffentlichen Recht und zur Ver-
waltungslehre ; Bd. 33)

ISBN 3-8006-0983-5

NE: Badura, Peter [Mitverf.]; Stern, Klaus [Mitverf.];
GT

ISBN 3 8006 0983 5

© 1983 Verlag Franz Vahlen GmbH, München
Satz + Repro Falkner GmbH, Inning/A.

Vorwort

Die nachfolgenden Untersuchungen stellen Rechtsgutachten dar, die die Verfasser für den Bundesminister für das Post- und Fernmeldewesen unabhängig voneinander erstattet haben. Durch die Publikation sollen sie der Öffentlichkeit allgemein zugänglich gemacht werden. Die Arbeiten wurden im April 1982 abgeschlossen. Später erschienene Literatur und Rechtsprechung konnten nicht mehr berücksichtigt werden. Der im Mai 1982 in DÖV, Heft 9, S. 337 ff., veröffentlichte Beitrag zum gleichen Thema von Professor Dr. *Ingo von Münch*, Hamburg, bestätigt in Ergebnis und Begründung die hier abgedruckten Überlegungen.

Köln/München, im Februar 1983

Die Verfasser

Inhalt

I.	Die Fragestellung des Gutachtens	1
1.	Der Streik im November 1980	1
2.	Beamte und Tarifkräfte in der Deutschen Bundespost	2
3.	Die streikbedingte vorübergehende Beschäftigung von Beamten auf Arbeitnehmer-Dienstposten als beamten- und verfassungsrechtliche Rechtsfrage	5
II.	Die beamtenrechtliche Verpflichtung des Beamten zur streikbedingten vorübergehenden Beschäftigung auf Arbeitnehmer-Dienstposten beim Streik von Tarifkräften	11
1.	Beamtenverhältnis und Amtsaufgaben des Beamten	11
2.	Streikbedingte Umsetzung oder Abordnung des Beamten	14
3.	Die Zulässigkeit von „Mehrarbeit“ und von „unterwertiger“ Dienstaussübung des Beamten	16
4.	Die gesetzlichen Pflichten des Beamten rechtfertigen die Beschäftigung auf einem Arbeitnehmer-Dienstposten, um den Dienstbetrieb und die Leistungen der Bundespost bei einem Streik von Tarifkräften aufrechtzuerhalten	18
a.	Die beamtenrechtlichen Pflichten	18
b.	Insbes. die Pflichten des Beamten im Falle eines Streiks von Tarifkräften des Dienstherrn	21
III.	Die Frage einer Einschränkung von Beamtenpflichten durch das Grundrecht der Koalitionsfreiheit	25
1.	Die Rechte des Beamten aus Art. 9 Abs. 3 GG (§ 91 BBG)	25
2.	Die Rechte der streikenden Arbeitnehmer und der streikführenden Gewerkschaft aus Art. 9 Abs. 3 GG	26
3.	Die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems	32
a.	Der grundrechtliche Schutz des Tarifvertragssystems	32
b.	Das Erfordernis der Gleichgewichtigkeit der Tarifparteien	34
c.	Die Neutralitätspflicht des Staates im Fall von Arbeitskämpfen	41
IV.	Hoheitliche Staatsaufgaben und Arbeitskampf	44
1.	Die Leistungsaufgabe der Deutschen Bundespost (Art. 87 Abs. 1 GG)	44
2.	Die Gewährleistung der Staatsaufgaben durch die institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 4 und 5 GG)	46
V.	Zusammenfassung	49

I. Die Fragestellung des Gutachtens

1. Der Streik im November 1980

Die Deutsche Bundespost hat bei einem Streik von Tarifkräften, der im November 1980 von der Deutschen Postgewerkschaft zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen im Schichtdienst geführt wurde, Beamte auf Arbeitnehmer-Dienstposten eingesetzt, um die Wirkungen des Streiks auf den Dienstbetrieb zu mindern.

Die Tarifverhandlungen vor und nach Kündigung der Arbeitszeitbestimmungen des Tarifvertrages zum 30. September 1980 durch die Deutsche Postgewerkschaft blieben zunächst ohne Erfolg. Warnstreiks von Arbeitern und Angestellten mit dem Schwerpunkt in den Ballungsgebieten Frankfurt/Main, Stuttgart und München beeinträchtigten den Brief-, Päckchen- und Paketdienst durch Verzögerungen von einem Tag bis zu vier Tagen in der Auslieferung der Sendungen. In Einzelfällen konnten auch Tageszeitungen nicht zugestellt werden. Im Fernmeldebereich wurden insbesondere Dienststellen der Fernsprechauskunft bestreikt. Nach einer Urabstimmung am 18. und 19. November 1980 kam es zu zentralen Streikmaßnahmen in der Zeit vom 19. bis 23. November 1980.

Der Bundesminister für das Post- und Fernmeldewesen richtete am 18. November 1980 an die Oberpostdirektionen ein Schreiben mit Hinweisen über personelle Regelungen im Streikfall, das einen Schnellbrief des Bundesministers des Innern vom 7. Februar 1974 zugrundelegte. Dieser an die obersten Bundesbehörden adressierte Schnellbrief mit einer Anlage „Hinweise für den Fall eines Arbeitskampfes“ macht darauf aufmerksam, daß die Teilnahme von Beamten an einem Arbeitskampf unzulässig ist und enthält folgenden Passus:

„Ein Arbeitskampf der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes gibt den Beamten kein Recht, angeordnete Mehrarbeit zu verweigern, die infolge des Arbeitskampfes erforderlich wird. Beamte können vielmehr aufgrund der ihnen obliegenden Verpflichtung, bei zwingenden dienstlichen Verhältnissen in Ausnahmefällen Mehrarbeit zu leisten, zu zusätzlichen Dienstleistungen im Rahmen ihres Amtes herangezogen sowie kurzfristig auch mit anderen als den ihnen regelmäßig obliegenden Aufgaben betraut werden, soweit dies bei einem besonderen, zeitweilig auftretenden dringenden dienstlichen Bedürfnis sachlich geboten und zumutbar ist. Insoweit sind sie gegebenenfalls vorübergehend auch zur Leistung einer sog. unterwertigen Tätigkeit verpflichtet.“

Der Bundesminister für das Post- und Fernmeldewesen erinnerte in dem Schreiben vom 18. November 1980 an die Beachtung dieses Schnellbriefes und gab angesichts zu erwartender Streikmaßnahmen eine Reihe von Hinweisen darüber, welche personalwirksamen Maßnahmen zur Minderung zu erwartender Betriebsstörungen – nach Ausschöpfung ent-

sprechender organisatorischer Maßnahmen – vorzusehen seien. Unter anderem wird gesagt:

- „1. Die beamteten Kräfte können zu Mehrarbeit herangezogen werden. Zu solchen Mehrleistungen sind sie bei zwingenden dienstlichen Verhältnissen in Ausnahmefällen – wie z.B. bei einer Arbeitsniederlegung des Tarifpersonals – verpflichtet.
2. Vorübergehend können die Beamten dabei auch mit anderen als den ihnen regelmäßig obliegenden Aufgaben betraut werden, soweit das bei einem besonderen zeitweilig auftretenden dringenden dienstlichen Bedürfnis sachlich geboten und zumutbar ist. Insoweit sind sie gegebenenfalls vorübergehend auch zur Leistung einer sogenannten unterwertigen Tätigkeit verpflichtet. Dabei kann auch ein laufbahn- oder fachrichtungsübergreifender Einsatz (Einsatz von F-Kräften im P-Bereich und umgekehrt möglich) angeordnet werden, die Zumutbarkeit ist lediglich im Hinblick auf die persönlichen Belange des Beamten (z.B. Anfahrt zum Einsatzort, körperliche Belastbarkeit) zu prüfen. Ein bezirklicher Personalausgleich aus Anlaß der Streikmaßnahmen ist zulässig. Ein überbezirklicher Personalausgleich zwischen benachbarten Ämtern ist zwischen den beteiligten OPDn einvernehmlich zu regeln. ...“

Ein besonderer Absatz des Schreibens befaßt sich mit dem Einsatz von beamteten Nachwuchskräften im Streikfall.

Während der fünf Streiktage wurden mit Schwerpunkt in Berlin, Frankfurt/Main, Stuttgart und Bremen 75 Postämter bestreikt, insbesondere solche mit zentralen Briefabgangs- und Paketumschlagstellen. Die Telegramm- und Eilzustellung war vor allem in Stuttgart und Berlin betroffen, außerdem wurden eine Reihe von Fernsprechauskunftstellen bestreikt. Insgesamt waren an dem Streik schätzungsweise 25 000 Tarifkräfte beteiligt. Es fielen etwa 500 000 Arbeitsstunden aus. In einem Teil der bestreikten Dienststellen mußten zusätzliche Beamte eingesetzt werden, um die Weiterarbeit der in den Dienststellen beschäftigten Beamten zu ermöglichen und um wenigstens einen eingeschränkten Dienstbetrieb zur Mindestversorgung der Kunden sicherzustellen. Im Durchschnitt der Streiktage wurden etwa 1 600 Beamte aus anderen Dienststellen des jeweils bestreikten Post- und Fernmeldeamtes, 700 Beamte aus anderen Ämtern und 1 000 Beamte von den Oberpostdirektionen eingesetzt. Die Schwerpunkte des Einsatzes von Beamten lagen in den Dienststellen Paketumschlag, Briefeingang und Briefabgang. Trotz des Beamteneinsatzes kam es in den bestreikten Ämtern zu teilweise schwerwiegenden Störungen des Betriebes mit empfindlichen Auswirkungen auf die Versorgung der Bevölkerung mit Post- und Fernmeldedienstleistungen.

2. Beamte und Tarifkräfte in der Deutschen Bundespost

Die Bundespost wird in bundeseigener Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau geführt (Art. 87 Abs. 1 GG). Sie erfüllt ihre Aufga-

ben zum überwiegenden Teil durch Beamte, beschäftigt jedoch in beträchtlichem Umfang auch Angestellte und Arbeiter im öffentlichen Dienst. Die Beamten der Deutschen Bundespost sind unmittelbare Bundesbeamte; die Angestellten und Arbeiter der Deutschen Bundespost stehen im Dienst des Bundes, ihre Vergütungen, Löhne und Arbeitsbedingungen werden durch Tarifverträge geregelt, die mit den zuständigen Gewerkschaften zu schließen sind (§§ 23 Abs. 1, 26 PostVerwG). Für die Rechtsverhältnisse des Personals der Landespostdirektion Berlin gelten besonder Vorschriften (§ 23 Abs. 2 PostVerwG).

Der Personalbestand der Bundespost umfaßt vollbeschäftigte Arbeitskräfte (Beamte, Angestellte und Arbeiter), nichtvollbeschäftigte Arbeitskräfte (Beamte, Angestellte und Arbeiter), Bauleitungskräfte (Angestellte und Arbeiter), Posthalter und Nachwuchskräfte. Die Zahl der vollbeschäftigten Arbeitskräfte belief sich im Dezember 1981 auf:

291096 Beamte,
36578 Angestellte,
94697 Arbeiter;

dazu kamen 418 Angestellte als Bauhilfskräfte, 2992 Posthalter und 31404 Nachwuchskräfte. Zu den nichtvollbeschäftigten Arbeitskräften gehörten nach der Kopfzahl:

6719 Beamte,
14619 Angestellte,
57723 Arbeiter;

dazu kamen 51 Angestellte als Bauhilfskräfte und 6160 Posthalter. Es standen somit 425781 vollbeschäftigte Arbeitskräfte 85272 nichtvollbeschäftigten Arbeitskräften gegenüber. Rechnet man die nichtvollbeschäftigten Arbeitskräfte auf vollbeschäftigte Kräfte um, ergibt sich folgende Verteilung:

3512 Beamte,
8073 Angestellte,
31345 Arbeiter.

Für einen Vergleich der beamteten und der nichtbeamteten Arbeitskräfte ist wegen der beschränkten Zulässigkeit einer Teilzeitbeschäftigung von Beamten sinnvoll nur auf die vollbeschäftigten Kräfte abzustellen, wobei sich für das Jahr 1981 ergibt:

Beamte	68,20 v. H.
Angestellte	8,17 v. H.
Arbeiter	22,90 v. H.
Posthalter	0,73 v. H.

Nimmt man eine Rechnung zu Hilfe, die nicht vom Personalbestand, sondern vom Personalbedarf ausgeht, ergibt sich für den Stand vom 31. Dezember 1981, daß bei der Bundespost von den 465549 ausgewiesenen Personalbedarfsposten (Teilposten auf Vollposten umgerechnet) nur 76499 als Posten für Tarifkräfte ausgewiesen werden, das sind 16 v. H.

Bei den Ämtern des Postwesens beispielsweise sind Personalbedarfsposten für Arbeiter vor allem im Päckereidienst (Abgang und Umschlag = 3911), im Beförderungsdienst (Postaustausch = 895) und im Hauswartdienst (= 5844) sowie als „andere Vertreterposten“ (Anteil von 15001) eingerichtet.

Die Bundespost stuft somit Personalposten hauptsächlich als Beamtendienstposten ein. Dem steht gegenüber, daß ausweislich des Personalbestandes die Bundespost in einem bestimmten Umfang auch Arbeiter und Angestellte mit Beamten-tätigkeiten beschäftigen muß, um ihrem Dienstleistungsauftrag in erforderlichem Umfang und mit der gebotenen Wirtschaftlichkeit nachzukommen¹. Dies ergibt sich aus zwingenden betrieblichen Gründen, etwa bei Erledigung von Sofortarbeit, zur Vertretung („Saisonkräfte“) und zum Abbau von Verkehrsspitzen, besonders im Briefverteildienst. Ferner werden Nachwuchskräfte vorwiegend im Postscheck- und Postsparkassendienst sowie im fernmelde- und fernmeldetechnischen Dienst vor Übernahme in das Beamtenverhältnis herkömmlicherweise mit Beamten-tätigkeiten beschäftigt, ebenso wie in großem Umfang Teilzeitbeschäftigte, weil die beamtenrechtlichen Bestimmungen eine Übernahme dieser Angestellten und Arbeiter in das Beamtenverhältnis bei gleichzeitigem Verbleib in einem Teilzeitdienstverhältnis nicht zulassen. Der Anteil der Tarifkräfte wird also durch die Gestaltung des Beamtenrechts und durch die Handhabung des Nachwuchswesens und der Laufbahnen bei der Bundespost bestimmt. Das Tarifverhältnis ist vielfach eine Vorstufe für das Beamtenverhältnis.

Vor diesem personalwirtschaftlichen Hintergrund wird erklärlich, warum die Tätigkeit der Beamten und der Arbeitnehmer bei der Deutschen Bundespost in der Regel so gestaltet ist, daß auf der weit überwie-genden Zahl von Arbeitsplätzen Beamte und Arbeitnehmer nebenein-ander gleiche Aufgaben erledigen. Daneben gibt es kleinere Bereiche, in denen überwiegend Arbeitnehmer beschäftigt sind, die aber nach dem Betriebsablauf mit anderen Bereichen, in denen Beamte beschäf-tigt sind, untrennbar verzahnt sind. Dies gilt auch für die Bereiche mit Teilzeitarbeit. Vor allem dort, wo Sendungen oder Nachrichten umge-schlagen, verteilt und zugestellt werden, letztlich aber in fast allen Berei-chen des Post- und Fernmeldedienstes ist die Arbeitsorganisation – vom personellen Status der Bediensteten aus gesehen – ein Verbundbetrieb, in dem die Dienstleistung der Beamten von einer Arbeitserfüllung durch Arbeitnehmer abhängig ist oder Arbeitnehmerleistungen ein wesentli-ches Glied in einer Transportkette darstellen.

¹ Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage betr. Beamtenstatus bei der Deutschen Bundespost (2.3.1982), BTag Drucks. 9/1398.

3. Die streikbedingte vorübergehende Beschäftigung von Beamten auf Arbeitnehmer-Dienstposten als beamten- und verfassungsrechtliche Rechtsfrage

Der Anfang des Jahres 1974 von Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes durchgeführte Streik hat in verschiedenen Richtungen eine Erörterung der Rechtsfragen des Arbeitskammerrechts angeregt, darunter auch die Frage, ob ein bestreikter Dienstherr Beamte einsetzen darf, um aus-hilfsweise die verweigerte Arbeit von Arbeitnehmern erledigen zu las-sen. Von einem Standpunkt aus, der eine Übertragung arbeitsrechtlicher Grundsätze über die Streikarbeit von Arbeitnehmern auf das Be-amtenverhältnis für zulässig und geboten betrachtet, wurde die Frage nach einer „Verrichtung von Streikarbeiten durch Beamte?“ gestellt². Von anderer Seite wurde aus dem Verbot des Beamtenstreiks auf die Verpflichtung der Beamten zur zeitweiligen Übernahme andersartiger, auch unterwertiger Tätigkeit geschlossen und darin ein Umstand gese-hen, der Zweifel an der Streikfreiheit für Angestellte im öffentlichen Dienst rechtfertige³. In einer rechtspolitischen Nachlese äußert *Hanau* seine Überraschung über die These *Ramms*, daß die öffentliche Hand in Arbeitskämpfen besser dastehe als private Arbeitgeber; denn sie habe Beamte zur Verfügung und könne durch deren Einsatz eine gewisse Streikimmunität schaffen. *Hanau* meint demgegenüber, Beamte seien zur Übernahme der Aufgaben streikender Arbeitnehmer des öffentli-chen Dienstes nur verpflichtet, wenn ihre eigene, dem Streik entzogene Arbeit sonst lahmgelegt würde oder wenn die Arbeitnehmer erforderliche Notarbeiten verweigerten⁴. Einer der führenden Kommentare zum Bundesbeamtengesetz bemerkt in einer im April 1974 erschienenen Nachlieferung unter den grundsätzlichen Gesichtspunkten zu der in § 54 BBG festgelegten Pflicht des Beamten zur Hingabe an den Beruf:

„Ferner ist der Beamte verpflichtet, in Notfällen, z.B. während eines Streiks im öffentlichen Dienst, Aufgaben zu übernehmen, die mit dem Kreis der Aufga-ben des ihm übertragenen Amtes in keiner Weise vergleichbar sind, wenn ihm die Erfüllung dieser Aufgaben nach seinen Fähigkeiten und Kenntnissen zu-mutbar ist. Beispielsweise muß der Behördenleiter das Aufschließen der Türen des Dienstgebäudes übernehmen, wenn der Pförtner streikt“⁵.

Die aufgeführten Äußerungen beurteilen die streikbedingte Aushilfs-tätigkeit von Beamten – offenbar allerdings ohne die Dimensionen eines Streiks im Bereich der Deutschen Bundespost näher zu erwägen – aus dem Blickwinkel der beamtenrechtlichen Pflichten oder der individual-

² *M. Altheim*, Verrichtung von Streikarbeiten durch Beamte? ZBR 1974, 373.

³ *W. Leisner*, Arbeitskampf gegen den allmächtigen Steuerstaat. Ein Zwang zu pflichtwidrigem Verhalten von Staatsorganen? ZBR 1975, 69. Siehe auch *J. Isensee*, Beamtenstreik, 1971, S. 134.

⁴ *P. Hanau*, Streiks im öffentlichen Dienst. Eine rechtspolitische Nachlese, ZRP 1974, 111.

⁵ *W. Fürst/H. J. Finger/O. Mühl/F. Niedermaier*, GKÖD, Stand Juli 1981, BBG, K § 54, RNr. 4.

arbeitsrechtlichen Frage, ob dem Arbeitnehmer Streikarbeit zuzumuten sei. Die kollektivrechtliche Seite des Problems, die bei der Frage der Streikarbeit des Arbeitnehmers immerhin den Hintergrund bildet, tritt zunächst ebensowenig in das Feld, wie die verfassungsrechtlichen Grundlagen und Garantien für den Arbeitskampf.

Seit dem Poststreik vom November 1980 hat sich das Bild der Auseinandersetzung erheblich gewandelt und haben die beamten- und verfassungsrechtlichen Fragen der streikbedingten Aushilfstätigkeit von Beamten eine scharfe, zum Teil grelle Beleuchtung erfahren. Vor allem die Behauptung, daß es verfassungsrechtliche Grenzen der Beamtenpflichten auf Grund der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) und der von diesem Grundrecht gewährleisteten Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems gebe, ist lebhaft geäußert und wiederholt worden und hat Aufmerksamkeit erregt.

Das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht hat in einer Beschwerdeentscheidung im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes einem als Fahrer für Postfahrzeuge eingeteilten Technischen Postoberamtsrat zwar zugestanden, daß es für ihn mangels hinreichender Fahrpraxis mit Fahrzeugen der Klasse II nicht zumutbar sei, als Fahrer von Fahrzeugen dieser Klasse eingesetzt zu werden⁶. Es hat aber der Deutschen Bundespost darin Recht gegeben, daß sie verpflichtet ist, den Postdienst – namentlich auch den Brief- und Paketdienst – aufrechtzuerhalten, weil die Allgemeinheit auf diese Dienstleistungen angewiesen ist, und daß sie berechtigt ist, auch bei einem Streik von Tarifkräften und auch durch die Anordnung streikbedingter Aushilfstätigkeit von Beamten alle für die Aufrechterhaltung des Postdienstes erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Die Koalitionsfreiheit des Antragstellers werde dadurch nicht verletzt, auf die Rechte seiner Gewerkschaft komme es in dem anhängigen Verfahren nicht an.

„Da der Beamte nach anerkannter, auch von dem beschließenden Senat geteilter Rechtsauffassung kein Streikrecht hat, ist die Antragsgegnerin (sc. die Deutsche Bundespost) nicht gehindert, von ihren Beamten während eines Streiks alle rechtlich zulässigen Dienstleistungen zu verlangen. Die individuelle Koalitionsfreiheit des Beamten schließt auch nicht das Recht ein, zur Unterstützung von streikenden Arbeitskollegen einen Einsatz auf deren Dienstposten abzulehnen. Vielmehr gilt für den Beamten auch in einem solchen Fall die Verpflichtung, sich seinem Beruf mit voller Hingabe zu widmen (§ 54 Satz 1 BBG) und die von seinen Vorgesetzten erlassenen Anordnungen auszuführen (§ 55 Satz 2 BBG).“

Mit Urteil vom 30. März 1982 hat das Verwaltungsgericht Düsseldorf die Klage eines technischen Fernmeldeobersekretärs abgewiesen, mit der sich der Kläger gegen eine Anordnung der Oberpostdirektion zum streikbedingten Einsatz bei einem Postamt gewandt hat; der sonst in demselben Ort bei einem Fernmeldeamt tätige Beamte wurde einen Tag lang bei dem Postamt zur Briefkastenentleerung eingesetzt⁷. Die be-

⁶ HambOVG Beschluß vom 23.11.1980 – OVG Bs I 109/80.

⁷ VG Düsseldorf Urteil vom 30.3.1982 – 10 K 1118/81.

klagte Bundespost habe durch die Anweisung, zur Aufrechterhaltung des durch einen Streik von Tarifkräften gestörten Dienstbetriebes bei einem Postamt Dienst zu tun, dem Kläger gegenüber nicht rechtswidrig gehandelt. Die dem Kläger angesonnene fachrichtungsfremde und unterwertige Tätigkeit habe zwar nicht durch bloße Abordnung verfügt werden dürfen, wohl aber auf Grund der allgemeinen beamtenrechtlichen Pflichten und nach der im Einzelfall gebotenen Abwägung, ob dem seinem Dienstherrn gegenüber zu besonderer Treue und zur Verfügungstellung seiner vollen Arbeitskraft verpflichteten Beamten unter Berücksichtigung aller Umstände eine nicht amtsangemessene Tätigkeit zuzumuten sei. Auf Art. 9 Abs. 3 GG könne sich der Kläger gegenüber Maßnahmen der Beklagten im Rahmen eines Arbeitskampfes nicht berufen, weil ihm als Beamten ein Arbeitskampfrecht nicht zustehe.

Die Deutsche Postgewerkschaft und der Deutsche Gewerkschaftsbund (Bundesvorstand des DGB, Abteilung Beamte – Öffentlicher Dienst, Bundes-Beamtenausschuß) betrachten den Streikeinsatz von Beamten als verfassungswidrig und rubrizieren den Vorgang als „Einsatz von Beamten als Streikbrecher“⁸. Es wird von einer Gefahr für die Tarifautonomie der Arbeiter und Angestellten im gesamten öffentlichen Dienst gesprochen; das Vorgehen des Ministers ziele auf eine „Aushöhlung der Tarifautonomie im öffentlichen Dienst“ ab und führe auch zu einer Pervertierung des demokratischen Beamtenrechts. Unter Bezugnahme auf ein vom Bundes-Beamtenausschuß des DGB am 17. Februar 1981 beschlossenes Thesenpapier wird gesagt, angesichts des hohen Grundwerts der für jedermann und alle Berufe – also auch die Beamten – gewährleisteten Koalitionsfreiheit gebe das DGB-Thesenpapier einer politischen Antwort auf die Frage nach der Gefährdung des für die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes erforderlichen Grundkonsenses (Solidarität) zwischen den drei Beschäftigungsgruppen eindeutig den Vorrang gegenüber der Frage, ob der Einsatz von Beamten auf bestreikten Arbeitsplätzen bzw. in bestreikten Betriebsteilen rechtlich zulässig sei oder nicht. Die „Gewerkschaftliche Praxis. Monatsschrift für Funktionäre der Deutschen Postgewerkschaft“ berichtete im Novemberheft 1981 unter dem Aufmacher „Weil der Streikeinsatz verfassungswidrig ist: Beamte hätten die Anordnung nicht befolgen dürfen“ kurz über einen „gutachterlichen Vortrag“ des früheren Präsidenten des Bundesarbeitsgerichts, Professor Dr. Gerhard Müller, und druckte ein Interview mit dem Vortragenden ab. Kernpunkt des Vortrags und des Interviews ist die These, es bestehe die Gefahr, daß das Verhalten des öffentlichen Arbeitgebers die für den Arbeitskampf gebotene Parität tangiere. Die Verfassungswidrigkeit ergebe sich daraus, daß die öffentliche Hand es sonst in der Hand hätte, durch Einsatz von

⁸ Beamte Öffentlicher Dienst, Geschäftsbericht für die Zeit vom 1.10.1977 bis 30.6.1981, hrsg. vom Bundesvorstand des DGB, Abteilung Beamte – Öffentlicher Dienst, aus Anlaß des 11. Deutschen Beamtentages am 2./3. Dezember 1981 in Bonn, S. 61f., 155ff.

Beamten anstelle von streikenden Arbeitern und Angestellten das Gebot der Tarifparität, der tarifbezogenen Parität, zu ihren Gunsten mehr oder weniger nachdrücklich zu verschieben. Der Leitartikel des Heftes spricht kurzer Hand von einem „Rechtsgutachten“ Gerhard Müllers und hebt mit der vermeintlichen Beobachtung an, in der Rechtswissenschaft verfestigte sich immer mehr die Auffassung, daß der Bundesminister für das Post- und Fernmeldewesen im Streik des November 1980 rechtswidrig gehandelt habe. Diese These beruht auf einer Außerachtlassung des Beamtenrechts und der verfassungsrechtlichen Grundlagen des Beamtenrechts und auf einer unvollständigen Betrachtung der Garantien, die sich für Tarifautonomie und Arbeitskampf aus dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit ergeben. Sie stützt sich offenbar in erster Linie auf einige Vorträge bei Gewerkschaftsveranstaltungen im Jahre 1981⁹. Die dort vorgenommenen grundsätzlichen und ausführlichen Untersuchungen greifen das Vorgehen der Deutschen Bundespost aus beamtenrechtlichen und verfassungsrechtlichen Gründen an und berufen sich vor allem auf die Rechte der streikenden Arbeitnehmer und Gewerkschaften und der zur „Streikarbeit“ eingesetzten Beamten, auf die Grundsätze der Kampfparität und der Verhältnismäßigkeit und auf das Gebot der tarifpolitischen Neutralität des Staates. In Art. 9 Abs. 3 GG wird auch die Verankerung einer Art übergreifenden Solidaritätsprinzips gefunden, das der Dienstherr bei streikbedingten Anordnungen gegenüber den Beamten und zugunsten der streikenden Tarifkräfte und ihrer Gewerkschaften zu beachten habe.

Der Bundesminister des Innern erklärte am 8. Januar 1981 in einer Ansprache auf der Arbeitstagung des Deutschen Beamtenbundes in Bad Kissingen, das Streikverbot gehöre zum Kernbestand des Dienst- und Treueverhältnisses. Beamte dürften auch nicht, wie im Zusammenhang mit dem Poststreik, als „Streikbrecher“ diffamiert werden, wenn

⁹ *H.-P. Schneider*, Beamte im Streikeinsatz? – Umfang und Grenzen der Beamtenpflichten bei Streiks von Angestellten und Arbeitern im öffentlichen Dienst, Vortrag bei der Sondertagung der Deutschen Postgewerkschaft, Bezirk Bremen/Weser-Ems in Bad Zwischenahn vom 6. bis 8. Mai 1981, abgedruckt in: *Recht auf Streik im öffentlichen Dienst. Schutz des Koalitionsrechts der Arbeiter und Angestellten bei der Deutschen Bundespost*, hrsg. von der Deutschen Postgewerkschaft, Hauptvorstand, 1981, S. 9; *H. Menkens*, Zum Schutz des Koalitionsrechts: Arbeitsrechtliche Absicherung des Rechts auf Streik der Arbeiter und Angestellten bei der Deutschen Bundespost, ebendort, S. 35, bes. S. 47ff.; *G. Müller*, Recht auf Streik im öffentlichen Dienst. Der Einsatz von Beamten auf Arbeitnehmerplätzen bei einem legitimen Tarifstreik im öffentlichen Dienst, Gutachterlicher Vortrag, gehalten vor dem Hauptvorstand der Deutschen Postgewerkschaft am 1.10.1981, veröffentlicht von der Deutschen Postgewerkschaft, Hauptvorstand, Januar 1982, auch RdA 1982, 86; *M. Kittner*, Aktuelle Fragen des Arbeitskampfrechts, AuR 1981, 289/300; *K.-J. Bieback*, Recht auf Streik im öffentlichen Dienst. Arbeitsrecht und Beamtenrecht im öffentlichen Dienst analysiert am Problem der Streikarbeit von Beamten, Vortrag auf einer Tagung des Bezirks Hamburg der Deutschen Postgewerkschaft in Cuxhaven am 29./30.10.1981, veröffentlicht von der Deutschen Postgewerkschaft, Hauptvorstand, Januar 1982.

sie bei einem Streik dafür Sorge trügen, daß für die Allgemeinheit wichtige öffentliche Dienstleistungsfunktionen wenigstens in einem Mindestmaß erfüllt würden.

„Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Beamten legitimerweise in solchen Ausnahmesituationen mit zusätzlichen Aufgaben und über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus in Anspruch genommen werden können, was aus organisatorischen Gründen ohnehin nur begrenzt möglich sein wird. Der Dienstherr erfüllt damit seine Pflichten gegenüber dem Bürger. In dieser Auffassung stimme ich mit dem Bundespostminister voll überein. Gerade in solchen Notlagen erweist sich im übrigen, wie unersetzlich Berufsbeamte sind“¹⁰.

In dem Bericht des Bundesdisziplinaranwalts Claussen über die Handhabung der Disziplinalgewalt in den Jahren 1979/1980, der am 2. März 1981 dem Bundesminister des Innern erstattet wurde¹¹, ist bei der Darstellung des materiellen Disziplinarrechts ein Unterabschnitt auch der „Arbeitsverweigerung von Beamten im Zusammenhang mit einem Streik von Arbeitern und Angestellten im öffentlichen Dienst“ gewidmet; die Rechtslage wird aus disziplinarrechtlicher Sicht kurzgefaßt erläutert. Nach Auffassung des Bundesdisziplinaranwalts entfällt die Befolgungspflicht des Beamten nach §§ 55, 56 Abs. 2 BBG gegenüber einer Aufforderung des Dienstvorgesetzten, anstelle streikender Bediensteter Arbeiten zu verrichten, auch nicht in den Fällen, in denen von einem Beamten zur Verminderung der Streikfolgen, also aus besonderem Anlaß und zeitlich begrenzt, unterwertige Tätigkeiten oder eine Mehrleistung verlangt wird. „Das ist allgemeine Auffassung.“ Eine Unzumutbarkeit der geforderten Arbeitsleistung käme nicht bereits im Hinblick darauf in Betracht, daß die Verrichtung von „Streikarbeiten“ im Einzelfall das Solidaritätsempfinden eines Beamten verletze. „Auf die subjektive Einstellung des Beamten kommt es insoweit nicht an.“ Eine Unzumutbarkeit der Befolgung ergebe sich auch nicht deswegen, weil dem Beamten eine schwerwiegende Rechtsverletzung abverlangt werde; denn ein Verfassungsverstoß liege beim Einsatz von Beamten, der das Ziel habe, im Interesse der Allgemeinheit die Folgen eines Streiks von Arbeitern und Angestellten im öffentlichen Dienst möglichst zu begrenzen, gerade nicht vor. Es werde nicht unzulässig in das durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Streikrecht eingegriffen, auch andere Rechtsverstöße seien nicht ersichtlich. Insbes. werde nicht gegen eine Solidaritätspflicht verstoßen; „denn diese besteht zwar unter den Tarifkräften, nicht aber im Verhältnis der in einen besonderen Pflichtenkreis eingebunde-

¹⁰ Funktion und Selbstverständnis des öffentlichen Dienstes, Bulletin 15.1.1981 Nr. 4, S. 28/32. – Siehe die Zusammenstellung von Äußerungen bei *Th. Auer*, Zwischen Baum und Borke, Die Deutsche Postgilde 1981/6, S. 14, sowie die jüngste Würdigung von *I. von Münch*, Zur Streikarbeit von Beamten, DÖV 1982, 338, der im einzelnen die Auffassung begründet, daß die „Streikarbeit“ von Beamten dienstlich angeordnet werden dürfe.

¹¹ Auszugsweise abgedruckt in ZBR 1981, 177.

nen Beamten zu den Tarifkräften“. Eine durch die Bundesdisziplinaranwaltschaft durchgeführte gesonderte gutachtliche Überprüfung der Problematik habe ergeben, daß der Einsatz von Beamten zur Abwendung von Streikfolgen rechtmäßig sei, wie es auch die Auffassung des Bundesministers des Innern und des Bundesministers für das Post- und Fernmeldewesen sei.

II. Die beamtenrechtliche Verpflichtung des Beamten zur streikbedingten vorübergehenden Beschäftigung auf Arbeitnehmer-Dienstposten beim Streik von Tarifkräften

1. Beamtenverhältnis und Amtsaufgaben des Beamten

Das Beamtenverhältnis ist ein öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis, das unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums durch Gesetz seiner Eigenart gemäß inhaltlich auszugestalten ist (Art. 33 Abs. 4 und 5 GG). Die Berufung in das Beamtenverhältnis ist nur zulässig zur Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Aufgaben oder solcher Aufgaben, die aus Gründen der Sicherung des Staates oder des öffentlichen Lebens nicht ausschließlich Personen übertragen werden dürfen, die in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis stehen (§ 4 BBG).

Verfassung und Gesetz treffen einen Unterschied zwischen dem gesetzlich geordneten öffentlich-rechtlichen Beamtenverhältnis und dem durch das Privatrecht und die Tarifverträge geordneten Arbeitsverhältnis der Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst. Sachliche Notwendigkeiten des Staates und der Erfüllung staatlicher Aufgaben, nicht private oder kollektive Interessen der Beamten liegen dieser Unterscheidung zugrunde und rechtfertigen den Status des Beamten in seinen Rechten und Pflichten¹². Die verfassungsrechtliche Garantie steht einer Verschmelzung der getrennten Bereiche zu einem einheitlichen Dienstrecht unter Preisgabe der geschützten Eigenart des Berufsbeamtentums und des Beamtenverhältnisses ebenso entgegen, wie einer Ausgestaltung des Beamtenrechts nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen¹³.

¹² A. Köttgen, Zum Entwurf eines Bundesbeamtengesetzes, DVBl. 1951, 651/652; H. von Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, 1953, Art. 33, Anm. 6; U. Scheuner, Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, 1953, in: ders., Staatstheorie und Staatsrecht, 1978, S. 665/698f.; W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 2. Aufl., 1967, S. 90f., 94; F. Matthey, in: J. von Münch, Grundgesetz-Kommentar. Bd. 2. 1976, Art. 33, RNr. 45; W. Fürst/H. Günther, Grundgesetz, 2. Aufl., 1978, S. 190f.; H. Lecheler, Die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts, AöR 103, 1978, S. 349/372ff.; F. Ossenbühl, Eigensicherung und hoheitliche Gefahrenabwehr. Rechtsgutachten zum 9. Änderungsgesetz des Luftverkehrsgesetzes, 1981, S. 32ff.

¹³ U. Scheuner, Institutionelle Garantien aaO., S. 697; C. H. Ule, Öffentlicher Dienst, in: Die Grundrechte, IV/2, 1962, S. 537/550, 559, 572; W. Fürst/H. Günther aaO., S. 191.

Das Recht der Beamten und der Angestellten unterscheidet sich schon im Grundsätzlichen. Das Beamtenverhältnis ist nicht eine Abart des Arbeitsverhältnisses, sondern diesem gegenüber strukturell verschieden¹⁴.

Grundgedanke des Art. 33 Abs. 5 GG ist die Erhaltung der Einrichtung des Berufsbeamtentums im Interesse der Allgemeinheit. Das Berufsbeamtentum kann die ihm zufallende Funktion, eine stabile Verwaltung zu sichern und damit einen ausgleichenden Faktor gegenüber den das Staatsleben gestaltenden politischen Kräften zu bilden, nur erfüllen, wenn es rechtlich und wirtschaftlich gesichert ist¹⁵. Art. 33 Abs. 5 GG

„soll die Institution des Berufsbeamtentums in ihrer Funktionsfähigkeit im Interesse der Allgemeinheit erhalten und gewährleisten, daß der Bedienstete in rechtlicher und wirtschaftlicher Unabhängigkeit zur Erfüllung der dem Berufsbeamtentum vom Grundgesetz zugewiesenen Aufgabe, im politischen Kräftefeld eine stabile, gesetzestreue Verwaltung zu sichern, beitragen kann“¹⁶.

Dementsprechend ist es Sinn des in Art. 33 Abs. 4 GG festgelegten Funktionsvorbehalts, im sachlichen Interesse eines intakten, auch in Krisenzeiten (z.B. Streiks) noch funktionsfähigen Gemeinwesens eine hoheitlichen Staatsaufgaben besonders eng verbundene Gruppe von Bediensteten in Bestand und Aufgabenwahrnehmung zu sichern¹⁷. In welchen Fällen und in welchem Ausmaß die in dem Funktionsvorbehalt vorausgesetzten Erfordernisse als gegeben zu betrachten sind, ist im Rahmen der Verfassung von Gesetzgeber und Dienstherr zu entscheiden. Die Frage beispielsweise, wann das Sicherungsbedürfnis des Staates oder des öffentlichen Lebens bei der Deutschen Bundesbahn die Begründung von Beamtenverhältnissen im Sinne des § 4 Abs. 2 BBG rechtfertigt, um stets – insbes. auch in Krisenzeiten und bei Streiks – ausreichende Verkehrsverbindungen sicherzustellen, liegt weitgehend im verwaltungspolitischen Ermessen des Dienstherrn und kann je nach den Umständen unterschiedlich beantwortet werden¹⁸.

Demjenigen der hoheitsrechtliche Befugnisse auszuüben hat, wird ein Amt anvertraut, eine Aufgabe, für die er verantwortlich einzustehen hat, deren sachgemäße Erfüllung besondere Eigenschaften, namentlich Fachkunde und Sachlichkeit voraussetzt und die seinen besonderen Status begründet und rechtfertigt¹⁹.

„Der Beamte ist dazu berufen, die dem Staat und den übrigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts übertragenen Gemeinschaftsaufgaben als Sachwalter und Treuhänder der Gesamtheit der Staatsbürger wahrzunehmen. Das

¹⁴ BVerfGE 52, 303/345; BVerwG 12. 12. 1979 *Buchholz* 232 § 72 BBG Nr. 17; A. Köttgen aaO., S. 653.

¹⁵ BVerfGE 8, 1/12, 16; 8, 332/343.

¹⁶ BVerfGE 56, 146/162.

¹⁷ F. Matthey aaO., RNr. 29.

¹⁸ BVerwG 12. 6. 1979 *Buchholz* 232 § 27 BBG Nr. 3.

¹⁹ K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 13. Aufl., 1982, RNr. 540.

Grundgesetz und ihm folgend der Gesetzgeber des Beamtenrechtsrahmengesetzes und des Bundesbeamtengesetzes haben es deshalb als notwendig und zweckmäßig erachtet, das Rechtsverhältnis des Beamten als besonderes öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis zu gestalten ..., das sich durch besonders enge Bindungen zwischen dem Beamten und seinem Dienstherrn und der von diesem repräsentierten Gemeinschaft von sonstigen Dienstverhältnissen abhebt“²⁰.

Der Beamte ist seinem Dienstherrn in anderer, in ganz besonderer Weise, umfassender als der Angestellte und deshalb mit diesem nicht vergleichbar, verpflichtet. Er muß auf Grund der Dienstpflichten, insbes. auf Grund seiner Treuepflicht, eher eine gewisse Modifizierung seiner vermögensrechtlichen Ansprüche aus dem Dienstverhältnis in Kauf nehmen, wenn eine solche Änderung von der öffentlichen Aufgabe her, zu deren bestmöglicher Bewältigung das Amt bestimmt ist, als geboten erscheint²¹.

Mit der Ernennung und der Einweisung in eine bestimmte Laufbahn erhält der Beamte ein Amt im status- oder dienstrechtlichen Sinn, das durch Amtsbezeichnung, Laufbahnzugehörigkeit, Besoldungsgruppe und Endgrundgehalt gekennzeichnet ist. Er gewinnt damit grundsätzlich auch den Anspruch auf eine dienstliche Verwendung, die seiner Laufbahn und seinem Ausbildungsstand entspricht, d.h. auf Übertragung einer Amtsfunktion entsprechend seinem statusrechtlichen Amt, eines „amtsgemäßen Aufgabenbereichs“²². Hinsichtlich des Aufgabenkreises des Beamten, seines Amtes im funktionellen Sinn, wird danach unterschieden, ob die Zuweisung und Innehabung eines allgemein umschriebenen Aufgabenkreises in einer bestimmten Behörde im Rahmen der Behördenorganisation in Rede steht – abstraktes Amt im funktionellen Sinn – oder die Zuweisung und Ausführung bestimmter Aufgaben und Dienstgeschäfte, eines Dienstpostens – konkretes Amt im funktionellen Sinn²³.

Der Beamte hat kein Recht am Amt, verstanden als Recht auf Ausübung bestimmter Amtsgeschäfte, auf unveränderte und ungeschmälerete Ausübung der übertragenen dienstlichen Aufgaben²⁴. Für eine an den

²⁰ BVerwGE 39, 174/176.

²¹ BVerfGE 52, 303/346.

²² BVerwGE 49, 64/68; 60, 144/150.

²³ BDHE 7, 88; BVerwGE 40, 104/107; BVerwG 3.3.1975 *Buchholz* 237.7 § 28 LBG NW Nr. 6 = ZBR 1975, 226; BVerwGE 60, 144/146f.; BVerwG DVBl. 1981, 495. – *Fürst/Fingerl/Mühl/Niedermaier* aaO., K § 6 BBG, RNrn. 22-24; *P. Barlage*, Flexibilität im Personaleinsatz. Zum Recht am Amt unter besonderer Berücksichtigung des § 21 Bundesbahngesetz, ZBR 1978, 349; *H. Günther*, Änderungen des funktionellen Amtes: Versetzung, Abordnung, Umsetzung, ZBR 1978, 73.

²⁴ BVerfGE 8, 332/344ff.; 43, 242/277, 282; 52, 303/354; 56, 146/162; BVerwG 20.2.1973 *Buchholz* 232 § 79 BBG Nr. 44; BVerwG 12.11.1973 *Buchholz* 237.6 § 31 LBG Nds Nr. 5; BVerwG 3.3.1975 *Buchholz* 237.7 § 28 LBG NW Nr. 6; BVerwGE 60, 144/150.

Grundsätzen der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit ausgerichtete effektive Verwaltung sind Organisationsfreiheit und Personalhoheit erforderlich und ebenso eine vielseitige Verwendbarkeit, Austauschbarkeit und Mobilität des Beamten für den gesamten Aufgabenbereich seiner Laufbahn²⁵.

2. Streikbedingte Umsetzung oder Abordnung des Beamten

Wird ein Beamter zur Minderung der Auswirkungen eines Streiks von Tarifkräften vorübergehend mit Aufgaben beschäftigt, die bisher von einem Angestellten oder Arbeiter erfüllt worden waren, liegt darin eine Änderung des ihm zugewiesenen konkreten Amtes. Wie dieser Vorgang rechtlich einzuordnen ist, läßt sich nicht allgemein beantworten.

Nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der den rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt einschließt, und entsprechend der rechtlichen Eigenart des Verwaltungsaktes (§ 35 VwVfG) als einer der Bestandskraft fähigen einseitig verbindlichen Anordnung wird bei Entscheidungen des Dienstherrn gegenüber dem Beamten danach unterschieden, ob sie eine Feststellung, Änderung oder sonstige Gestaltung der beamtenrechtlichen Rechtsposition des Beamten aussprechen oder ob sie nur die dienstlichen Verrichtungen des Beamten betreffen und sich auf die organisatorische Einheit beschränken, welcher der Beamte angehört. „Innerbehördliche“ Maßnahmen sind hauptsächlich die an einen Beamten allein in seiner Eigenschaft als Amtsträger und Glied der Verwaltung gerichteten, auf organisationsinterne Wirkung zielenden Weisungen des Dienstherrn und die auf die Art und Weise der dienstlichen Verrichtung bezogenen innerorganisatorischen Maßnahmen der Behörde, in deren Organisation der Beamte eingegliedert ist. Demgegenüber sind die über den innerbehördlichen Bereich hinausgreifenden Rechtsinstitute und Maßnahmen wegen des mit ihnen – über die konkrete Arbeitszuteilung wesentlich hinausgehenden – gleichzeitig in der Regel verbundenen Eingriffs in die individuelle Rechtssphäre des Beamten in den Beamtengesetzen ausdrücklich geregelt²⁶.

Demzufolge sind gesetzlich geregelt und im Einzelfall Verwaltungsakte die Versetzung und die Abordnung; denn sie greifen über den innerbehördlichen Bereich hinaus. Anders verhält es sich dagegen mit der Zuweisung von Dienstgeschäften innerhalb der Behörde, bei der der Beamte beschäftigt ist, mit der Änderung des Aufgabenkreises eines Beamten durch Organisationsverfügung²⁷ und mit der Umsetzung. Diese im wesentlichen durch das organisatorische Ermessen des Dienstherrn bestimmten Maßnahmen haben innerbehördlichen Charakter und

²⁵ BVerwGE 60, 144/151f., 154.

²⁶ BVerwGE 60, 144/146f.; C. H. Ule, Öffentlicher Dienst aaO., S. 607 ff.

²⁷ BVerwG DVBl. 1981, 495.

sind keine Verwaltungsakte. Sie sind selbst dann keine Verwaltungsakte, wenn sie – sozusagen als Nebenwirkung – in die dienstrechtliche Rechtssphäre des Beamten eingreifen.

Versetzung (§ 26 BBG) ist die auf Dauer angelegte Übertragung eines anderen Amtes im funktionellen Sinn bei einer anderen Behörde desselben oder eines anderen Dienstherrn²⁸. Abordnung (§ 27 BBG) ist die vorübergehende Zuweisung einer dem Amt des betroffenen Beamten entsprechenden Tätigkeit bei einer anderen Behörde desselben oder eines anderen Dienstherrn²⁹. Umsetzung ist die Zuweisung eines anderen Dienstpostens innerhalb der Behörde, beschränkt sich also auf die organisatorische Einheit, welcher der Beamte angehört und betrifft nur die dienstlichen Einrichtungen des Beamten; die Umsetzung ist eine gesetzlich nicht geregelte Entscheidung nach dem Ermessensmaßstab des Dienstherrn³⁰. Die Beamtengesetze zählen die Umsetzung zu der Vielzahl im einzelnen nicht normativ erfaßbarer Anordnungen im Rahmen des Beamtenverhältnisses, die zur Erhaltung und Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung unerlässlich sind und in der verfassungsrechtlich verankerten Gestalt des Beamtenverhältnisses vorausgesetzt werden³¹.

Wenn die Deutsche Bundespost Beamte bei einem Streik von Tarifkräften vorübergehend auf Arbeitnehmer-Dienstposten beschäftigt, handelt es sich um eine Umsetzung, sofern die streikbedingte Tätigkeit in der Dienststelle zu erledigen ist, welcher der Beamte angehört³², sonst dagegen um eine Abordnung. Die Umsetzung ist eine Ermessensentscheidung. Auch die Abordnung ist eine Ermessensentscheidung, jedoch von der Voraussetzung abhängig, daß ein dienstliches Bedürfnis besteht. Der Zustimmung des Beamten bedarf – was hier nicht einschlägig ist – nur die Abordnung zu einem anderen Dienstherrn, wenn sie die Dauer eines Jahres, während der Probezeit die Dauer von zwei Jahren übersteigt (§ 27 Abs. 1 BBG). Die Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs und der Leistungen ist ein sachgerechter Erwägungsgrund der für Umsetzung und Abordnung zu treffenden Ermessensentscheidung, sie ist auch ein Sachverhalt, der ein dienstliches Bedürfnis für eine Abordnung begründen kann.

Auf Fragen des Personalvertretungsrechts ist hier nicht einzugehen.

²⁸ BVerwG 27.5.1975 *Buchholz* 232 § 26 BBG Nr. 16.

²⁹ BVerwG 31.1.1974 *Buchholz* 237.6 § 31 LBG Nds Nr. 1.

³⁰ BVerwG 3.3.1975 *Buchholz* 237.7 § 28 LBG NW Nr. 6; BVerwG 26.6.1975 *Buchholz* 232 § 26 BBG Nr. 16; BVerwG 20.4.1977 *Buchholz* 232 § 26 BBG Nr. 18; BVerwGE 60, 144 mit Anm. *Chr.-F. Menger*, *VerwArch* 1981, 149; BVerwG DVBl. 1981, 495. – *H. Günther* aaO., S. 83ff.; *W. Teufel*, Die Umsetzung, ZBR 1981, 20; *H.-U. Erichsen*, Die Umsetzung von Beamten, DVBl. 1982, 95.

³¹ *W. Teufel* aaO., S. 24.

³² Zu der Abgrenzung des Aufgaben- und Organisationsbereichs der „Stammbehörde“ für den Bereich der Deutschen Bundespost vgl. BVerwG 20.4.1977 *Buchholz* 232 § 26 BBG Nr. 18 Postkleiderkasse/Postbeamtenkrankenkasse.

3. Die Zulässigkeit von „Mehrarbeit“ und von „unterwertiger“ Dienstausbübung des Beamten

Daraus, daß eine streikbedingte vorübergehende Beschäftigung von Beamten auf anderen Dienstposten im Wege der Umsetzung oder der Abordnung herbeigeführt werden kann, folgt zunächst nur, daß eine derartige Veränderung des konkreten Aufgabenkreises eines Beamten in gewissen Grenzen aus dienstlichen oder organisatorischen Gründen beamtenrechtlich zulässig ist. Soweit die Umsetzung oder Abordnung außerdem die Anordnung von Mehrarbeit oder einer unterwertigen Beschäftigung einschließt, hat der Dienstherr zusätzliche rechtliche Schranken zu beachten. Die streikbedingte vorübergehende Beschäftigung von Beamten auf Arbeitnehmer-Dienstposten³³ stellt jedenfalls eine unterwertige Beschäftigung dar, je nach Sachlage wird aber auch die Möglichkeit von Mehrarbeit in Betracht kommen.

Um Mehrarbeit handelt es sich, wenn der Beamte auf Grund dienstlicher Anordnung oder Genehmigung zur Wahrnehmung der Obliegenheiten des Hauptamtes oder, soweit ihm ein Amt nicht verliehen ist, zur Erfüllung der einem Hauptamt entsprechenden Aufgaben über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus Dienst verrichtet. Mehrarbeit darf angeordnet werden, wenn zwingende dienstliche Verhältnisse dies erfordern und sich die Mehrarbeit auf Ausnahmefälle beschränkt. Unter gewissen Voraussetzungen zieht Mehrarbeit eine Entschädigung oder einen Zeitausgleich nach sich³⁴.

Ausnahmesituationen, welche die Anordnung von Mehrarbeit rechtfertigen, sind beispielsweise Groß- und Dauereinsätze von Krankenhauspersonal bei Epidemien oder bei Arbeitskräftemangel aus anderen nicht zu beseitigenden Gründen, dauernde Großeinsätze der Polizei im Fall von Unruhen oder Katastrophen, erhebliche Mehrbeanspruchung des Post- und Bahnpersonals aus besonderen Gründen zur Versorgung der Bevölkerung mit notwendigen Gütern. In Fällen dieser Art müssen die gesetzlich anerkannten sozialen Belange der Beamten angesichts ihrer Pflicht, der Allgemeinheit mit voller Hingabe und uneigennützig zu dienen (§§ 52, 54 BBG), zurücktreten, soweit dies bei Abwägung der beiderseitigen schutzwürdigen Interessen den Beamten zuzumuten ist³⁵.

Den Fall eines „unterwertigen“ Einsatzes hat § 27 Abs. 1 BBG vor Augen, wenn dort von einer dem „Amt“ des Beamten „entsprechenden Tätigkeit“ die Rede ist. Die Qualifikation einer Tätigkeit als „unterwer-

³³ Für diesen Tatbestand kommt es nur auf den formellen Gesichtspunkt an, daß der betreffende Dienst bei der Behörde stellenplanmäßig von einem Arbeitnehmer versehen wird (BDHE 7. 88/89).

³⁴ § 72 BBG, § 7 Verordnung über die Arbeitszeit der Bundesbeamten in der Fassung vom 24. September 1979 (BGBl. I S. 2356).

³⁵ BVerwG 10.12.1970 *Buchholz* 232 § 72 BBG Nr. 5 für den Fall einer außergewöhnlichen Belastung der Bundesbahn im Winter 1962/63.

tig“ beruht auf einem Vergleich des statusrechtlich zu beanspruchenden funktionellen Amtes im abstrakten Sinn mit dem Aufgabenkreis des konkreten Amtes³⁶. Diese Begriffsbildung und die mit ihr verbundenen Grundsätze beruhen darauf, daß der Beamte Anspruch darauf hat, in einer seiner Laufbahn und seinem Ausbildungsstand entsprechenden Weise verwendet zu werden – daß er ein Recht am abstrakten Amt im funktionellen Sinn hat – und daß ihm dieses Recht nicht durch einen einseitigen Akt des Dienstherrn entzogen werden darf. Demzufolge darf der Beamte ohne sein Einverständnis grundsätzlich nicht mit Aufgaben betraut werden, die gegenüber dem abstrakten Aufgabenbereich der ihm übertragenen Amtsstelle unterwertig sind. Insbes. ist es grundsätzlich unzulässig, einem Beamten einseitig eine Beschäftigung auf einem Arbeiter-Dienstposten zuzuweisen³⁷.

Es werden allerdings Ausnahmefälle anerkannt, in denen die Verwendung eines Beamten in unterwertiger Beschäftigung zulässig ist. Wegen der allgemeinen Verpflichtung des Beamten, sich mit voller Hingabe seinem Beruf zu widmen, darf der Beamte in Ausnahmesituationen, bei einem besonderen, zeitweilig auftretenden Bedürfnis, vorübergehend und kurzfristig mit Aufgaben betraut werden, die gegenüber den ihm regelmäßig obliegenden und zukommenden Aufgaben unterwertig und ggf. laubbahnfremd sind, vorausgesetzt, daß der Einsatz im Einzelfall sachlich geboten und zumutbar ist. Zu diesen Ausnahmesituationen gehören Not- und Katastrophenfälle, aber auch außergewöhnliche und anders nicht überwindbare personelle Engpässe, wie z.B. ein anders nicht zu bewältigender Anstieg des Postverkehrs vor den Weihnachtstagen³⁸.

Die für den Bereich der Deutschen Bundesbahn geltende Bestimmung des § 21 Bundesbahngesetz, wonach der Vorstand oder die von ihm bestimmten Dienststellen der Deutschen Bundesbahn einen Bundesbahnbeamten vorübergehend auf einem anderen Dienstposten von geringerer Bewertung unter Belassung seiner Amtsbezeichnung und seiner Dienstbezüge verwenden können, wenn betriebliche Gründe es erfordern, ist eine genetisch in die Reichsbahnzeit zurückreichende Sondervorschrift³⁹. Sie ist einem *argumentum e contrario* nicht zugänglich;

³⁶ Vgl. BVerwG 3.3.1975 *Buchholz* 237.7 § 28 LBG NW Nr. 6 S. 4. Siehe auch BDHE 7, 88/89.

³⁷ BDHE 7, 88; BVerwG 26.5.1971 *Buchholz* 232 § 26 BBG Nr. 13; BVerwGE 53, 115/117; BVerwG 12.6.1979 *Buchholz* 232 § 27 BBG Nr. 3; *H. Günther* aaO., S. 83, 84. – Das BVerfG hat es offen gelassen, ob es einen hergebrachten Grundsatz des Rechts auf gleichwertige Beschäftigung (Verbot „unterwertiger“ Beschäftigung) gibt; BVerfGE 43, 242/283.

³⁸ BDHE 6, 92/94; 7, 88/89f.; HambOVG Beschluß vom 23.22.1980 – OVG Bs I 109/80; VG Berlin Urteil vom 1.12.1977 – VG VII A 285.76; *P. Barlage*, Flexibilität aaO., S. 350.

³⁹ Dazu BVerwG 12.6.1979 *Buchholz* 232 § 27 BBG Nr. 3; *K. Klein*, Übertragung einer unterwertigen Tätigkeit an einen Beamten, *PersVertr.* 1977, 177; *P. Barlage*, Flexibilität aaO., S. 351ff.

denn sie erlaubt eine unterwertige Beschäftigung des Bundesbahnbeamten schon dann, wenn betriebliche Gründe es erfordern, und gibt damit der Bundesbahn eine größere organisatorische und personalwirtschaftliche Flexibilität, als es nach den geschilderten allgemeinen beamtenrechtlichen Grundsätzen dem Dienstherrn offen steht.

Das Beamtenrecht steht somit nicht entgegen, im Rahmen einer streikbedingten Umsetzung oder Abordnung eines Beamten der Deutschen Bundespost Mehrarbeit und unterwertige Beschäftigung anzuordnen, sofern dies angesichts des Nichtarbeitens von Tarifkräften erforderlich ist, um den Dienstbetrieb und die Leistungen der Bundespost aufrechtzuerhalten. Eine derartige Inanspruchnahme des Beamten rechtfertigt sich aus den Pflichten, die aus dem Beamtenverhältnis hervorgehen, wie es das Gesetz nach der Richtschnur der Verfassung festgelegt hat.

4. Die gesetzlichen Pflichten des Beamten rechtfertigen die Beschäftigung auf einem Arbeitnehmer-Dienstposten, um den Dienstbetrieb und die Leistungen der Bundespost bei einem Streik von Tarifkräften aufrechtzuerhalten

a. Die beamtenrechtlichen Pflichten

Zu der rechtlichen Stellung des Beamten, wie sie das als öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis gestaltete Beamtenverhältnis begründet, gehören eine Reihe von spezifischen Pflichten für die Amtsführung und das Verhalten des Beamten. Sie haben ihren Grund darin, daß der Beamte Dienst und Treue schuldet und so in seinem Aufgabenkreis für die Funktion einsteht, um deretwillen das Berufsbeamtentum besteht und verfassungsrechtlich gewährleistet ist. Die Rechtsstellung des Beamten und seine Pflichten dienen der Rechtsstaatlichkeit. Gesetzzestreue und Leistungsfähigkeit der Verwaltung und bestehen demzufolge im Interesse der Allgemeinheit. Die besondere Einsatzbereitschaft und Dienstbefähigung, die in einer Verwaltung mit Beamten und Arbeitnehmern, zumal in einer für Staat, Gesellschaft und Wirtschaft lebenswichtigen Leistungsverwaltung, im Falle eines Streiks von Arbeitnehmern dem Beamten abverlangt wird, stellt die Erfüllung verschiedener Beamtenpflichten dar. Der Beamte hat seine Aufgaben unparteiisch und gerecht zu erfüllen und bei seiner Amtsführung auf das Wohl der Allgemeinheit Bedacht zu nehmen (§ 52 Abs. 1 Satz 2 BBG). Er hat sich mit voller Hingabe seinem Beruf zu widmen und sein Amt uneigennützig nach bestem Gewissen zu verwalten (§ 54 Sätze 1 und 2 BBG). Der Beamte hat seine Vorgesetzten zu beraten und zu unterstützen (§ 55 Satz 1 BBG); er hat die von ihnen erlassenen Anordnungen auszuführen (§ 55 Satz 2 BBG). Mit der Berufung in das Beamtenverhältnis ist die Pflicht des Beamten verbunden, sich für den Dienstherrn einzusetzen.

zen und diesem – grundsätzlich auf Lebenszeit – seine volle Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Von ihm werden Einsatzbereitschaft und Beanspruchung gefordert⁴⁰.

„Die Besonderheit des Beamtenverhältnisses liegt – auch heute – darin, daß der Beamte als Träger und Vollstrecker öffentlicher Gewalt grundsätzlich auf Lebenszeit unmittelbar mit dem Staat verbunden ist und dem Dienstherrn aus dieser besonderen gegenseitigen Bindung prinzipiell qualitativ mehr schuldet als lediglich eine zeitlich begrenzte Führung der Amtsgeschäfte, daß er seine ganze Arbeitskraft in den Dienst des Staates zu stellen und den Anforderungen seines Berufs mit vollem Einsatz zu begeben hat“⁴¹.

Diese Besonderheit ist jedem Beamtenverhältnis eigen und ebenso ist die Rechtsstellung einschließlich des Pflichtenkanon einer Differenzierung je nach der Art der dienstlichen Obliegenheiten des Beamten nicht zugänglich⁴². Folgerichtig bestimmen sich die Rechte und Pflichten des Beamten allein nach dem Beamtenrecht; aus dem – andersartigen – Arbeitsrecht ist dafür nichts herzuleiten⁴³.

Daß diese Besonderheit des Beamtenverhältnisses durchgehend und einheitlich ist, ist eine Grundgegebenheit des Berufsbeamtentums. Deswegen Sinn für Staat und Allgemeinheit, die Verlässlichkeit und Verantwortlichkeit nicht weniger wie die Dienstbereitschaft und Unbestechlichkeit beim Vollzug von Recht und Gesetz, ist wesentlich davon abhängig, daß auf einen im Grundsatz einheitlichen Status des Beamten vertraut werden kann. Die besondere und enge Verbindung des Beamten zum Staat als der politischen Organisation der Gesellschaft kommt in der Treuepflicht des Beamten zum Ausdruck, die auch die politische Treuepflicht umschließt, sich aber nach dem Gesagten in dieser nicht erschöpft⁴⁴.

„Der moderne ‚Verwaltungsstaat‘ mit seinen ebenso vielfältigen wie komplizierten Aufgaben, von deren sachgerechter, effizienter, pünktlicher Erfüllung das Funktionieren des gesellschaftlich-politischen Systems und die Möglichkeit eines menschenwürdigen Lebens der Gruppen, Minderheiten und jedes Einzelnen Tag für Tag abhängt, ist auf einen intakten, loyalen, pflichttreuen, dem Staat und seiner verfassungsmäßigen Ordnung innerlich verbundenen Beamtenkörper angewiesen. Ist auf die Beamtenschaft kein Verlaß mehr, so sind die Gesellschaft und ihr Staat in kritischen Situationen ‚verloren‘“⁴⁵.

Der Dienst- und Treuepflicht des Beamten korrespondiert die Fürsorgepflicht des Dienstherrn. Der Dienstherr hat im Rahmen des Dienst- und Treueverhältnisses für das Wohl des Beamten und seiner Familie, auch für die Zeit nach Beendigung des Beamtenverhältnisses, zu sorgen. Er schützt ihn bei seiner amtlichen Tätigkeit und in seiner Stellung als

⁴⁰ BVerfGE 52, 303/330.

⁴¹ BVerfGE 55, 207/241.

⁴² BVerfGE 39, 334/355.

⁴³ Vgl. W. Leisner, Arbeitskampf aaO., S. 71.

⁴⁴ BVerfGE 39, 334/346f.

⁴⁵ BVerfGE 39, 334/347.

Beamter (§ 79 BBG). Die Fürsorgepflicht ist in verschiedener Hinsicht durch Rechtsvorschriften näher ausgeformt, hat aber ein eigenes Gewicht bei der Ausübung beamtenrechtlicher Ermessensermächtigungen durch den Dienstherrn, also auch bei Umsetzungen und Abordnungen. Zur Fürsorgepflicht gehört hier wie sonst bei der Inanspruchnahme von Beamtenpflichten durch den Dienstherrn, daß die allgemeine Schranke der Zumutbarkeit gewahrt wird. Das bedeutet, daß berechtigte Belange des Beamten aus dessen persönlichem Bereich, so wegen seines Gesundheitszustandes oder seiner körperlichen Leistungsfähigkeit, Bedeutung erlangen können. Auch eine „Überlastung“ mit dienstlichen Aufgaben berührt die Zumutbarkeitsgrenze der Pflichterfüllung. Jedoch reicht die bloße Möglichkeit von Nachteilen, etwa einer Gesundheitsgefährdung, nicht aus, um die Unzumutbarkeit der Erfüllung von Beamtenpflichten zu begründen. Die Fürsorgepflicht nötigt vor allem den Dienstherrn nicht, die dienstlichen Interessen stets den persönlichen Interessen des Beamten nachzuordnen⁴⁶. Der Grundsatz der Fürsorgepflicht gehört zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG). Zu den damit dem Dienstherrn auferlegten Pflichten gehört, bei seinen Entscheidungen die wohlverstandenen Interessen des Beamten in gebührender Weise zu berücksichtigen und die besonderen Umstände des Falles zu würdigen⁴⁷.

Zu den „wohlverstandenen Interessen“ des Beamten, die Berücksichtigung gebieten, können nach der Rechtsstellung des Beamten nicht Rücksichtnahmen gehören, mit denen gerade die besondere Funktion des Beamtentums für Staat und Allgemeinheit in Frage gestellt werden würden. „Solidarität“ ist ein Programmpunkt der Arbeiterbewegung, dann ein rechtlicher Gesichtspunkt im Rahmen des Arbeitsrechts. Im Verhältnis der Beamten zu den Angestellten und Arbeitern im öffentlichen Dienst kann „Solidarität“ nur eine politische Forderung oder eine persönliche Einstellung sein. Sie kann nicht über den Zumutbarkeitsgedanken und die Fürsorgepflicht zu einer Veränderung des Pflichtenstatus oder der Rechte des Beamten führen. Insbes. kann nicht unter Bezugnahme auf die arbeitsrechtlichen Grundsätze über die direkte Streikarbeit eine Einschränkung der Beamtenpflichten im Falle eines Streiks von Arbeitnehmern eintreten, wie es in der politischen Rhetorik mit der Formulierung von den Beamten als „Streikbrechern“ gemeint sein könnte. Die arbeitsrechtlichen Grundsätze über die direkte Streikarbeit sind auf Beamte weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar, weil sie auf einem Rechtsgedanken beruhen, der dem Beamtenrecht fremd ist.

⁴⁶ Vgl. BVerwG 7.3.1968 *Buchholz* 232 § 26 BBG Nr. 9; BVerwG 6.10.1972 *Buchholz* 232 § 79 BBG Nr. 40; BVerwG 20.2.1973 *Buchholz* 232 § 79 BBG Nr. 44; BVerwG 12.7.1977 *Buchholz* 232 § 79 BBG Nr. 45; BVerwG 1.6.1978 *Buchholz* 232 § 72 BBG Nr. 14.

⁴⁷ BVerfGE 43, 154/165f. – H. Lecheler, Rechtsprechungsbericht aaO., S. 376ff.

Der Fall der direkten Streikarbeit ist gegeben, wenn der Arbeitgeber kraft seines Direktionsrechts vom Arbeitnehmer fordert, Verrichtungen auszuüben, die bisher von den Streikenden erledigt wurden und die lediglich wegen des Streikes ihm, in dessen bisherigen Arbeitskreis sie an sich nicht fallen, übertragen werden. Zur Übernahme einer solchen Arbeit ist der Arbeitnehmer gegen seinen Willen regelmäßig nicht verpflichtet. Die „Solidarität der Arbeitnehmer untereinander und namentlich in einem bestimmten Betrieb“ muß auch von der Rechtsordnung berücksichtigt werden. Es ist dem Arbeitnehmer nicht zuzumuten, „den Streikenden in den Rücken zu fallen“. Es würde sich bei der direkten Streikarbeit um eine unmittelbare Beeinträchtigung der Auswirkungen des Streiks handeln, „die den in den Kreisen der Arbeitnehmer mit Recht herrschenden Anschauungen widerspricht“⁴⁸.

Die rechtlichen Erwägungen, mit denen dem Arbeitgeber die Heranziehung von Arbeitnehmern zu direkter Streikarbeit verwehrt wird, haben in der Eigenart des Arbeitsverhältnisses und des Arbeitskampfes ihren Grund. Sie sind auf das Beamtenverhältnis nicht übertragbar. Der Beamte, der bei einem Streik von Tarifkräften vorübergehend auf einem Arbeitnehmer-Dienstposten beschäftigt wird, ist darin nicht einem Arbeitnehmer vergleichbar, der direkte Streikarbeit erbringt.

b. Insbes. die Pflichten des Beamten im Falle eines Streiks von Tarifkräften des Dienstherrn

Die Rechte und Pflichten des Beamten sind nach einem hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums durch Gesetz und durch Verordnungen und Anordnungen auf Grund Gesetzes zu regeln. Die Rechtsstellung des Beamten ergibt sich deshalb aus dem Beamtenrecht, nicht aus dem kollektiven Arbeitsrecht. Die nach dem kollektiven Arbeitsrecht zulässigen Rechtshandlungen im Rahmen des Tarifvertragssystems einschließlich des Arbeitskampfes kommen für die Begründung und Änderung beamtenrechtlicher Rechte und Pflichten nicht in Betracht. Die Vereinigungsfreiheit der Beamten (§ 91 BBG) nimmt an der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) teil, umfaßt jedoch wegen des nur im Wege der Gesetzgebung zu gestaltenden und zu ändernden Beamtenverhältnisses keine Rechte der Art, wie sie den Arbeitnehmern und ihren Gewerkschaften im Rahmen des Tarifvertragssystems und des Arbeitskampfes zukommen. Die Pflicht des Beamten, sich mit voller Hingabe seinem Beruf zu widmen und sein Amt uneigennützig nach bestem Gewissen zu verwalten (§ 54 BBG), wird inhaltlich durch die Eigenschaft des Beamtenverhältnisses als öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis bestimmt und umgreift damit auch die Verpflichtung, sich zur Wahrung und Förderung

⁴⁸ BAG 25.7.1957 AP § 615 BGB Betriebsrisiko Nr. 3 mit Anm. von A. Hueck; G. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 4. Aufl., 1980, S. 186.

der beamtenrechtlichen Rechte und Rechtsbeziehungen nicht der Mittel des kollektiven Arbeitsrechts zu bedienen. Ein Streikrecht steht dem Beamten nicht zu; die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums und die gesetzlichen Pflichten des Beamten verbieten es, zur Förderung gemeinsamer Berufsinteressen kollektive wirtschaftliche Kampfmaßnahmen zu ergreifen⁴⁹. Es handelt sich dabei um eine grundlegende Verpflichtung des Beamten, die der für alle Beamtenverhältnisse kennzeichnenden Eigenschaft des Dienst- und Treueverhältnisses entspringt und deshalb ohne Rücksicht auf die jeweiligen Aufgabenkreise der Beamten für alle Beamten gilt⁵⁰.

Von der Pflichtenstellung des Beamten aus gesehen, wurde die Teilnahme an Arbeitskampfhandlungen von jeher als unvereinbar mit der Eigenschaft des Beamtenverhältnisses gerade als „Treueverhältnis“ betrachtet⁵¹. Das gilt übrigens nicht nur für das eigene Verhalten des Beamten, sondern auch für eine „psychologische“ oder sonstige Unterstützung rechtswidriger Streikhandlungen oder eines ebenfalls rechtswidrigen streikähnlichen Verhaltens von Beamten. In derartigen Fällen trifft den Beamten eine Unterlassungspflicht und darüber hinaus eine aktive, den jeweiligen Verhältnissen angemessene Abwehrpflicht wie auch die Pflicht, den Vorgesetzten gemäß § 55 BBG bei der Abwehr solcher Aktionen zu unterstützen⁵².

⁴⁹ BVerfGE 44, 249/264; BVerwGE 53, 330; 63, 158; BVerwG NJW 1980, 1809; BVerwG JZ 1981, 220; BGHZ 69, 128; 70, 277; C. H. Ule, Öffentlicher Dienst aaO., S. 572, 636; H. Quaritsch, Empfiehlt es sich, das Beamtenrecht unter Berücksichtigung der Wandlungen von Staat und Gesellschaft neu zu ordnen? Referat, 48. DJT, 1970, Sitzungsberichte 0 34/48 ff.; J. Isensee, Beamtenstreik. Zur rechtlichen Zulässigkeit des Dienstkampfes, 1971; B. Rütters/R. Söhnen, Demokratisierung durch Beamtenstreik? Staat 11, 1972, S. 550 (Rezensionsabhandlung zu den Schriften von Isensee, Däubler und Ramm); D. Lorenz, Der Beamtenstreik – Recht und Rechtspolitik, AöR 98, 1973, S. 410 (Rezensionsabhandlung u. a. zu den Schriften von W. Däubler und Th. Ramm); F. Matthey, in: I. von Münch, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 1976, Art. 33, RNr. 41; R. Scholz, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 9 (1979), RNrn. 377 ff.; H. Zeuner, Die Fluglotsenentscheidungen des BGH und das allgemeine Arbeitskampfrecht, JZ 1979, 6; M. Löwisch, Zulässiger und unzulässiger Arbeitskampf im öffentlichen Dienst, 1980; G. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 4. Aufl., 1980, S. 1000; I. von Münch, Beamtenrecht und Beamtenpolitik. Bestand und Wandel, ZBR 1981, 157/159f.; ders., Öffentlicher Dienst, in: ders., Hrsg., Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 1982, S. 68; ders., Streikarbeit aaO., S. 340; P. J. Tettinger, Zur Verfassungswidrigkeit des Lehrerstreiks, ZBR 1981, 357; Bericht des Bundesdisziplinaranwalts aaO., S. 183.

⁵⁰ Es ist deshalb unerheblich, ob der einzelne Beamte „hoheitsrechtliche Befugnisse“ im Sinne des Art. 33 Abs. 4 GG wahrnimmt oder nicht (R. Scholz aaO., RNr. 379).

⁵¹ Ein Antrag des Abgeordneten Renner (KPD), das Wort „Treueverhältnis“ zu streichen, da damit ein Streikverbot für die Beamten statuiert werde, wurde im Hauptausschuß des Parlamentarischen Rates abgelehnt (27. Sitzung, Sten. Ber., S. 327); vgl. H. von Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, 1953, Art. 33, Anm. 1.

⁵² BDiszG NJW 1975, 1905; BVerwGE 53, 330; BVerfG NJW 1980, 169.

Bei einem rechtmäßigen Streik von Tarifkräften⁵³ ist zu beachten, daß die Arbeitnehmer und ihre Gewerkschaften den grundrechtlichen Schutz der Koalitionsfreiheit für koalitionsmäßige Betätigung in Anspruch nehmen können. Darauf ist zurückzukommen. Für die Anordnungsbefugnisse des Dienstherrn und die beamtenrechtlichen Pflichten des Beamten kommt es jedoch im Falle eines Streiks von Tarifkräften zuerst und ausschlaggebend darauf an, daß die Arbeitsniederlegung nachteilige Auswirkungen auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Abwicklung des Dienstbetriebes hat, weil die – nach kollektivem Arbeitsrecht rechtmäßige – Nichterbringung der für die Arbeitnehmer-Dienstposten vorgesehenen Arbeitsleistungen die Funktionsfähigkeit der betroffenen Dienststelle berührt. Daß die Rechtsordnung unter bestimmten Voraussetzungen auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Abwicklung des Dienstbetriebes hat, weil die – nach kollektivem Arbeitsrecht rechtmäßige – Nichterbringung der für die Arbeitnehmer-Dienstposten vorgesehenen Arbeitsleistungen die Funktionsfähigkeit der betroffenen Dienststelle berührt. Daß die Rechtsordnung unter bestimmten Voraussetzungen zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen eine zeitweise Arbeitsniederlegung erlaubt, schließt nicht eine Beschränkung der Pflicht des Staates ein, die gesetzlichen Aufgaben gegenüber der Allgemeinheit zu erfüllen⁵⁴. Die rechtsstaatlichen und sozialstaatlichen Aufgaben bestehen nach Maßgabe der Verfassung und der Gesetze und sind von Staat und Behörden entsprechend der Verfassung und den Gesetzen zu erfüllen. Um diese Verantwortlichkeit unter allen Umständen und so weit wie irgend möglich sicherzustellen, ist von der Verfassung die Einrichtung des Berufsbeamtenverhältnisses vorgesehen und ist das Beamtenverhältnis so ausgestaltet, daß in der Beamtenschaft eine Gewähr für die gesetzmäßige und effektive Erfüllung der Staatsaufgaben zu finden ist⁵⁵. Wie der Staat öffentliche Aufgaben erledigen lassen will, ist im allgemeinen Sache seines freien Ermessens, freilich bis zu einem gewissen Grade auch von der Eigenart und dem Gewicht der einzelnen Aufgabe abhängig. In diesen Spielraum fällt die Einrichtung von Berufen, die gänzlich in die unmittelbare Staatsorganisation einbezogen sind und in deren Hand dann Tätigkeiten liegen, die dem Staat vorbehalten bleiben müssen. Für die Berufe des öffentlichen Dienstes sind nach der Natur der Sache Sonderregelungen auf Grund Art. 33 GG zulässig, da hier der Staat allein die Zahl der verfügbaren Arbeitsplätze – und zwar nach Gesichtspunkten des sachlichen Bedürfnisses, nicht nach dem Interesse des Einzelnen an der Ergreifung dieses Berufes – bestimmt⁵⁶.

⁵³ Die Frage, ob und welche Schranken für die Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst bestehen, zu streiken, ist hier nicht zu behandeln.

⁵⁴ *M. Löwisch* zieht eine Haftung der Post gegenüber ihren Kunden im Streikfall in Betracht (aaO. S. 67f.).

⁵⁵ Aus der Verpflichtung des Gesetzgebers, das Recht des öffentlichen Dienstes der Angestellten und Arbeiter zu regeln, soweit es in seinem Inhalt durch die Erfordernisse der öffentlichen Verwaltung bestimmt wird – für den Bund siehe Art. 73 Nr. 8 GG – (*C. H. Ule*, *Beamtenrecht*, 1970, § 191 BBG, Anm.), ist die Folgerung abgeleitet worden, daß der Bund die Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienst des Bundes stehenden Arbeitnehmer durch Gesetz regeln dürfe und daß das z.B. hinsichtlich der Einschränkung des Streikrechts von Arbeitnehmern in Betrieben in Betracht käme, die für die Daseinsvorsorge lebenswichtig seien (*U. Battis*, BBG, 1980, § 191, Anm.).

⁵⁶ BVerfGE 17, 371/377 (Notarrecht) im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG.

Wenn die gesetzmäßige und effektive Erfüllung der Staatsaufgaben, zu denen auch die Leistungen der Deutschen Bundespost gehören, in Frage gestellt wird, weil der Dienstbetrieb einer mehr oder weniger großen Zahl von Dienststellen streikbedingt nicht in dem vorgesehenen und erforderlichen Maße stattfinden kann, kann sich der Staat solange nicht auf den Satz *ultra posse nemo obligatur* berufen, als er mit Hilfe der ihm als Dienstherr zustehenden Weisungs- und Organisationsbefugnisse durch eine vorübergehende Beschäftigung von Beamten auf Arbeitnehmer-Dienstposten zur Aufrechterhaltung der Dienstbereitschaft in der Lage ist. Da der Beamte kein Streikrecht hat und da er nach Sinn und Rechtfertigung der Einrichtung des Berufsbeamtentums gerade deswegen eine nicht nach den Grundsätzen des kollektiven Arbeitsrechts bestimmte Rechtsstellung hat, um die jederzeitige Dienstbereitschaft zu gewährleisten, ist der Staat und Dienstherr nicht gehindert, von den Beamten während eines Streiks von Tarifkräften alle rechtlich zulässigen Arbeitsleistungen zu verlangen⁵⁷. Der Beamte darf sich nicht weigern, durch einen Streik von Tarifkräften nicht wahrgenommene Aufgaben zu erledigen, wenn dies im dienstlichen Interesse oder zur Erfüllung seiner eigenen Aufgaben erforderlich ist⁵⁸.

Der Beweggrund für diesen Einsatz von Beamten ist die Aufrechterhaltung der Dienst- und Leistungsbereitschaft der von dem Streik betroffenen Verwaltungseinheit, so daß zu Recht die Beamtenpflichten der §§ 52 Abs. 1 Satz 2, 54 und 55 BBG in Anspruch genommen werden. Derartige Anordnungen des Dienstherrn und ihre Befolgung durch den Beamten sind keine Arbeitskampfmaßnahmen. Sie haben ihren Grund nicht im kollektiven Arbeitsrecht, sondern in der rechtsstaatlichen und sozialstaatlichen Verantwortung des Dienstherrn für die Erfüllung der Staatsaufgaben und in den auf diese Staatsaufgaben abgestellten Vorschriften des Beamtenrechts. Die Pflichten des Beamten werden somit im Falle eines Streiks von Tarifkräften des Dienstherrn nicht streikbedingt eingeschränkt.

⁵⁷ Vgl. HambOVG Beschluß vom 23.11.1980 – OVG Bs I 109/80.

⁵⁸ E. Schütz, *Beamtenrecht des Bundes und der Länder*, 5. Aufl., Stand Dezember 1981, § 56 LBG NW, RNr. 7.

III. Die Frage einer Einschränkung von Beamtenpflichten durch das Grundrecht der Koalitionsfreiheit

1. Die Rechte des Beamten aus Art. 9 Abs. 3 GG (§ 91 BBG)

Ein Beamter, der streikbedingt vorübergehend auf einem Arbeitnehmer-Dienstposten beschäftigt wird, kommt damit seinen Beamtenpflichten nach, die für den Einzelfall durch eine Anordnung des Vorgesetzten konkretisiert worden sind. Diese Verpflichtung kollidiert nicht mit den Rechten, die dem Beamten aus der Koalitionsfreiheit zustehen. Auf Grund der Vereinigungsfreiheit haben die Beamten das Recht, sich in Gewerkschaften oder Berufsverbänden zusammenzuschließen. Kein Beamter darf wegen Betätigung für seine Gewerkschaft oder seinen Berufsverband dienstlich gemäßigelt oder benachteiligt werden (§ 91 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BBG). Diese beamtenrechtliche Bestimmung über die Vereinigungsfreiheit als ein Recht des Beamten beruht auf dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit, wonach das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, für jedermann und für alle Berufe gewährleistet ist und Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen rechtswidrig sind (Art. 9 Abs. 3 Sätze 1 und 2 GG).

Da Beamte keine Arbeitnehmer sind und ihre Rechtsstellung weder unmittelbar noch entsprechend durch das Arbeitsrecht bestimmt wird, kann daraus, daß den Beamten die Koalitionsfreiheit zusteht, nicht geschlossen werden, daß die aus dem Grundrecht erwachsende individuelle Rechtsposition inhaltlich mit der Rechtsposition übereinstimmen müßte, die aus dem Grundrecht für die Arbeitnehmer entsteht. Die von der Verfassung geforderte besondere Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses als öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis (Art. 33 Abs. 4 und 5 GG) hat eine inhaltliche Besonderheit für die Koalitionsfreiheit der Beamten zur Folge.

Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit wird von den hergebrachten Grundsätzen des durch Art. 33 Abs. 5 GG verfassungsrechtlich institutionalisierten Berufsbeamtentums soweit eingeschränkt, als die zu den Erfordernissen des Rechtsstaats gehörende Funktionsfähigkeit der Berufsbeamtenschaft das gebietet⁵⁹. Der Beamte und eine Beamtenkoalition haben kein Streikrecht. Auf derselben rechtlichen Grundlage wie das Streikverbot beruht die Pflicht des Beamten, die Unterstützung eines Streiks der Tarifkräfte zu unterlassen und in dem Falle eines solchen Streiks den Anordnungen nachzukommen, die in sonst rechtmäßiger

⁵⁹ BVerwG JZ 1981, 220/222.

Weise auf eine Minderung der Streikfolgen durch Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs und der Leistungen abzielen. Die individuelle Koalitionsfreiheit des Beamten schließt nicht das Recht ein, zur Unterstützung von streikenden Arbeitnehmern einen Einsatz auf deren Dienstposten abzulehnen⁶⁰. Insbes. gilt das im Arbeitsrecht anerkannte und die arbeitsrechtliche Behandlung der direkten Streikarbeit beherrschende Prinzip der Solidarität – wie oben unter II.4.a dargetan – nicht für Beamte und für das Verhältnis von Beamten zu Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst. Die Abwehrrechte, die dem Beamten kraft der Koalitionsfreiheit zukommen, werden ebenfalls nicht berührt. Der Dienstherr darf keine normativen oder tatsächlichen Verhältnisse schaffen, die den Beamten veranlassen könnten, sich gegen seine Überzeugung einer bestimmten Koalition anzuschließen oder darin zu verbleiben oder einer bestimmten Koalition fernzubleiben⁶¹. Bei einer streikbedingten vorübergehenden Beschäftigung auf einem Arbeitnehmer-Dienstposten bleiben die Entschließung und die Handlungsfreiheit des Beamten im Rahmen der individuellen Koalitionsfreiheit ungeschmälert erhalten. Das gilt auch für den Fall, daß die Koalition, der der Beamte angehört, der er beitreten will oder in der er sich betätigt, eine Gewerkschaft ist, der auch Tarifkräfte angehören oder die mit Tarifkräften den Streik gegen den Dienstherrn führt. Denn für den Beamten ist aus den genannten Gründen die wie auch immer geartete Unterstützung eines Streiks keine koalitionsmäßige Betätigung, so daß ihm auch keine Nachteile für seine Koalitionsbeteiligung oder -betätigung erwachsen können, wenn er im Falle eines Streiks seinen Beamtenpflichten nachkommt.

2. Die Rechte der streikenden Arbeitnehmer und der streikenden Gewerkschaft aus Art. 9 Abs. 3 GG

Die Koalitionsfreiheit ist ein Grundrecht der einzelnen Arbeitnehmer und Arbeitgeber; sie ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts „in erster Linie ein Freiheitsrecht“.

„Sie gewährleistet die Freiheit des Zusammenschlusses zu Vereinigungen zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen und die Freiheit der gemeinsamen Verfolgung dieses Zwecks (BVerfGE 4, 96/106; 38, 386/393); über beides sollen die Beteiligten selbst und eigenverantwortlich, grundsätzlich frei von staatlicher Einflußnahme, bestimmen. Elemente der Gewährleistung sind die Gründungs- und Beitrittsfreiheit, die Freiheit des Austritts und des Fernbleibens sowie der Schutz der Koalition als solcher (BVerfGE 4, 96/101 f.; 19, 303/312, 319; 28, 295/304) und ihr Recht, durch spezifisch koalitionsmäßige Betätigung die in Art. 9 Abs. 3 GG genannten Zwecke zu verfolgen (BVerfGE 19, 303/312 m.w.N.; 28, 295/304)“⁶².

⁶⁰ HambOVG Beschluß vom 23.11.1980 – OVG Bs I 109/80.

⁶¹ HessVGH DVBl. 1974, 425.

⁶² BVerfGE 50, 290/367.

Über ihre individualrechtlichen Wirkungen hinaus ist die Koalitionsfreiheit ein tragender Grundsatz der Wirtschafts- und Arbeitsverfassung. Als kollektive Gewährleistung ist das Grundrecht ein Bestands- und Betätigungsrecht der Koalitionen selbst. Zu dem geschützten Tätigkeitsbereich der Koalitionen gehören alle Vorkehrungen und Verhaltensweisen, die der Erhaltung und Organisation der Koalition und der Verfolgung ihrer koalitionsmäßigen Ziele dienen, so beispielsweise die Tätigkeit im Rahmen der Betriebsverfassung und der Personalvertretung, die Werbung neuer Mitglieder, der Abschluß von Tarifverträgen (Tarifautonomie) und der Arbeitskampf⁶³.

Die Tarifautonomie und das Recht, einen Arbeitskampf zu führen, werden – soweit sie durch die Koalitionsfreiheit geschützt sind – nur als kollektive Gewährleistung der Koalitionen verfassungsrechtlich garantiert. Für die hier interessierende Frage, ob die Koalitionsfreiheit der Streikenden durch den Dienstherrn beeinträchtigt und verletzt sein könnte, wenn er streikbedingt Beamte vorübergehend auf Arbeitnehmer-Dienstposten einsetzt, um Dienstbetrieb und Leistungen aufrechtzuerhalten, kommt es daher allein auf die Koalitionsfreiheit als kollektive Gewährleistung an, konkret also auf die verfassungsrechtliche Stellung der streikenden Gewerkschaft in Tarifwesen und Arbeitskampf. Der grundrechtliche Schutz, den der einzelne – koalitionsangehörige oder nicht koalitionsangehörige – Arbeitnehmer als Teilnehmer eines Streiks genießt, kann nicht weiter reichen als der Schutz der streikführenden Gewerkschaft.

Zu dem von der Koalitionsfreiheit umfaßten Recht der Koalitionen, durch spezifisch koalitionsgemäße Betätigung die in Art. 9 Abs. 3 GG genannten Zwecke zu verfolgen, gehört der Abschluß von Tarifverträgen, durch die die Koalitionen insbes. Lohn- und sonstige materielle Arbeitsbedingungen in einem Bereich, in dem der Staat seine Regelungszuständigkeit weit zurückgenommen hat, in eigener Verantwortung und im wesentlichen ohne staatliche Einflußnahme regeln; insofern dient die Koalitionsfreiheit einer sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens und ist den Koalitionen durch Art. 9 Abs. 3 GG eine öffentliche Aufgabe zugewiesen. Der Tarifvertrag ist das Mittel, das der Gesetzgeber den Koalitionen an die Hand gegeben hat, damit sie die von Art. 9 Abs. 3 GG intendierte autonome Ordnung des Arbeitslebens verwirklichen können. Der normative Teil des Tarifvertrages enthält Rechtsregeln kraft der in Art. 9 Abs. 3 GG wurzelnden Anerkennung durch die staatliche Gewalt⁶⁴. Der gegenständliche Schutzbereich der Koalitionsfreiheit und des von dem Grundrecht umschlossenen Betätigungsrechts der Koalitionen ist danach weit gespannt. Von erheblichem Gewicht ist deshalb die Frage, welche inhaltliche Reichweite die Gewährleistung aufweist

⁶³ Siehe P. Badura, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, in: I. von Münch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., 1982, S. 273/323f.; ders., *Das Recht der Koalitionen*, in: *Das Arbeitsrecht der Gegenwart* 15, 1978, S. 17.

⁶⁴ BVerfGE 4, 96/106ff.; 18, 18/28; 20, 312/319; 28, 295/304; 34, 307/316f., 320; 44, 322/340f.; 50, 290/367; 55, 7/21, 23f.; BVerfG DVBl. 1982, 192.

und in welchem Maße der Gesetzgeber die grundrechtlich geschützten Betätigungen regeln und beschränken darf.

Das Bundesverfassungsgericht hat von Anbeginn die Auslegung des Art. 9 Abs. 3 GG dahin, daß auch die Koalition als solche geschützt werde und daß das Grundrecht nicht nur den Zusammenschluß als solchen betreffe, sondern den Zusammenschluß zu einem bestimmten Gesamtzweck, nämlich zu einer aktiven Wahrnehmung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen, mit dem Rechtsgedanken verbunden, daß hinsichtlich der kollektiven Gewährleistung in dem Grundrecht ein verfassungsrechtlich geschützter „Kernbereich“ liege. Für die damals betrachtete Tarifautonomie wurde besonderes Gewicht darauf gelegt, daß einer der Zwecke des Tarifvertragssystems eine „sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens“, insbes. der Lohngestaltung, unter Mitwirkung der Sozialpartner sein solle⁶⁵. Dem Rechtsgedanken des Kernbereichs der Koalitionsfreiheit, der die Reichweite von Schutz und Gewährleistung wesentlich bestimmt, liegt zugrunde, daß die Koalitionsfreiheit „von vornherein“ der gesetzlichen Ausgestaltung bedarf. Diese besteht nicht nur in der Schaffung der Rechtsinstitute und Normenkomplexe, die erforderlich sind, um die grundrechtlich garantierten Freiheiten ausüben zu können.

„Die Bedeutung und Vielzahl der von der Tätigkeit der Koalitionen berührten Belange im Bereich der Wirtschafts- und Sozialordnung machen vielmehr vielfältige gesetzliche Regelungen notwendig, die der Koalitionsfreiheit auch Schranken ziehen können; dies um so mehr, als der Gegenstand der Gewährleistung auf sich wandelnde wirtschaftliche und soziale Bedingungen bezogen ist, die mehr als bei anderen Freiheitsrechten die Möglichkeit zu Modifikationen und Fortentwicklungen lassen müssen (BVerfGE 50, 290/367 f.m.w.N.). Das Bundesverfassungsgericht geht demgemäß in ständiger Rechtsprechung davon aus, daß Art. 9 Abs. 3 GG die Koalitionsfreiheit nur in ihrem Kernbereich schützt. Das Grundrecht räumt den geschützten Personen und Vereinigungen keinen inhaltlich unbegrenzten und unbegrenzbaren Handlungsspielraum ein (BVerfGE 38, 386/393). Der Gesetzgeber ist berufen, die Tragweite der Koalitionsfreiheit dadurch zu bestimmen, daß er die Befugnisse der Koalitionen im einzelnen ausgestaltet und näher regelt. Dabei kann er den besonderen Erfordernissen des jeweils zu regelnden Sachverhalts Rechnung tragen. Allerdings dürfen dem Betätigungsrecht der Koalitionen nur solche Schranken gezogen werden, die zum Schutz anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten sind. Regelungen, die nicht in dieser Weise gerechtfertigt sind, tasten den durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Kerngehalt der Koalitionsbetätigung an (BVerfGE 19, 303/321 f.; 28, 295/306; 50, 290/369)“⁶⁶.

Der Kernbereich der Koalitionsfreiheit wird durch das Rechtfertigungserfordernis für Schrankenziehungen und inhaltlich dadurch umrissen, daß den Koalitionen ein Kernbereich koalitionsgemäßer Tätigkeit verfassungsrechtlich garantiert ist, d.h. diejenigen Tätigkeiten, für die sie

⁶⁵ BVerfGE 4, 96/106f.

⁶⁶ BVerfG DVBl. 1982, 192. – Hierzu insbes. *P. Lerche*, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, 1968, S. 25ff.

gegründet sind und die für die Erhaltung und Sicherung ihrer Existenz als unerlässlich betrachtet werden müssen⁶⁷. Unter dem Blickwinkel, daß die Koalitionsfreiheit in erster Linie ein Freiheitsrecht ist, wird der Ton darauf gelegt, daß das Grundrecht die Freiheit des Zusammenschlusses zu Koalitionen und die Freiheit der gemeinsamen Verfolgung des Koalitionszweckes gewährleistet; über beides sollen die Beteiligten selbst und eigenverantwortlich, grundsätzlich frei von staatlicher Einflußnahme, bestimmen. In dieser Richtung erscheint die Koalitionsfreiheit als „Garantie staatsfreier Koalitionsbetätigung“⁶⁸.

Die Möglichkeit und der Spielraum gesetzlicher Ausgestaltung nach den genannten allgemeinen Grundsätzen gelten auch für die Gewährleistung der Tarifautonomie. Art. 9 Abs. 3 GG schützt einen Kernbereich verbandsmäßiger Lohngestaltung. Eine gesetzliche Ausgestaltung muß den Koalitionen hinreichende und effektive Werkzeuge tariflicher Betätigung – wenn auch nicht unbedingt nach der Art der besonderen Ausprägung, die das Tarifvertragssystem im Tarifvertragsgesetz erhalten hat – zur Verfügung stellen, die Erreichung der koalitionsgemäßen Ziele sicherstellen und die Möglichkeit geben, diesen Zweck durch spezifisch koalitionsgemäße Betätigung, also durch Tarifverträge, zu verwirklichen. Der Koalitionszweck wird von den Gewerkschaften vorwiegend dadurch erfüllt, daß sie in der Auseinandersetzung über Löhne und Arbeitsbedingungen mit dem sozialen Gegenspieler, den Arbeitgebern, für die Arbeitnehmer möglichst günstige Tarifverträge abschließen und, wenn nötig, in Arbeitskämpfen durchsetzen. Der Kernbereich der Koalitionsfreiheit ist deshalb vor allem in der Garantie eines vom Staat bereitzustellenden Tarifvertragssystems und in der Bildung freier Koalitionen als Partner der Tarifverträge zu sehen. Hier besteht ein „Ausschließlichkeitsanspruch“ der Gewerkschaften, auch gegenüber staatlicher Ingerenz. Gesetzliche Beschränkungen der Tarifautonomie müssen darauf achten, daß diese im Prinzip erhalten und funktionsfähig bleibt. Dazu gehört die Unabhängigkeit der Tarifpartner, hinsichtlich Organisation und Willensbildung. Als Freiheitsrecht will Art. 9 Abs. 3 GG in dem von staatlicher Regelung freigelassenen Raum gewährleisten, daß die Beteiligten selbst eigenverantwortlich bestimmen können, wie sie die Arbeitsbedingungen fördern wollen⁶⁹.

In der Praxis des Bundesverfassungsgerichts gehen die beiden Dimensionen ineinander über: der Schutz der freien Entwicklung und Betätigung der Koalitionen bei der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen⁷⁰ und der Schutz – zumindest – der Befugnisse der Koalitionen, die unerlässlich sind, um die Koalitionszwecke wirksam verfolgen und der den Koalitionen durch die Verfassung zugewiesenen

⁶⁷ BVerfGE 38, 281/305.

⁶⁸ BVerfGE 50, 290/367, 369.

⁶⁹ BVerfGE 4, 96/110; 20, 312/317, 319; 38, 281/305f; 38, 386/395; 50, 290/371, 373; BVerfG DVBl. 1982, 192.

⁷⁰ Vgl. BVerfGE 4, 96/109; 50, 290/371.

öffentlichen Aufgabe nachkommen zu können⁷¹. Es braucht hier nicht vertieft zu werden, wie sich diese beiden nicht ohne weiteres kumulierbaren Dimensionen des Grundrechts zueinander verhalten. Selbst wenn man davon ausgeht, daß beide Schutzrichtungen gegenüber der öffentlichen Gewalt je voll zu entfalten sind, geben sie im Fall eines Streiks von Tarifkräften der Deutschen Bundespost der streikführenden Gewerkschaft keinen verfassungsrechtlichen Schutz dagegen, daß der Arbeitgeber/Dienstherr durch den Einsatz von Beamten auf Arbeitnehmer-Dienstposten, soweit das beamtenrechtlich zulässig ist, die Streikfolgen für den Dienstbetrieb und die Leistungsbereitschaft zu mindern sucht. Dieses Vorgehen hat seinen Grund und seine Berechtigung nicht in einer Unterscheidung von wichtigen und weniger wichtigen Dienstaufgaben, sondern in dem gesetzlichen Pflichtenstatus des Beamten. Die Freiheit und Unabhängigkeit der Koalition wird nicht berührt. Denn organisationspolitische Risiken werden den Koalitionen durch die Koalitionsfreiheit nicht abgenommen. Selbst das Auseinanderfallen der Koalition ist ein Risiko, vor dem das Grundrecht nicht schützt⁷². Die Gewährleistung der zur koalitionsgemäßen Betätigung erforderlichen Befugnisse, also effektiver Werkzeuge der Interessenwahrung und Zweckverfolgung, reicht angesichts der letztlich freiheitsrechtlichen und selbstbestimmten Basis des Koalitionswesens, angesichts der von dem Grundrecht intendierten autonomen Ordnung des Arbeitslebens nicht so weit, daß auch die effektive Ausübung oder gar die möglichst effektiven Auswirkungen des Koalitionshandelns garantiert wären. Die Koalitionsfreiheit umfaßt die Bildung, die Betätigung und die Entwicklung der Koalitionen in ihrer Mannigfaltigkeit und überläßt ihnen grundsätzlich die Wahl der Mittel, die sie zur Erreichung ihres Zieles für geeignet halten; dem freien Spiel der Kräfte bleibt es überlassen, ob sie mit den gewählten Mitteln den erstrebten Erfolg erreichen⁷³.

Bestimmte oder besonders weitreichende Folgen eines Arbeitskampfes sind rechtlich nicht gewährleistet. Der Arbeitgeber ist nicht gehindert, mit rechtlich erlaubten Mitteln den Auswirkungen eines Streiks entgegenzutreten. Die öffentliche Gewalt, hier der Staat als Dienstherr der Beamten, darf die geschützten Koalitionsbefugnisse allerdings nicht mittelbar aushöhlen⁷⁴. Sie darf nicht einen Zustand schaffen, der eine koalitionsgemäße Tätigkeit faktisch unmöglich macht⁷⁵. Es ist demnach möglich, daß die Auswirkungen des Verhaltens der öffentlichen Gewalt den Kernbereich der Koalitionsfreiheit betreffen. Das heißt jedoch nicht, daß jegliche faktische Auswirkung des Handelns der öffentlichen

⁷¹ Vgl. BVerfGE 17, 319/333; 55, 7/23f.

⁷² BGH DVBl. 1978, 405/409.

⁷³ BVerfGE 18, 18/32. – Siehe auch *I. von Münch*, Streikarbeit aaO.. S. 341, 344.

⁷⁴ Vgl. BVerfGE 20, 312/319.

⁷⁵ BVerfGE 38, 281/303f.

Gewalt, die das Grundrecht nicht unmittelbar rechtlich trifft, die Koalitionsfreiheit berührt⁷⁶.

Die Auswirkungen, die ein Einsatz von Beamten auf den Streik und den Streikerfolg haben kann, sind – wie der Streikerfolg überhaupt – von unterschiedlichen Gegebenheiten abhängig, darunter vom jeweiligen Organisationsgrad der streikführenden Gewerkschaft und von der personellen Zusammensetzung der Dienstkräfte in der vom Streik erfaßten Dienststelle. Sie liegen außerhalb des Schutzbereiches, den die Koalitionsfreiheit als Rechtsposition der streikführenden Gewerkschaft begründet. Betroffen werden lediglich die Chancen und Möglichkeiten, die in der Befugnis liegen, einen Streik von Tarifkräften durchzuführen. Der Einsatz von Beamten ist deshalb auch nicht etwa nach Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit abzustufen; denn diese Grundsätze gelten nur für den Fall, daß eine verfassungsrechtlich geschützte Rechtsposition überhaupt durch einen Akt der öffentlichen Gewalt beeinträchtigt wird. Es liegt im organisatorischen und personalwirtschaftlichen Ermessen der Deutschen Bundespost, in welcher Weise sie im Fall eines Streiks von Tarifkräften ihrer Leistungsaufgabe durch den Einsatz von Beamten auf Arbeitnehmer-Dienstposten nachkommt. Die Koalitionsfreiheit der streikenden Arbeitnehmer und der streikführenden Gewerkschaft wird dadurch nicht verletzt. Der danach sich ergebende Unterschied zu der Lage des privaten Arbeitgebers, der sich einem Streit gegenüber sieht und für die direkte Streikarbeit auf die Einwilligung der dazu eingeteilten oder eingestellten Arbeitnehmer angewiesen ist, erklärt sich aus den verfassungsrechtlichen Grundlagen des Berufsbeamtenwesens und der gesetzlichen Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses. Dementsprechend sind ja auch Vereinigungen in einer Sonderstellung, deren Mitglieder von der tariflichen Lohngestaltung durch verfassungsrechtliche Bestimmungen ausgeschlossen sind, wie dies sich etwa für Beamte aus hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtenwesens (Art. 33 Abs. 5 GG) ergibt⁷⁷.

Beschränkungen der Koalitionsfreiheit des Beamten können durch Art. 33 Abs. 5 GG gerechtfertigt sein, vorausgesetzt, daß sie durch Sinn und Zweck des konkreten Dienst- und Treueverhältnisses des Beamten gefordert werden. Der Gesetzgeber kann, um die Erfüllung der dienstlichen Aufgaben, die Ordnung in der Dienststelle oder das Wohl der Bediensteten zu gewährleisten, gleichermaßen auch die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften beschränken. Er darf z.B. bei der näheren Regelung des Rechts der Gewerkschaften, bei der Personalvertretung tätig zu werden, den Aufgaben des öffentlichen Dienstes und seiner Verschiedenheit von der Tätigkeit in privaten Betrieben ebenso Rechnung tragen wie den Besonderheiten der einzelnen Zweige des öffentlichen Dienstes. Ohne Beeinträchtigung des Art. 9 Abs. 3 GG kann also bestimmt werden, daß solche Tätigkeiten der Koalitionen im Bereich des Personalvertretungswesens unzulässig sind, die die Dienstaussübung, die

⁷⁶ Vgl. BVerfGE 44, 322/352.

⁷⁷ BVerfGE 4, 96/107. Ebenso BVerwG NJW 1980, 1763/1764.

Erfüllung der dienstlichen Aufgaben und Pflichten und die Ordnung in der Dienststelle beeinträchtigen würden⁷⁸. Die Dienstausübung, die Erfüllung der dienstlichen Aufgaben und Pflichten und die Ordnung in der Dienststelle dürfen somit umso mehr dann durch Anordnungen des Dienstherrn gewahrt werden, wenn damit nicht die Rechtsposition einzelner Tarifkräfte oder einer streikführenden Gewerkschaft berührt wird, sondern nur die verfassungsrechtlich nicht geschützten Wirkungschancen einer koalitionsgemäßen Betätigung.

3. Die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems

a. Der grundrechtliche Schutz des Tarifvertragssystems

Die Koalitionsfreiheit birgt neben der Zuweisung individueller und kollektiver Rechte einen objektiven, institutionellen Schutzgehalt, hauptsächlich in der Gewährleistung der Tarifautonomie. Die von der Koalitionsfreiheit intendierte kollektive Ordnung des Arbeitslebens ist eine Kampf- und Ausgleichsordnung der Koalitionen, eine autonome Ordnung des Arbeitslebens, die vor allem durch das Tarifvertragssystem bewirkt wird. Der Staat gibt durch Verfassung und Gesetz der Übereinkunft der Koalitionen und damit der in den Koalitionen verkörperten sozialen Selbstbestimmung und kollektiven Interessenwahrung die Kraft, unabdingbare Normen zur Gestaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen zu schaffen. Dies ist zugleich eine die Allgemeinheit berührende und für die Wirtschafts- und Arbeitsverfassung grundlegende öffentliche Aufgabe. Die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems gehört demzufolge zu den verfassungsmäßigen Rechten der Koalitionen, berührt jedoch außerdem das öffentliche Interesse. Befugnis und Spielraum des Gesetzgebers für die Ausgestaltung der Tarifautonomie finden in diesem öffentlichen Interesse an der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems eine spezifische Rechtfertigung. Auf der anderen Seite muß deswegen die öffentliche Gewalt die Bedingungen des Tarifvertragssystems respektieren, die für dessen Funktionsfähigkeit notwendig sind⁷⁹. Gesetzliche Beschränkungen der Tarifautonomie – und dasselbe wird für die öffentliche Gewalt insgesamt zu gelten haben – müssen darauf achten, daß diese im Prinzip erhalten und funktionsfähig bleibt, so etwa hinsichtlich der Unabhängigkeit der Tarifparteien als einer ihrer Funktionsbedingungen. Eine gesetzliche Regelung darf nicht zur nach-

⁷⁸ BVerfGE 19, 303/321f.

⁷⁹ P. Badura, Arbeitsgesetzbuch, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie, RdA 1974, 132; ders., Koalitionen aaO., S. 20ff.; H. Buchner, Die rechtliche Ordnung des Arbeitskampfes in der Bundesrepublik Deutschland. Eine Leistung der rechtsprechenden Gewalt, ZfP 28, 1981, S. 381/382. – BVerfGE 4, 96/106, 108; 20, 312/317; 34, 307/316f., 320; 44, 322/340f.; 55, 7/20.

haltigen Funktionseinbußen oder gar zur Funktionsunfähigkeit des Tarifvertragssystems führen⁸⁰.

Bei rechtlichen Folgerungen, die sich auf objektive oder institutionelle Garantiebestandteile der Koalitionsfreiheit stützen, wird das Monitum nicht überhört werden dürfen, das mit dem Satz ausgesprochen wird: „Die zentrale Kalamität des Arbeitskampfes entspringt dem allseitigen Bemühen, die Abstinenz der Legislative durch Folgerungen aus Verfassungssätzen zu kompensieren“⁸¹. Im Ausgangspunkt jedoch, nämlich darin, daß die Möglichkeit und Freiheit des Arbeitskampfes jedenfalls grundsätzlich zu den Funktionsbedingungen des Tarifvertragssystems gehört, kann schwerlich gezweifelt werden⁸². Wenn das Bundesverfassungsgericht für eine Koalition von im Haushalt beschäftigten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen die Kampfwilligkeit als verfassungsrechtlich notwendiges Merkmal einer Gewerkschaft verneint hat, so lautete doch die so verneinte Frage, ob gerade die Kampfbereitschaft generell so wesentlich sei, daß ohne sie die im öffentlichen Interesse den Koalitionen übertragene Aufgabe, im Verein mit dem sozialen Gegenspieler das Arbeitsleben zu ordnen und zu befrieden, nicht erfüllt werden könne. Das Gericht äußert überdies den Standpunkt, mindestens in der Erwerbswirtschaft könne der Arbeitskampf oder wenigstens seine Möglichkeit von entscheidender Bedeutung dafür sein, daß überhaupt ein Tarifvertrag zustandekommt und welche einzelnen Bedingungen er festlegt⁸³. Das Bundesarbeitsgericht, dessen Rechtsprechung Bildung und Weiterbildung des Arbeitskampfes vornehmlich verdankt werden, geht davon aus, daß der Arbeitskampf als Institution für die Tarifautonomie vorausgesetzt wird, weil sonst weder das Zustandekommen noch die inhaltliche Sachgerechtigkeit tariflicher Regelungen gewährleistet wären. Der Arbeitskampf müsse in unserem freiheitlichen Tarifvertragssystem als ultima ratio zum Ausgleich sonst nicht lösbarer tariflicher Interessenkonflikte möglich sein. Das Gericht konstatiert:

„Heute besteht Einigkeit darüber, daß das Streikrecht einen notwendigen Bestandteil der freiheitlichen Kampf- und Ausgleichsordnung darstellt, die durch Art. 9 Abs. 3 GG im Kern gewährleistet ist ... Ohne das Druckmittel des Streiks könnte die Tarifautonomie nicht wirksam werden“⁸⁴.

Für die hier anzustellende Beurteilung kann festgehalten werden, daß Arbeitskampf und Freiheit des Arbeitskampfes jedenfalls in dem Maße

⁸⁰ BVerfGE 50, 290/373, 376.

⁸¹ Th. Mayer-Maly, Aussperrung und Parität, DB 1979, 95/97.

⁸² Dazu A. Hueck/H. C. Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. II/2, 1970, S. 916, 918; R. Scholz, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 9 (1979), RNrn. 309ff., 364ff.

⁸³ BVerfGE 18, 18/27, 30.

⁸⁴ BAG Urteil vom 10.6.1980 – 1 AZR 822/79 – Ausfertigung S. 13f., 15. – Dazu B. Rütters, Anmerkung, EzA (1981) Art. 9, 37 Arbeitskampf, S. 424ff.; H. Gester/H. H. Wohlgemuth, Die neue Rechtssprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitskampf, in: Festschrift für Wilhelm Herschel, 1982, S. 117/118; M. Löwisch, Der rundfunkpolitische Streik, RdA 1982, 73/76. Ziemlich beschwichti-

durch die Koalitionsfreiheit geschützt werden, als die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems von der Möglichkeit und der Freiheit des Arbeitskampfes abhängen. Handlungen der öffentlichen Gewalt, die in derartige Koalitionsbetätigungen beeinträchtigend eingreifen und dadurch Wirkungen zu Lasten der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems haben, sind danach an Art. 9 Abs. 3 GG zu messen.

b. Das Erfordernis der Gleichgewichtigkeit der Tarifparteien

Ein mit Betonung gegen die streikbedingte vorübergehende Beschäftigung von Beamten auf Arbeitnehmer-Dienstposten vorgebrachtes Argument ist, dadurch würden die „Gewichte der Kampfpärität“ zu Lasten der Arbeitnehmer verschoben, werde Art. 9 Abs. 3 GG „auf Umwegen aus den Angeln gehoben“. Das zum Kernbereich des Art. 9 Abs. 3 GG gehörende autonome Tarifwesen bedeute „strikte staatliche Neutralität bei der Regelung der Arbeitsbedingungen durch autonome Koalitionen“; dieser Grundsatz gelte auch und erst recht, wenn die öffentliche Hand sich in einem Arbeitskampf befinde. Das Grundgesetz habe gewerkschaftlichen Arbeitskämpfen Verfassungsrang zuerkannt⁸⁵. Diese Stellungnahme, ebenso wie der frühere Präsident des Bundesarbeitsgerichts, beruft sich unter anderem auf die Urteile des Bundesarbeitsgerichts zur Aussperrung vom 10.6.1980. Das Gericht habe erneut ausgesprochen, daß ein funktionierendes Tarifvertragssystem „annähernd gleichgewichtige Verhandlungschancen der sozialen Gegenspieler“ voraussetze. Der Beamteneinsatz „zur Leistung von Streikarbeit“ werde der einen Seite von vornherein die reale Möglichkeit geben, sich ein Übergewicht zu verschaffen. Auch für den Streik im öffentlichen Dienst gelte der Grundsatz des typischen Gleichgewichts der beiden Tarifparteien als Verfassungsgebot. Die effektiv wirksame Streikmöglichkeit könne sonst unterlaufen werden⁸⁶.

Diese Argumentation stützt sich zunächst, zum Teil implizit, auf Annahmen über den verfassungsrechtlichen Schutz gewerkschaftlicher Arbeitskampfmaßnahmen und über die arbeitsrechtliche – und nicht beamtenrechtliche – Einordnung der Erfüllung von Beamtenpflichten bei einem Streik von Tarifkräften. Diese beiden Punkte sind bereits erörtert worden; sie sind nicht tragfähig⁸⁷. Von eigenem Gewicht, nämlich von Gewicht für das Erfordernis der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssy-

gend und die verfassungsrechtliche Garantie des Arbeitskampfes, zuerst der Aussperrung, sehr zurückhaltend interpretierend *Th. Dieterich*, Methodische Bemerkungen zu den Aussperrungsurteilen des Bundesarbeitsgerichts vom 16. Juni 1980, in: Festschrift für Wilhelm Herschel, 1982, S. 37/41f.

⁸⁵ Beschluß des Bundes-Beamtenausschusses des DGB vom 17.2.1981 aaO. . S. 157f.

⁸⁶ *G. Müller* aaO., S. 32ff.

⁸⁷ Siehe oben unter II.4 und III.2.

stems, sind die Gesichtspunkte der Kampfparität und der Neutralitätspflicht des Staates im Falle von Arbeitskämpfen. Ein Grundsatz der Kampfparität, Waffengleichheit, Gleichgewichtigkeit oder des Verhandlungsgleichgewichts wird – bei allen Differenzierungen und Beurteilungsunterschieden im einzelnen – weithin als ein rechtlich erheblicher Bestandteil des Tarifvertragssystems einschließlich des Arbeitskampfes anerkannt⁸⁸. Bei der Prämisse, daß durch die Koalitionsfreiheit auch die Tarifautonomie im Rahmen des Betätigungsrechts der Koalitionen geschützt und weiter die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems gewährleistet wird, ist es nur folgerichtig, wenn jedenfalls die in der Gleichgewichtigkeit der Tarifparteien zu findende Bedingung für eine wirksame Tarifautonomie und ein funktionsfähiges Tarifvertragssystem zum Garantiebereich des Grundrechts gerechnet wird⁸⁹.

Die nach juristischen Maßstäben an sich uferlose Vorstellung einer „Parität“ oder eines „Gleichgewichts“ bestimmter sozialer Gruppen oder Gruppenbündnisse, sei es überhaupt und in einer bestimmten geschichtlichen Epoche, sei es in bestimmten Lagen oder gar Kampfsituationen, erhält greifbaren Sinn und Inhalt, wenn sie in der genannten Tarifbezogenheit verstanden wird. Denn die Frage, wie die Rechtsordnung die Fähigkeit zum Abschluß von Verträgen zu ordnen und die Bedingungen des Vertragsschließens zu beeinflussen hat, um der Vertragsfreiheit ihren Lauf lassen zu können, ohne daß im typischen Durchschnitt der Fälle mit ungerechten, mangelhaft ausgeglichenen Vertragsinhalten zu rechnen ist, ist ein charakteristisches Regelungsproblem des Vertragsrechts. Beim Tarifvertrag kommt hinzu, daß er für seinen normativen Teil ein Vorgang der Rechtserzeugung ist, der in die Hand einer autonomen Regelung durch die Koalitionen gelegt ist, und daß die staatliche „Anerkennung“ dieser nichtstaatlichen Rechtserzeugung hinreichende Garantien dafür voraussetzt, daß auf diesem Wege gerechte und für die Allgemeinheit erträgliche Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zustandekommen können. Bei diesen Erwägungen ergibt sich als Grundlinie der Kampfparität, daß die öffentliche Gewalt, insbes. der Gesetzgeber möglichst gleiche (gleichwertige) Verhandlungschancen der Tarifparteien zu achten und zu gewährleisten hat, so daß es im Rahmen der Tarifautonomie durch Verhandlungen und notfalls durch

⁸⁸ B. Rütters, Zur Kampfparität im Arbeitskampfrecht, JurA 1970, 85; J. H. Kaiser, Die Kampfparität der Tarifpartner, BayVBl. 1974, 117; W. Zöllner, Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität, 1974, S. 25ff.; H. Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 156ff.; ders., Arbeitskampfpärät und Übermaßverbot unter bes. Berücksichtigung des „Boycotts“ in der deutschen Seeschifffahrt, 1979, S. 60f.; P. Badura/F. Rittner/B. Rütters, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz, 1977, S. 243f.; M. Eichmanns, Der Grundsatz der Kampfparität – der augenblickliche Stand der Debatte, RdA 1977, 135; Th. Mayer-Maly, Aussperrung und Parität, DB 1979, 95; R. Scholz, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz aaO., RNrn. 287ff.

⁸⁹ J. H. Kaiser aaO.; H. Seiter, Streikrecht aaO., S. 171ff.; M. Eichmanns aaO., S. 136, 137; Th. Mayer-Maly aaO., S. 98f.; R. Scholz aaO.; W. Zöllner, Arbeitsrecht, 2. Aufl., 1979, S. 306f.; H. Buchner aaO., S. 394.

Druck und Gegendruck zum Abschluß von ausgehandelten Tarifverträgen und damit zu einer kollektiven Regelung der Arbeitsbedingungen kommt.

Nach der Forderung des Bundesarbeitsgerichts muß sichergestellt sein, „daß nicht eine Tarifvertragspartei der anderen von vornherein ihren Willen aufzwingen kann, sondern daß möglichst gleiche Verhandlungschancen bestehen“⁹⁰. Die Rechtsordnung darf keiner Seite so starke Kampfmittel zur Verfügung stellen, „daß dem sozialen Gegenspieler keine gleichwertige Verhandlungschance bleibt“⁹¹. Die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 10. Juni 1980 zur Aussperrung haben der als Gebot des Verhandlungsgleichgewichts verstandenen materiellen Kampfparität eine hervorgehobene Bedeutung gegeben⁹². Das geltende, die Tarifautonomie konkretisierende Tarifrecht setzt – wie das Gericht formuliert – voraus, daß die sozialen Gegenspieler das Verhandlungsgleichgewicht mit Hilfe von Arbeitskämpfen herstellen und wahren können. Tarifverträge seien dazu bestimmt, einen „tatsächlichen Machtausgleich zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern zu schaffen. Sie bieten eine materielle Richtigkeitsgewähr.“ Annähernd paritätische Verhandlungschancen gehörten zu den sachbedingten Voraussetzungen der Tarifautonomie. Die grundgesetzlich gewährleistete Tarifautonomie setze gleichwertige Verhandlungschancen voraus. Dem Arbeitskampfrecht als Institution falle die Aufgabe zu, dieses Gleichgewicht der Kräfte herzustellen. Streik und Aussperrung müßten allerdings nicht schematisch gleichbehandelt werden. Differenzierungen seien nicht verboten, vielmehr sei gerade aus Gründen der Parität die unterschiedliche Interessenlage der beiden sozialen Gegenspieler zu beachten. „Das Streikrecht wäre wirkungslos und das mit diesem Instrument angestrebte Verhandlungsgleichgewicht würde gestört, wenn die Arbeitgeber über wirksame Abwehrkampfmittel verfügten, die die Ausübung des Streikrechts mit einem untragbaren Risiko belasteten und dessen kompensatorische Kraft damit zunichte machen könnten.“

Für eine verfassungsrechtliche Beurteilung kommt es nicht auf die Detailausformung des Arbeitskampfrechts nach dem Paritätsprinzip an und ist auch das Paritätsprinzip nicht ein für sich betrachtbarer Inhalt der Koalitionsfreiheit. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zur Aussperrungsrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ohne abschließende Festlegung die Fähigkeit des Arbeitgebers, einen effektiven Arbeitskampf zu führen, und die Frage einer Minderung der Parität der Kampfmittel als Maßstäbe herangezogen⁹³. Im Mitbestimmungs-Urteil hat das Gericht bei Betrachtung des Nebeneinanders von

⁹⁰ BAG AP Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 43.

⁹¹ BAG DB 1981, 321.

⁹² BAG Urteil vom 10.6.1980 – 1 AZR 822/79 u.a. – Dazu *H. Buchner* aaO., S. 389f., 394f.; *Th. Dieterich* aaO., S. 45f.; *H. Konzen/R. Scholz*, Die begrenzte Aussperrung, DB 1980, 1593/1596f.; *B. Rütters*, Anmerkung aaO., S. 424 s. ff.; *H. Seiter*, Die neue Aussperrungsrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, RdA 1981, 65/72ff.

⁹³ BVerfGE 38, 386/395f. – Dazu *Th. Mayer-Maly* aaO., S. 97.

erweiterter Mitbestimmung und Tarifvertragssystem die Zulässigkeit gesetzlicher Beschränkungen der Tarifautonomie bejaht, „wenn diese im Prinzip erhalten und funktionsfähig bleibt“. Es ist außerdem für die verfassungsrechtliche Prüfung davon ausgegangen, daß das Mitbestimmungsgesetz „ungeachtet etwaiger Gewichtsverlagerungen nicht zu nachhaltigen Funktionseinbußen oder gar zur Funktionsunfähigkeit des Tarifvertragssystems führt“. Von Verfassungs wegen könnten den Bedenken, die sich aus den mit jeder Form unternehmerischer Mitbestimmung unvermeidlich verbundenen Interessenkollisionen und Überschneidungen ergeben, nur entgegengetreten werden, „wenn sie die Funktionsunfähigkeit des Tarifvertragssystems zur Folge hätten und dieses deshalb in seinem Kernbereich antasteten“⁹⁴.

Im Mitbestimmungsstreit hatte der Einwand eine Rolle gespielt, daß eine Einbuße der Gegnerunabhängigkeit auf Seiten der Arbeitgeber die Gleichgewichtigkeit des Tarifvertragssystems in Frage stellen müßte. Das Gericht ordnete diesen Einwand dem weitergreifenden, aber einer größeren Plastizität zugänglichen Kriterium der „Funktionsfähigkeit“ der Tarifautonomie und des Tarifvertragssystems unter. In einem jüngeren Beschluß zu den Voraussetzungen der Tariffähigkeit einer Arbeitnehmer-Koalition⁹⁵ bekräftigt das Gericht die Bindung des Gesetzgebers durch die Koalitionsfreiheit in Gestalt des Verbots, die Tariffähigkeit von Umständen abhängig zu machen, die nicht von der Sache selbst, also von der im allgemeinen Interesse liegenden Aufgabe der Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens gefordert sind. Es sei mit dem Grundrecht vereinbar, nur solche Koalitionen an der Tarifautonomie teilnehmen zu lassen, die in der Lage seien, den von der staatlichen Rechtsordnung freigelassenen Raum des Arbeitslebens durch Tarifverträge sinnvoll zu gestalten, um so die Gemeinschaft sozial zu befrieden. Demgemäß dürfe die Tariffähigkeit von gewissen Mindestvoraussetzungen abhängig gemacht werden.

„Dazu gehört eine Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler, die sicherstellt, daß dieser wenigstens Verhandlungsangebote nicht übersehen kann. Denn ein angestrebter Interessenausgleich durch Tarifvertrag kann nur dann zustande kommen, wenn eine Arbeitnehmer-Koalition so leistungsfähig ist, daß sich die Arbeitgeberseite veranlaßt sieht, auf Verhandlungen über tarifliche Regelungen der Arbeitsbedingungen einzugehen und zum Abschluß eines Tarifvertrages zu kommen ... Allerdings dürfen keine Anforderungen an die Tariffähigkeit gestellt werden, die erheblich auf die Bildung und Betätigung einer Koalition zurückwirken, diese unverhältnismäßig einschränken und so zur Aushöhlung der durch Art. 9 Abs. 3 GG gesicherten freien Koalitionsbil-

⁹⁴ BVerfGE 50, 290/373, 376f.

⁹⁵ BVerfG DVBl. 1982, 192 betr. eine Verfassungsbeschwerde gegen den Beschluß des BAG vom 14.3.1978 – 1 ABR. 2/76 –, der dem Beschwerdeführer die Gewerkschaftseigenschaft im Sinne des § 2 Abs. 1 TVG versagt hatte, weil es ihm an der dafür erforderlichen Verbandsmacht fehle, um auf den sozialen Gegenspieler Druck und Gegendruck ausüben zu können, so daß dieser Verhandlungsangebote nicht übersehen könne.

dung und -betätigung führen. Durchsetzungsfähigkeit gegenüber dem sozialen Gegenspieler zur Teilnahme an einer sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens kann nicht bedeuten, daß die Arbeitnehmer-Koalition die Chance des vollständigen Sieges haben muß. Es muß nur erwartet werden, daß sie vom Gegner überhaupt ernst genommen wird, so daß die Regelung der Arbeitsbedingungen nicht einem Diktat der einen Seite entspringt, sondern ausgehandelt wird, wobei dann die unterschiedliche Stärke ins Gewicht fällt. Ob eine solche Durchsetzungsfähigkeit angenommen werden kann, muß bei jeder Koalition nach ihrer konkreten Situation im Einzelfall beurteilt werden.“

Danach kann angenommen werden, daß die Koalitionsfreiheit der öffentlichen Gewalt verbietet, die sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens im Wege einer kollektiven und autonomen Gestaltung durch eine Störung des Verhandlungsgleichgewichts zu beeinträchtigen, soweit es sich um Regelungen des kollektiven Arbeitsrechts handelt. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob Eingriffe oder sonstige Regelungen des Gesetzgebers erlaubt sind, mit denen der Tarifautonomie Schranken gezogen werden, die zum Schutz anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten sind, selbst wenn eine derartige Regelung oder ihre Ausführung die Gleichgewichtigkeit der Tarifparteien berührt.

Voraussetzung für ein Funktionieren und innerer Grund des Tarifvertragssystems ist ein System freier Vereinbarungen⁹⁶, das die „materielle Richtigkeitsgewähr“ für die konkret zustandekommenden Tarifverträge zu bieten vermag, wenn die Tarifparteien zueinander in einem Verhältnis der Gleichgewichtigkeit stehen⁹⁷. Die staatliche „Anerkennung“ des autonom wirkenden Tarifvertragssystems und seiner rechtserzeugenden Kraft beruht auf Art. 9 Abs. 3 GG; der Grundsatz der Gleichgewichtigkeit wird damit zum verfassungsrechtlichen erheblichen Bestandteil der gewährleisteten Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems. Denn der Staat und das gesetzgebende Parlament können die Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der gegenläufig wirkenden Autonomie der Tarifparteien nur unter der Voraussetzung überlassen, daß beide Seiten an der Tarifauseinandersetzung prinzipiell und durchschnittlich mit gleicher Entscheidungsfähigkeit, Selbständigkeit und Kampfkraft teilnehmen. Anderenfalls könnte nicht erwartet werden, daß die sozialen und wirtschaftlichen Interessen beider Seiten zu einem gerechten Ausgleich gelangen, ohne daß die Rechte und Interessen Dritter und die Erfordernisse der Allgemeinheit geschädigt werden. Sofern eine Seite ein wesentliches Übergewicht erreichen würde, geriete der antagonistische Charakter der kollektivrechtlichen Grundbeziehung in Verfall, der den Schutz der Tarifautonomie durch die Koalitionsfreiheit rechtfertigt⁹⁸. Dieser Wirkung und Rechtfertigung des Gleichgewichtigkeitsprinzips in der Kampf- und Ausgleichsordnung der Koalitionen entspricht es, den Inhalt des Prinzips als „materielle“

⁹⁶ BAG AP Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 43 Bl. 310.

⁹⁷ H. Seiter, Streikrecht aaO., S. 164ff.; M. Eichmanns aaO., S. 136; Th. Mayer-Maly aaO., S. 98; R. Scholz aaO., RNr. 287.

⁹⁸ P. Badura, Recht der Koalitionen aaO., S. 22.

Kampfparität im Sinne der Verhandlungsparität der Koalitionen zu bestimmen⁹⁹.

Inhalt und Sinn des Grundsatzes der Kampfparität, soweit sie an der verfassungsrechtlichen Garantie der Koalitionsfreiheit teilhat, betreffen nur die Ordnungs- und Beschränkungs Befugnisse des Staates gegenüber den Koalitionen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer. Der Staat und die Vereinigungen öffentlicher Arbeitgeber stehen den Koalitionen ihrer Bediensteten, „materiell“ betrachtet, nicht in einer durch Kollektivmacht oder wirtschaftliche Unternehmensmacht faßbaren Stellung gegenüber. Ihr Verhalten in einer Tarifaueinandersetzung wird sicher auch durch wirtschaftliche Erwägungen beeinflußt, muß aber entscheidend durch die politische Verantwortlichkeit bestimmt sein, die sich in den Institutionen der parlamentarischen Demokratie und der kommunalen Selbstverwaltung verkörpert. Die Grundsätze des kollektiven Arbeitsrechts und die Koalitionsfreiheit als kollektive Gewährleistung können deshalb von vornherein nur mit den Einschränkungen auf die öffentliche Hand anwendbar sein, die Verfassung und Gesetz für die Tätigkeit des Staates und der öffentlich-rechtlichen Körperschaften aufstellen. Die durch Verfassung und Gesetz festgelegten Aufgaben und Befugnisse der öffentlichen Hand sind der Gestaltung, Änderung oder Überlagerung durch kollektives Arbeitsrecht und durch Tarifverträge nicht zugänglich. Die Doppelrolle des Staates als Subjekt öffentlicher Gewalt und Leistungsträger und als Arbeitgeber von Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes löst sich im Konfliktfall nicht einseitig zu Gunsten der arbeitsrechtlichen Rechtsstellung und zu Lasten der politischen und gesetzlichen Verantwortung auf. Der Bundesgesetzgeber darf die dienstrechtliche Rechtsstellung – möglicherweise auch die arbeitsrechtliche Rechtsstellung – seiner Arbeitnehmer durch Gesetz regeln (Art. 73 Nr. 8 GG)¹⁰⁰.

Das Grundgesetz gibt in verschiedenen Bestimmungen zu erkennen, daß der öffentliche Dienst sich aus Beamten und Arbeitnehmern zusammensetzt (siehe Art. 85 Abs. 2, 131, 137 GG)¹⁰¹. Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, daß die Rechtsverhältnisse der im Dienst des Bundes oder einer bundesunmittelbaren Körperschaft, Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts stehenden Angestellten und Arbeiter durch Tarifvertrag geregelt werden (§ 191 BBG). Dadurch ist die dienstrechtliche Rechtsstellung der Arbeitnehmer dem kollektiven Arbeitsrecht geöffnet. Die dienstlichen Aufgaben und Befugnisse der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst können dennoch kein Gegenstand von Tarifverträgen sein, so daß sich – wie dargetan – die öffentliche Hand

⁹⁹ BAG Urteil vom 10.6.1980 – 1 AZR 822/79; Ausfertigung S. 29; *M. Eichmanns* aaO., S. 136, 140; *B. Rüthers*, Anmerkung aaO., S. 424 t; *H. Seiter*, Aussperrungsrechtsprechung aaO., S. 72.

¹⁰⁰ *C. H. Ule*, *Beamtenrecht*, 1970, § 191 BBG, Anm.; *F. Mayer*, in: *E. Forsthoff* u.a., *Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts*, 1973, S. 557/658; *U. Battis*, BBG, 1980, § 191, Anm.

¹⁰¹ Dazu *C. H. Ule*, in: *E. Forsthoff* u.a. aaO., S. 441/480.

auch als Tarifvertragspartei nicht schlechthin in einen Arbeitgeber verwandelt. Die als Tarifpartei handelnde Exekutive kann nicht über die in Verfassung und Gesetz festgelegten öffentlichen Aufgaben und dienstlichen Pflichten verfügen. Diese Besonderheit ist ein mitgesetzter Faktor der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems im Bereich des öffentlichen Dienstes.

Für den Bereich, in dem die öffentliche Hand ihren Arbeitnehmern als Arbeitgeber gegenübertritt und eine Regelung der Rechtsbeziehungen durch Tarifvertrag erfolgt, ist das kollektive Arbeitsrecht anwendbar und kann die öffentliche Hand – vorbehaltlich abweichender Regelung durch Gesetz – in den arbeits- und tarifrechtlichen Beziehungen nicht zu einseitigen Maßnahmen der öffentlichen Gewalt ihre Zuflucht nehmen. Sie muß verhandeln und die Tarifverträge aushandeln; insoweit muß sie den Grundsatz der Gleichgewichtigkeit und Kampfparität beachten. Das sonstige Verhalten des öffentlichen Arbeitgebers, auch sein Verhalten als Dienstherr von Beamten, wird von den arbeitsrechtlichen Beziehungen zu Tarifkräften und damit von dem dort maßgeblichen Paritätsprinzip nicht gebunden. Die Bestimmung des § 191 BBG trägt dem Unterschied des Beamtenrechts und des Rechts der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst Rechnung und zeigt zugleich an, daß die tarifvertragliche Regelung der Rechtsverhältnisse der Arbeitnehmer von vornherein unter der Funktionsbedingung steht, daß Tarifkräfte neben Beamten in einer Dienststelle tätig sein können, ohne daß dadurch eine Einschränkung der Beamtenpflichten bewirkt oder ermöglicht wird. Das Tarifvertragssystem hat im öffentlichen Dienst mit einer im Gesetz vorausgesetzten Funktionseinschränkung zu rechnen. Diese qualitative Funktionseinschränkung tritt neben die ohnehin dadurch gegebene Einschränkung der Reichweite von Arbeitskämpfmaßnahmen, die darin liegt, daß der Arbeitgeber in mehr oder minder großem Ausmaß, in weiten Bereichen sogar überwiegend, neben den Tarifkräften Beamte beschäftigt, Dienstkräfte also, die dem kollektiven Arbeitsrecht nicht unterliegen.

Der streikbedingte vorübergehende Einsatz von Beamten auf Arbeitnehmer-Dienstposten wird somit vom Anwendungsbereich des koalitionsrechtlichen Gleichgewichtigkeitsprinzips nicht erfaßt. Soweit diese Handlungsweise des Dienstherrn im konkreten Fall die Erfolgsaussichten des Streiks mindert oder die Streikführung erschwert, sind diese Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems im öffentlichen Dienst die Folge der gesetzlich geordneten Staatsaufgaben und ihrer Erledigung durch Beamte. Sie ist, mit den Worten der überkommenen Grundrechtslehre, kein „Eingriff“, da der Schutzbereich des Grundrechtes nicht betroffen ist. Ein Grundsatz dahin, daß das kollektive Arbeitsrecht ohne Rücksicht auf Staatsaufgaben und Beamtenpflichten auf das gesamte Verhalten des öffentlichen Arbeitgebers zu erstrecken sei, kann dem Art. 9 Abs. 3 GG nicht entnommen werden.

c. Die Neutralitätspflicht des Staates im Fall von Arbeitskämpfen

„Der Staat verhält sich den Arbeitskämpfen der Sozialpartner gegenüber neutral“¹⁰². Eine Reihe gesetzlicher Vorschriften werden als Ausdruck oder Anerkennung einer Neutralitätspflicht des Staates im Fall von Arbeitskämpfen verstanden¹⁰³. Dazu zählt vor allem die Bestimmung des § 116 Arbeitsförderungsgesetz, dessen Absatz 1 lautet: „Durch die Gewährung von Arbeitslosengeld darf nicht in Arbeitskämpfe eingegriffen werden.“ Das Gesetz hat hier eine Neutralitätspflicht der Bundesanstalt für Arbeit bei Arbeitskämpfen festgelegt, aus der zum Schutz des Rechts der Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf koalitionsmäßige Wahrnehmung ihrer Interessen ein Recht der Tarifpartner auf Neutralität des Staates und insbes. der Bundesanstalt für Arbeit abgeleitet wird¹⁰⁴.

Die hier gemeinte „Neutralität“ betrifft das Verhalten der Exekutive in einem konkreten Arbeitskampf, in dem nicht durch staatliches Eingreifen, z.B. durch die Gewährung von Arbeitslosengeld an streikende Arbeitnehmer, die Kampfmaßnahmen oder die Kampfaussichten der einen Seite gefördert oder beeinträchtigt werden dürfen. Als ein allgemeines Prinzip wird der Grundsatz der staatlichen Neutralität gegenüber Arbeitskämpfen auf die Ebene des Verfassungsrechts gehoben und als eine Bindung auch des Gesetzgebers betrachtet. Dies rechtfertigt sich daraus, daß der wesentliche Grund der Neutralitätspflicht die durch die Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) gebotene Respektierung der den Koalitionen zukommenden autonomen Gestaltung von Lohn- und Arbeitsbedingungen im Rahmen des Tarifvertragssystems einschließlich des Arbeitskampfes ist. Auf dieser Stufe erweitert sich der Inhalt dessen, was mit der Neutralitätspflicht geboten wird, über die Nicht-Intervention hinaus¹⁰⁵ und nimmt das Gebot in sich auf, Tarifrecht und Arbeitskampfrecht so zu ordnen, daß beide Seiten mit prinzipiell gleichen Kampfmöglichkeiten und Erfolgsaussichten an der Kampf- und Ausgleichsordnung des Tarifvertragssystems teilnehmen und ihre Interessen zur Geltung bringen können¹⁰⁶. Die Neutralitätspflicht des Staates im Fall von Arbeitskämpfen erweist sich damit als der Name für eine Rechtsfolge, die sich unter einem bestimmten Blickwinkel aus dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit ergibt; es ist das Prinzip der Parität,

¹⁰² BAG AP Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 1.

¹⁰³ Dazu *H. Seiter*, Streikrecht aaO., S. 173ff.; *H. Buchner* aaO., S. 383.

¹⁰⁴ BSG NJW 1976, 689. – Siehe auch *F. J. Säcker*, Gruppenparität und Staatsneutralität als verfassungsrechtliche Grundprinzipien des Arbeitskampfrechts, 1974.

¹⁰⁵ Vgl. *F. J. Säcker*, Gruppenparität aaO., S. 102ff. zu den verschiedenen Bedeutungen von „Neutralität“.

¹⁰⁶ BSG NJW 1976, 689/691; *R. Scholz*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz* aaO., RNrn. 283, 286.

wie es notwendig mitgesetzt wird, wenn verschiedenen in einer antagonistischen Grundbeziehung verbundenen Gruppen die autonome Regelung eines Sachbereichs zugewiesen wird. Soweit dabei der Ton spezifisch auf Gleichheit und Gleichbehandlung gelegt wird, tritt das Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG) zu der Gewährleistung des autonomen Tarifvertragssystems hinzu¹⁰⁷.

Die Neutralitätspflicht als koalitionsrechtliche Rechtsfolge aus Art. 9 Abs. 3 GG, ggf. in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG, läßt sich klar von einem anderen Rechtsgrundsatz trennen, der oft auch „Neutralität“ genannt wird, wie etwa in dem Prinzip der „wirtschaftspolitischen Neutralität“ des Grundgesetzes. Hier, in diesem anderen Zusammenhang, geht es um die Frage, ob die Verfassung grundsätzlich oder dem Prinzip nach gestaltenden oder freiheitsbeschränkenden Regelungen oder Maßnahmen entgegensteht. Diese Frage ist zu verneinen. Die politische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers und die sozialstaatliche Verantwortung umschließen die Vollmacht und je nach Sachlage auch den Auftrag, zum Wohl der Allgemeinheit, zum Schutz von Rechten und Verfassungszielen und zum sozialen Ausgleich im Bereich des Wirtschafts- und Arbeitslebens durch Gesetz oder mit gesetzlich zulässigen Maßnahmen tätig zu werden. „Neutralität“ heißt hier also nicht Unterlassen von Eingriffen, sondern Zulässigkeit von Eingriffen.

Im gesamten Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne der Koalitionsfreiheit und auch im Bereich des Tarifvertragssystems einschließlich des Arbeitskampfes sind gesetzliche oder gesetzlich zulässige Handlungen der öffentlichen Gewalt verfassungsrechtlich möglich, soweit das Grundrecht rechtlicher Ordnung und Einschränkung zugänglich ist¹⁰⁸. Bei derartigen Regelungen und Maßnahmen ist gegenüber den in der kollektivrechtlichen Grundbeziehung verbundenen und sich auseinandersetzenen Tarif- und Kampfparteien „Neutralität“ im Sinne der Kampfparität und Gleichbehandlung als Grundsatz des funktionsfähigen Tarifvertragssystems zu beachten. Im übrigen aber gilt, daß ungeachtet des Vorrechts der Koalitionen, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch eigene Normsetzung zu wahren und zu fördern, dem (staatlichen) Gesetzgeber jedenfalls die subsidiäre Regelungszuständigkeit zukommt, die immer dann eintritt, wenn die Koalitionen die ihnen übertragene Aufgabe, das Arbeitsleben durch Tarifvertrag sinnvoll zu ordnen, im Einzelfall nicht allein erfüllen können und die soziale Schutzbedürftigkeit einzelner Arbeitnehmer oder Arbeit-

¹⁰⁷ P. Lerche, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, 1968, S. 62ff.; K. Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, S. 119; H. Seiter, Streikrecht aaO., S. 175f.; H. Klein, Koalitionsfreiheit im pluralistischen Sozialstaat, 1979, S. 131. – Der Rechtscharakter des Paritätsgebots läßt sich also nicht aus dem Prinzip der staatlichen Neutralität gegenüber Arbeitskämpfen und aus der Anerkennung der Tarifautonomie ableiten, wie Th. Mayer-Maly aaO., S. 98 annimmt.

¹⁰⁸ P. Lerche, Verfassungsrechtliche Zentralfragen aaO., S. 62ff.; F. J. Säcker, Gruppenparität aaO., S. 108.

nehmergruppen oder ein sonstiges öffentliches Interesse ein Eingreifen des Staates erforderlich macht¹⁰⁹. In Ausübung dieser Befugnis sind die Regelungen des Gesetzgebers und darauf beruhende Maßnahmen erlaubt, mit denen der Tarifautonomie Schranken gezogen werden, die zum Schutz anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten sind, selbst wenn ein derartiger Eingriff die Gleichgewichtigkeit der Tarifparteien berührt.

Die Neutralitätspflicht des Staates im Fall von Arbeitskämpfen betrifft das Verhalten des Staates gegenüber den Tarif- und Kampfparteien des kollektiven Arbeitsrechts. Sie legt dem Staat keine über die Gewährleistung der Koalitionsfreiheit und ggf. über das Willkürverbot hinausgehenden Bindungen auf; denn in ihr äußert sich nur das unter einem bestimmten Blickwinkel betrachtete Erfordernis der Gleichgewichtigkeit der Tarifparteien. Dieses Erfordernis beschränkt den Staat darin nicht, im Falle eines Streiks im öffentlichen Dienst durch organisatorische und beamtenrechtliche Maßnahmen allgemeiner Art, vorbeugend oder im Einzelfall Vorkehrungen zu treffen, um den Dienstbetrieb und die Leistungen der öffentlichen Verwaltung aufrechtzuerhalten. Dieses Vorgehen, also auch der streikbedingte vorübergehende Einsatz von Beamten auf Arbeitnehmer-Dienstposten durch die Deutsche Bundespost, wird vom Schutzbereich des Gleichgewichtigs- und Neutralitätserfordernisses im Rahmen der Koalitionsfreiheit nicht erfaßt. Die Auswirkungen des Beamteneinsatzes auf den Streik und die Streikaussichten und damit auf die koalitionsgemäße Betätigung der streikführenden Gewerkschaft¹¹⁰ haben ihren Grund und ihre Rechtfertigung in der leistungsverwaltungsrechtlichen Aufgabe der Deutschen Bundespost und in der gesetzlichen Ausgestaltung der Beamtenpflichten¹¹¹. Es handelt sich dabei um staatliche Befugnisse, die auf besonderer verfassungsrechtlicher Grundlage durch Gesetz geregelt sind.

¹⁰⁹ BVerfGE 44, 322/342

¹¹⁰ Siehe oben unter III.2.

¹¹¹ Hierzu unten unter IV.

IV. Hoheitliche Staatsaufgaben und Arbeitskampf

1. Die Leistungsaufgabe der Deutschen Bundespost (Art. 87 Abs. 1 GG)

Die Verfassung bestimmt in Art 87 Abs. 1 Satz 1 GG, daß die Deutsche Bundespost in den Bereichen des Post- und Fernmeldewesens als bundeseigene Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau geführt wird. Diese Regelung ist Kompetenznorm und Organisationsnorm. Sie weist das Post- und Fernmeldewesen der Verwaltung des Bundes zu und legt außerdem fest, daß die Bundespost organisatorisch den Charakter einer unmittelbaren Staatsverwaltung des Bundes hat. Die Tätigkeit des Bundes in der post- und fernmelderechtlichen Leistungsdarbietung ist, auch soweit eine Unterscheidung von Hoheits- und Betriebsverwaltung gemacht werden könnte und unbeschadet der anstattlichen Ausgestaltung der Benutzungsverhältnisse, staatliche Ausübung von öffentlicher Verwaltung. Das Benutzungsrecht ist durch Gesetz und Rechtsverordnungen geregelt, die Benutzungsverhältnisse sind öffentlich-rechtlicher Natur¹¹².

Die organisatorische Grundvorschrift für die Verwaltung des Post- und Fernmeldewesens in Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG – wie auch das Grundrecht des Art. 10 GG – setzen die Leistungsaufgabe und die Funktionsfähigkeit der Deutschen Bundespost in den Bereichen Post- und Fernmeldewesen voraus. Die Organisationsnorm des Verfassungsrechts hat insofern auch eine materielle, die Staatsaufgaben betreffende Bedeutung. Die Ausgestaltung im einzelnen ist Sache des Gesetzgebers¹¹³.

Der Dienstbetrieb und die Leistungsdarbietung der Deutschen Bundespost ist in allen ihren Zweigen Ausübung öffentlicher Verwaltung, sowohl in den durch Verwaltungsmonopole geschützten Bereichen der Nachrichtenbeförderung und des Fernmeldewesens wie in den Bereichen vorhandenen oder möglichen Wettbewerbs mit anderen Anbietern. Die damit getroffene organisatorische und leistungsverwaltungsrechtliche Entscheidung der Verfassung und des Gesetzgebers gründet die verschiedenen Dienstzweige der Bundespost auf die Inanspruchnah-

¹¹² Siehe § 1 PostVwG. – *H. von Mangoldt/F. Klein*, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Bd. III, 1970, Art. 87, Anm. IV 5 d; *H. J. Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht II, 4. Aufl., 1976, S. 368; *J. Aubert*, Fernmelderecht, 3. Aufl., I, 1974, S. 11; *H. J. Altmannspenger*, Gesetz über das Postwesen, Stand 1979, § 7 PostG, RNrn. 16ff.; *L. Kämmerer/A. Eidenmüller*, Post- und Fernmeldewesen, Stand 1980, S. X, XV; *P. Badura*, Die Leistungsaufgabe der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen und das Wettbewerbsrecht, ArchPF 33, 1981, S. 260.

¹¹³ Hierzu *P. Badura*, Der Paketdienst der Deutschen Bundespost, Jahrbuch der Dt. Bundespost 1977, S. 76/150f.; *F. Ossenhühl*, Bestand und Erweiterung des Wirkungskreises der Deutschen Bundespost, 1980, S. 25ff.

me staatlicher Verantwortung für die hier zu erfüllenden öffentlichen Aufgaben.

Der Bundesminister für das Post- und Fernmeldewesen nimmt die öffentlichen Rechte und Pflichten des Bundes auf dem Gebiet des Post- und Fernmeldewesens wahr; er ist dafür verantwortlich, daß die Bundespost nach den Grundsätzen der Politik der Bundesrepublik Deutschland, insbes. der Verkehrs-, Wirtschafts-, Finanz- und Sozialpolitik verwaltet wird (§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 PostVwG). Die Bundespost steht unter seiner „Leitung“ (vgl. § 2 Abs. 2 Satz 1 PostVwG).

Die leistungsverwaltungsrechtliche Aufgabenstellung der Bundespost tritt in dem Grundsatz der Gemeinwirtschaftlichkeit zu Tage, der – unbeschadet des Prinzips der Eigenwirtschaftlichkeit als eines Grundsatzes der Haushaltsführung (§ 15 Abs. 1 PostVwG) – Leistungsdarbietung und Gebührengestaltung bestimmt. Der Grundsatz der Gemeinwirtschaftlichkeit bedeutet eine Leistungsdarbietung und Gebührenpolitik ohne Rücksicht auf die Rentabilität der einzelnen Dienste, Relationen und Leistungen, also auch die Bedienung einer nur unrentabel zu erfüllenden Nachfrage und die Aufrechterhaltung einer ausreichenden Dienstbereitschaft ohne Rücksicht auf die hohen fixen Kosten. In allen Diensten gilt die Pflicht, die postalischen Anlagen in gutem Zustand zu erhalten und technisch und betrieblich den Anforderungen des Verkehrs entsprechend weiter zu entwickeln und zu vervollkommen (Betriebspflicht, § 2 Abs. 3 PostVwG), und die auf Gesetz oder allgemeinen leistungsverwaltungsrechtlichen Grundsätzen beruhende Verpflichtung, jedermann zu der Benutzung der Einrichtungen des Post- und Fernmeldewesens zuzulassen, wenn die Benutzungsbedingungen erfüllt sind (Zulassungspflicht, § 8 PostG, §§ 7, 8 FAG). Die staatliche Post ist eine Verkehrsanstalt, durch die der Staat öffentliche Verwaltung ausübt und für die nicht der finanzielle Gesichtspunkt des Gewinns, sondern das öffentliche Interesse und das Gemeinwohl im Vordergrund stehen. In allen Diensten ist die Tätigkeit der Bundespost Leistungsverwaltung, nicht gewerbliches oder erwerbswirtschaftliches Handeln.

Die Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs und der Leistungen der Deutschen Bundespost bedeutet somit in allen Zweigen und für alle Leistungstätigkeiten die Aufrechterhaltung der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, die organisatorisch und in den einzelnen Leistungsbeziehungen Ausübung öffentlicher Verwaltung ist. Die Funktionsfähigkeit der Deutschen Bundespost betrifft einen Wirkungskreis des Staates, der in Dienstbetrieb und Leistungen unteilbar ist, wenn der Maßstab der vom Gemeinwohl bestimmten öffentlichen Aufgabe angelegt wird. Es ist das Recht und die Pflicht der zuständigen Organe, Funktionsfähigkeit und Leistungsbereitschaft aller Dienststellen und aller Leistungstätigkeiten der Bundespost zu gewährleisten und notfalls durch besondere organisatorische und personalwirtschaftliche Maßnahmen aufrechtzuerhalten. Die mögliche oder tatsächliche Beeinträchtigung des Dienstbetriebs und der Leistungsbereitschaft der Bundespost im Falle eines Streiks von Tarifkräften ist ein Sachverhalt, der diese Verantwortlichkeit der zuständigen Organe, hier zur Minderung der Streikfolgen, aus-

löst. Zu den dabei zulässigen Maßnahmen gehört der vorübergehende Einsatz von Beamten auf Arbeitnehmer-Dienstposten. Es hat seinen Grund gerade in dem Gewicht der von der Bundespost erfüllten Aufgabe, daß in ihr Beamte beschäftigt werden, die in ihrer Rechtsstellung die Gewähr für Funktionsfähigkeit und Leistungsbereitschaft der Bundespost bieten.

2. Die Gewährleistung der Staatsaufgaben durch die institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 4 und 5 GG)

„Die institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums in Artikel 33 Abs. 4 und 5 GG stellt einen wesentlichen Bestandteil der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland dar, für die das demokratische Prinzip und das Rechtsstaatsprinzip im Sinne des Artikels 20 GG wesentlich bestimmend sind“¹¹⁴. Die institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums dient dem Interesse der Allgemeinheit an einer unparteiischen, sachgerechten und wirksamen Erfüllung der hoheitlichen Staatsaufgaben. Auf diesem Grundgedanken beruht auch die Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses als öffentlichrechtliches Dienst- und Treueverhältnis¹¹⁵. Die rechtsstaatliche Gebundenheit und Gesetzmäßigkeit der öffentlichen Verwaltung, die Handlungsfähigkeit und Entscheidungsfreiheit des Staates können in der Einrichtung des Berufsbeamtentums eine institutionelle Stütze finden, deren Fundament die Rechtsstellung des einzelnen Beamten mit Pflichten und Rechten ist. Im Parlamentarischen Rat wurde Art. 33 Abs. 4 GG mit dem Argument begründet, die Rechtmäßigkeit der Verwaltung sei am besten gewährleistet, wenn Männer sie in der Hand hätten, die sich in unabhängiger Stellung befänden¹¹⁶. Die „fundamentale verfassungsrechtliche Grundentscheidung“¹¹⁷, die durch Art. 33 GG getroffen ist, hat angesichts der Expansion des Verwaltungsstaates und der wachsenden Angewiesenheit aller auf die Funktionsfähigkeit und Gesetzmäßigkeit der Leistungsverwaltung¹¹⁸ an Gewicht zugenommen. Der Funktionsvorbehalt des Art. 33

¹¹⁴ Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage betr. Neuordnung des Beamtenrechts (6.10.1970), BTag Drucks. VI/1246.

¹¹⁵ Siehe oben unter II.1.

¹¹⁶ *H. von Mangoldt*, Das Bonner Grundgesetz, 1953, Anm. 1; *U. Scheuner*, Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, 1953, in: ders., Staatstheorie und Staatsrecht, 1978, S. 665/698f.; *H. Quaritsch*, Empfiehlt es sich, das Beamtenrecht unter Berücksichtigung der Wandlungen von Staat und Gesellschaft neu zu ordnen? Referat, 48. DJT, 1970, Sitzungsberichte 0 34/51, 55; *K. Stern*, Diskussionsbeitrag ebd., 0 62.

¹¹⁷ *E. Benda*, Diskussionsbeitrag, 48. DJT aaO., 0 89.

¹¹⁸ Siehe *W. Leisner*, Grundlagen des Berufsbeamtentums, 1971, S. 46ff.; ders., Der Beamte als Leistungsträger, in: ders. (Hrsg.), Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat, 1975, S. 121; *K. Kröger*, Einwirkungen des Arbeitsrechts auf das Beamtenrecht, NJW 1975, 953/956.

Abs. 4 GG sichert Bestand und Aufgabenwahrnehmung einer hoheitlichen Staatsaufgaben besonders eng verbundenen Gruppe von Bediensteten, eine Gewährleistung, die im sachlichen Interesse eines inaktiven, auch in Krisenzeiten, z.B. Streiks, noch funktionsfähigen Gemeinwesens besteht¹¹⁹.

Ein „Grundsatz der funktionellen Einheit des öffentlichen Dienstes“¹²⁰ existiert demnach als Rechtssatz nicht. Er könnte entgegen Art. 33 Abs. 4 und 5 GG nicht einmal durch Gesetz eingeführt werden. Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Erfüllung hoheitlicher Staatsaufgaben mit Hilfe des Berufsbeamtentums ist, soweit erforderlich, mit Art. 9 Abs. 3 GG auszugleichen. Bereits die in der Verfassung selbst ausgesprochene Regelung in Art. 33 Abs. 4 und 5 GG beschränkt die Rechte, die der Beamte und eine Beamtenkoalition kraft der Koalitionsfreiheit haben¹²¹. Im übrigen ist es Sache des Gesetzgebers, den notwendigen Ausgleich zwischen Beamtenpflichten und Grundrechten der Beamten herzustellen¹²². Dies ist durch die Beamtengesetze erfolgt, insbes. durch die nähere Ausgestaltung der Rechtsstellung des Beamten. Diese gesetzlichen Bestimmungen tangieren die Koalitionsfreiheit auch insoweit nicht, als sie einen Kernbereich der kollektiven Betätigung schützt.

Der Beamteneinsatz zur Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs und der Leistungen der Deutschen Bundespost bei einem Streik von Tarifkräften ist durch das Beamtenrecht erlaubt. Die beamtenrechtliche Anordnungsbefugnis des Dienstherrn darf in diesem Fall auch zum Einsatz von Beamten auf Dienstposten von Arbeitnehmern ausgeübt werden. Soweit damit die eigene Arbeitserbringung der Beamten selbst ermöglicht werden soll, deren Dienstaufgaben wegen des Ausfalls von Arbeitsleistungen der Arbeitnehmer nicht erledigt werden könnten, ist das unmittelbar aus dem verfassungsrechtlichen Funktionsvorbehalt ableitbar¹²³. Daraus kann jedoch keine unterschiedliche Beurteilung für andere Arbeitnehmer-Dienstleistungen gewonnen werden. Denn nach Art. 33 Abs. 4 und 5 GG und nach der beamtenrechtlichen Pflichtstellung der Beamten ist die Frage, ob beamtenrechtlich eine bestimmte Anordnungsbefugnis des Vorgesetzten und Gehorsamspflicht des Beamten besteht, nicht davon abhängig, welche Art von Aufgaben durch den Beamten erledigt werden sollen, sondern allein davon, daß es ein Beamter ist, der die Anordnung für eine bestimmte dienstliche Tätigkeit erhält. Für die beamtenrechtlichen Pflichten ist es unerheblich, ob je nach der personellen Ausstattung einer Dienststelle in einer konkreten Situation eine bestimmte Tätigkeit durch einen Beamten oder einen Arbeitnehmer wahrgenommen wird. Das zeigt sich bei der Bundespost besonders au-

¹¹⁹ F. Matthey, in: I. von Münch (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 1976, Art. 33, RNr. 29.

¹²⁰ Auf ihn stützt sich H.-P. Schneider aaO., S. 23.

¹²¹ R. Scholz, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz aaO., RNr. 378.

¹²² BVerfGE 39, 334/366f.

¹²³ Dafür tritt selbst M. Altheim aaO., S. 377 ein.

genfällig darin, daß die Transportkette je nach personeller und organisatorischer Lage durch Beamte und durch Arbeitnehmer gebildet und aufrechterhalten wird¹²⁴.

Organisation der Dienststellen und personelle Ausstattung und Zusammensetzung der Dienststellen sind im Rahmen der Gesetze durch den Dienstherrn zu bestimmen. Tarifkräfte und deren Koalitionen haben kraft der Koalitionsfreiheit kein Recht auf eine bestimmte Ausübung des organisatorischen und personalwirtschaftlichen Ermessens des Dienstherrn. Das ist auch bei einem Streik nicht anders. Denn die Anordnungsbefugnisse des Vorgesetzten und die Pflichten des Beamten sind durch das Organisations- und das Beamtenrecht allgemein festgelegt. Die Koalitionsfreiheit schränkt sie weder allgemein, noch für den Einzelfall ein. Der streikbedingte vorübergehende Beamteneinsatz zur Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs und der Leistungen ist deshalb nicht im Einzelfall von einer Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Mittel mit Rücksicht auf den Streik oder den Streikerfolg abhängig. Da für diesen Fall eine Bindung durch Art. 9 Abs. 3 GG nicht besteht, ist nicht etwa von Fall zu Fall und von Dienststelle zu Dienststelle dem jeweils zuständigen Vorgesetzten die rechtliche Erwägung überantwortet, ob er nach Situation und Streiklage in eine Interessenabwägung diese oder jene Belange mit mehr oder minder großem Gewicht einzustellen habe. Abgesehen von im Rahmen der Fürsorgepflicht zu beachtenden Gründen persönlicher Zumutbarkeit¹²⁵ ist die Ermessensentscheidung über den Beamteneinsatz nur von den Erfordernissen des Dienstbetriebs und der Leistungsbereitschaft abhängig. Unterschiede nach Wichtigkeit oder Dringlichkeit einzelner Leistungsbereiche oder einzelner Leistungstätigkeiten mögen sich aus dienstlichen oder betrieblichen Gründen ergeben. Der Streik jedoch und die bei ihm bestehenden Rechte der Arbeitnehmer und der streikführenden Gewerkschaft haben keine Hindernisse gegen den Beamteneinsatz zur Folge und führen deswegen auch nicht Differenzierungen in der Erledigung des Dienstbetriebes und in der Erfüllung der Leistungen mit sich. Der Beamteneinsatz auf Arbeitnehmer-Dienstposten ist zulässig, ohne daß dabei die Voraussetzungen besonderer Dringlichkeit oder der Aufrechterhaltung lebenswichtiger Dienste statuiert werden müßten. Dieser arbeitsrechtliche Gesichtspunkt ist für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und für den Inhalt beamtenrechtlicher Pflichten nicht anwendbar.

Der dienstliche Einsatz von Beamten während eines Streiks von Tarifkräften im Bereich der Deutschen Bundespost ist beamtenrechtlich und verfassungsrechtlich zulässig, auch wenn dabei vorübergehend Dienstaufgaben auf Arbeitnehmer-Dienstposten wahrgenommen werden müssen, um den Dienstbetrieb und die Leistungen der Bundespost aufrechtzuerhalten.

¹²⁴ Siehe oben unter I.2.

¹²⁵ Siehe oben unter II.4.a.

V. Zusammenfassung

1. Die durch einen Streik von Tarifkräften bedingte vorübergehende Beschäftigung von Beamten auf Arbeitnehmer-Dienstposten zur Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs und der Leistungen der Deutschen Bundespost ist beamtenrechtlich möglich und verfassungsrechtlich zulässig.
2. Das Beamtenverhältnis ist durch die Verfassung im Interesse der Allgemeinheit als öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis ausgestaltet. Die dadurch begründete Verschiedenartigkeit des Beamtenverhältnisses und des Arbeitsverhältnisses wird nicht dadurch aufgehoben oder auch nur relativiert, daß im öffentlichen Dienst Angestellte und Arbeiter neben den Beamten beschäftigt werden.
3. Der dem Beamten zustehende Anspruch auf einen seinem statusrechtlichen Amt entsprechenden Aufgabenbereich schließt nicht ein Recht auf einen konkreten Aufgabenkreis oder auf unveränderte und ungeschmälernte Ausübung bestimmter Dienstaufgaben ein.
4. Wird ein Beamter zur Minderung der Auswirkungen eines Streiks von Tarifkräften vorübergehend mit Aufgaben beschäftigt, die bisher von einem Angestellten oder Arbeiter erfüllt worden waren, liegt darin eine Änderung des ihm zugewiesenen konkreten Amtes. Es handelt sich um eine Umsetzung, sofern die streikbedingte Tätigkeit in der Dienststelle zu erledigen ist, welcher der Beamte angehört, sonst um eine Abordnung. Die Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs und der Leistungen der Deutschen Bundespost ist ein sachgerechter Erwägungsgrund der für Umsetzung und Abordnung zu treffenden Ermessensentscheidung, sie ist auch ein Sachverhalt, der ein dienstliches Bedürfnis für eine Abordnung begründen kann. Dieser Anordnungsgrund rechtfertigt es auch, streikbedingt vorübergehend Mehrarbeit und unterwertige Beschäftigung zu verlangen.
5. Die besondere Einsatzbereitschaft und Diensterfüllung, die in einer Verwaltung mit Beamten und Arbeitnehmern, zumal in einer für Staat, Gesellschaft und Wirtschaft lebenswichtigen Leistungsverwaltung, dem Beamten im Falle eines Streiks von Arbeitnehmern abverlangt wird, hat ihren Rechtsgrund in den beamtenrechtlichen Pflichten. Die Dienst- und Treuepflicht des Beamten wird nicht durch den allein arbeitsrechtlichen Gedanken der Solidarität mit den Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst eingeschränkt. Aus diesem Gesichtspunkt können deshalb keine Gründe der Unzumutbarkeit einer Erfüllung von Beamtenpflichten abgeleitet werden, die

der Dienstherr im Rahmen der Fürsorgepflicht zu beachten hätte. Die rechtlichen Erwägungen, mit denen dem Arbeitgeber die Heranziehung von Arbeitnehmern zu direkter Streikarbeit verwehrt wird, haben in der Eigenart des Arbeitsverhältnisses und des Arbeitskampfes ihren Grund. Sie sind auf das Beamtenverhältnis nicht übertragbar.

6. Ein Streikrecht steht dem Beamten nicht zu. Auch die Unterstützung eines Streiks ist mit den Beamtenpflichten nicht vereinbar. Für die Anordnungsbefugnisse des Dienstherrn und die beamtenrechtlichen Pflichten des Beamten kommt es im Falle eines Streiks von Tarifkräften zuerst und ausschlaggebend darauf an, daß die Arbeitsniederlegung nachteilige Auswirkungen auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Abwicklung des Dienstbetriebs hat. Die rechtliche Möglichkeit der Arbeitnehmer, bestimmte arbeitsrechtliche Interessen auch im Wege des Arbeitskampfes zu verfolgen, beschränkt nicht die Pflicht des Staates, die gesetzlichen Aufgaben gegenüber der Allgemeinheit zu erfüllen. Der Beamte darf sich nicht weigern, durch einen Streik von Tarifkräften nicht wahrgenommene Aufgaben zu erledigen, wenn dies im dienstlichen Interesse oder zur Erfüllung seiner eigenen Aufgaben erforderlich ist. Diese beamtenrechtliche Verpflichtung kollidiert nicht mit den Rechten, die dem Beamten aus der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG, § 91 BBG) zustehen.
7. Rechte der streikenden Arbeitnehmer und der streikführenden Gewerkschaft aus Art. 9 Abs. 3 GG werden nicht berührt, wenn der Dienstherr streikbedingt Beamte vorübergehend auf Arbeitnehmer-Dienstposten einsetzt, um die Auswirkungen der Arbeitsniederlegung auf den Dienstbetrieb und die Leistungen der Verwaltung zu mindern. Bestimmte oder besonders weitreichende Auswirkungen eines Arbeitskampfes werden durch die Koalitionsfreiheit nicht gewährleistet. Der Beamteneinsatz bei einem Streik von Tarifkräften beeinträchtigt weder die grundrechtlich geschützte freie Entwicklung und Betätigung der Koalitionen bei der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, noch die grundrechtlich geschützten Befugnisse der Koalitionen, die unerläßlich sind, um die Koalitionszwecke wirksam verfolgen und der Koalitionen durch die Verfassung zugewiesenen öffentlichen Aufgabe nachkommen zu können. Betroffen werden lediglich die Chancen und Möglichkeiten, die in der Befugnis liegen, einen Streik von Tarifkräften durchzuführen. Der Einsatz von Beamten ist deshalb auch nicht nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit abzustufen, wie es geboten wäre, wenn ein Grundrecht durch eine Maßnahme der öffentlichen Gewalt beeinträchtigt würde.
8. Der verfassungsrechtliche Schutz der Tarifautonomie umfaßt eine Garantie für die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems und damit auch das Erfordernis der Gleichgewichtigkeit der Tarifpartei-

en. Im Rahmen dieser Garantie kommen das Gebot der Kampfparität und die Neutralitätspflicht des Staates im Falle von Arbeitskämpfen zur Geltung. Die Neutralitätspflicht des Staates betrifft das Verhalten der öffentlichen Gewalt gegenüber den Tarif- und Kampfparteien des kollektiven Arbeitsrechts, in ihr äußert sich nur das unter einem bestimmten Blickwinkel betrachtete Erfordernis der Gleichgewichtigkeit der Tarifparteien.

9. Mit der Garantie für die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems verbietet die Koalitionsfreiheit der öffentlichen Gewalt, die sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens im Wege der kollektiven und autonomen Gestaltung durch eine Störung des Verhandlungsgleichgewichts der Koalitionen zu beeinträchtigen, soweit es sich um Regelungen des kollektiven Arbeitsrechts handelt. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob Eingriffe oder sonstige Regelungen des Gesetzgebers erlaubt sind, mit denen der Tarifautonomie Schranken gezogen werden, die zum Schutz anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten sind, selbst wenn eine derartige Regelung oder ihre Ausführung die Gleichgewichtigkeit der Tarifparteien berührt. Die Grundsätze des kollektiven Arbeitsrechts und die Koalitionsfreiheit als kollektive Gewährleistung sind von vornherein nur mit den Einschränkungen auf die öffentliche Hand anwendbar, die Verfassung und Gesetz für die Tätigkeit des Staates und der öffentlich-rechtlichen Körperschaften aufstellen.
10. Der streikbedingte vorübergehende Einsatz von Beamten auf Arbeitnehmer-Dienstposten wird vom Schutzbereich des koalitionsrechtlichen Gleichgewichtigkeitsprinzips nicht erfaßt. Soweit dadurch im konkreten Fall die Erfolgsaussichten des Streiks gemindert oder die Streikführung erschwert werden, sind diese Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems im öffentlichen Dienst nur die Folge der gesetzlich geordneten Staatsaufgaben und ihrer Erledigung durch Beamte. Sie sind kein das Grundrecht beschränkender „Eingriff“. Die Auswirkungen des Beamten-einsatzes auf den Streik und die Streikaussichten und damit auf die koalitionsmäßige Betätigung der streikführenden Gewerkschaft haben ihren Grund und ihre Rechtfertigung in der leistungsverwaltungsrechtlichen Aufgabe der Deutschen Bundespost und in der gesetzlichen Ausgestaltung der Beamtenpflichten.
11. Die organisatorische Grundvorschrift für die Verwaltung des Post- und Fernmeldewesens in Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG – wie auch das Grundrecht des Art. 10 GG – setzen die Leistungsaufgabe und die Funktionsfähigkeit der Deutschen Bundespost in den Bereichen Post- und Fernmeldewesen voraus. Die Kompetenz- und Organisationsnorm des Verfassungsrechts hat insofern auch eine materielle, die Staatsaufgaben betreffende Bedeutung. Die Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs und der Leistungen der Deutschen Bundespost bedeutet in allen Zweigen und für alle Leistungstätigkeiten die Aufrechterhaltung der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, die orga-

nisatorisch und in den einzelnen Leistungsbeziehungen Ausübung öffentlicher Verwaltung ist. Es ist das Recht und die Pflicht der zuständigen Organe, Funktionsfähigkeit und Leistungsbereitschaft aller Dienststellen und aller Leistungstätigkeiten der Deutschen Bundespost zu gewährleisten und notfalls durch besondere organisatorische und personalwirtschaftliche Maßnahmen aufrechtzuerhalten. Zu den dafür in Betracht kommenden und zulässigen Maßnahmen gehört der vorübergehende Streikeinsatz von Beamten auf Arbeitnehmer-Dienstposten. Das Gewicht der von der Bundespost erfüllten Aufgabe ist der Grund dafür, daß in ihr Beamte beschäftigt werden, die in ihrer Rechtsstellung die Gewähr für Funktionsfähigkeit und Leistungsbereitschaft der Bundespost bieten.

12. Die institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums sichert im Interesse der Allgemeinheit eine rechtsstaatliche, unparteiische, sachgerechte und wirksame Erfüllung der Staatsaufgaben. Diese Garantie ist, soweit erforderlich, mit Art. 9 Abs. 3 GG auszugleichen; dies ist Sache des Gesetzgebers, der diesen Ausgleich durch die Beamtenengesetze vorgenommen hat. Die Dienst- und Treuepflicht des Beamten und die daraus entspringenden Anordnungsbefugnisse des Dienstherrn im Rahmen des Beamtenverhältnisses sind danach koalitionsrechtlich nicht beschränkt. Das gilt für den Dienstbetrieb und die Leistungen der Deutschen Bundespost insgesamt und ohne Rücksicht auf die unterschiedliche personelle Zusammensetzung der einzelnen Dienststellen. Unterschiede nach Wichtigkeit oder Dringlichkeit einzelner Leistungsbereiche oder einzelner Leistungstätigkeiten können sich allein aus dienstlichen oder betrieblichen Gründen ergeben, nicht aber danach, ob und welche Auswirkungen auf den Streik oder den Streikerfolg der Tarifkräfte eintreten. Der streikbedingte Beamteneinsatz ist nicht im Einzelfall von einer Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Mittel mit Rücksicht auf den Streik oder den Streikerfolg abhängig. Die Ermessensentscheidung über den Beamteneinsatz ist – abgesehen von Gründen persönlicher Zumutbarkeit, z.B. wegen körperlicher Eignung – nur von den Erfordernissen des Dienstbetriebs und der Leistungsbereitschaft der Deutschen Bundespost abhängig.

Die Rechtmäßigkeit des dienstlichen Einsatzes von
Beamten während eines Streiks von Arbeitnehmern des
öffentlichen Dienstes unter besonderer Berücksichtigung
der Belange der Deutschen Bundespost

Rechtsgutachten
von
Professor Dr. Klaus Stern

Gliederung

Vorbemerkung	58
A. Das „einfache“ Gesetzesrecht	60
I. Die Rechtsgrundlage für Mehrarbeit	60
1. Zulässigkeit nur in Ausnahmefällen und	60
2. bei Vorliegen zwingender dienstlicher Verhältnisse	60
II. Die Rechtsgrundlage für Zuweisung anderer Dienstaufgaben	61
1. Grundsatz: keine sogenannte unterwertige Tätigkeit	61
2. Ausnahmen bei besonderen Umständen	62
3. Kein Widerspruch zu § 4 BBG	63
a) Bei den hoheitsrechtlichen und den Sicherungs- aufgaben	63
b) Außerhalb der Aufgaben nach § 4 BBG	64
III. Kein Ausschluß der Dienstpflicht wegen Unzumutbarkeit von Streikarbeit auf Grund der Fürsorgepflicht des Dienstherrn	64
1. Kein Verstoß des Beamten gegen Rechtspflichten, insbesondere gegen die Solidaritätspflicht	65
2. Zur Frage der Unzumutbarkeit nicht-solidarischen Verhaltens	66
a) Die Beurteilung der Streikarbeit im Arbeitsrecht	66
b) Richterrechtliche Qualität der arbeitsrechtlichen Grundsätze	68
3. Keine Übertragung auf das Beamtenrecht	70
a) Methodische Fragwürdigkeit	70
b) Willkürliche Reduzierung der Begründung	71
c) Unzureichende Begründung des Solidaritätsgebotes	72
d) Unzutreffende Gleichsetzung von Arbeitspflicht und Dienstpflicht	74
4. Bestätigung durch einen Vergleich mit § 21 Bundesbahngesetz	75
IV. Die praktische Handhabung	76
1. Grundsatz: Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen unter Abwägung aller Interessen	76
2. Beispielsfälle	
a) Beachtlichkeit der persönlichen Verhältnisse des betroffenen Beamten	77
b) Rücksicht auf die Wichtigkeit der wahrzunehmenden öffentlichen Aufgaben	77
c) Möglichst weitgehende Vermeidung unterwertiger Tätigkeit	77
d) Vorsichtige Generalisierung	78
Zwischenergebnis	78

B. Die Aussagen des Verfassungsrechts	80
I. Rechte des betroffenen Beamten	80
1. Die Koalitionsfreiheit	80
a) Das Streikrecht	81
aa) Die verfassungsrechtliche Absicherung	81
bb) Die Beeinträchtigung des Streikrechts des Beamten durch die Pflicht zur Streikarbeit	82
cc) Die Unzulässigkeit des Beamtenstreiks	83
α) Der Grundsatz der einseitigen Festlegung der Alimentierung greift beim Sympathiestreik zugunsten der Arbeitnehmer nicht durch	83
β) Der Ausschluß des Streikrechts aus anderen Gründen	85
b) Das Recht, in der Koalition zu verbleiben	88
c) Das Recht, nicht zu Tätigkeiten verpflichtet zu werden, die den Koalitionszielen zuwiderlaufen	89
Teilergebnis	90
2. Die Gewissensfreiheit	90
a) Die Freiheit zu gewissenmäßigem Handeln und Unterlassen	90
b) Gewissensbindung durch Solidaritätspflicht?	91
aa) Begrenzungen der Gewissensfreiheit	91
bb) Vorwegnahme der Güterabwägung durch Art. 33 Abs. 5 GG	93
Teilergebnis	93
3. Die Menschenwürde	93
a) Die Nichtbeachtung des Solidaritätsempfindens	93
b) Die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Ehre)	94
Teilergebnis	95
4. Rechte aus der Fürsorgepflicht des Dienstherrn	95
a) Fürsorgepflicht aus Treueverhältnis mit Verfassungsrang	95
b) Konkretisierung durch die Gesetzgebung	96
c) Vorrang der Fürsorgepflicht?	96
d) Pflicht des Staates zur Förderung der Kollegialität	97
Teilergebnis	98
5. Rechte aus besonderen hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums	98
a) Kein hergebrachter Grundsatz gegen die Pflicht zur Streikarbeit	99
b) Kein „Recht am Amt“; keine Verletzung eines Verbots unterwertiger Beschäftigung	99
Teilergebnis	100
Zwischenergebnis	100
II. Das Streikrecht der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst	100
1. Der Bestand eines solchen Streikrechts	100
a) Kein Ausschluß durch Art. 33 Abs. 5 GG	102
b) Ausschluß im Bereich des Art. 33 Abs. 4 GG?	103
aa) Das Sicherungsziel des Funktionsvorbehaltes	103

bb)	Verfolgung des Sicherungsziels gerade im Wege der Aufgabenübertragung auf Beamte	104
cc)	Die Bedeutung der Strukturprinzipien der Verfassung in diesem Bereich	105
c)	Kein Fehlen der Kampfparität	106
aa)	Wegen Ausschlusses der Aussperrung	107
α)	Mindermeinung: Ausschluß der Aussperrung	107
β)	Vorherrschende Meinung: Zulässigkeit der Aussperrung	107
γ)	Eigene Stellungnahme	108
bb)	Wegen Besonderheiten der Personal- und der Aufgabenstruktur bei der Deutschen Bundespost	110
α)	Die gesteigerte Streikempfindlichkeit	110
β)	Keine Einstellung der Beamtenbesoldung nach den Grundsätzen der Lehre vom Betriebsrisiko	110
γ)	Die Streikarbeit der Beamten als gegenüber dem Streikausschluß leichterem Eingriff zur Herstellung der Kampfparität	111
	Teilergebnis	111
2.	Die Beeinträchtigung des Streikrechts	112
a)	Die Beeinträchtigung der Garantie wirkungsvollen Streikens durch die Verminderung der Streikauswirkungen	112
b)	Freistellung der öffentlichen Arbeitgeber von der Grundrechtsbindung im Rahmen des Arbeitskampfes?	112
	Teilergebnis	113
3.	Schranken des Art. 9 Abs. 3 GG	113
a)	Allgemeine Bestimmung der Schranken anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	114
aa)	Die Begrenzung des Schutzes auf einen Kernbereich	114
α)	Die materielle Ausgestaltungsmöglichkeit	115
β)	Die Zuständigkeit zur Ausgestaltung	116
bb)	Die Harmonisierung des Kerngehalts einer Koalitionsbetätigung mit anderen Verfassungsnormen	117
α)	Die Bestimmung des Kerngehalts einer Betätigung der Koalition	118
β)	Keine Beeinträchtigung des Kerngehalts der Koalitionsbetätigung Streik	118
b)	Die Streikrechtsschranken des allgemeinen Arbeitsrechts	120
aa)	Namentlich die des Gemeinwohls	120
bb)	Besonders beachtenswerte Belange des Gemeinwohls im Bereich der Deutschen Bundespost	122
c)	Besondere Streikrechtsschranken im Bereich des öffentlichen Dienstes	126
aa)	Fehlende Einschlägigkeit des Art. 33 Abs. 5 GG	126
bb)	Der Funktionsvorbehalt des Art 33 Abs. 4 GG	127
α)	Die Erledigung notwendiger Vorarbeiten für die Tätigkeit von Beamten	127
β)	Die Erledigung der bestreikten Tätigkeiten	128
γ)	Der Umfang des durch Art. 33 Abs. 4 GG erfaßten Bereichs	129

δ) Schlußfolgerungen für den Bereich der Deutschen Bundespost	131
d) Das Verfassungsgebot des Postbetriebs aufgrund des Art. 87 Abs. 1 GG	131
Zwischenergebnis	133
III. Rechte der den Streik führenden Gewerkschaft aus Art. 9 Abs. 3 GG	134
1. Keine Gefährdung der gewerkschaftlichen Existenz	134
2. Keine Beeinträchtigung des gewerkschaftlichen Streikrechts	135
Zwischenergebnis zu III.	135
Zwischenergebnis zu B.	135
C. International-rechtliche Bestimmungen	137
I. Die Europäische Sozialcharta	137
1. Fehlende Qualität unmittelbar geltenden Bundesrechts	137
2. Keine verdrängende Wirkung gegenüber der Streikarbeitspflicht	138
II. Sonstige international-rechtliche Regelungen	139
1. Die Europäische Menschenrechtskonvention und das Übereinkommen Nr. 87 der Internationalen Arbeitsorganisation	139
2. Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte	140
Zwischenergebnis	140
Zusammenfassung	141

Vorbemerkung

Der Bundesminister für das Post- und Fernmeldewesen hat den Unterzeichnenden gebeten, ein Rechtsgutachten zur Rechtmäßigkeit des dienstlichen Einsatzes von Beamten während eines Streiks von Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes unter besonderer Berücksichtigung der Belange der Deutschen Bundespost zu erstatten.

Anlaß für diese Untersuchung war die von einigen Autoren behauptete Verfassungswidrigkeit des Beamteneinsatzes während des Streiks öffentlicher Dienstnehmer bei der Deutschen Bundespost im November 1980¹. Diese Ansicht stand im Gegensatz zu der bis zu diesem Zeitpunkt im Schrifttum weithin vertretenen Rechtsauffassung²; sie widersprach

¹ So namentlich das „Referat von Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Schinkel“, Umdruck S. 39ff.; das „Referat von Rechtsanwalt Ritter“, Umdruck, S. 11f.; *Hans-Peter Schneider*, Beamte im Streikeinsatz? Umfang und Grenzen der Beamtenpflichten bei Streiks von Angestellten und Arbeitern im öffentlichen Dienst, in: *Recht auf Streik im öffentlichen Dienst*, 1981, S. 9ff.; *Heinz Menkens*, Zum Schutz des Koalitionsrechts: Arbeitsrechtliche Absicherung des Rechts auf Streik der Arbeiter und Angestellten bei der Deutschen Bundespost, ebda, S. 35ff.; *Gerhard Müller*, Recht auf Streik im öffentlichen Dienst, Der Einsatz von Beamten auf Arbeitnehmerplätzen bei einem legitimen Tarifstreik im öffentlichen Dienst, Gutachterlicher Vortrag, gehalten vor dem Hauptvorstand der Deutschen Postgewerkschaft am 1. Oktober 1981, 1982; *Karl-Jürgen Bieback*, Recht auf Streik im öffentlichen Dienst, Arbeitsrecht und Beamtenrecht im öffentlichen Dienst, analysiert am Problem der Streikarbeit von Beamten, 1982; *Michael Kittner*, Aktuelle Fragen des Arbeitskampfrechts, AuR 1981, 289 (300); DGB-Bundesbeamtenausschuß, Beschluß vom 17.2.1981 „Einsatz von Beamten als Streikbrecher“, Thesenpapier, in: *Beamte. Öffentlicher Dienst. Geschäftsbericht für die Zeit vom 1.10.1977 bis 30.6.1981*, DGB, 1981. Vgl. zur durch diese Beurteilung der Rechtslage ausgelösten Rechtsunsicherheit bei den betroffenen Beamten etwa *Theodor Auer*, Zwischen Baum und Borke, *Die Deutsche Post* 6/1981, S. 14ff.

² RGSt. 59, 149 (150ff.); *A. Brand*, *Das Beamtenrecht*, 3. Aufl. 1928, S. 487, 549; *Walter Leisner*, Arbeitskampf gegen den allmächtigen Steuerstaat, ZBR 1975, 69 (70ff.), die gegenteilige Aussage: „Auch der Einsatz von Beamten zum ‚Streikbrechen‘ ist nicht (ergänze: un-)zulässig“, ebda, S. 74, beruht offenkundig auf einem Druckfehler; *Otto Mühl*, in: *Gesamtkommentar öffentliches Dienstrecht*, Bd. I, *Walther Fürst/Hans Joachim Finger/Otto Mühl/Franz Niedermaier*, *Beamtenrecht des Bundes und der Länder*, Teil I, *Allgemeines Beamtenrecht*, Stand Oktober 1981, K 54 Rdnr. 4 am Ende; *Thilo Ramun*, Die Legende vom schwachen Staat, *Die Zeit* Nr. 9 vom 22.2.1974, S. 4; *Erwin Schütz*, in: *ders., Beamtenrecht des Bundes und der Länder*, Stand September 1981, § 56 Rdnr. 7 am Ende; *K. Nischk*, *Das Kommunalbeamtenrecht*, 2. Aufl. 1929, S. 187; *Hans-Dietrich Weiß*, *Disziplinarrecht des Bundes und der Länder*, Teil I, *Gesamtkommentar öffentliches Dienstrecht*, Bd. II, Stand September 1981, J 890 Rdnr. 21a; anders *Michael Alheim*, Verrichtung von Streikarbeiten durch Beamte, ZBR 1974, 373ff.; auch schon *Lutz Richter*, *Beamtenrecht und Streikrecht*, JW 1925,

auch der bislang zu diesem Thema einzig bekannt gewordenen Entscheidung des Hamburgischen Obergerichtes vom 23. November 1980, das jedenfalls eine offensichtliche Rechtswidrigkeit verneint hatte³.

Gleichwohl hatte die Ansicht von der Unzulässigkeit des Beamteneinsatzes im Falle eines Streiks bei Dienstherren und Beamten rechtliche Zweifel ausgelöst, die die folgenden Darlegungen beheben sollen.

Bei dieser Klärung war es erforderlich, eine Reihe schwieriger Rechtsfragen des Verfassungsrechts in seiner Verbindung mit dem Beamtenrecht zu untersuchen. Vor allem war die Bedeutung der in Art. 9 Abs. 3 GG geregelten Koalitionsfreiheit der vom Einsatz betroffenen Beamten, der öffentlichen Dienstnehmer und der einen Streik ausrufenden Gewerkschaften in ihrem Verhältnis zu den für den Staatsdienst maßgeblichen Verfassungsgarantien der Art. 33 Abs. 4 und 5 GG auszu-leuchten. Angesichts der zurückhaltenden Formulierung dieser Normenkomplexe bedurfte es eindringlicher und detaillierter Auslegungsarbeit, die die Bewertung, Abwägung und wechselseitige Verschränkung der Inhalte und Gewährleistungen beider Rechtsbereiche darzulegen hatte. Hierbei rückten das Streikrecht und seine vielfältigen verfassungsrechtlichen Implikationen sowie die Funktionsgarantie hoheitlicher Verwaltung und das dafür in Dienst genommene Berufsbeamten-tum in den Mittelpunkt der Betrachtung. Erörterung und Klärung dieser Thematik verlangten eine umfassende Prüfung komplexer und strittiger Probleme. Speziell für die Deutsche Bundespost war außerdem dem Art. 87 Abs. 1 GG Aufmerksamkeit zu widmen. Schließlich waren die das Streikrecht und seine Einschränkungen regelnden einschlägigen international-rechtlichen Vorschriften zu würdigen.

Der Untersuchung sind danach drei Teile als Grundgliederung vorgegeben: Die Rechtslage auf Grund des „einfachen“ Beamtenrechts (A), die Überprüfung dieses Befundes am Maßstab des Verfassungsrechts (B) und schließlich der Einfluß des internationalen Rechts (C).

182ff.; stark einschränkend auch *Peter Hanau*, Streiks im öffentlichen Dienst, ZRP 1974, 111; *Hugo Seiter*, Streikrecht und Aussperrung, 1975, S. 553 FN 52. Nicht eindeutig BVerwG, ZBR 1979, 306 (307).

³ Beschluß vom 23. November 1980 – OVG Bs I 109/80 –, Umdruck S. 5ff.; auch der Bundesdisziplinaranwalt, Bericht über die Handhabung der Disziplinar-gewalt in den Jahren 1979/80, ZBR 1981, 177 (183f.), sieht die Weigerung eines Beamten, Arbeit Streikender zu erledigen, als Pflichtverstoß an. Nach Auffas-sung des Bundesministers des Innern verhalten sich Beamte, die bei einem Streik auf Anordnung ihrer Dienststelle für die Allgemeinheit wichtige Dienstleistungen übernehmen, rechtmäßig, so die Rede vor dem Deutschen Beamtenbund in Bad Kissingen am 7. Januar 1982 anlässlich der Beamtenpolitischen Arbeitsta-gung des Deutschen Beamtenbundes, Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung, 1982, S. 13 (15); ebenso bereits die Ansprache anlässlich des 11. Deutschen Beamtentages des Deutschen Gewerkschaftsbundes am 2. De-zember 1981 in Bonn, Umdruck, S. 22a, 22b; etwas enger auch schon *ders.*, Funk-tion und Selbstverständnis des öffentlichen Dienstes, in: Technisierte Verwal-tung. Entlastung oder Entfremdung des Menschen 1981, S. 13 (25), bezogen auf die Erfüllung für die Allgemeinheit wichtiger öffentlicher Dienstleistungsfunk-tionen wenigstens in einem Mindestmaß.

A. Das „einfache“ Gesetzesrecht

Der Einsatz von Beamten zur Erledigung ausfallender Arbeitsleistungen im Falle eines Streiks der Tarifkräfte kann ihren regelmäßigen Pflichtenkreis in zweifacher Weise ausdehnen: Einmal kann die Quantität der Dienstleistung durch Erhöhung der Arbeitszeit gesteigert werden; zum zweiten kann die Qualität der Dienstleistung verändert werden, wenn dem Beamten Aufgaben außerhalb seines sonstigen Tätigkeitsfeldes übertragen werden.

Den hierbei auftretenden Rechtsproblemen wird im folgenden an Hand der Vorschriften des einfachen Gesetzes nachgegangen, die für Bundesbeamte insbesondere der Deutschen Bundespost maßgeblich sind.

I. Bei einer Erhöhung der Arbeitszeit wird der Beamte über die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit nach § 1 Abs. 1 der Verordnung über die Arbeitszeit der Bundesbeamten⁴ hinaus zum Dienst herangezogen. Die Rechtsgrundlage dafür findet sich in § 72 Abs. 2 Satz 1 Bundesbeamtengesetz (BBG). Danach ist der Beamte verpflichtet, ohne Vergütung über die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit hinaus Dienst zu tun, wenn zwingende dienstliche Verhältnisse dies erfordern und sich die Mehrarbeit auf Ausnahmefälle beschränkt.

1. Die Verpflichtung des Beamten greift also nur ein, wenn sich die Mehrarbeit auf **Ausnahmefälle** beschränkt, also ihrer Art nach vorübergehend ist⁵. Diese Voraussetzung ist im Falle der Übernahme von Streikarbeit unzweifelhaft erfüllt.

2. Weiterhin setzt die Anordnung von Mehrarbeit voraus, daß **zwingende dienstliche Verhältnisse** sie erfordern. „Zwingende dienstliche Verhältnisse sind solche Verhältnisse, die nicht auf andere Weise, z.B. durch Einstellung von Personal oder Einführung regelmäßiger Mehrarbeit, sondern nur durch Mehrarbeit im Einzelfall gemeistert werden können“⁶. Damit ist der Dienstherr vorrangig auf eine anderweitige Beschaffung geeigneter Arbeitskräfte verwiesen, für deren Anwerbung es

⁴ In der Fassung vom 24. September 1974, BGBl. I, S. 2357.

⁵ Ulrich Battis, Bundesbeamtengesetz, 1980, § 72 Anm. 3b; Alexander Wiedow, in: Ernst Plog/Alexander Wiedow/Gerhard Beck, Kommentar zum Bundesbeamtengesetz, Stand November 1981, § 72 Rdnr. 21.

⁶ Battis, aaO (Fn 5), im Anschluß an Carl Hermann Ule, Beamtenrecht 1970, § 44 BRRG Rdnr. 1.

„rechtzeitiger Vorkehrungen“⁷ bedarf. Diese werden freilich im Falle der Anwerbung zur Übernahme von Streikarbeit auf besondere Schwierigkeiten wegen der Unsicherheiten über Streikzeiten, bestreikte Dienstbereiche, Streikdauer sowie entgegenstehender Solidaritätsempfindungen zur Verfügung stehender Arbeitskräfte stoßen.

Eine Begrenzung der durch die Mehrarbeit zu bewältigenden Dienstgeschäfte auf „wichtige, unaufschiebbare Aufgaben“⁸ ist nur mit großer Zurückhaltung anzuerkennen. Da der Begriff der „zwingenden dienstlichen Verhältnisse“ allein auf das Fehlen anderer Möglichkeiten der Aufgabenerledigung zu beziehen ist, kann die genannte Begrenzung nur daran anknüpfen, daß die Verhältnisse den Dienst „erfordern“. Als erforderlich ist aber grundsätzlich die Erledigung **jeder** im Rahmen der öffentlichen Verwaltung wahrgenommenen Aufgabe anzusehen, nicht etwa nur einer solchen von besonderer Dringlichkeit oder Bedeutsamkeit für die Allgemeinheit. Ausnahmen können lediglich anerkannt werden, soweit es sich um Aufgaben handelt, deren Erledigung ebenso gut zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen kann.

II. Einer Rechtsgrundlage bedarf es auch für die Zuweisung von Aufgaben, die nicht zum regelmäßigen Aufgabenkreis eines Beamten gehören. Mangels einer speziellen Regelung ist auf die **allgemeinen Verpflichtungen** des Beamten zurückzugreifen, die Anordnungen seiner Vorgesetzten auszuführen (§ 55 Satz 2 BBG)⁹ und sich mit voller Hingabe seinem Beruf zu widmen (§ 54 Satz 1 BBG)¹⁰.

1. Daraus erwachsende Pflichten sind freilich nicht unbegrenzt. Namentlich gilt dies für die Neubestimmung des Aufgabenkreises eines Beamten, die das statusrechtliche Amt und das funktionelle Amt im abstrakten Sinne unberührt läßt und nur das funktionelle Amt im konkreten Sinne betrifft. Obschon die Umsetzung nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts „zu der Vielzahl der im einzelnen nicht normativ erfaßten Maßnahmen“ rechnet, „die zur Erhaltung und Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung unerläßlich seien“ und die der Beamte im Rahmen eines „sehr weiten, nur auf Ermessensmißbrauch zu überprüfenden Ermessens des

⁷ Erwin Schütz, aaO (FN 2), Beamtenrecht, § 78a LBG NW Rdnr. 2, im Anschluß an K. Neis, Die allgemeinen beamtenrechtlichen Vorschriften des Beamtenrechtsrahmengesetzes, ZBR 1957, 253 (258).

⁸ So Schütz, aaO (FN 2), wieder im Anschluß an Neis, aaO (FN 7).

⁹ Hierauf stellt der Bundesdisziplinaranwalt, aaO (FN 3), ZBR 191, 177 (183), sogar allein ab.

¹⁰ Hans Rudolf Claussen, in: ders./Werner Janzen, Bundesdisziplinarordnung, 4. Aufl. 1981, Einl. C 13.

Dienstherrn“ hinzunehmen habe¹¹, ist als Einschränkung anerkannt, daß die Verwendung des Beamten seiner Laufbahn und seinem Ausbildungsstand entsprechen muß: Die Zuweisung sog. **unterwertiger Tätigkeiten** ist grundsätzlich ausgeschlossen¹².

2. Welche Ausnahmen der Grundsatz des Verbots „unterwertiger“ Verwendung des Beamten erleidet, wird nicht einhellig beurteilt. Sehr weitgehend ist die Auffassung, die durch eine Begrenzung des Verbots auf Fälle von längerer Dauer¹³ **kurzfristige** „unterwertige“ Tätigkeiten stets zuläßt.

Zusätzlich zur Kurzfristigkeit verlangte der **Bundesdisziplinarhof** noch ein „besondere(s) Bedürfnis“¹⁴. Diesem Merkmal ist z.B. durch das Anwachsen des Weihnachtsverkehrs bei der Post ohne Zweifel entsprochen¹⁵. Das Oberverwaltungsgericht Münster hält darüber hinaus „im Zusammenhang mit der kommunalen Neugliederung Ausnahmefälle (für) denkbar ..., in denen es die Treuepflicht des Beamten gebietet, für eine Übergangszeit bis zu einer **abschließenden Regelung der Geschäftsverteilung** auch unterwertige Aufgaben wahrzunehmen“¹⁶.

¹¹ So BVerwGE 60, 144 (146, 152); DVBl. 1981, 495 m.w.Nachw. Zur Begriffsbildung s. etwa *Hellmuth Günther*, Änderungen des funktionellen Amtes: Versetzung, Abordnung, Umsetzung, ZBR 1978, 73 (83ff.); *Hans-Uwe Erichsen*, Die Umsetzung von Beamten, DVBl. 1982, 95ff.; auch *Willi Thiele*, Versetzung, Abordnung und Umsetzung eines Beamten, DöD 1981, S. 69ff.

¹² Vgl. etwa BVerwG, ZBR 1981, 339 (340f.); BVerwG, DÖV 1971, 747 m.w.Nachw.; BDHE 7, 88 (89f.); OVG Münster, OVG 12, 36 (40); OVG Münster, ZBR 1978, 66 (67) m.w.Nachw.; OVG Lüneburg, DÖV 1981, 107f; *Battis*, aaO (FN 5), § 26 Anm. 6 m.w.Nachw.; *Claussen*, aaO (FN 10), Einl. C 13; *Günther*, aaO (FN 11), S. 84 m.w.Nachw.; *Hans Walther Scheerbarth/Heinz Höffken*, Beamtenrecht, 4. Aufl. 1982, S. 328f.; *Walter Schick*, Zum Rechtsanspruch des Beamten auf Beschäftigung, in: Festgabe Theodor Maunz, 1971, S. 328 (336f.); *Hans J. Wolff/Otto Bachof*, Verwaltungsrecht II, 4. Aufl. 1976, § 112 III a 1 und 2, S. 516 m.w.Nachw.; *Walter Wiese*, Beamtenrecht, 1979, S. 209 m.Nachw.; *Paul Barlage*, Flexibilität im Personaleinsatz, ZBR 1978, 349 (350f.) m.Nachw.; *Erich Feindt*, Zum Recht des Beamten am Beamtenverhältnis und am Amt, DöD 1972, 161, 186 (188f.); *Eberhard Schwerdtner*, Anm. zum Beschluß des OVG Lüneburg vom 8.7.1980, DÖV 1981, 108 (109); *R. Schnur*, Über Zwangsbeurlaubung, Zuweisung von „unterwertiger“ Tätigkeit und Versetzung in ein „politisches“ Amt, 1970, S. 42f. (wohl aufgrund eines anderen Begriffs der „Unterwertigkeit“, ebda, S 45).

¹³ Dafür wohl *Wiese*, aaO (FN 12), sowie *Leisner*, aaO (FN 2), ZBR 1975, 69 (70); auch *Feindt*, aaO (FN 12); *H. P. Schneider*, aaO (FN 1), S. 29 (unter Hinweis auf das pflichtgemäße Ermessen); ebenso *Bieback*, aaO (FN 1), S. 40. Noch weitergehend *Schinkel*, aaO (FN 1), S. 40, der die Beamten – abgesehen vom Fall des Streiks – für verpflichtet hält, „befristet oder dauernd“ unterwertige Tätigkeiten zu übernehmen.

¹⁴ BDHE 6, 92 (94); dem folgend BDHE 7, 88 (89f.).

¹⁵ BDHE 6, 92 (94); auch BDHE 7, 88 (90) unter Hinweis auf den weiteren Beschluß des Bundesdisziplinarhofs vom 7. Juli 1965 – III D V 3/65 – (soweit ersichtlich unveröffentlicht).

¹⁶ ZBR 1978, 66 (67) (Hervorhebung nicht im Original).

Beispielhaft wird schließlich oft an **Not- und Katastrophenfälle** angeknüpft¹⁷. Genannt werden aber auch die **Vertretung** erkrankter Mitarbeiter¹⁸ und die Behebung vorübergehender personalpolitischer Engpässe¹⁹. Voraussetzung einer zulässigen unterwertigen Verwendung ist danach das Vorliegen einer ihrer Natur nach **vorübergehenden Sondersituation**, in der die Erledigung der öffentlichen Aufgaben nicht planmäßig erfolgen kann und daher durch einen Ausnahmeeinsatz von Beamten bewältigt werden muß²⁰. Diesen Voraussetzungen entspricht ganz die Lage bei der Nichterledigung von Aufgaben durch Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst aufgrund eines Streiks²¹.

3. Die Zuweisung von Dienstaufgaben streikender Arbeitnehmer an Beamte könnte gegen § 4 BBG verstoßen. Nach dieser Bestimmung ist die Berufung in das Beamtenverhältnis nur zulässig zur Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Aufgaben (Nr. 1) oder solcher Aufgaben, die aus Gründen der Sicherung des Staates oder des öffentlichen Lebens nicht ausschließlich Personen übertragen werden dürfen, die in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis stehen (Nr. 2).

a) Unproblematisch ist der Fall, daß die bestreikten Tätigkeiten selbst zu den nach § 4 BBG für eine Wahrnehmung im Beamtenverhältnis vorgesehenen Funktionen gehören, da in diesem Bereich Beamte jedenfalls tätig werden dürfen. Für die **hoheitsrechtlichen** Aufgaben des § 4 Nr. 1 BBG ist dies bereits in dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG²² vorausgesetzt.

Für die **Sicherungsaufgaben** nach § 4 Nr. 2 BBG, die über den Bereich des verfassungsrechtlichen Funktionsvorbehalts zugunsten der Beamten gem. Art. 33 Abs. 4 GG hinausgehen, wird die Legitimation der Be-

¹⁷ BDHE 7, 88 (90); BVerwG, ZBR 1979, 306 (308); *Feindt*, aaO (FN 12); *Scheerbarth/Höffken*, aaO (FN 12); *Barlage*, aaO (FN 12), S. 350; *Otto Mühl*, aaO (FN 2), K 54 Rdnr. 4; *Schnur*, aaO (FN 12), S. 44. Ausschließlich für „besonders gelagerte Notfälle“ ebenso *G. Müller*, aaO (FN 1), S. 22. Vgl. zum entsprechenden Notfallvorbehalt bzgl. öffentlicher Arbeitnehmer *Siegfried Frohner*, Grenzen des Direktionsrechts des öffentlichen Arbeitgebers beim Einsatz von Universitätsangehörigen des technischen und Verwaltungspersonals für Ordnungs- und Kontrollaufgaben während studentischem Vorlesungsboykott, RiA 1979, 21 (22ff.) m.w.Nachw.

¹⁸ *Scheerbarth/Höffken*, aaO (FN 12).

¹⁹ *R. Schnur*, aaO (FN 12), S. 44, im Anschluß an BDHE 7, 88 (90).

²⁰ S. auch OVG Münster, ZBR 1978, 66 (67): „Die Übertragung unterwertiger Dienstgeschäfte darf aber keinesfalls als Dauerzustand bezweckt sein“.

²¹ So das Hamburgische OVG, aaO (FN 3), Umdruck, S. 6; der Bericht des Bundesdisziplinaranwalts, aaO (FN 3), S. 183 f.; *Leisner*, aaO (FN 2), ZBR 1975, 69 (70); *Mühl*, aaO (FN 2); *Weiß*, aaO (FN 2). Bedenken dagegen bei *G. Müller*, aaO (FN 1), S. 36. – Anders im Hinblick auf einen „studentischen Vorlesungsboykott“, der Monate vorher angekündigt war, *Frohner*, aaO (FN 17), RiA 1979, 21 (24).

²² Dazu näher unter B II 1 b und B II 3 c bb.

gründung von Beamtenverhältnissen für diese Aufgaben mit Recht gerade auf das für diese geltende Streikverbot gestützt²³.

Bei diesen Sicherungsaufgaben sieht das Gesetz die Aufgabenerfüllung bereits durch eine teilweise Beschäftigung von Beamten als gewährleistet an. Es nimmt mithin einen Ausfall eines Teils der Arbeitskräfte durch Streik hin. Wenn indessen das Ziel der Sicherung des Staates oder des öffentlichen Lebens überhaupt erreichbar sein soll, kann das nur dahin verstanden werden, daß die Beamten unter den in einem solchen Bereich Beschäftigten die von streikenden Dienstkräften vernachlässigten Sicherungsaufgaben erforderlichenfalls mitzuerledigen haben.

b) § 4 BBG steht darüber hinaus einer vorübergehenden Zuweisung von Tätigkeiten auch außerhalb des **in der Vorschrift umschriebenen Bereiches** nicht entgegen. Dem § 4 BBG ist nämlich bereits genügt, wenn der Beamte überwiegend in den dort genannten Bereichen einzusetzen ist; eine ausschließliche Beschäftigung mit den in § 4 BBG genannten Aufgaben ist nicht geboten. Dies ist gesicherte Rechtsauffassung²⁴.

Die vorübergehende Beschäftigung eines Beamten mit anderen Aufgaben als denen des § 4 Nr. 1 und 2 BBG wird von dieser Vorschrift vorausgesetzt. Solange ein im öffentlichen Dienst Beschäftigter regelmäßig oder doch überwiegend im Aufgabengebiet gem. § 4 BBG eingesetzt wird, ist seine Berufung in das Beamtenverhältnis – ungeachteter zeitweiliger Tätigkeit in anderen Bereichen – gerechtfertigt. Angesichts dieser Rechtslage braucht auf die Frage, ob sich aus einer Verletzung des § 4 BBG überhaupt Rechtsfolgen für ein einmal begründetes Beamtenverhältnis ergäben, nicht mehr eingegangen zu werden.

III. Die Verpflichtung des Beamten zur Übernahme von Mehrarbeit oder von anderer, gegebenenfalls „unterwertiger“, Tätigkeit könnte im Falle der Streikarbeit dadurch ausgeschlossen sein, daß „die Übernahme der Arbeit unzumutbar tief in die Persönlichkeitssphäre des Beamten eingreifen würde“²⁵. Einem solchen Verlangen des Dienstherrn stünde die Fürsorgepflicht des § 79 Satz 1 BBG entgegen²⁶.

²³ BVerwG, ZBR 1979, 306 (307) mit Hinweis auf das der Regierung zustehende Ermessen darüber, ob sie in diesem Bereich Beamte einsetzt; *Battis*, aaO (FN 5), § 4 Anm. 3; *Franz Niedermaier*, Gesamtkommentar öffentliches Dienstrecht, Bd. I, aaO (FN 2), K § 4 Rdnr. 12; *Schütz*, aaO (FN 2), § 4 Rdnr. 7; *Ule*, Beamtenrecht, aaO (FN 2), § 2 Rdnr. 6.

²⁴ BVerwG, DÖD 1970, 130 (131); *Schütz*, aaO (FN 2), § 4 Rdnr. 4; *Niedermaier*, aaO (FN 23), K § 4 Rdnr. 12; *Wiedow*, aaO (FN 5), § 4 Rdnr. 8.

²⁵ Bericht des Bundesdisziplinaranwalts, aaO (FN 3), S. 184; vgl. schon oben A II 1 zum gleichfalls aus der Unzumutbarkeit abgeleiteten Verbot der Übertragung unterwertiger Tätigkeiten.

²⁶ So *H.-P. Schneider*, aaO (FN 1), S. 24f. m.w.Nachw.; *Bieback*, aaO (FN 1), S. 42.

1. Eine Unzumutbarkeit eines Beamteneinsatzes in diesem Sinne wird angenommen, wenn dem Beamten damit eine **schwere Rechtsverletzung** angesonnen wird²⁷. Abgesehen von einem etwaigen Verfassungsverstoß²⁸ käme wohl nur ein in der Verrichtung von Streikarbeit liegender Verstoß des Beamten gegen eine **Solidaritätspflicht** in Betracht²⁹. Eine Solidaritätspflicht wird im Verhältnis zwischen gewerkschaftsangehörigen Arbeitnehmern regelmäßig aus ihrer Verbandszugehörigkeit hergeleitet³⁰. Sie umfaßt namentlich die Nichtleistung von Arbeiten, die sonst die streikenden Gewerkschaftsmitglieder erledigen³¹. Diese Pflicht bindet den Arbeitnehmer aber nur verbandsintern. Beachtet er sie nicht, verletzt er damit nicht die **allgemeine Rechtsordnung**; denn keine Rechtsnorm ordnet ein solches Gebot an³².

Es mag zweifelhaft sein, ob es für einen gewerkschaftlich organisierten Beamten überhaupt eine derartige verbandsintern wirksame Solidaritätspflicht gegenüber den gewerkschaftsangehörigen Arbeitnehmern geben kann, da der Beamte von Verfassung und Gesetzes wegen „in einen besonderen Pflichtenkreis eingebunden“ ist³³. Dies kann jedoch auf sich beruhen, da für den Beamten auch bei Bestehen einer solchen (subjektiven) Verpflichtung deren Vernachlässigung jedenfalls keine Verletzung der (objektiven) Rechtsordnung bedeutet. Die Über-

²⁷ Bericht des Bundesdisziplinaranwalts, aaO (FN 3), S. 184; *Claussen*, aaO (FN 10), Einl. C 33 m.w.Nachw.

²⁸ Zu diesem zentralen Vorwurf der oben in FN 1 genannten Autoren vgl. unten B.

²⁹ S. den Bericht des Bundesdisziplinaranwalts, aaO (FN 3), S. 184. Dagegen wollte *L. Richter*, aaO (FN 2), JW 1925, 185, in der Leistung von Streikarbeit einen Verstoß gegen die Beamtenpflicht zu achtbarem Verhalten gem. § 10 RBeamtG sehen, ein Ansatz, der mit Recht von den heutigen Gegnern einer Beamtenstreikarbeit (bisher) für die entsprechende Bestimmung des § 54 Satz 3 BBG nicht aufgegriffen wurde. Er setzt voraus, daß die Vorstellungen der Arbeitnehmer der gesetzgeberischen Gestaltung der Beamtenpflichten Grenzen ziehen können; für eine solche Schranke der gesetzgeberischen Freiheit ist dem Grundgesetz nichts zu entnehmen.

³⁰ Vgl. *Carl Hermann Ule*, Streik und Polizei, 1972, S. 25f.; *Hyung-Bae Kim*, Das Streikpostenstehen als rechtmäßiges oder rechtswidriges Verhalten gegenüber dem bestreikten Arbeitgeber, 1969, S. 59 m.w.Nachw.; *Franz Weber*, Der Streikposten. Diss. Würzburg 1959, S. 47; in Bezug auf die Befolgung eines Streikbeschlusses BSozGE 19, 230 (234); *Hans Carl Nipperdey/Franz Jürgen Säcker*, Kollektives Arbeitsrecht, Band 2, 2. Halbband 1970, in: *Alfred Hueck/Hans Carl Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., S. 895.

³¹ BGH, NJW 1978, 990 (991).

³² *Ule*, aaO (FN 30), S. 26; *Kim*, aaO (FN 30); *F. Weber*, aaO (FN 30), S. 47f.

³³ Vgl. der Bericht des Bundesdisziplinaranwalts, aaO (FN 3), S. 184; näher zum Konflikt von Solidaritätsgebot und Beamtenpflichten unten A III 3 und B I 1 d und 2 b. – Zu dem besonderen Pflichtenkreis des Beamten allgemein s. etwa *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1977, § 11 IV 3, S. 280ff., m.Nachw.; *Scheerbarth/Höffken*, aaO (FN 12), S. 119ff.; *Battis*, aaO (FN 5), § 2 Anm. 2 b m.w.Nachw. sowie die Regelung der einzelnen Beamtenpflichten in den §§ 52 ff. BBG.

tragung von Streikarbeit verlangt von Beamten daher keine Rechtsverletzung.

2. Doch könnte die durch den Einsatz bei Streikarbeit geforderte Vernachlässigung der Solidarität mit den streikenden Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes für den Beamten **unzumutbar** sein.

a) Im **Arbeitsrecht** wird eine Verpflichtung des nicht am Streik beteiligten Arbeitnehmers zur Leistung „direkter“ Streikarbeit allgemein abgelehnt³⁴. „Der Fall der direkten Streikarbeit ist dann gegeben, wenn von einem Arbeitnehmer Verrichtungen gefordert werden, die bisher von den Streikenden erledigt wurden und die lediglich wegen des Streiks ihm, in dessen bisherigen Arbeitskreis sie an sich nicht fallen, übertragen werden“³⁵. Über die Ersatzfunktion der verlangten Arbeit für die

³⁴ BAG, AP Nr. 3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; wohl ebenso schon RAGE 10, 47 (53); offengelassen in RAGE 3, 69 (73); abweichend RAGE 4, 332 (336f.). Aus dem Schrifttum vgl. *Nipperdey/Säcker*, aaO (FN 30), S. 948; *Alfred Hueck*, 1. Band 1963, von: *Alfred Hueck/Hans Carl Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., S. 203f.; *Arthur Nikisch*, Arbeitsrecht, I. Band, 3. Aufl. 1961, S. 286f.; ebda, II. Band, 2. Aufl. 1959, S. 167; ders., Gutachten, Streik und Arbeitnehmer, BB 1952, 721; *Walter Kaskell/Hermann Dersch*, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 1957, S. 137; *Klaus Adomeit*, in: *Peter Hanau/Klaus Adomeit*, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 1981, S. 85; *Wolfgang Zöllner*, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1979, S. 111, 313; *Hans Dieter Schmid*, Grundzüge des Arbeitsrechts, 1981, S. 50f.; *Ulrich Luhmann*, Arbeitsrecht, 1977, S. 74; *Altheim*, aaO (FN 1), ZBR 1974, 373f.; *Paul Oertmann*, Deutsches Arbeitsrecht, 1923, S. 118f.; *Ruprecht Großmann*, Arbeitsrecht, 1966, S. 45; *Friedrich Schneider/Ruprecht Großmann*, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 1980, S. 78; *W. Herschel*, Arbeitsrecht, 87.-90. Tausend, 1980, S. 92; ders., Anm. zum Urteil des ArbG Wuppertal vom 24.11.1959, BB 1960, 443 (444); *Wolfgang Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, 1979, S. 182; *Hans Brox/Bernd Rütters*, Arbeitskampfrecht, 1965, S. 231; *Joachim Steinert*, Notstands- und Streikarbeit bei Arbeitskämpfen, Diss. Köln 1968, S. 206ff.; *Adalbert-Christian Hoffknecht*, Die leitenden Angestellten im Koalitions- und Kampfrecht, 1975, S. 122ff.; *Gerhard Lauschke*, Die Notarbeiten im Arbeitskampf, Diss. Köln 1967, S. 5; *Heinz Schell*, Notdienstarbeiten im Streik, BB 1969, 1179 (1181); *Gerhard Boldt*, Streik und Aussperrung nach deutschem Recht, in: Streik und Aussperrung, 1961, S. 79 (120f.); *Kim*, aaO (FN 30), S. 57; *Franz-Josef Schükri*, Das Recht der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst, 1979, S. 116; *Bernd Rütters*, Solidaritätsprinzip und Vertragstreue im Arbeitskampf, ZfA 1972, 403 (411ff.); nicht ganz klar *Franz Siebrecht*, Das Recht im Arbeitskampf, 3. Aufl. 1964, S. 97f.; anders offenbar *Udo Kammann/Peter G. Meisel*, Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, 3. Aufl. 1979, S. 458. Zur Entwicklung von Rechtslehre und Rechtsprechung zur Streikarbeit seit der Jahrhundertwende vgl. *Helmut Fischer*, Das Problem der Arbeitnehmersolidarität im Arbeitsrecht, Diss. Hamburg 1963, S. 3 ff. m.w.Nachw.

³⁵ So die Definition des *Bundesarbeitsgerichts*, aaO, übereinstimmend *Hueck*; auch *Kaskell/Dersch*, *H.-D. Schmid*, *Luhmann*, alle aaO (FN 34). Abweichend die Begriffsbestimmung etwa bei *Rütters*, aaO (FN 34), ZfA 1972, 405f.; dem folgend *Hugo Seiter*, Arbeitskampfparrität und Übermaßverbot, 1979, S. 32, im Hinblick auf Erledigung bestreikter Arbeiten in Drittunternehmen im Gegensatz zur üblichen auf das bestreikte Unternehmen begrenzten Betrachtungsweise; gegen diese *Rütters*, aaO (FN 34), S. 420.

ausgefallenen Leistungen anderer Arbeitnehmer hinaus wird die Verneinung der Arbeitspflicht damit davon abhängig gemacht, daß die Arbeit „an sich nicht“ in den „bisherigen Arbeitskreis“ des betroffenen Arbeitnehmers fällt.

Die Bedeutung dieses zusätzlichen Kriteriums, das nur vereinzelt ganz abgelehnt wird³⁶, ist nicht abschließend geklärt. Während überwiegend darauf abgestellt wird, ob die verlangte Arbeit der vereinbarten Stellung des Arbeitnehmers entspricht³⁷, für die in erster Linie besondere Vereinbarungen³⁸, im übrigen die Verkehrssitte in Verbindung mit Treu und Glauben, insbesondere auch die betriebliche Übung maßgebend sein sollen³⁹, knüpfen andere daran an, ob die geforderten Tätigkeiten „außerhalb der bisher tatsächlich erbrachten oder für die Zukunft real vorgesehenen Arbeitsleistungen, also außerhalb des ‚faktischen status quo‘“, liegen, auch wenn sie noch vom Umfang der vertraglichen Arbeitspflicht umfaßt sind⁴⁰. Zur Begründung wird darauf abgehoben, daß dem Arbeitnehmer nicht zuzumuten sei, „den Streikenden in den Rücken zu fallen“⁴¹.

Nach A. Hueck besteht für den Arbeitnehmer eine „Pflichtenkollision“ zwischen der „Solidaritätspflicht gegenüber den Mitarbeitern und der Arbeitspflicht gegenüber dem Arbeitgeber“. „Die Gerechtigkeit verlang(t), daß beide Pflichten berücksichtigt werden, mag auch die Solidaritätspflicht keine eigentliche Rechtspflicht, sondern nur eine moralische Pflicht sein“⁴².

³⁶ So offenbar Däubler, aaO (FN 34), mit zum Teil unzutreffenden Nachweisen; unerwähnt bleibt das Merkmal auch bei Großmann/Schneider, aaO (FN 34).

³⁷ Vgl. schon RAG 10, 47 (52f.); auch LAG Kiel, DB 1975, 165 (166) sowie im Schrifttum Oertmann, aaO (FN 34); Nikisch, aaO (FN 34), Bd. I, S 287; ders., BB 1952, 721 m.w.Nachw.; Nipperdey/Säcker, aaO (FN 30), S. 948; Brox/Rüthers, aaO (FN 34); Siebrecht, aaO (FN 34); Altheim, aaO (FN 1); Steinert, aaO (FN 34), S. 105, 107; Hoffknecht, aaO (FN 34), S. 122f.; Kim, aaO (FN 30); Schell, aaO (FN 34); auch Hueck, aaO (FN 34), S. 204f. zu FN 22.

³⁸ Nikisch, aaO (FN 34), Bd. I, S. 285; s. auch BAG, DB 1956, 114: Bei genauer Bestimmung des Tätigkeitsbereichs eines Arbeitnehmers im öffentlichen Dienst (hier: Chefarzt einer bestimmten Krankenhausabteilung) durch den Arbeitsvertrag bedeutet jede Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes eine – einseitig nicht mögliche – Änderung des Arbeitsvertrages.

³⁹ Nikisch, aaO (FN 34), Bd. I, S. 287; ähnlich schon Ph. Lotmar, Streikbruch und Streikarbeit, ArbR 1915, 265 (273f.).

⁴⁰ So Rüthers, aaO (FN 34), S. 420, 422; Herschel, aaO (FN 34), BB 1960, 444; unter unzutreffender Berufung auf Kaskell/Dersch; wohl auch Zöllner, aaO (FN 34), S. 111; nicht eindeutig Hanau/Adomeit, aaO (FN 34).

⁴¹ So das BAG, aaO (FN 34); auch Hueck, aaO (FN 34), S. 203; Nipperdey/Säcker, Nikisch, Bd. I; Hanau-Adomeit; Schmidt; Altheim, S. 274; Steinert, S. 106; Brox/Rüthers; Däubler, alle aaO (FN 34). Unzumutbarkeit nimmt auch der BGH, NJW 1978, 990 (991) an.

⁴² AaO (FN 34), S. 203; auch Steinert, aaO (FN 34), S. 105. Von einer „Pflicht der Solidarität“ spricht auch das BAG, aaO (FN 34).

Nipperdey/Säcker stellen auf die „besonders in einem Betrieb unter den Arbeitnehmern bestehende Solidarität“ ab⁴³.

Nikisch lehnt die Pflicht zur Streikarbeit ab, „weil ihre Übernahme in den Kreisen des Arbeitslebens als unmoralisch empfunden würde“⁴⁴.

Kaskell/Dersch sehen den Arbeitnehmer als nicht zu direkten Streikarbeiten verpflichtet an, „weil dies von den Mitarbeitern als gegen die guten Sitten verstoßend empfunden wird“⁴⁵.

Nach der vom Bundesarbeitsgericht im übrigen ausdrücklich offengelassenen Auffassung des Schrifttums soll ausnahmsweise eine **Verpflichtung zur Streikarbeit** bestehen, „wenn überwiegende Interessen der Allgemeinheit oder die Gefahr einer Vernichtung oder unverhältnismäßigen Schädigung des Betriebes bei Unterbleiben der Streikarbeit die Rücksicht auf den Solidaritätsgedanken zurücktreten lassen“⁴⁶.

Weiterhin wird eine Verpflichtung bei rechtswidrigen Streiks⁴⁷ sowie dann, wenn die Übernahme von Streikarbeit vertraglich vereinbart ist⁴⁸, angenommen.

b) Für diese im Ergebnis durchaus präzisen arbeitsrechtlichen Grundsätze zur Übernahme von Streikarbeit fehlt es entsprechend der besonderen Natur des weithin nicht-kodifizierten Arbeitskämpfrechts aber an einer positiv-gesetzlichen Grundlage; sie sind durch **gesetzesver-**

⁴³ AaO (FN 34). So wohl auch *Schmid*, aaO (FN 34), S. 50; *Luhmann*, aaO (FN 34); *Brox/Rüthers*, aaO (FN 34). Demgegenüber lehnt das LAG Kiel, DB 1957, 165 (166), eine Streikarbeitspflicht der Angestellten ab, während es zugleich die Solidarität zwischen diesen und den streikenden Arbeitnehmern als „mit den soziologischen Gegebenheiten in unvereinbarem Widerspruch“ verneint.

⁴⁴ AaO (FN 34), Bd. I, S. 287. Auf den Widerspruch zu „den in den Arbeitnehmerkreisen herrschenden Anschauungen“ weist auch *Hueck*, aaO (FN 34), S. 204, hin; *Boldt*, aaO (FN 34), greift auf die „in den Arbeitnehmerkreisen herrschende Auffassung von der Solidarität der Arbeitnehmer zurück“.

⁴⁵ AaO (FN 34). Ähnlich auch *H. Fischer*, aaO (FN 34), S. 98f., der (im Rahmen der herrschenden Meinung) den Grund für die Nichtverpflichtung zur Streikarbeit in dem Schutz des Arbeitnehmers vor dem Unmut seiner Kollegen sehen will; er selbst betrachtet die Verweigerung der Streikarbeit als Teil der allgemeinen Streikhandlung, versagt dann auch konsequent den Anspruch auf Weiterbeschäftigung im Rahmen der bisherigen Aufgaben.

⁴⁶ *Hueck*, aaO (FN 34), S. 204 FN 23; ebenso *Nikisch*, aaO (FN 34), Bd. I, S. 287; *Steinert*, aaO (FN 34), S. 108 f.; *Boldt*, aaO (FN 34), S. 121. Nur den Fall der Not(stands)arbeiten zur Betriebserhaltung erwähnen *Nipperdey/Säcker*; *Adomeit*; *Zöllner*, S. 111, unklar S. 313; *H. D. Schmidt*, jeweils aaO (FN 34).

⁴⁷ *Oertmann*, aaO (FN 34), S. 119; ebenso *Steinert*, aaO (FN 34), S. 109f.; ablehnend demgegenüber *Hueck*, aaO (FN 34), S. 204 FN 23; auch *Däubler*, aaO (FN 34), unter irreführender Berufung auf das BAG. Dieses erklärt im Gegenteil den Gesichtspunkt der Solidarität im Falle eines rechtswidrigen Streiks für unbeachtlich, AP Nr. 41 zu Art. 9 Arbeitskampf, Bl. 841.

⁴⁸ *Hueck*, aaO (FN 34), S. 203; *Boldt*, aaO (FN 34), S. 121; auch *Zöllner*, aaO (FN 34), S. 111 (für den Fall der Neueinstellung).

retendes Richterrecht geschaffen⁴⁹. Daran ändert sich nichts dadurch, daß das Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung vom 7. August 1972⁵⁰ nunmehr in § 11 Abs. 5 ausdrücklich die Verpflichtung des Leiharbeitnehmers ausschließt, „bei einem Entleiher tätig zu sein, soweit dieser durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffen ist.“ Denn bei dieser Regelung handelt es sich um ein eng begrenztes Spezialgesetz zum Inhalt von Leiharbeitsverhältnissen, das den Ausschluß von Streikarbeit zudem abweichend von den allgemeinen Vorschriften regelt, namentlich ohne Rücksicht auf die Verschiedenheit von bisheriger Tätigkeit und Streikarbeit oder auf die Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfes⁵¹.

Ähnliches gilt für die frühere Regelung in § 90 Abs. 2 Nr. 3 des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 16. Juli 1927⁵², die im Rahmen der Voraussetzungen für die Leistung von Arbeitslosenunterstützung es als „berechtigten Grund“ für die Weigerung, eine Arbeit anzunehmen oder anzutreten, ansah, wenn „die Arbeit durch Ausstand oder Aussperrung frei geworden“ war – eine Rücksichtnahme auf die Auffassungen zur Solidarität unter Arbeitnehmern⁵³, die auch im Rahmen des Begriffs „wichtiger Grund“ des heutigen § 119 Abs. 1 des Arbeitsförderungsgesetzes vom 25. Juni 1969⁵⁴ Beachtung findet⁵⁵.

Trotz solcher Anhaltspunkte für eine Berücksichtigung der Solidaritätsempfindungen von Arbeitnehmern im gesetzten Recht bleiben die dargelegten Rechtsprechungsgrundsätze zur Begrenzung der Streikarbeitspflicht Richterrecht.

Dieses Richterrecht ist nur in sehr gelockerter Form „aus bestehenden Rechtsmaßstäben“⁵⁶ hergeleitet. Das belegen die oben wiedergegebenen Begründungsvarianten, die auf „moralische Pflichten“, die „bestehende Solidarität“ und die „Empfindungen“ der Beteiligten in bezug auf Moral und gute Sitten abstellen⁵⁷, also sämtlich auf außerrechtliche Maßstäbe. Eine Orientierung an der „Gerechtigkeit“⁵⁸ allein vermag die

⁴⁹ S. dazu nur *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, 1980, § 37 II 2 e δ, S. 585 f. m.Nachw., sowie noch *Thilo Ramm*, Die richterliche Gewalt in der deutschen Arbeitsverfassung, in: *Arbeitsleben und Rechtspflege*. Festschrift für Gebhard Müller, 1981, S. 369ff.

⁵⁰ BGBl. I, S. 1393, zuletzt geändert mit Gesetz vom 15.12.1981, BGBl. I, S. 1390.

⁵¹ Vgl. *Vielhaber*, Erläuterung zu § 11 Absatz 5, in: *Das Deutsche Bundesrecht*, 481. Lieferung März 1982, VD 22 S. 19.

⁵² RGBl. I, S. 187.

⁵³ Vgl. *Sophia Albers*, Die Unterstützung der Arbeitnehmer bei Arbeitskämpfen nach dem Bundessozialhilfegesetz, Diss. Köln 1968, S. 186; *Klaus Kreuzer*, Die Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit, 1975, S. 127 jeweils m.w.Nachw.

⁵⁴ BGBl. I, S. 582, zuletzt geändert mit Gesetz vom 22.12.1981, BGBl. I, S. 1497.

⁵⁵ Vgl. *Kreuzer*, aaO (FN 53).

⁵⁶ *Stern*, aaO (FN 49), S. 586.

⁵⁷ S. oben zu FN 42-45.

⁵⁸ S. oben zu FN 42.

Ableitung aus Rechtsmaßstäben gleichfalls kaum hinreichend zu belegen, zumal ja auch die Dezision des Gesetzgebers stets an der Gerechtigkeit zu orientierten ist⁵⁹.

3. *Altheim* hat nun die **Übertragung** der richterrechtlichen Grundsätze zur Streikarbeit im Arbeitsrecht **auf das Beamtenverhältnis** befürwortet: Diese sei möglich, da die Beamten ebenfalls „Arbeitnehmer“ seien, und auch geboten, da zwischen ihnen und ihrem Dienstherrn ein gleicher oder ähnlicher Interessengegensatz wie zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern ansonsten bestehe⁶⁰. Dieser Argumentation kann jedoch nicht zugestimmt werden; sie ist methodisch unhaltbar (a) und in der Sache nicht überzeugend (b-d).

a) Schon die Übertragung der Rechtsgrundsätze des privaten Arbeitsrechts auf das öffentlich-rechtliche Beamtenrecht ist nicht so selbstverständlich zulässig wie es von *Altheim* angenommen wird. Ausgeschlossen ist die Anknüpfung an privatrechtliche Rechtsnormen im öffentlichen Recht zwar nicht; sie ist jedoch nur subsidiär möglich, wenn sich aus dem Bereich des öffentlichen Rechts keine einschlägigen Rechtsnormen ergeben⁶¹. Da das Beamtenrecht, wie dargelegt, sowohl hinsichtlich der Dienstpflicht und ihres Umfanges in Sondersituationen als auch in bezug auf etwaige Begrenzungen dieser Pflicht mit Rücksicht auf persönliche Belange des Beamten **eigene Regelungen** kennt, scheidet eine Übertragung der arbeitsrechtlichen Grundsätze von vornherein aus⁶². Ihr steht zudem entgegen, daß es sich bei den arbeitsrechtlichen Grundsätzen um gesetzvertretendes **Richterrecht** handelt, das aufgrund gesetzgeberischer Untätigkeit in einem bestimmten Sozialbereich von den zur Rechtsschutzgewährung verpflichteten Gerichten, die insofern Funktionen des Gesetzgebers ersatzweise erfüllen müssen und dürfen⁶³, geschaffen wurde. Die den Gerichten dabei im Rahmen ihrer Bindung an die Wertungen, die ihnen die Rechtsordnung im allgemeinen, insbesondere die Verfassungsordnung, an die Hand gibt, zukommende Gestaltungsfreiheit ist auf den jeweils vom Gesetzgeber **vernachlässigten**

⁵⁹ Vgl. BVerfGE 52, 131 (144f.); sowie *Stern*, aaO (FN 33), § 20 IV 4 a S. 629ff. m.Nachw.

⁶⁰ AaO (FN 1), ZBR 1974, 374ff. Ähnlich früher schon *L. Richter*, aaO (FN 2), JW 1925, 184f. Gegen *Altheim* vgl. bereits *Leisner*, aaO (FN 2), ZBR 1975, 69 (71). – Für eine dem Arbeitsrecht entsprechende Unzumutbarkeit der mit der Streikarbeit verbundenen „Solidaritäts- und Kollegialitätskonflikte“ auch *Bieback*, aaO (FN 1), S. 42, und bzgl. der „spezifische(n) Konfliktsituation zwischen Loyalität und Kollegialität“ *H.-P. Schneider*, aaO (FN 1), S. 30.

⁶¹ Dies gilt unabhängig von dem Streit darüber, ob die Anknüpfung an Grundsätze des Privatrechts im Wege der Analogie erfolgt oder ob es sich um die Anwendung mit dem Privatrecht inhaltsgleicher ungeschriebener Regeln des Verwaltungsrechts handelt, vgl. dazu etwa *Lutz Eckert*, Leistungsstörungen im verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnis, DVBl. 1962, 11 (14) m.w.Nachw.

⁶² Zweifelnd bereits *L. Richter*, aaO (FN 2), JW 1925, 185

⁶³ *S. Stern*, aaO (FN 49), Bd. II, § 37 II 23 e δ, S. 585.

Sozialbereich begrenzt. Der Vorrang des Gesetzes vor allen anderen staatlichen Willensäußerungen erfordert, daß die Rechtsprechung sich in erster Linie an dem vom berufenen Gesetzgeber geschaffenen Gesetz orientiert⁶⁴. Soweit gesetzliche Regelungen bestehen, ist für die Anwendung eines extra legem geschaffenen Richterrechts kein Raum: Die richterliche Rechtsfindung hat prinzipiell intra legem zu erfolgen (Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG)⁶⁵. Fehlt im Rahmen eines geregelten Rechtsbereiches – planwidrig – eine Regelung, hat die gesetzesnähere Bildung von gesetzeskonkurrierendem Gesetzesrecht – praeter legem – durch Lückenfüllung und Rechtsfortbildung zu erfolgen⁶⁶.

b) Sachlich ist bei der Übertragung zunächst zu beanstanden, daß von den verschiedenen Begründungsvarianten für die arbeitsrechtlichen Grundsätze **eine** bestimmte – offenbar besonders gut geeignet erscheinende – **ohne weitere Begründung herausgegriffen** wird, nämlich die der „Interessenkollision“. Gemeint ist damit die Kollision zwischen der Arbeitspflicht und dem Solidaritätsgebot⁶⁷. Die Begründungsversuche aus der „bestehenden Solidarität“ und aus den in den betroffenen Kreisen „herrschenden Anschauungen“ werden dagegen schlichtweg ignoriert. Damit erübrigt sich die Frage, ob die im Bereich der Arbeitnehmerschaft historisch gewachsene Solidarität⁶⁸ bei der Beamtenschaft in gleicher Weise festzustellen ist und ob dort dieselben Anschauungen herrschen. Diese Frage läßt sich jedoch schwerlich ohne weiteres bejahen⁶⁹. Die bisherigen streikähnlichen Aktionen von Beamten⁷⁰ und gewisse Annäherungen der dienstrechtlichen Stellung von Beamten und öffent-

⁶⁴ Vgl. sehr kritisch *Heinz Meilicke*, Das Bundesarbeitsgericht, Selbsternannter Sondergesetzgeber zu Lasten der Arbeitgeber, 1981.

⁶⁵ Vgl. sehr pointiert gerade in Bezug auf das Arbeitskampfrecht in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts *Henner Wolter*, Arbeitskampfrecht – Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung – AuR 1979, 333 (341).

⁶⁶ *Stern*, aaO (FN 49), Bd. II, § 37 II 2 e δ, S. 584f.

⁶⁷ *Altheim*, aaO (FN 1), S. 374.

⁶⁸ Vgl. näher zur historischen Entwicklung des Solidaritätsbegriffs als eines Begriffs der Arbeiterbewegung *Heide M. Pfarr/Michael Kittner*, Solidarität im Arbeitsrecht, RdA 1974, 284 (287ff.), die daraus schlußfolgern: „Solidarität ist damit im eigentlichen Sinne nur möglich unter Arbeitnehmern“.

⁶⁹ Vgl. gegenüber einem Mißbrauch des Solidaritätsbegriffs unabhängig von „den historischen Erfahrungen der abhängig Beschäftigten“ aus gewerkschaftlicher Sicht *Carl-Heinz Evers*, Solidarität und Demokratisierung – ein interdependenter Lernprozeß, in: *Gewerkschaftliche Politik: Reform aus Solidarität*, Zum 60. Geburtstag von Heinz O. Vetter, 1977, S. 414ff.

⁷⁰ Wie insbes. der „Dienst nach Vorschrift“, vgl. *Stern*, aaO (FN 59), Bd. I, § 11 IV 3 a β, S. 283 m. Nachw.

lichen Arbeitnehmern⁷¹ allein tragen eine derartige Aussage jedenfalls nicht. Es bleibt bloße Behauptung, wenn *L. Richter*⁷² meint: „Für die sittliche Beurteilung der Streikbrecherdienste durch die beteiligten Volkskreise, insbesondere die Streikenden selbst macht es kaum einen Unterschied, ob sie von Arbeitern oder Angestellten, oder ob sie von **Beamten geleistet** werden“⁷³.

c) Bei dem gewählten Ansatz hätte ferner die Geltung des Solidaritätsgebotes für die Beamten besonders begründet werden müssen. Der einschlägige Versuch *Altheims* muß als gescheitert angesehen werden.

Schon logisch ist seine Argumentation unstimmtig: Zunächst führt er aus, „eine Solidarität zwischen Beamten und den übrigen Arbeitnehmern (könne) **nur** vorliegen, wenn sich im Verhältnis der Beamten zu ihrem Dienstherrn ein gleicher oder ähnlicher Interessengegensatz wie zwischen Arbeitgebern und privaten Arbeitnehmern feststellen läßt“⁷⁴. Später schließt er aus dem festgestellten Interessengegensatz auf die Geltung des Solidaritätsgebotes⁷⁵. Damit macht er aus der notwendigen Bedingung unversehens eine hinreichende. Die Frage nach der Legitimation eines Solidaritätsgebotes gerade auch im Beamtenrecht stellt sich dann nicht mehr.

Die Bemühungen *Altheims*, einen vergleichbaren Interessengegensatz wie zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern auch im Beamtenverhältnis darzulegen, sind aber auch **in der Sache erfolglos**. Die bloße Gegenüberstellung des Interesses der Beamten an möglichst günstiger Besoldung und des Bestrebens des Dienstherrn, die Personalausgaben möglichst niedrig zu halten, genügt nämlich keineswegs⁷⁶. Zwar ist hier ein Interessengegensatz durchaus zu erkennen, doch bleiben zu viele **Besonderheiten** des Beamtenverhältnisses **unberücksichtigt**.

Auf der Seite des Dienstherrn **fehlt** namentlich das für die Privatwirtschaft **typische Ziel**, einen möglichst **hohen Gewinn** zu erzielen. Zudem fehlt es – anders als dort – an der Notwendigkeit, die Beamtenbesoldung aus den Erträgen des Unternehmens zu finanzieren. Damit erklärt sich

⁷¹ S. dazu etwa *Jörg Jung*, Die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes, 1971, S. 181ff.; *Ferdinand Matthey*, Zur Rechtsangleichung bei Beamten und Angestellten im öffentlichen Dienst, 1971; insbesondere im Hinblick auf die Gehaltsentwicklung *Evelyn Traeger*, Beamtenbesoldung und Angestelltenvergütung, Diss. Heidelberg 1974. Insgesamt auch *Walter Rudolf*, Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart, VVDStRL Heft 37 (1979), S. 175 (193 mit FN 106) m.w.Nachw.; *Frido Wagener*, ebda, S. 215 (222ff.) m.w.Nachw.

⁷² AaO (FN 2), JW 1925, 185.

⁷³ Hervorhebung im Original.

⁷⁴ AaO (FN 1), ZBR 1974, 376. (Hervorhebung im Original).

⁷⁵ Ebda.

⁷⁶ Eine Entsprechung hierzu gibt es auch im Arbeitsrecht, wenn dort jedenfalls die Arbeitgeberfunktionen ausübenden leitenden Angestellten nicht zur Solidargemeinschaft der Arbeitnehmer gezählt werden; vgl. *Hoffknecht*, aaO (FN 34), S. 101f., 125, obschon auch sie hinsichtlich der Verbesserungen ihrer Konditionen in einem Interessengegensatz zum Arbeitgeber stehen.

das Interesse des Dienstherrn an niedrigen Personalausgaben nicht aus partikularen Gewinninteressen, sondern aus dem Bestreben, die **Belastung der Allgemeinheit** durch die Kosten der Beamtenbesoldung **in Grenzen** zu halten.

Auf der Seite des Beamten geht es anders als in der Privatwirtschaft **nicht** darum, durch die höhere Bezahlung an den durch die Arbeit in dem Unternehmen geschaffenen **Werten teilzuhaben**. Denn die Tätigkeit des Beamten ist in aller Regel nicht auf wirtschaftliche Vorteile für den Dienstherrn gerichtet. Außerdem ist der Beamte durch eine Besoldungserhöhung nicht ausschließlich begünstigt. Als **steuerzahlender Staatsbürger** wird er durch jede Verbesserung der Beamtenbezüge zugleich **auch belastet**.

Die Bewertung der Interessenlage als gleich kann somit nicht überzeugen; sie ist in der Argumentation *Altheims* um wesentliche Aspekte⁷⁷ verkürzt und in maßgeblichen Punkten unvollständig. Fragwürdig sind weiterhin die **Schlussfolgerungen**, die *Alheim* aus der vermeintlichen Parallelität der Interessengegensätze im Beamtenverhältnis und im Arbeitsverhältnis der Privatwirtschaft ableiten will. Hierzu behauptet er, „gemeinsame Interessen ... und damit die Voraussetzung für solidarisches Verhalten bestehen gerade in besonderem Maße bei einem Arbeitskampf der nicht beamteten Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes“. Zur Begründung verweist er auf die „ständige Praxis ... , den Beamten eine von den übrigen Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes ausgehandelte oder erstrittene Verbesserung der Arbeitsbedingungen ebenfalls“ zu gewähren⁷⁸.

Die ausschließliche Orientierung an den Ergebnissen der Besoldungspolitik vernachlässigt einen entscheidenden Unterschied der Ausgangssituation von Beamten und Arbeitnehmern in ihrem Streben nach Einkommensverbesserungen. Während diese auf die – notfalls kampfwise – Herbeiführung einer Vereinbarung über höhere Löhne mit dem öffentlichen Arbeitgeber angewiesen sind, steht jenen kraft Verfassung ein grundrechtsähnliches Recht auf Gewährung angemessener Besoldung zu, das notfalls vor dem Bundesverfassungsgericht durchsetzbar ist⁷⁹. Dieses Recht mag als Indiz für einen Interessengegensatz von

⁷⁷ Deren Berechtigung *Alheim*, aaO (FN 1), ZBR 1974, 376, selbst grundsätzlich einräumt.

⁷⁸ Ebd.

⁷⁹ Vgl. insbes. BVerfGE 44, 249 (263ff.); 52, 303 (327); 53, 257 (307); 55, 372 (383f.); 56, 146 (160); 56, 175 (181); 56 353 (361). Kritisch demgegenüber etwa *Christoph Müller*, Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, Funktionen – Privilegien – Ideologien, in: *Wolfgang Däubler/Gudrun Küsel* (Hrsg.), Verfassungsgericht und Politik, 1979, S. 85 (91ff.), der aber die „wirkungsvollste Weise“ der Entschädigung der Beamten für den Ausschluß aus der Tarifautonomie betont, ebda., S. 95. Vgl. auch *Schinkel*, aaO (FN 1), S. 33, der den „Interessenwiderstreit, wie er sonst natürlicherweise zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber besteht, beim Beamten in der Fürsorgepflicht des Dienstherrn aufgehoben“ sieht.

Dienstherrn und Beamten angesehen werden⁸⁰; es stellt aber zugleich eine **rechtlich geordnete Auflösung dieses Interessengegensatzes** dar. Dieser verschwindet dadurch zwar nicht, da mit der angemessenen Besoldung noch nicht jede etwa gewünschte Erhöhung derselben garantiert ist⁸¹, er erhält aber eine spezifische Ausformung gegenüber den ausschließlich auf rechtlich nicht präjudizierte Vereinbarungen angewiesenen Arbeitnehmern. Gerade in der Stärkung ihrer Verhandlungsposition für diese Vereinbarungen findet aber die Solidarität der Arbeitnehmer notwendigerweise ihren Sinn; sie sind auf sie zur Durchsetzung ihrer Forderungen zwingend angewiesen⁸². Für den Beamten kann dies wegen des **Rechts** auf amtsangemessene Besoldung nicht angenommen werden, mag er auch mittelbar (und u.U. über seinen Rechtsanspruch hinaus) von den Tarifverträgen im öffentlichen Dienst profitieren.

d) Ebenso wie die Behauptung einer arbeitnehmergleichen Solidaritätspflicht unbewiesen bleibt, erfolgt die **Gleichsetzung von Arbeitspflicht und Dienstpflicht ohne überzeugende Gründe**. Mag das Arbeitsrecht wie das Beamtenrecht eine Treuepflicht kennen und auch eine der beamtenrechtlichen Hingabepflicht entsprechende Verpflichtung zu gesteigerter Arbeitsleistung vorsehen, so ist ihm doch die für das Beamtenverhältnis grundlegende Pflicht, „dem ganzen Volk zu dienen“ und „auf das Wohl der Allgemeinheit Bedacht zu nehmen“ (§ 52 Abs. 1 BBG) fremd. Die **Gemeinwohlorientierung** der Dienstpflicht ist Spezifikum gegenüber der Arbeitspflicht⁸³. Für die Abwägung mit dem Solidaritätsgebot ist diese Besonderheit von wesentlicher Bedeutung: Die Arbeitspflicht besteht gegenüber dem Gegner, mit dem die solidarisch zu erkämpfende Vereinbarung abzuschließen ist; sie steht somit in ausgeprägtem Gegensatz zu dem Solidaritätsgebot, das sich gegenüber eben diesem Gegner zu bewähren hat. Die beamtenrechtliche Pflicht zur Wahrung des Gemeinwohls begünstigt dagegen nicht den Dienstherrn als Gegenspieler in der Besoldungsfrage, sondern die auf die Leistung der Beamten angewiesene Allgemeinheit.

Im übrigen hat die Pflicht zur Wahrung des Gemeinwohls insgesamt ein ganz anderes Gewicht als die Pflicht zur Förderung der privaten Interessen des Arbeitgebers. Das zeigt schon die Berücksichtigung der überwiegenden Interessen der Allgemeinheit als Begrenzung des Vorrangs der Solidarität sogar bei arbeitsrechtlichen Streiks.

Den Vorrang des Gemeinwohls vor irgendwelchen Partikularinteressen belegt zudem das gleichfalls aus § 52 Abs. 1 BBG zu entnehmende **Neutralitätsgebot**, das eine Bindung des Beamten aufgrund von Gruppenzugehörigkeit, insbesondere zu **Parteien**, aber **auch zu Gewerkschaften**

⁸⁰ So *Altheim*, aaO (FN 1), ZBR 1974, 376.

⁸¹ Vgl. nur die vom BVerfG zuletzt in E 55, 372 (392) bejahte Möglichkeit, Bezüge für die Zukunft herabzusetzen.

⁸² Vgl. zum Merkmal des Angewiesenseins auf die solidarische Einheit *Pfarr/Küttner*, aaO (FN 68), RdA 1974, 288, 289.

⁸³ Vgl. nur *Battis*, aaO (FN 5), § 52 Anm. 2 m.w.Nachw.

ten ausschließt⁸⁴ und keinen Raum für ein mit der Loyalität zum Dienstherrn konkurrierendes⁸⁵ Solidaritätsgebot läßt⁸⁶. Die mittelbare Eigenbegünstigung des Beamten durch eine Orientierung der Besoldungsgesetzgebung an den Tarifabschlüssen des öffentlichen Dienstes ändert hieran schon wegen der Pflicht zur **uneigennütigen Amtswaltung** gem. § 54 Satz 2 BBG⁸⁷ nichts, die in engem Zusammenhang mit der Verpflichtung zur Neutralität nach § 52 Abs. 1 BBG steht⁸⁸.

4. Diese allgemein für das Beamtenrecht entwickelten Überlegungen werden durch einen **Vergleich mit der Spezialvorschrift des § 21 Bundesbahngesetz (BbG) bestätigt**. Nach dieser Bestimmung ist es zulässig, „einen Bundesbahnbeamten vorübergehend auf einem anderen Dienstposten von geringerer Bewertung ... (zu) verwenden, wenn betriebliche Gründe es erfordern“. Durch diese Vorschrift wird der Einsatz von Bundesbahnbeamten auf geringerwertigen Posten aus jedem Grunde des Gesamtbetriebes der Deutschen Bundesbahn ermöglicht. Dazu gehören auch Gründe wirtschaftlicher Art, namentlich solche der Personalwirtschaft⁸⁹.

Diese Bestimmung ist auf dem historischen Hintergrund zu sehen, daß sich das Recht der Eisenbahnbeamten unabhängig vom allgemeinen Beamtenrecht als Teil des Eisenbahnrechts entwickelt hat. Dieses aber war stets stärker an „kaufmännischen Gesichtspunkten“ orientiert⁹⁰.

Auch heute ist die Deutsche Bundesbahn „– wie insbesondere in den §§ 4 und 28 BbG zum Ausdruck kommt – ein Wirtschaftsunternehmen, das mit dem Ziel bester Verkehrsbedienung nach kaufmännischen Grundsätzen zu führen ist. § 21 BbG dient dazu, diesem weitgehend

⁸⁴ Ule, aaO (FN 6), § 35 BRRG Rdnr. 2; Schütz, aaO (FN 2), § 55 Rdnr. 3; Joachim Baltes, Die Neutralität des Berufsbeamten, 1973, S. 38; ebenso für „Interessenverbände“ allgemein Renate Schindler-Fiedler, Die Treuepflicht des Beamten und die freiheitliche Demokratie, Diss. München 1979, S. 137.

⁸⁵ Zu dem Verständnis der Neutralitätspflicht als Loyalitätspflicht Schindler-Fiedler, aaO (FN 84), S. 107ff. m.w.Nachw.; vgl. auch Günter Püttner, Zur Neutralitätspflicht der Beamten, in: Öffentlicher Dienst, Festschrift für Carl Hermann Ule, 1977, S. 383 (387ff.).

⁸⁶ Vgl. Leisner, aaO (FN 2), ZBR 1975, 69 (75): Stellt ein Beamter seine „Gewerkschaftsüberzeugung über die Staatsinteressen“ liegt „ein klassischer Fall der Pflichtwidrigkeit“ vor; s. auch ebda, S. 71: „Wenn Beamte nicht streiken dürfen, gibt es für sie auch keine Solidaritätsverpflichtung mit Streikenden“.

⁸⁷ Vgl. zu dieser Pflicht als Argument gegen den Beamtenstreik Josef Isensee, Beamtenstreik, 1970, S. 46f.

⁸⁸ Wiedow, aaO (FN 5), § 54 Rdnr. 3; Battis, aaO (FN 5), § 54 Anm. 3; Schütz, aaO (FN 2), § 57 Rdnr. 4 m.w.Nachw.

⁸⁹ BVerwG ZBR 1979, 306 (309); Barlage, aaO (FN 12), ZBR 1978, 353; Hans Joachim Finger, Eisenbahngesetze, 6. Aufl. 1970, § 21 Erl. 1a, 2 g; für eine weite Auslegung auch Hufnagel, Erläuterung zu § 21 BbG, in: Das Deutsche Bundesrecht. Stand 481. Lieferung März 1982, VI B 20, S. 43.

⁹⁰ Vgl. eingehend Barlage, aaO (FN 12), ZBR 1978, 351f.; auch das BVerwG, aaO (FN 89), S. 307f. stellt maßgeblich auf die historische Entwicklung ab.

technisch organisierten Unternehmen die im übrigen Beamtendienstrecht nicht im gleichen Maße erforderliche Elastizität zu geben“⁹¹. Die Schaffung einer Sonderregelung wegen der gesetzlich verordneten unternehmenswirtschaftlichen Faktoren im Bahnbetrieb belegt die nach allgemeinen beamtenrechtlichen Grundsätzen bereits bestehende Möglichkeit, Beamte einzusetzen, wenn betriebliche Gründe es aufgrund unvorhergesehener Ereignisse, zu denen neben Not- und Katastrophenfällen auch Streiks gehören, erfordern⁹².

IV. Bestehen mithin gegen einen Beamteneinsatz im Falle eines Streiks der Tarifkräfte der Deutschen Bundespost keine prinzipiellen Einwände aus dem einfachen Gesetzesrecht, so sind für die **praktische Handhabung** des Einsatzes einige Gesichtspunkte zu beachten.

1. Sowohl bei der Anordnung von Mehrarbeit als auch bei der Zuweisung anderer dienstlicher Aufgaben handelt es sich um Entscheidungen, die der Dienstherr im Rahmen seiner Organisations-⁹³ und Personalgewalt⁹⁴ nach pflichtgemäßem **Ermessen** zu treffen hat. Dies ist in Rechtsprechung und Literatur unstrittig. Dieses hierbei eingeräumte Ermessen ist zwar, wie ebenfalls unbestritten ist, weit gesteckt, aber es ist nicht unbegrenzt⁹⁵. Die Ermessensausübung hat unter vernünftiger und billiger **Abwägung aller Interessen** zu erfolgen⁹⁶, zu denen neben den dienstlichen Notwendigkeiten auch die den betroffenen Beamten persönlich

⁹¹ Ebda, S. 307.

⁹² Ausdrücklich BVerwG, aaO (FN 89), ZBR 1979, 308: „Anderenfalls hätte es der Regelung des § 21 BbG nicht bedurft, weil dies bereits nach allgemeinem Beamtendienstrecht zulässig ist“; auch *Barlage*, aaO (FN 12), ZBR 1958, 352 m.N.

⁹³ Zu ihr allgemein *Stern*, aaO (FN 49), Bd. II, § 41 IV 10 e α, S. 793f.

⁹⁴ Zu ihr allgemein *Helmut Lecheler*, Die Personalgewalt öffentlicher Dienstherren, 1977.

⁹⁵ Für die Anordnung von Mehrarbeit *Bieback*, aaO (FN 1), S. 41; vorausgesetzt auch bei *Oskar Georg Fischbach*, Bundesbeamtengesetz, 1. Halbband, 3. Aufl. 1964, § 72 Anm. II vor a („Bei solchen Maßnahmen sollen die Vorgesetzten in allen Dienststellen bemüht sein, zur Erhaltung der Arbeitsfreude und der Gesundheit ihrer Mitarbeiter diese nicht über Gebühr im Dienst festzuhalten“). Nur scheinbar a. A. *Ule*, aaO (FN 6), § 44 BRRG Rdnr. 1, der sich lediglich gegen eine ganz im Ermessen des Dienstherrn stehende Ermächtigung wendet. Für die Umsetzung vgl. BVerwG, aaO (FN 11) sowie *Battis*, aaO (FN 5), § 26 Anm. 6 m. w. Nachw.; *Bieback*, aaO (FN 1), S. 41; *Feindt*, aaO (FN 12), DÖD 1972, 188f.; *Günther*, aaO (FN 11), ZBR 1978, 85; *Schwerdtner*, aaO (FN 12), DÖV 1981, 109; *Wolff/Bachof*, aaO (FN 12), § 112 III a 2, S. 516; auch *H.-P. Schneider*, aaO (FN 1), S. 29, weist auf den insoweit angenommenen besonders weiten Ermessensspielraum hin; zu § 21 BbG s. auch BVerwG, ZBR 1979, 306, 308); *Barlage*, aaO (FN 12), ZBR 1978, 356.

⁹⁶ Vgl. BDHE 6, 92 (93f.), wo allerdings der Begriff des Ermessens nicht ausdrücklich erwähnt ist.

angehenden Belange gehören⁹⁷. Da diese Abwägung grundsätzlich fallbezogen zu erfolgen hat, ist sie einer Generalisierung schwer zugänglich. Dennoch sollen an Hand der Rechtsprechung einige Kriterien für die Ermessenswahrung angeführt werden. Namentlich für Umsetzungen ist eine eingehende **Kasuistik** denkbarer Ermessensfehler entwickelt⁹⁸, die zumeist auf der Nichtberücksichtigung besonderer Umstände bei dem einzelnen umgesetzten Beamten beruhen. Derartige Umstände sind auch bei einem streikbedingten Sondereinsatz von Beamten zu beachten.

2. a) Ein Beispiel für die Berücksichtigung **persönlicher Verhältnisse** des betroffenen Beamten bietet im vorliegenden Zusammenhang der bereits eingangs zitierte Beschluß des Oberverwaltungsgerichts Hamburg vom 23. November 1980. Dort wird gegenüber der Deutschen Bundespost klargestellt, daß sie den Beamten wegen seiner fehlenden Praxis mit Fahrzeugen der Klasse II im Rahmen der Zuweisung von Streikarbeit nicht zum Führen solcher Fahrzeuge einteilen darf. Auch sonst wird zu beachten sein, daß ein Beamter nur zu den Tätigkeiten eingesetzt werden darf, die ausüben er persönlich in der Lage ist. Das führt zu Rücksichtnahmen etwa bei Schwerbeschädigten.

b) Außerdem ist bei der Abwägung der verschiedenen Belange die **Wichtigkeit der wahrzunehmenden öffentlichen Aufgabe** zu berücksichtigen⁹⁹. Steht diese in keinem Verhältnis zu der sich aus der Mehrarbeit oder Umsetzung für den einzelnen Beamten ergebenden persönlichen Belastung, kann eine entsprechende Anweisung ermessensfehlerhaft sein. Vorstellbar ist dies etwa, wenn sich der geplante Einsatz des Beamten lediglich auf eine prompte Beförderung von Drucksachen bezieht. Alle übrigen Dienste der Post im Beförderungs-, Fernmelde-, Postbanksektor sind von so hoher Bedeutsamkeit für die Allgemeinheit, daß ihre ständige und pünktliche Erfüllung sichergestellt sein muß.

c) Verallgemeinern läßt sich auch eine vom **Bundesverwaltungsgericht** im Rahmen der Prüfung des § 21 BbG angestellte Erwägung. Danach ist zu prüfen, ob die wahrzunehmende Tätigkeit gerade von einem Beam-

⁹⁷ Vgl. für die Umsetzung OVG Münster, ZBR 1978, 66; im Rahmen des § 21 BbG auch BVerwG, ZBR 1979, 306 (308); *Feindt*, aaO (FN 12), DöD 1972, 188ff.; *Günther*, aaO (FN 11), ZBR 1978, 85 m.w.Nachw.; für die Mehrarbeit vgl. *Fischbach*, aaO (FN 95), § 72 Anm. 5 m.Nachw.

⁹⁸ Vgl. die Zusammenstellungen bei *Battis*, aaO (FN 5), § 26 Anm. 6; *Feindt*, aaO (FN 12), DöD 1972, 188ff.; *Günther*, aaO (FN 11), ZBR 1978, 85 jeweils m.w.Nachw.

⁹⁹ Siehe hierzu für die Mehrarbeit schon oben zu FN 8. Dabei ist von der grundsätzlichen Orientierung an optimaler Erfüllung der Verwaltungsaufgaben auszugehen, vgl. *Rudolf*, aaO (FN 71), VVDStRL Heft 37 (1979), S. 204f., die gerade auch in Krisenzeiten und bei Streiks Aufgabe der Regierung ist, vgl. BVerwG, ZBR 1979, 306 (307), jeweils in bezug auf die Handhabung des Art. 33 Abs. 4 GG.

ten einer bestimmten gehobenen Laufbahngruppe ausgeübt werden muß und ob sie nicht von anderen Mitarbeitern wahrgenommen werden kann¹⁰⁰. Hinter dieser Überlegung steht der Grundsatz der Erforderlichkeit in der Form der Verpflichtung zur Wahl des am wenigsten eingreifenden Mittels: Das Ziel, eine unterwertige Tätigkeit eines Beamten möglichst zu vermeiden¹⁰¹, führt zu der Notwendigkeit, **vorrangig** solche Beamte bei streikbedingt unerledigten Arbeiten einzusetzen, deren Vorbildung und Dienststellung die anfallenden Tätigkeiten entsprechen.

d) Versucht man diese Überlegungen vorsichtig zu generalisieren, so läßt sich resümieren: Ungeachtet der grundsätzlichen Zulässigkeit des Einsatzes von Beamten zur Streikarbeit erfordert das Gebot fehlerfreier Ermessensausübung eine alle Umstände des Einzelfalles berücksichtigende Abwägung der jeweiligen Anordnungen. In Anbetracht der jedenfalls von der Deutschen Bundespost wahrgenommenen Gemeinwohlaufgaben, die für die „Sicherung des öffentlichen Lebens“ (§ 4 Nr. 2 BBG) von elementarer Bedeutung sind, wird ein Beamteneinsatz im Falle eines Streiks der Tarifkräfte nur bei Vorliegen ganz besonderer Umstände nicht einer pflichtgemäßen Ermessensausübung des Dienstherrn entsprechen.

Zwischenergebnis:

1. Nach geltenden Beamtengesetzen ist der Beamte verpflichtet, auf Grund eines Streiks ausfallende Arbeitleistungen im Rahmen seiner Verpflichtung zur Mehrarbeit zu übernehmen.

2. Solche Tätigkeiten können ihm auch anstelle seiner regelmäßigen Aufgaben zugewiesen werden, und zwar auch dann, wenn es sich um sog. unterwertige Tätigkeiten handelt.

3. Diese Dienstpflichten werden durch eine Berufung auf die Solidarität des Beamten mit streikenden Arbeitnehmern nicht eingeschränkt. Die Übernahme der entsprechenden arbeitsrechtlichen Grundsätze in das Beamtensrecht scheidet aus methodischen und sachlichen Gründen aus.

4. Die praktische Handhabung des Ermessens bei der Entscheidung über die Anordnung von Mehrarbeit oder der Übertragung anderer Ar-

¹⁰⁰ BVerwG, ZBR 1979, 306 (308); ähnlich *Barlage*, aaO (FN 12), ZBR 1978, 356, der fordert, daß „die Belastungen aus ‚unterwertiger‘ Verwendung möglichst auf eine größere Anzahl von Mitarbeitern ... verteilt werden sollten“.

¹⁰¹ Vgl. ebda, wonach zunächst eine Verwendung in der Laufbahn oder der Laufbahngruppe des Beamten, erst dann eine in der nächst niedrigeren Laufbahngruppe und erst mangels sinnvoller Verwendung im Beamtendienst eine im Arbeiter- und Angestelltendienst zulässig sein soll.

beiten muß alle Umstände des Einzelfalles berücksichtigen. Die bei der Ermessensbetätigung gebotene Abwägung fällt bei der Deutschen Bundespost – angesichts der von ihr zu erfüllenden Gemeinwohlaufgaben – in der Regel zu Gunsten des Beamteneinsatzes aus.

B. Die Aussagen des Verfassungsrechts

Das aus dem einfachen Recht gewonnene Auslegungsergebnis ist nunmehr am Maßstab des Verfassungsrechts zu überprüfen. Dabei gilt es vor allem, auf die Einwände einzugehen, die von einigen Autoren¹⁰² gegen die Rechtmäßigkeit des Einsatzes von Beamten vorgetragen werden. Sie rügen insbesondere einen Verstoß gegen den Art. 9 Abs. 3 GG¹⁰³, eine Verletzung der Fürsorgepflicht des Staates gegenüber seinen Beamten unter Berufung auf Art. 33 Abs. 4 GG und eine Vernachlässigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums gem. Art. 33 Abs. 5 GG¹⁰⁴. Die Verpflichtung eines Beamten zur Streikarbeit ist schließlich sogar als „mensenunwürdig“ bezeichnet worden¹⁰⁵.

Kategorisiert man die erhobenen Rügen, so geht es um die Frage der Vereinbarkeit des Beamteneinsatzes mit Grundgesetzbestimmungen, die teils zugunsten der betroffenen Beamten (I.), teils der streikberechtigten Arbeitnehmer (II.) und teils der beteiligten Gewerkschaften (III.) eingreifen könnten.

I. Der Beamte, an den die Anordnung, Streikarbeit zu leisten, gerichtet ist, könnte in seinen Grundrechten der Koalitionsfreiheit (1.), der Gewissensfreiheit (2.), der Menschenwürde (3.) und in seinem Recht auf Fürsorge seines Dienstherrn (4.) sowie in einer sonstigen Rechtsposition aufgrund hergebrachter Grundsätze des Berufsbeamtentums (5.) beeinträchtigt sein.

1. Bestandteil der in Art. 9 Abs. 3 GG in erster Linie als Freiheitsrecht gewährleisteten **Koalitionsfreiheit** „sind die Gründungs- und Beitrittsfreiheit, die Freiheit des Austritts und des Fernbleibens sowie der Schutz der Koalition als solcher (BVerfGE 4, 96 (101f.); 19, 303 (312, 319); 28, 295 (304)) und ihr Recht, durch spezifisch koalitionsmäßige Betätigung die in Art. 9 Abs. 3 GG genannten Zwecke zu verfolgen (BVerfGE 19, 303 (312) m.w.Nachw.; 28, 295 (304))“¹⁰⁶.

„Art. 9 Abs. 3 GG sichert aber auch dem Einzelnen das Recht, an der spezifischen Tätigkeit der Koalition in dem Bereich teilzunehmen, der für die Koalition verfassungsrechtlich geschützt ist (vgl. BVerfGE 17,

¹⁰² S. oben FN 1.

¹⁰³ Schinkel, Umdruck, S. 39f.; Ritter, Umdruck, S. 6ff.; H.-P. Schneider, S. 11ff.; Menkens, S. 39ff.; G. Müller, S. 33ff.; Bieback, S. 17ff.; Kötter, AuR 1981, 300; DBG-Bundesbeamtenausschuß, Thesenpapier Nr. 5, alle aaO (FN 1).

¹⁰⁴ So namentlich H.-P. Schneider, aaO (FN 1), S. 22ff.

¹⁰⁵ DGB-Bundesbeamtenausschuß, Thesenpapier Nr. 3, aaO (FN 1).

¹⁰⁶ BVerfGE 50, 290 (367); ebenso E 57, 220 (245).

319 (333) und *Wengler*, Die Kampfmaßnahmen im Arbeitsrecht, 1960, S. 47f. sowie § 91 BBG)¹⁰⁷.

„Das für jedermann und für alle Berufe gewährleistete Grundrecht der Koalitionsfreiheit steht auch den Beamten zu (vgl. § 91 BBG)“¹⁰⁸.

a) Ein Element spezifischer Koalitionsbetätigung ist der **Arbeitskampf**, auf Seiten der Gewerkschaft insbesondere der Streik.

aa) Die früher umstrittene Frage der **verfassungsrechtlichen Absicherung** des Streikrechts¹⁰⁹ kann spätestens seit dem jüngsten Grundsatzurteil des **Bundesarbeitsgerichts** zur Zulässigkeit der Aussperrung als für die Praxis geklärt angesehen werden. In ihm führt das Gericht aus:

„Heute besteht Einigkeit darüber, daß das Streikrecht einen notwendigen Bestandteil der freiheitlichen Kampf- und Ausgleichsordnung darstellt, die durch Art. 9 Abs. 3 GG im Kern gewährleistet ist“¹¹⁰.

Das Bundesverfassungsgericht hatte bereits früher ausgesprochen, „daß ... der Arbeitskampf oder wenigstens seine Möglichkeit von entscheidender Bedeutung dafür sein kann, daß überhaupt ein Tarifvertrag zustandekommt“, und darauf hingewiesen, daß „auch hinter einer ... friedlichen Übereinkunft kampfwilliger Koalitionen ... letztlich in der Regel doch die Drohung mit dem Arbeitskampf“ stehe¹¹¹. Damit erkannte es den Arbeitskampf als grundsätzliche Voraussetzung für das „sinnvolle Funktionieren der Tarifautonomie“ an¹¹², die ihrerseits durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet ist¹¹³.

Zuletzt stellte das **Bundesverfassungsgericht** freilich zurückhaltender fest:

„Art. 9 Abs. 3 GG verbürgt verfassungskräftig gewerkschaftliche Betätigung nur insoweit, als diese für die Erhaltung und Sicherung der Existenz der Koalition als unerlässlich betrachtet werden muß (BVerfGE 17, 319 (333); 28, 295 (304))“¹¹⁴. Diese Feststellung erfolgte ohne aus-

¹⁰⁷ BVerfGE 19, 303 (312); bestätigt in E 28, 295 (304); 38, 281 (303); 44, 322 (351f.); 51, 77 (87f.); auch E 57, 220 (245).

¹⁰⁸ BVerfGE 19, 303 (322); BVerwGE 59, 48(54) und allg. Meinung, vgl. *Rupert Scholz*, in: *Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz*, Grundgesetz, Stand September 1981, Art. 9 Rdnr. 178 m.w.Nachw.; *Ingo v. Münch*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 1981, Art. 9 Rdnr. 56 m.w.Nachw.

¹⁰⁹ Vgl. dazu die Übersicht bei *Josef Isensee*, Beamtenstreik, aaO (FN 87), S. 19ff. m.w.Nachw. sowie noch *Thomas Blanke/Dieter Sterzel*, Beamtenstreik, 1980, S. 76f. m.w.Nachw.

¹¹⁰ BAG, NJW 1980, 1642 (1644) m.w.Nachw. Siehe aber noch *Hans F. Zacher*, Richterrecht für Verbände, in: *Verwaltung im Dienst von Wirtschaft und Gesellschaft*, Festschrift Ludwig Fröhler, 1980, S. 509 (520), für den die Frage „bis heute ... umstritten“ ist; *Peter J. Tettinger*, Zur Verfassungswidrigkeit des Lehrerstreiks, ZBR 1981, 357 (359).

¹¹¹ BVerfGE 18, 18 (30).

¹¹² Ebda.

¹¹³ BVerfGE 50, 290 (369) m.w.Nachw.

¹¹⁴ BVerfGE 57, 220 (246).

drückliche Berücksichtigung der Tarifautonomie- und Arbeitskampfproblematik. Die in bezug genommenen älteren Entscheidungen enthalten zudem keine entsprechende abschließende Umschreibung des „verfassungskräftig verbürgten“ Inhalts des Art. 9 Abs. 3 GG¹¹⁵. Es ist indessen nicht anzunehmen, daß sich das Bundesverfassungsgericht ganz beiläufig und ohne jede Begründung zu seiner bisherigen Judikatur und der ganz überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Lehre in Widerspruch setzen wollte. Gleichwohl dürfte ein gewisser Vorbehalt für die mit besonderer Aufmerksamkeit zu verfolgende zukünftige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Instrumente des Arbeitskampfes anzubringen sein. Dies sollte trotz der Erwähnung dieses Instituts in Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG ratsam sein¹¹⁶.

bb) Die Verpflichtung zur Leistung von Streikarbeit kann den **Schutzbereich dieser Streikrechtsgewährleistung berühren.**

Nach der – nicht abschließenden – Begriffsbestimmung durch den Grundsatzbeschluß des Großen Senats des **Bundesarbeitsgerichts** vom 28.1.1955 ist Streik „die gemeinsame und planmäßig durchgeführte Arbeitseinstellung durch eine größere Anzahl von Arbeitnehmern zu einem bestimmten Kampfziel“¹¹⁷. Die Arbeitseinstellung muß nach ihrem Gegenstand nicht umfassend sein; auch eine Verweigerung lediglich bestimmter Tätigkeiten bei im übrigen bestehender Arbeitsbereitschaft stellt einen Streik dar¹¹⁸. Voraussetzung ist allerdings, daß es sich um die „Vorenthaltung einer nach den individualrechtlichen Regeln an sich zu erbringenden Arbeitsleistung“ handelt¹¹⁹. Nach den allgemeinen arbeitsrechtlichen Regeln stellt die Verweigerung von – individualrechtlich nicht geschuldeter – Streikarbeit daher keinen Streik dar¹²⁰.

Soweit aber eine Verpflichtung zur Streikarbeit, etwa aufgrund besonderer Vereinbarung¹²¹ oder kraft Rechtssatzes besteht, kommt die Einstellung dieser Arbeit durchaus als Gegenstand eines Streiks infra-

¹¹⁵ S. aber schon *Walter Leisner*, Verfassungskonflikt zwischen Kirchen und Gewerkschaften, BayVBl. 1980, 321 (328) zu BVerfGE 28, 295 (304).

¹¹⁶ Zur Bedeutung der Einfügung dieses Satzes vgl. *Stern*, aaO (FN 49), Bd. II, § 52 VII 5a, S. 1351 f. m.w.Nachw.; v. *Münch*, aaO (FN 108), Art. 9 Rdnr. 58 m.w.Nachw.

¹¹⁷ BAG 1, 292 (303f.).

¹¹⁸ ArbG Wuppertal, BB 1960, 443; *Nipperdey-Säcker*, aaO (FN 30), S. 892f.; *Großmann*, aaO (FN 34), S. 130.

¹¹⁹ *Zöllner*, aaO (FN 34), S. 286; *Schneider/Großmann*, aaO (FN 34), S. 244 Tz. 471.

¹²⁰ Vgl. auch *Rüthers*, aaO (FN 34), ZfA 1972, 403 (430f.), der den Streik mangels Regelungsmöglichkeit im Bereich von Rechtsfragen ausschließt; anders *Paul Bobrowski/Dieter Gaul*, Das Arbeitsrecht im Betrieb, Band II, 7. Aufl. 1979, H II Rdnrn. 32, 33, S. 140; zum Ausschluß des Arbeitskampfes zur Austragung von Rechtsstreitigkeiten allgemein *Seiter*, Streikrecht, aaO (FN 2), S. 496ff. m.w.Nachw.

¹²¹ S. oben zu FN 46.

ge¹²². Die verfassungsrechtliche Streikrechtsgarantie kann freilich nur eingreifen, wenn die Nichtleistung der Streikarbeit den sonstigen Anforderungen an einen Streik entspricht, nicht dagegen im Hinblick auf eine bloße individuelle Ablehnung der Übernahme solcher Tätigkeiten.

cc) Damit ist die Frage der **Zulässigkeit eines Beamtenstreiks** aufgeworfen. **Bundesverfassungsgericht**¹²³, **Bundesverwaltungsgericht**¹²⁴, **Bundesgerichtshof**¹²⁵ und **Bundesarbeitsgericht**¹²⁶ sind sich in der **Ablehnung** der Geltung eines Streikrechts für Beamte mit der Rechtsprechung der Instanzgerichte¹²⁷ und der ganz überwiegenden Auffassung im Schrifttum einig¹²⁸.

α) Die Begründung des **Bundesverfassungsgerichts** stützt sich auf den durch Art. 33 Abs. 5 GG verfassungskräftig garantierten „allgemeinen Grundsatz des Berufsbeamtentums, daß die angemessene Alimentierung summenmäßig nicht ‚erstritten‘ und ‚vereinbart‘ wird, sondern ein-

¹²² Diese Möglichkeit übersieht offenbar *H.-P. Schneider*, aaO, S. 14, wenn er die Koalitionsfreiheit „schon als solche durch die Anordnung von Streikarbeiten nur mittelbar berührt“ sieht.

¹²³ BVerfGE 8, 1 (17); 44, 249 (264).

¹²⁴ BVerwGE 53, 330 (331); 63, 158 (161); NJW 1980, 1809; JZ 1981, 220 (221).

¹²⁵ Schon BGH, NJW 1953, 1064 (1066) und BGHZ 69, 128 (140); 70, 277 (279) m.Nachw. (die Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil scheiterte bereits am Dreierausschuß des BVerfG, NJW 1980, 169); 76, 387 (393) m.w.Nachw.

¹²⁶ BAGE 12, 184 (194).

¹²⁷ Z.B. VG Münster, DÖD 1972, 157 (158); OLG Celle, VkBl. 1974, 166 (167); DisH beim OVG Bremen, DuR 1973, 427 (428) mit Anm. von *Wolfgang Däubler*; OVG Münster, OVGE 29, 179 (181); BDiszG NJW 1975, 1905f.; OLG Köln, NJW 1976, 295f. m.w.Nachw.; Hess. VGH, DVBl. 1977, 737 (739); w.Nachw. bei *Isensee*, aaO (FN 87), S. 14 FN 7 am Ende. Tendenziell abweichend der Kostenbeschluß des VG Braunschweig, abgedruckt bei *Blanke/Sterzel*, aaO (FN 109), S. 145f.

¹²⁸ Vgl. die Nachw. bei *Stern*, aaO (FN 33), Bd. I, § 11 IV 4 a β, S. 283; für das ältere Schrifttum vgl. *Isensee*, aaO (FN 87), S. 13f. Aus neuerer Zeit seien genannt als Gegner des Beamtenstreiks *Battis*, aaO (FN 5), § 2 Anm. 2 b; *Hans Joachim Becker*, Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, ZBR 1978, 255 (261); *Clausen*, aaO (FN 10), Einl. (17); *Mühl*, aaO (FN 3), § 54 Rdnr. 7; *Weiß*, aaO (FN 3) J 890 Rdnrn. 25 ff.; *Peter Hamann*, Das Streikverbot für Beamte, Unterrichtsblätter für die Bundeswehrverwaltung, 1980, Heft 2, S. 38 ff.; *Stephan Hase*, Die Rechtswirksamkeit von Tarifverträgen im öffentlichen Dienst, Diss. Mainz 1981, S. 146ff.; *Hans Hattenhauer*, Sollen die Beamten streiken?, ZBR 1980, 233ff.; *Klaus*, Zur Unzulässigkeit des Beamtenstreiks als Mittel des Dienstkampfes, Beamtenwarte Nr. 5/1980, S. 3; *Walter Leisner*, Müssen Lehrer Beamte sein?, ZBR 1980, 361 (369) m.w.Nachw., insbes. zum Lehrerstreik; *Erich Lindgen*, Gelten noch die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, DÖD 1981, 148, 170 (178); *Manfred Löwisch*, Zulässiger und unzulässiger Arbeitskampf im öffentlichen Dienst, 1980, S. 7; *Ingo v. Münch*, Beamtenrecht und Beamtenpolitik, Bestand und Wandel, ZBR 1981, 157 (159f.); *ders.*, aaO (FN 108), Art. 9 Rdnr. 56; *ders.*, Öffentlicher Dienst, in: *ders.*, (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht,

seitig durch Gesetz festzulegen ist, und daß innerhalb des Beamtenrechts die Zulassung eines Streiks ausgeschlossen ist (vgl. BVerfGE 8, 1 (15 ff.); 8, 28 (35); 19, 303 (322))¹²⁹. Diese Ansicht korrespondiert mit der Auffassung des **Bundesarbeitsgerichts** zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Streikrechts nach Art. 9 Abs. 3 GG, die den Streik als notwendiges Druckmittel für die Wirksamkeit der Tarifautonomie legitimiert¹³⁰. Die Unzulässigkeit des Beamtenstreiks kann auf den Gesichtspunkt des fehlenden tauglichen Streikzieles jedoch dann nicht gestützt werden, wenn der Streik darin besteht, daß die Beamten die Leistung von Streikarbeit anstelle streikender Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes verweigern. Ein solcher Sympathiestreik der Beamten hat nämlich gerade zum Ziel, den von den streikenden Arbeitnehmern erstrebten Tarifvertragsabschluß herbeiführen zu helfen.

Welchen Begrenzungen ein solcher Sympathiearbeitskampf zu unterwerfen wäre, kann hier auf sich beruhen¹³¹.

5. Aufl. 1979, S. 59; *Reinhart Ricker*, Die Zulässigkeit des Streiks in Presse und Rundfunk, NJW 1980, 157 (158); *Walter Rudolf*, aaO (FN 71), VVDStRL Heft 39 (1979), S. 175 (200 FN 142); *Scheerbarth/Höffken*, aaO (FN 12), S. 54, 385; *Renate Schindler-Fiedler*, aaO (FN 84), S. 144ff.; *Hans Schneider*, Der Arbeitskampf im öffentlichen Dienst, in: *Recht des Arbeitskampfes*, 1980, S. 149 (152ff.); *Scholz*, aaO (FN 108), Art. 9 Rdnr. 316; *G. Schwerdtfeger*, Individuelle und kollektive Koalitionsfreiheit, 1981, S. 32, 64; *Tettinger*, aaO (FN 110), ZBR 1981, 357ff.; *Willi Thiele*, Rezension, DVBl. 1981, 842 (843); *ders.*, Die Zulässigkeit von Kampfmaßnahmen in der Wirtschaft und im öffentlichen Dienst, DöD 1978, 189 (190); *Wagner* (FN 71), aaO, VVDStRL Heft 37 (1979), S. 215 (226); *Wiese*, aaO (FN 12), S. 107; *Michael Wollenschläger*, Das Streikrecht im öffentlichen Dienst in der BRD, ZAS 1979, 87 (91ff.). – Auch *Hans-Peter Schneider*, aaO (FN 1), S. 14, will „trotz gewisser theoretischer Zweifel noch von einem absoluten Streikverbot für Beamte ausgehen“. Vom Verbot des Beamtenstreiks geht auch *Menkens*, aaO (FN 1), S. 40, 45 aus. Als Befürworter der Zulässigkeit eines Beamtenstreiks sind zu erwähnen *Thomas Blanke*, Der Beamtenstreik im demokratischen Rechtsstaat, KJ 1980, 237ff.; *Blanke/Sterzel*, aaO (FN 109), insbes. S. 37ff.; *Ulrich Hammer*, Das Tarif- und Streikrecht der Beamten unter besonderer Berücksichtigung des Bildungsbereiches, RdJB 1976, 278ff. Ohne dezidierte eigene Stellungnahme – bei befürwortender Tendenz – *Friedrich E. Schnapp*, Beamtenstreik – eine Zwischenbilanz, in: *Recht der Lehrer, Rechte der Schüler, Rechte der Eltern*, hrsg. von *Knut Nevermann/Ingo Richter*, 1977, S. 76ff.; *ders.*, Beamtenstreik – eine Zwischenbilanz, DÖV 1973, 32ff.

¹²⁹ BVerfGE 44, 249 (264).

¹³⁰ NJW 1980, 1642 (1644); umstritten ist, ob die Streikrechtsgarantie nur im Rahmen der Tarifautonomie besteht, dagegen jetzt *Blanke*, aaO (FN 128), KJ 1980, 252ff.; *Blanke/Sterzel*, aaO (FN 109), S. 87ff. m.Nachw. für die dahingehende Auffassung; dafür etwa noch *Heinz Krejci*, Aussperrung, 1980, S. 42ff.

¹³¹ Vgl. zu den Voraussetzungen eines zulässigen Sympathiestreiks etwa *Volkmar Haupt*, Begriff, Erscheinungsformen, Rechtsnatur und Grenzen der Zulässigkeit des Sympathiestreiks, Diss. Köln 1966, auch *Zöllner*, aaO (FN 34), S. 307f. m.Nachw.; *Seiter*, aaO (FN 2), S. 502ff.; *ders.*, aaO (FN 35), S. 46ff., 51f.; *Hans Hermann Wohlgenuth*, Rechtsfragen des Solidaritätsstreiks, AuR 1980, 33ff. jeweils mit eingehenden Nachweisen.

β) Das Verbot des Beamtenstreiks ist indessen auch außerhalb der Reichweite des Alimentationsprinzips verfassungsrechtlich festgeschrieben. Bereits die soeben zitierte Begründung des **Bundesverfassungsgerichts** nennt den Ausschluß des Streiks nicht als bloße Konsequenz des Prinzips einseitiger gesetzlicher Regelungen der Alimentierung, sondern führt dieses als zusätzliches Element innerhalb der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums an. Damit läßt es zumindest die Möglichkeit einer verselbständigten Begründung des Streikverbots offen.

In eine solche Richtung zielen vor allem **Bundesverwaltungsgericht** und **Bundesgerichtshof**. Sie sehen die Grundlage des Streikverbots in der Hingabe- und Treuepflicht des Beamten als einem hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG¹³². Mit gewichtigen Stimmen im Schrifttum könnte man darüber hinaus den Ausschluß des Streikrechts für Beamte sogar als zu einem eigenständigen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums entwickelt erachten¹³³.

In diese Richtung drängt besonders die historische Interpretation. Schon gegenüber Art. 159 WRV, der dem Art. 9 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 GG inhaltlich entspricht, wurde nämlich an dem „alte(n) Grundsatz des Beamtenrechts, wonach jede eigenmächtige Arbeitseinstellung oder sonstige Dienstverweigerung ein Dienstvergehen darstellt“, festgehalten¹³⁴. Das Verbot des Beamtenstreiks wurde von *Anschütz* als „durchaus herrschende Meinung“ angesehen, die nicht nur von verfassungs- und arbeitsrechtlichen Autoren geteilt wird, sondern vor allem auch von der Reichsregierung, den Landesregierungen und der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe. Dieser Meinungsstand war zu Ausgang der Weimarer Republik gefestigt.

¹³² Z.B. BVerwGE 63, 158 (161); BVerwG, NJW 1980, 1809; BVerwG, JZ 1981, 220 (221); BGHZ 69, 128 (140); ebenso *Stern*, aaO (FN 33), Bd. I, § 11 IV 3a β, S. 283.

¹³³ Vgl. *Isensee*, aaO (FN 87), S. 53ff. m.Nachw.; *Stern*, aaO (FN 33), Bd. I, § 11 II 4 f ζ, S. 271, wo der von *Franz Mayer* im Anschluß an die Arbeiten der Dienstrechtskommission aufgestellte Katalog hergebrachter Grundsätze übernommen ist (darin Nr. 14); entsprechend *Helmut Lecheler*, Die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts, AöR Bd. 103 (1978), S. 349 (354); als eigenen hergebrachten Grundsatz behandelt das Streikverbot auch v. *Münch*, aaO (FN 128), ZBR 1981, S. 157 (159); nicht eindeutig *Schwerdtfeger*, aaO (FN 128), S. 64. Zur Entwicklung etwa *Brigitte Behrendt*, Hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums und Beamtenbesoldung, Diss. Köln 1962, S. 41f. m.Nachw.

¹³⁴ *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 1960, unveränderter Nachdruck der 14. Aufl. 1933, Art. 159 Anm. 5; vgl. auch ebda, Art. 130 Anm. 3 am Ende, sowie Art. 159 Anm. 6 mit Hinweis auf die Verordnung des Reichspräsidenten, betreffend Verbot der Arbeitsniederlegung durch Beamte der Reichsbahn, v. 1. Febr. 1922, RGBl. I, S. 187, in deren § 1 Abs. 1 das Streikverbot ausdrücklich als Inhalt des geltenden Beamtenrechts bezeichnet wird. S.

ferner zur Auffassung der Reichsregierung und der preußischen Landesregierung die im PrVBl. 1919/20, S. 131f., mitgeteilten Äußerungen. RGSt 56. 412ff.; 56. 419 (420ff.); RG. Das Recht 1923, Sp. 32 Nr. 111 und Sp. 274 Nr. 966; RG. JW 1927, 1249; Reichsdisziplinarhof Nr. 6, S. 19 (21), Nr. 24, S. 73 (77ff.) und Nr. 138 b, S. 404/405f., in: *Alfred Schulze-Walter Simons*, Die Rechtsprechung des Reichsdisziplinarhofs, 1926; PrOVGE 78, 448 (452f.) m.w.Nachw.; KG DJZ 1922, Sp. 755; BayObLG, LZ 1922, Sp. 723f. = DJZ 1923, Sp. 56; LG Berlin, JW 1923, 244 (245); gegen ein Streikrecht aus Art. 159 WRV überhaupt BayVGH, JW 1923, 254. Aus dem Schrifttum siehe etwa eingehend *Wilhelm Groh*, Koalitionsrecht, 1923, S. 70ff. m.w.Nachw.; auch *Fritz Stier-Somlo*, Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht I, 1924, S. 467ff.; ferner *Heinrich Daniels*, Pflichten und Rechte der Beamten, § 64 in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Band, 1932, S. 41 (44); *Friedrich Giese*, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 8. Aufl. 1931, Art. 130 Anm. 3; *ders.*, Grundriß des Reichsstaatsrechts, 4. Aufl. 1926, S. 166 zu e); *Julius Hatschek*, Deutsches und preußisches Staatsrecht, 1. Band, 1922, S. 192ff.; *O. Bühler*, Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, 3. Aufl. 1929, Anm. zu Art. 130 und zu Art. 159 (zu 3.); *Axel Freiherr von Freytagh-Loringhoven*, Die Weimarer Verfassung in Lehre und Wirklichkeit, 1924, S. 326f.; *W. Jelinek*, Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder, 1925, S. 117, 119; *Ludwig Gebhard*, Handkommentar zur Verfassung des Deutschen Reichs, 1932, Art. 130 Anm. 5 b; Art. 159 Anm. 4 b; *Fritz Poetsch-Heffter*, Handkommentar der Reichsverfassung, 3. Aufl. 1928, Anm. 3; *A. Brand*, Gesetze über die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, 3. Aufl. 1929, § 14 RBG Anm. 12 m. zahlr. Nachw.; *ders.*, aaO (FN 2), S. 543f. m.w.Nachw.; *ders.*, Art. 128-131, Rechte und Pflichten der Beamten, in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 2. Band 1930, S. 210 (241f.); *Hans Carl Nipperdey*, Art. 159, Koalitionsrecht, ebda, Bd. 3, S. 385 (401, 418 zu FN 87 m. zahlreichen w. Nachw.); *Friedrich Wolfstieg*, Das Beamtenreichsrecht, 1921, S. 86ff. m. zahlreichen w. Nachw.; *O. Bühler*, Arbeitsrecht, I. Teil 1926, S. 80f. (der auf die Möglichkeit kollektiven Ausscheidens aus dem Beamtenverhältnis hinweist); *Hans Klüber*, Die Grundsätze des Beamtenstreiks in der Rechtsprechung des Obergerichtes, VerwArch. Bd. 31 (1926), S. 136 (227ff.) m.w.Nachw. (mit engen Ausnahmen); ähnlich *Walter Riesenbürger*, Die rechtlichen Grundlagen des mittleren und höheren Schulwesens, 2. Aufl. 1927, S. 81ff.; *Damme*, Beamtenstreik und Reichsverfassung, DJZ 1919, Sp. 785ff.; *Lohmeyer*, Über das Streikrecht der Beamten, PrVBl. 1919/20, S. 87ff. (mit Ausnahme des Streiks aus Notwehr); *Korn*, Beamtenstreik, Das Recht 1921, Sp. 66; *Flad*, Streikrecht der Beamten?, Das Recht 1922, Sp. 85ff.; *Kulemann*, Der Eisenbahnstreik im rechtlichen Lichte, DJZ 1922, Sp. 137ff.; *Mehliß*, Beamtenstreik, DJZ 1922, Sp. 408ff.; *Waldemar Moritz*, Beamte, Arbeiter und Streikrecht, PrVBl. 1922/23, 160ff.; *Carl Menne*, Vom Streikrecht der Beamten, PrVBl. 1922/23, 180f.; *Graßhof*, Die Verursacher eines ungesetzlichen Streiks haften für den daraus entstandenen Schaden, LZ 1925, Sp. 250f.; *Walter Kaskel*, Beamtenrecht und Arbeitsrecht, Beamten-Jahrbuch 1926, S. 471 (480ff.). Ebenso schon in einem Gutachten aus dem Jahre 1911 *Robert Piloty*, Streitfragen aus dem Beamtenrechte, AÖR Bd. 33 (1915), S. 12f. – Für die Gegenauffassung vgl. vor allem *Ludwig Bendix*, Das Streikrecht der Beamten, 2. Aufl. 1922 (dazu ablehnend die Besprechung von *Groh*, AÖR Bd. 5 (n.F.) (1923), S. 369ff.); ferner etwa *Scheibig*, Über das Streikrecht der Beamten, PrVBl. 1919/20, S. 168f.; *Aßmann*, Reichsdisziplinargerichte erster Instanz und Beamtenstreik, JW 1922, 997f.; begrenzt auch *Holbeck*, Das Streikrecht der Beamten in Preußen, DJZ 1919, Sp. 396ff.

Angesichts des historisch zweifelsfreien und des dezidierten Standpunkts der gegenwärtigen Rechtsprechung und Literatur zur Unzulässigkeit des Beamtenstreiks genügt es, weitere unterstützende Argumente nur stichpunktartig aufzuzählen. Sie liegen namentlich in den verfassungsrechtlichen Staatsstrukturprinzipien der **Demokratie**, des **Rechtsstaates** und des **Sozialstaates**¹³⁵.

Das Demokratieprinzip wäre unter zwei Aspekten berührt: Es gehört zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums, die Beamtenbesoldung durch Gesetz festzulegen¹³⁶. Im Falle eines Beamtenstreiks wäre die Kompetenz des Gesetzgebers, darüber frei disponieren zu können, angetastet.

Könnten sich Beamte in Form eines Streikes weigern, Gesetze zu vollziehen oder von der Regierung angeordnete Maßnahmen gesetzesfreier Verwaltung durchzuführen, so wäre außerdem die Legitimation und Kontrolle der Staatstätigkeit durch das unmittelbar auf Grund Volkswahl bestimmte Parlament infragegestellt¹³⁷.

Das Rechtsstaatsprinzip ist bei der Verweigerung des Gesetzesvollzugs jedenfalls wegen der Vernachlässigung der Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG)¹³⁸ beeinträchtigt, die zugleich eine Störung des Systems der Gewaltenteilung¹³⁹ bedeutet.

Das Sozialstaatsprinzip wird durch einen Beamtenstreik insofern angetastet, als „der Staat verpflichtet (ist), die für die Allgemeinheit existentiell notwendigen Leistungen bereitzustellen und zu erbringen“. Dies „erfordert das kontinuierliche dienstliche Tätigwerden der Beam-

¹³⁵ *Isensee*, aaO (FN 87), S. 116ff.; dies gilt auch im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Unantastbarkeit des Streikverbots für Beamte, vgl. dazu etwa *Heinrich Wiethé-Körprich*, Verfassungsfeste Elemente der Institution Berufsbeamtentum, Diss. Regensburg 1974, insbes. S. 65 ff., 90ff., 119ff., 141; auch *Isensee*, aaO (FN 87), S. 134; v. *Münch*, aaO (FN 128), ZBR 1981, 157 (159). Zum Zusammenhang des Beamtenstreikverbots mit dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG *Isensee*, aaO (FN 87), S. 73ff. sowie noch unten B II 1 b.

¹³⁶ S. schon oben B I 1 a cc α.

¹³⁷ Zur Wahl als dem „die **demokratische Legitimität** vermittelnde(n) Akt des Anvertrauens“ näher *Stern*, aaO (FN 33), Bd. I, § 18 II 6 a, S. 454 m.w.Nachw. und 6 b β, S. 457. Umfassend für jede Unterbrechung des „Legitimationsstroms ... über die hierarchischen Stufen der Verwaltung zum einzelnen Entscheidungsträger herab“, *Isensee*, aaO (FN 87), S. 120f.; ablehnend *Friedrich E. Schnapp*, Beamtenstatus und Streikrecht, 1972, S. 37.

¹³⁸ Vgl. *Ingo v. Münch*, Rechtsgutachten zur Frage eines Streikrechts der Beamten, 1970, S. 48; *Tettinger*, aaO (FN 110), ZBR 1981, 362; zur strikten Rechtsgebundenheit der vollziehenden Gewalt als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips näher *Stern*, aaO (FN 33), Bd. I, § 20 IV 4 b, S. 633ff. m.w.Nachw.; dieser Gesichtspunkt fällt weitgehend mit der Unterbrechung demokratischer Legitimation zusammen, s. auch v. *Münch*, aaO (FN 128), ZBR 1981, 159; ebenso offenbar *Franz Mayer*, Arbeitskampf im öffentlichen Dienst, BayVBl. 1973, 225 (227f.), der zusätzlich Art. 1 GG heranzieht; dazu vgl. auch *Wiethé-Körprich*, aaO (FN 135), S. 138f.

¹³⁹ S. *Isensee*, aaO (FN 87), S. 122f. (als Aspekt des Demokratieprinzips); ebda, S. 125ff., zu weiteren rechtsstaatlich begründeten Bedenken.

ten“. Deren Ausfall „trifft die sozial schwachen Schichten des Volkes in ungleich höherem Maße als die anderen“¹⁴⁰.

Aufgrund der mehrfachen Begründungselemente kann letztlich dahinstehen, ob sich das Streikverbot für Beamte aus einem oder allen genannten Prinzipien unmittelbar ableiten läßt. In jedem Falle weist die Verbindung der einschlägigen hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums mit den durch das Streikverbot geschützten Staatsstrukturprinzipien dieses Verbot als Bestandteil der geltenden Verfassungsordnung aus. Dem Beamten steht damit kein Streikrecht zu; eine Verletzung des Art. 9 Abs. 3 GG scheidet also insoweit aus.

b) Die Anordnung von Streikarbeit könnte den Beamten jeoch in dem ebenfalls in Art. 9 Abs. 3 GG enthaltenen **Recht, in seiner Koalition zu verbleiben**, verletzen. Sicher bewirkt eine solche Anordnung ebenso wenig wie ihre Befolgung eo ipso den Verlust der Koalitionszugehörigkeit des Beamten. Doch könnte ein solcher im Rahmen eines satzungsmäßig geregelten Ausschlusses des Beamten aus seiner Koalition eintreten. So bestimmt z.B. § 12 Nr. 1 Satz 1 der Satzung der deutschen Postgewerkschaft, gültig ab 25. Oktober 1980:

„Ein Mitglied kann ausgeschlossen werden, wenn es gegen Bestimmungen dieser Satzung verstößt oder sich gewerkschaftsschädigend verhält“. Hierzu ergänzt § 9 Nr. 2 der Satzung:

„Das Mitglied ist verpflichtet,

a) sich gegenüber allen Mitgliedern der Deutschen Postgewerkschaft und der anderen im Deutschen Gewerkschaftsbund zusammengeschlossenen Gewerkschaften kollegial zu verhalten und Solidarität zu üben;

b) die gewerkschaftlichen Bestrebungen zu unterstützen; ...

c) die ordnungsgemäß gefaßten Beschlüsse der Organe der Deutschen Postgewerkschaft zu beachten.“

Die Streikarbeitsanordnung hätte also mittelbar die Beendigung der Koalitionsmitgliedschaft zur Folge.

Grundsätzlich gilt nämlich der **Verstoß gegen die Verbandssolidarität**, der in der Leistung von Streikarbeit durch ein Gewerkschaftsmitglied liegt, als legitimer Grund für einen satzungsmäßig geregelten **Ausschluß** aus einer Koalition¹⁴¹.

Ob dies auch gegenüber der gesetzlichen Verpflichtung zur Leistung von Streikarbeit durchgreifen kann, ist jedoch zweifelhaft. Nach der Rechtsprechung des **Bundesgerichtshofs** findet die „Vereinsgewalt ...

¹⁴⁰ v. Münch, aaO (FN 128), ZBR 1981, 160; ders., Beamtenstreik und Sozialstaatsprinzip, ZBR 1970, 371ff.; Isensee, aaO (FN 87), S. 128ff.; Wiethe-Körprich, aaO (FN 135), S. 119ff.; s. auch Leisner, aaO (FN 115), ZBR 1980, 369, zu den unsozialen Wirkungen eines Lehrerstreiks, m.w.Nachw.; zustimmend Tettinger, aaO (FN 110), ZBR 1981, 363. Ablehnend insbes. Reinhard Hoffmann, Beamtenstreik und Verfassungsverständnis vom Sozialstaat, KJ 1971, 45ff.

¹⁴¹ BGH, NJW 1978, 990 (991); auch das KG, NJW 1977, 720f., erhebt keine grundsätzlichen Einwände; zustimmend Franz Jürgen Säcker/Friedbert Rancke, Verbandsgewalt, Vereinsautonomie und richterliche Inhaltskontrolle, AuR 1981, 1 (13).

nur dort ihre Schranken, wo sie gesetzwidrige, sittenwidrige oder offenbar unbillige Entscheidungen trifft¹⁴². An dieser Schranke sollen namentlich auch Satzungsbestimmungen zu messen sein¹⁴³. Eine Satzungsbestimmung, die Gewerkschaftsmitglieder zu einem gesetzwidrigen Verhalten verpflichtet, ist, wenn schon nicht selbst gesetzwidrig, so doch jedenfalls offenbar unbillig, da sie eine Verpflichtung zu einem rechtlich unmöglichen Verhalten begründet¹⁴⁴. Dies gilt zumindest dann, wenn die gesetzliche Pflicht schon bei dem Beitritt zur Koalition bestand¹⁴⁵. Ein Gewerkschaftsausschluß eines Beamten wegen der Leistung gesetzlich vorgeschriebener Streikarbeit ist daher rechtlich verboten. Art. 9 Abs. 3 GG ist mithin auch unter diesem Blickwinkel nicht verletzt.

c) Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG umfaßt weiterhin möglicherweise das Recht des Koalitionsmitgliedes, nicht zu Tätigkeiten verpflichtet zu werden, die den **Koalitionszielen zuwiderlaufen**.

Ein solches (negatives) Recht läßt sich als Mindestgehalt der Freiheit, an den Koalitionsbetätigungen aktiv teilzunehmen, verstehen: Die Nichtbehinderung der Koalitionstätigkeit ist gleichsam die unterste Stufe, die Grundlage jeder positivfördernden Betätigung. Die Freiheit zur gemeinsamen „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ erscheint danach unvereinbar mit Verpflichtungen, diesen Zielen entgegenzuhandeln. Eine Pflicht zur Streikarbeit schließt für Gewerkschaftsangehörige aber gerade einen Einsatz gegen die Kampfziele ihrer Gewerkschaft in sich. Das könnte durch Art. 9 Abs. 3 GG ausgeschlossen sein.

Die individuelle Ablehnung von Streikarbeit ist zwar nicht als Streik zu qualifizieren. Ihr stehen aber weitgehend dieselben verfassungsrechtlichen Überlegungen entgegen wie dem Beamtenstreik. Dessen Verbot

¹⁴² BGHZ 13, 5 (11); *Stern*; aaO (FN 49), Bd. II, § 43 III 4 b α, S. 923 m.w.Nachw.; zur literarischen Kontroverse um den Umfang der Gerichtskontrolle der Vereinsgewalt vgl. etwa *Gunther Teubner*, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, 1978, S. 317ff. m.w.Nachw. Speziell im Hinblick auf den Ausschluß aus einer Koalition wird verbreitet eine erweiterte Nachprüfung auch hinsichtlich der materiellen Begründung befürwortet, vgl. *Hans Galperin*, Vereinsautonomie und Kontrahierungszwang im Koalitionsrecht, DB 1969, 704 (706) m.Nachw.; zurückhaltender jetzt *Säcker/Rancke*, aaO (FN 141), AuR 1981, 1 ff. m.Nachw.

¹⁴³ v. *Münch*, aaO (FN 108), Art. 9 Rdnr. 46 „Ausschluß“; *ders.*, in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, 1950ff. (BK), Art. 9 (Zweitbearbeitung Juni 1966), Rdnrn. 146; *Stern*, aaO (FN 49), Bd. II, § 43 III 3 b α, S. 923 m.w.Nachw.

¹⁴⁴ Dementsprechend läßt das Kammergericht das Satzungsverbot sog. Streikbrecherarbeit bei einem rechtswidrigen Streik mit Rücksicht auf die Arbeitsverpflichtung nicht eingreifen, NJW 1977, 720 (721); für einen gesetzlichen Spielraum zugunsten der Verbandsautonomie, wie ihn BGHZ 45, 314 (318) gegenüber § 19 Abs. 2 BetrVG anerkennt, ist wegen des zwingenden Charakters der Dienstpflicht kein Raum.

¹⁴⁵ Die Frage, ob die Aufnahme streikarbeitsverpflichteter Beamter in eine Gewerkschaft von dieser abgelehnt werden könnte, bedarf hier keiner Klärung.

ist nicht aus speziellen Bedenken gegen die Nichterledigung der dem Beamten übertragenen Aufgaben im Rahmen eines Streiks zu erklären, sondern aus dem prinzipiellen Ziel der Gewährleistung der Aufgabenerfüllung durch Beamte. Namentlich Hingabe- und Treuepflicht verlangen positiv den Einsatz des Beamten, ohne daß dem Grund einer etwaigen Verweigerung entscheidende Bedeutung zukommt¹⁴⁶.

Diesen Pflichten genügt der Beamte nicht schon durch die Bereitschaft, den **regelmäßigen** Dienst zu leisten, sondern er hat schlechthin zur Wahrnehmung von Dienstaufgaben zur Verfügung zu stehen. Außerdem ist das Neutralitätsgebot zu beachten, das allen Partikularloyalitäten des Beamten entgegensteht¹⁴⁷ und das als Teilinhalt der besonderen Treuepflicht den Verfassungsrang eines hergebrachten Grundsatzes des Berufsbeamtentums besitzt¹⁴⁸.

Demgegenüber verlangt *G. Müller* freilich, „das Loyalitätsverhältnis zugunsten des Gemeinwesens“ dürfe nicht „überstrapaziert“ werden, da das „Loyalitätsverhältnis zur Gewerkschaft, ... wenn auch nicht mit dem Stellenwert wie das Beamtenverhältnis von der Verfassungsordnung her gleichfalls anzuerkennen“ sei¹⁴⁹. Doch setzt er sich damit nicht nur in Widerspruch zur Anerkennung des höheren „Stellenwertes“ der Staatsloyalität, sondern verkennt den Ausschließlichkeitsanspruch dieser Loyalität für die dienstliche Tätigkeit des Beamten. Er übersieht, daß die grundrechtlichen Positionen aus Art. 9 Abs. 3 GG für den Beamten – wie gezeigt – durch andere Verfassungsgrundsätze überlagert sind.

Teilergebnis:

Der Beamte wird somit durch die Verpflichtung, Streikarbeit zu leisten, in keiner der grundrechtlichen Ausprägungen des Art. 9 Abs. 3 GG verletzt.

2. Die Verpflichtung zur Streikarbeit könnte gegen die durch Art. 4 Abs. 1 GG geschützte **Gewissensfreiheit** eines dazu herangezogenen Beamten verstoßen.

a) Mit der wohl h.M. wird angenommen, daß die Gewissensfreiheit des Art. 4 Abs. 1 GG nicht bloß auf das „forum internum“ beschränkt

¹⁴⁶ Wie oben A II 2 gezeigt.

¹⁴⁷ Vgl. bereits oben A III 3 d, m.Nachw.

¹⁴⁸ *Stern*, aaO (FN 33), Bd. 1, § 11 II 4 f ζ, S. 271 unter Nr. 2 (im Anschluß an *Franz Mayer*) m.Nachw.; *Theodor Maunz*, in: *ders./Dürig/Herzog/Scholz*, aaO (FN 108), Art. 33 Rdnrn. 134f.; wohl auch BVerfGE 9, 268 (286); als selbständigen Grundsatz behandelt die „parteilpolitische Neutralität des Beamten“ *Lecheler*, aaO (FN 132), AöR Bd. 103 (1978), S. 354; ebenso *Ferdinand Matthey*, in: *Ingo v. Münch* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 1976, Art. 33 Rdnr. 41. Zurückhaltend *Püttner*, aaO (FN 85), S. 388f.

¹⁴⁹ AaO (FN 1), S. 51.

ist¹⁵⁰, sondern auch die **Freiheit zu gewissensgemäßem Handeln** und – hier einschlägig – **Unterlassen** umfaßt¹⁵¹.

b) Eine Ablehnung von Streikarbeit durch einen Beamten muß auf einer „ernste(n) sittliche(n), d.h. an den Kategorien von ‚Gut‘ und ‚Böse‘ orientierte(n) Entscheidung ... (beruhen), die der einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so daß er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln kann“¹⁵². Dies ist der Fall, wenn er die im Arbeitsrecht anerkannte **Solidaritätspflicht** auf sich bezieht und in der beschriebenen Weise empfindet¹⁵³. Derartige Fälle mögen nicht häufig sein¹⁵⁴, aber auszuschließen sind sie nicht. Gleichwohl kann die Berufung auf eine Gewissensentscheidung nicht die Befolgung einer Streikarbeitsanordnung verhindern; denn die Gewissensfreiheit des Beamten erfährt insoweit Einschränkungen.

aa) Trotz des Fehlens ausdrücklicher Schrankenvorbehalte bei Art. 4 Abs. 1 GG¹⁵⁵ besteht Einigkeit über die Notwendigkeit von **Begrenzung-**

¹⁵⁰ So etwa *Reinhold Zippelius*, in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, 1950ff. (BK), Art. 4 (Zweitbearbeitung Oktober 1966), Rdnr. 41ff., 45 m.w.Nachw.

¹⁵¹ BVerfGE 12, 45 (55); *Richard Bäuml* und *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStRL Heft 28 (1970), Bericht, S. 3 (15f.) und Mitbericht, S. 33 (50ff.) m.w.Nachw. sowie etwa *Roman Herzog*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, aaO (FN 108), Art. 4 Rdnrn. 126ff., 132; *Ekkehart Stein*, Gewissensfreiheit in der Demokratie, 1971, S. 51f.; *Gerd Ulrich Freihalter*, Gewissensfreiheit, 1973, S. 74, 153; *Ernst E. Hirsch*, Zur juristischen Dimension des Gewissens und der Unverletzlichkeit der Gewissensfreiheit des Richters, 1979, S. 119ff.; *Udo Steiner*, Der Grundrechtsschutz der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 I, II GG), JuS 1982, 157 (161f.).

¹⁵² So die Definition des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 12, 45 (55); zustimmend etwa *Herzog*, aaO (FN 151), Art. 4 Rdnr. 124; *Ulfried Hemmrich*, in: Grundgesetz-Kommentar, hrsg. v. *Ingo v. Münch*, 2. Aufl. 1981, Art. 4 Rdnr. 10; grundsätzlich auch *Steiner*, aaO (FN 151), JuS 1982, 157 (161).

¹⁵³ Den Vergleich einer Arbeitsverweigerung aus Solidarität mit einer Gewissensentscheidung zieht *Franz Gamillscheg*, Die Solidarität als Rechtsbegriff, Festschrift für Erich Fechner, 1973, S. 135 (150f.), ausdrücklich.

¹⁵⁴ Vgl. die Betonung der strengen Anforderungen durch das *Bundesverfassungsgericht*, BVerfGE 48, 127 (173) m.Nachw. (für Art. 4 Abs. 3); s. auch die Unterscheidung von „die ganze Persönlichkeit ergreifenden Geboten einerseits und noch so ernsthaften, nachdrücklichen Auffassungen über politische Ordnung und soziale Gerechtigkeit andererseits“, bei *Theo Mayer-Maly*, Das Gewissen und das Arbeitsrecht, in: Arbeitsleben und Rechtspflege, Festschrift für Gerhard Müller, 1981, S. 325 (331f.), bei der das Solidaritätsempfinden in aller Regel der zweiten Kategorie zugehören dürfte; zur eingrenzenden Rechtsprechung s. auch *Steiner*, aaO (FN 151), JuS 1982, 162 m.w.Nachw.

¹⁵⁵ Vgl. zur Überlagerung des Art. 140 GG i.V. mit Art. 136 Abs. 1 WRV, der einem Vorbehalt der allgemeinen Gesetze entspricht, s. nur *Anschütz*, aaO (FN 133), Art. 136 Anm. 1. zum Verhältnis der Bestimmung zu Art. 135 Satz 3 WRV, durch Art. 4 Abs. 1 GG BVerfGE 33, 23 (31) m.Nachw.

gen der Gewissensfreiheit, da eine absolute Gewissensausübungsfreiheit mit dem Bestehen einer Verpflichtungen aussprechenden Rechtsordnung überhaupt unvereinbar wäre¹⁵⁶.

Weniger klar ist die nähere Bestimmung dieser Begrenzungen. Während das **Bundesverfassungsgericht** offenbar dann Schranken annimmt, wenn „andere mit Verfassungsrang ausgestattete Gemeinschaftsinteressen oder Grundrechte Dritter“ verletzt werden¹⁵⁷, sind diese nach *Böckenförde* dort anzusetzen, „wo die elementaren **letzten Zwecke** des modernen Staates ... unmittelbar bedroht sind: der innerstaatliche Friedenszustand, der Bestand des Staates und die Möglichkeit seiner Sicherung nach außen, die Sicherung von Leben und Freiheit der Person, die unbedingt zu schützenden Rechte der einzelnen“¹⁵⁸, Begrenzungen, die allerdings wegen ihres hohen Abstraktionsgrades in konkreten Fällen nicht allzu hilfreich sind. Noch weniger faßbar ist die Formel *Herzogs*, nach der Einschränkungen „stets nur aus **gewichtigen und überwiegenden Gründen des Gemeinwohls** zulässig sein sollen“¹⁵⁹. Auch der Hinweis, niemandem dürfe aus der „Berufung auf das persönliche Gewissen ... ein **unzumutbarer** Nachteil erwachsen“¹⁶⁰, ist nicht sehr förderlich. Schließlich führt auch der Vorschlag *Adalbert Podlechs*¹⁶¹, bei freiwilliger Übernahme einer Stellung Gewissensbedenken zurückzustellen, die sich gegen regelmäßige oder im Notfall eintretende Pflichten richten oder zur Unzeit geltend gemacht werden, nicht sehr viel weiter; denn er beruht maßgeblich auf dem Gesichtspunkt der Freiwilligkeit, dem das Bundesverfassungsgericht¹⁶² zusammen mit dem besonderen Gewaltverhältnis die Eignung abgesprochen hat, Grundrechtsbeschränkungen zu legitimieren¹⁶³.

¹⁵⁶ Vgl. *Böckenförde*, aaO (FN 151), VVDStRL Heft 28 (1970), S. 33 (53f., 57); *Freihalter*, aaO (FN 151), S. 222 m.w.Nachw. Ob dieser Gesichtspunkt nicht doch einen gegebenenfalls zu modifizierenden Vorbehalt allgemeiner Gesetze aufgrund des Art. 140 GG i. V. mit Art. 136 Abs. 1 WRV rechtfertigt, wie ihn neben der WRV schon § 146 Satz 1 der Paulskirchenverfassung kannte und ihn etwa auch Art. 49 Abs. 5 der Schweizerischen Bundesverfassung noch enthält, kann in diesem Rahmen nicht erörtert werden.

¹⁵⁷ BVerfGE 33, 23 (32), zustimmend *Steiner*, aaO (FN 51), JuS 1982, 162.

¹⁵⁸ AaO (FN 151), S. 59 (Hervorhebung im Original); ähnlich *Freihalter*, aaO (FN 151), S. 231ff. m.w.Nachw., der zur „Güterabwägung im konkreten Fall“ gelangt.

¹⁵⁹ AaO (FN 151), Rdnr. 149 (Hervorhebung im Original).

¹⁶⁰ So *E. E. Hirsch*, aaO (FN 151), S. 122 (Hervorhebung im Original).

¹⁶¹ Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse, 1969, S. 134; dem folgend *Battis*, aaO (FN 5), § 2 Anm. 2 e.

¹⁶² BVerfGE 41, 251 (263).

¹⁶³ Vgl. allerdings jetzt *Michael Ronellenfötsch*, Das besondere Gewaltverhältnis – ein zu früh totgesagtes Rechtsinstitut, DÖV 1981, 933ff. m.w.Nachw.; im Hinblick auf Gewissenskonflikte im Arbeitsrecht für die Unbeachtlichkeit im Falle bewußter Aussetzung im Eigeninteresse *Mayer-Maly*, aaO (FN 154), S. 331; ähnlich *Hansjörg Otto*, Personale Freiheit und soziale Bindung, 1978, 108, 127ff., sowie entsprechend für „das Gewissen im Privatrecht“, ebda, S. 108ff. Auch das *Bundesverwaltungsgericht*, (BVerwGE 56, 227 (228)), zieht den Gesichtspunkt der Freiwilligkeit unterstützend heran.

bb) Die nach diesen Lösungsmodellen durchweg vorzunehmende **Güterabwägung** ist für die Dienstverweigerung des Beamten jedenfalls insoweit **durch Art. 33 Abs. 5 GG vorweggenommen**, als die Gewissensentscheidung des Beamten in einem Gefühl vorrangiger Verpflichtung gegenüber irgendeiner Personengruppe wurzelt. Mit Recht bemerkt das **Bundesverwaltungsgericht**:

„Es liegt auf der Hand, daß die Funktionsfähigkeit des Staates ernstlich bedroht wäre, könnte ein Beamter sich unter bloßer Berufung auf sein Gewissen einer dienstlichen Weisung entziehen“¹⁶⁴. Die Hingabe- und Treuepflicht fordert von dem Beamten die Erbringung seiner Dienstleistung ohne Rücksicht auf Sonderloyalitäten¹⁶⁵. Selbst eine besondere Intensität einer solchen Sonderloyalität, die den Grad einer Gewissensentscheidung erreichen könnte, ist nicht geeignet, diese Verpflichtung aufzuheben; sie macht den Beamten vielmehr grundsätzlich für seine Stellung ungeeignet¹⁶⁶.

Teilergebnis

Eine Verletzung der Gewissensfreiheit gem. Art. 4 Abs. 1 GG durch Anordnung von Streikarbeit scheidet somit aus.

3. Die Verpflichtung des Beamten zur Streikarbeit ist als „**menschenunwürdig**“ bezeichnet worden¹⁶⁷. Ob durch diese Wortwahl nicht eines der obersten Konstitutionsprinzipien des Grundgesetzes zur kleinen Münze des Alltags denaturiert wird, möge dahingestellt bleiben. Nicht zu verkennen ist, daß der Begriff der in Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten Menschenwürde bislang noch nicht abschließend geklärt ist¹⁶⁸.

a) Das **Bundesverfassungsgericht** sieht im Anschluß an das Schrifttum¹⁶⁹ eine Verletzung der Menschenwürde darin, „den Menschen zum

¹⁶⁴ BVerwGE 56, 227 (228); kritisch, jedoch im Grundsatz übereinstimmend *Hans Liskan*, Gewissensfreiheit für Beamte unter Vorbehalt?, RiA 1979, 125 (126f.); auch *ders.*, Nochmals: Zur Gewissensfreiheit des Beamten, ebda, S. 169ff.

¹⁶⁵ S. oben B I 1 c.

¹⁶⁶ Vgl. VG Freiburg, NJW 1981, 2829 mit abl. Anm. von *Felizitas Fertig*, zur Rücknahme einer Zulassung zum Vorbereitungsdienst aufgrund des Vorbehalts der Betroffenen, nur im Rahmen ihrer religiösen Überzeugungen für die freiheitliche demokratische Grundordnung eintreten zu wollen. S. auch schon RGSt 59, 149 (153). Der Dienstherr wird mit Rücksicht auf die Gewissensentscheidung eine beantragte Entlassung, auf die auch das *Bundesverwaltungsgericht* verweist (entsprechend für das Arbeitsrecht LAG Bayern, DB 1958, 520), nicht gemäß § 30 Abs. 2, 2. Halbsatz BBG hinauschieben können.

¹⁶⁷ So DGB-Bundesbeamtenausschuß, Thesenpapier, aaO (FN 1), Nr. 7.

¹⁶⁸ Vgl. etwa *Ingo v. Münch*, aaO (FN 108), Grundgesetz-Kommentar, Art. 1 Rdnrn. 1ff. m.w.Nachw.

¹⁶⁹ Etwa *H. C. Nipperdey*, Die Würde des Menschen, in: Die Grundrechte, 2. Band, 1954, S. 1 (23); *Günter Dürig*, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde

bloßen **Objekt des Staates** zu machen (BVerfGE 27, 1 (6); 28, 386 (391); vgl. auch BVerfGE 5, 85 (204) und 7, 198 (205)) oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine **Subjektqualität** prinzipiell **in Frage stellt** (BVerfGE 30, 1 (26))¹⁷⁰.

Die Unbeachtlichkeit der als unbedingt verbindlich und vorrangig empfundenen Solidaritätspflicht zu einer Koalition¹⁷¹ ist indessen nicht Ausdruck einer staatlichen Behandlung des Beamten, die ihn ohne Rücksicht auf seine Subjektqualität als bloßes Objekt behandelt, sondern Folge des besonderen, den Beamten als Person mit dem Dienstherrn verknüpfenden Dienst- und Treueverhältnisses, das für den Beamten mit Rücksicht auf andere bedeutende Rechtsgüter bestimmte Beschränkungen beinhaltet. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG geht insoweit über den Schutz des Art. 4 Abs. 1 GG nicht hinaus, so daß auf die Ausführungen zu 2. verwiesen werden kann.

b) Aus Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG leitet das Bundesverfassungsgericht ferner ein allgemeines Persönlichkeits(grund)recht her¹⁷², das vor „Eingriffe(n), die geeignet sind, die engere Persönlichkeitssphäre zu beeinträchtigen“, namentlich vor solchen in die persönliche Ehre¹⁷³, schützt.

Die Wahrung der persönlichen Ehre könnte durch die Verpflichtung zur Streikarbeit insofern mittelbar tangiert werden¹⁷⁴, als die betroffenen Beamten vor ihren streikenden Arbeitnehmerkollegen als Streikbrecher dastehen¹⁷⁵. In der Tat spielt der Gesichtspunkt des Ansehens unter den Kollegen für die arbeitsrechtliche Anerkennung des Fehlens einer Streikarbeitspflicht eine gewisse Rolle¹⁷⁶. Der ehrenkränkende

de, AöR Bd. 81 (1956), S. 117 (127); *ders.*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, aaO (FN 108), Art. 1 Rdnr. 28; *Josef M. Wintrich*, Zur Problematik der Grundrechte, 1957, S. 7, 17.

¹⁷⁰ BVerfGE 50, 166 (175) – (Hervorhebung nicht im Original).

¹⁷¹ Vgl. zur Berücksichtigung der „Gewissensnot“ im Rahmen des Schutzes der Menschenwürde aus Art. 1 GG etwa Landesarbeitsgericht Bayern, DB 1958, 520.

¹⁷² Vgl. etwa BVerfGE 54, 148 (153) m.Nachw.; 54, 208 (217); auch E 56, 37 (43); ebda, S. 50, wird freilich nur Art. 2 Abs. 1 GG zitiert.

¹⁷³ BVerfGE 54, 148 (153f.).

¹⁷⁴ Zur Möglichkeit nicht-finaler, faktischer Grundrechtseingriffe vgl. etwa *Albert Bleckmann*, Allgemeine Grundrechtslehren, 1979, S. 230ff. m.w.Nachw. sowie etwa *Ulrich Ramsauer*, Die Bestimmung des Schutzbereiches von Grundrechten nach dem Normzweck, *VerwArch*. Bd. 72 (1971), S. 89 (91ff.) m.w.Nachw.

¹⁷⁵ DGB-Bundesbeamtenausschuß, Thesenpapier. aaO (FN 1), Nr. 7. Zum ehrkränkenden Charakter des Streikbrecherbegriffs vgl. schon RGSt 59, 149 (153); *Lotmar*, aaO (FN 39). ArbR 1915, 267; vgl. ferner zur Bedeutung der „Berufsehre“ im Recht der Arbeitslosenversicherung *Kreuzer*, aaO (FN 53), S. 127 m.w.Nachw. *Albers*, aaO (FN 53), S. 186 m.Nachw.

¹⁷⁶ Besonders deutlich bei *Kaskell/Dersch*, aaO (FN 34), die auf das Empfinden der Mitarbeiter abstellen; auch bei der Berufung auf die Anschauungen der Arbeitnehmerkreise, oben A III 2 a, dürfte dieser Aspekt (mit) zugrundeliegen.

Vorwurf nicht solidarischen Verhaltens ist jedoch gegenüber dem Beamten nicht berechtigt; denn der Beamte ist aufgrund seiner gesetzlichen Verpflichtung zur Erledigung von Streikarbeit zu solidarischem Verhalten **rechtlich** gar nicht in der Lage.

Sofern gleichwohl unter streikenden Arbeitnehmern eine Mißbilligung des gesetzestreuen Verhaltens der Beamten als verwerflich angenommen würde, beruht diese auf einer rechtswidrigen Ehrauffassung der Streikenden, die nicht Maßstab des staatlichen Verhaltens gegenüber den Beamten sein kann¹⁷⁷. Die Ehrenkränkung ist vielmehr allein den Streikenden zuzurechnen, gegen die der Staat strafrechtlichen Schutz gem. §§ 185ff. StGB bietet und wozu ihm namentlich das Strafantragsrecht des § 194 Abs. 3 Satz 1 StGB zur Verfügung steht¹⁷⁸.

Teilergebnis

Eine Verletzung der Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG liegt nicht vor.

4. Möglicherweise verletzt die Verpflichtung des Beamten zur Streikarbeit die **Fürsorgepflicht des Dienstherrn**. In seinem Rechtsgutachten legt *H.-P. Schneider*¹⁷⁹ dar, der Dienstherr habe gegenüber seinen Beamten eine umfassende Fürsorgepflicht. Diese verbiete ihm insbesondere, die Beamten zu überfordern. Genau das geschehe aber, wenn der Dienstherr eine Konfliktlage schaffe, welche dem Beamten nur noch die Wahl zwischen gewissenhafter Pflichterfüllung einerseits und kollegialem Verhalten andererseits lasse.

a) Die Fürsorgepflicht des Dienstherrn ist Ausfluß des besonderen öffentlich-rechtlichen **Treueverhältnisses** zwischen dem Dienstherrn und seinen Beamten und besitzt als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums **Verfassungsrang**¹⁸⁰. Sie räumt dem Beamten ein subjektives, gegebenenfalls einklagbares und mit der Verfassungsbeschwerde zu verfolgendes Recht ein¹⁸¹. Seinem Inhalt nach verpflichtet der Grundsatz der Fürsorgepflicht „den Dienstherrn, den Beamten gegen unberechtigte Anwürfe in Schutz zu nehmen, ihn entsprechend seiner Eignung und

¹⁷⁷ Vgl. RGSt 59, 149 (153).

¹⁷⁸ Zur entsprechenden Fürsorgepflicht des Dienstherrn vgl. *Helmut Schnellenbach*, Inhalt und Grenzen der Fürsorge- und Schutzpflicht im Beamtenrecht, ZBR 1981, 301 (306).

¹⁷⁹ AaO (FN 1), S. 24f.

¹⁸⁰ BVerfGE 43, 154 (165) m.w.Nachw.; *Stern*, aaO (FN 33), Bd. I, § 11 IV 3 a, S. 281 m.w.Nachw., § 11 III 4 f ζ, S. 271 zu Nr. 2 (unter Berufung auf *Franz Mayer*) sowie etwa *H. J. Becker*, aaO (FN 128), ZBR 1978, 265f. m.w.Nachw.; *Schnellenbach*, aaO (FN 178), S. 302.

¹⁸¹ BVerfGE 43, 154 (167), m.w.Nachw.; vgl. auch die Rechtsprechung zum Recht auf amtsangemessene Alimentation, oben A III 3 c sowie allgemein *Klaus Stern*, in: *Bonner Kommentar*, 1950ff., Art. 93 (Zweitbearbeitung 1982), Rdnr. 667 m.w.Nachw.

Leistung zu fördern, bei seinen Entscheidungen die wohlverstandenen Interessen des Beamten in gebührender Weise zu berücksichtigen. Was danach der Dienstherr dem Beamten schuldet, läßt sich nur im Einzelfall genauer konkretisieren“¹⁸².

b) Die **Konkretisierung** dieser Fürsorgepflicht ist in erster Linie Sache des Gesetzgebers, der dem Grundsatz in den Beamtengesetzen – abgesehen von Spezialregelungen für Einzelbereiche – durch die Übernahme einer Generalklausel in § 48 BRRG und § 79 Satz 1 BBG, Rechnung getragen hat¹⁸³. Einfachgesetzliche Rechtslage und Verfassungsrecht laufen also inhaltlich parallel¹⁸⁴, so daß das oben zur Frage einer etwaigen Unzumutbarkeit der Verpflichtung zur Streikarbeit Gesagte¹⁸⁵ gilt. Auch die Prüfung einer Verletzung der Gewissensfreiheit und der Menschenwürde, namentlich des Schutzes vor Eingriffen in die Persönlichkeitssphäre¹⁸⁶ hat gezeigt, daß es grundsätzlich keine unzumutbare Belastung des Beamten bedeutet, wenn er zur Verrichtung von Streikarbeiten herangezogen wird. Die Pflichtenstellung des Beamten erweist sich hier als vorrangig.

c) Demgegenüber meint *H.-P. Schneider* „bei der Abwägung zwischen einer lückenlosen Aufrechterhaltung des Dienstbetriebes während vorübergehender Streiks und der Wahrung oder Wiederherstellung des inneren Betriebsfriedens komm(e) der in erster Linie hierauf gerichteten **Fürsorgepflicht** des Dienstherrn gegenüber seinen Beamten eindeutig der **Vorrang** zu, weil das Interesse der Allgemeinheit an einem möglichst störungsfreien Dienstbetrieb langfristig die Vermeidung von Konflikten und den inneren Betriebsfrieden zur Voraussetzung haben“¹⁸⁷.

In dieser Argumentation ist zunächst unerfindlich, wieso sich die aus Art. 33 Abs. 4 GG („öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis“) hergeleitete Fürsorgepflicht des Dienstherrn in erster Linie gerade auf die Wiederherstellung des „inneren Betriebsfriedens“ beziehen soll. Keinesfalls ist dargetan, daß die individuellen Belange der fürsorgeberechtigten Beamten dies erfordern. im Gegenteil: Unmittelbar zuvor folgert *H.-P. Schneider*, daß die Störung des Betriebsfriedens durch Streikarbeit von Beamten wegen der Gefährdung der ordnungsgemäßen Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu vermeiden sei¹⁸⁸. Dementsprechend wird der Vorrang der „Fürsorgepflicht“ damit begründet, daß „das Interesse der Allgemeinheit an einem möglichst störungsfreien

¹⁸² BVerfGE 43, 154 (165f.).

¹⁸³ Vgl. dazu etwa *H. J. Becker*, aaO (FN 128); *Schnellenbach*, aaO (FN 178), S. 301ff., jeweils m.w.Nachw.

¹⁸⁴ Vgl. BVerfGE 43, 154 (169).

¹⁸⁵ S. A III.

¹⁸⁶ S. oben B I 2 und 3. Vgl. zur Fürsorgepflicht im Hinblick auf die Beamtenchre *Schnellenbach*, aaO (FN 184), ZBR 1981, 306 m.w.Nachw.

¹⁸⁷ AaO (FN 1), S. 25 (Hervorhebung im Original).

¹⁸⁸ AaO (FN 1), S. 23f.

Dienstbetrieb langfristig die Vermeidung von Konflikten und den inneren Betriebsfrieden zur Voraussetzung hat“. Damit ist aber nicht der Vorrang der Individualinteressen des Beamten vor dienstlichen Belangen bewiesen, sondern allein der Vorrang langfristig störungsfreier Aufgabenerfüllung vor deren kurzfristiger Sicherstellung behauptet: Dies hat mit der Fürsorgepflicht des Dienstherrn nichts zu tun.

Die Literaturhinweise, die die (scheinbare) Schlußfolgerung *H.-P. Schneiders*, die Anordnung von Streikarbeit beruhe auf „eine(r) fehlerhafte(n) Abwägung zwischen dem dienstlichen Bedürfnis und dem berechtigten Schutzinteresse der Beamten“¹⁸⁹, danach allein tragen könnten, sind teils unergiebig, teils unvollständig oder irreführend.

Unergiebig ist die Berufung auf *Fischbach*¹⁹⁰, der nur die Notwendigkeit der „Abwägung der Interessen des einzelnen gegenüber dem allgemeinen oder öffentlichen Interesse“ feststellt, bei der „das öffentliche Interesse nicht immer den Vorrang“ habe¹⁹¹. Die mit der Formulierung „nicht immer“ eingeräumte Möglichkeit eines Vorrangs des Einzelinteresses sieht diese sogar als Ausnahmefall, ein Verständnis, das durch die Ausführungen *Fischbachs* an anderer Stelle, etwa für die Versetzung, bestätigt wird, wonach „bei der **Abwägung** des dienstlichen Bedürfnisses mit den persönlichen Interessen des B(eamten) ... ersteres grundsätzlich den Vorzug“ verdient¹⁹². Für die Charakterisierung der Anordnung von Streikarbeit als eines solchen Sonderfalles ist nichts ersichtlich.

Irreführend ist die Berufung auf das Zitat *Däublers*: „Es läßt sich (erg.: nun) kaum ein eklatanerer Verstoß gegen die Fürsorgepflicht vorstellen, als die Anwerbung und Anstellung einer Ersatzkraft“¹⁹³, denn *H.-P. Schneider* überliest den entscheidenden Rest des Satzes von *Däubler* „und eine anschließende Kündigung aus wichtigem Grund“. Auf den Ausschluß der Kündigung aber kommt es *Däubler*¹⁹⁴ gerade an. Die Verletzung der Fürsorgepflicht liegt darin, daß der Arbeitgeber Maßnahmen trifft, die den Verlust des Arbeitsplatzes für den Streikenden zur Folge haben – eine Gefahr, die bei der wesensgemäß vorübergehenden Erledigung der Streikarbeit durch Beamte nicht besteht.

Nur ergänzend sei darauf hingewiesen, daß sich die Ausführungen *Däublers* auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber den Streikenden beziehen, während *H.-P. Schneider* dieses Institut gegenüber den zur Streikarbeit herangezogenen Beamten behandelt.

d) *H.-P. Schneider*¹⁹⁵ verbindet seine Ausführungen zur Fürsorgepflicht mit der weiteren Überlegung, „daß der Streikeinsatz von Beam-

¹⁸⁹ AaO (FN 1), S. 25.

¹⁹⁰ S. *H.-P. Schneider*, aaO (FN 1), S. 25 FN 90.

¹⁹¹ Gemeint ist *Oskar-Georg Fischbach*, Bundesbeamtengesetz 1. Halbband, 3. Aufl. 1964, § 79 Anm. A II 3, S. 683.

¹⁹² Ebda., § 26 Anm. A I 4 acc m.w.Nachw.

¹⁹³ *Wolfgang Däubler*, Der Streik im öffentlichen Dienst, 1970, S. 244; s. *H.-P. Schneider* aaO (FN 1), S. 25 FN 90.

¹⁹⁴ AaO (FN 193), S. 242ff., 245.

¹⁹⁵ AaO (FN 1), S. 22-24.

ten mit der sich aus Art. 33 Abs. 4 GG ergebenden **Pflicht des Staates zur Förderung der Kollegialität** und Dienstbereitschaft seiner Beschäftigten nicht mehr zu vereinbaren ist“¹⁹⁶.

Die angeführten Belegstellen¹⁹⁷ erweisen sich auch hier als unergiebig, weil in den genannten Kommentaren von *Plog/Wiedow/Beck* und *Fischbach* lediglich von der Verpflichtung des Beamten zur Kameradschaftlichkeit die Rede ist, nicht aber von einer Förderungspflicht des Staates in dieser Hinsicht¹⁹⁸.

Das Gemeinte wird deutlich, wenn man den Grund für die Unvereinbarkeit des Beamteneinsatzes zur Streikarbeit mit der vermeintlichen verfassungsrechtlichen Förderungspflicht mitberücksichtigt, daß nämlich „die dadurch hervorgerufenen Gegensätze und Spannungen ... in einem (so) hohen Maße die ordnungsgemäße Erfüllung öffentlicher Aufgaben ... gefährden“. Diese Begründung stellt den Zusammenhang mit dem unter B II 1¹⁹⁹ geprüften Gesichtspunkt des Funktionsvorbehalts her: Die offenbar aus diesem abgeleitete Gewährleistungspflicht des Staates für die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben²⁰⁰ soll es ausschließen, Beamte zur Erfüllung dieser Aufgaben während des Streiks einzusetzen. Begründet ist diese frappierende Wendung dann im - unzutreffenden - Zusammenhang mit der Fürsorgepflicht des Dienstherrn²⁰¹ damit: Wichtiger als eine lückenlose Aufrechterhaltung des Dienstbetriebes während vorübergehender Streiks sei das Interesse der Allgemeinheit an einem möglichst störungsfreien Dienstbetrieb; dieser aber habe „langfristig die Vermeidung von Konflikten und den inneren Betriebsfrieden zur Voraussetzung“.

So richtig die Einschätzung dieser zuletzt genannten Belange für die Erhaltung eines effektiven öffentlichen Dienstes sein mag, so wenig ist eine (verfassungs-)rechtliche Verpflichtung des Dienstherrn dargetan, diese Ziele unter Verzicht auf einen Beamteneinsatz bei Streiks zu verfolgen.

Teilergebnis:

Die Anordnung von Streikarbeit verletzt somit die Fürsorgepflicht des Dienstherrn aus Art. 33 Abs. 4 GG ebenso wenig wie dies für die entsprechende Pflicht der Beamtengesetze festzustellen ist.

5. Ein sonstiger speziell herausgebildeter hergebrachter Grundsatz, der eine Verpflichtung des Beamten zur Streikarbeit ausschließen könn-

¹⁹⁶ Ebda, S. 24 (Hervorhebung nicht im Original).

¹⁹⁷ Ebda, FN 82.

¹⁹⁸ S. *Wiedow*, aaO (FN 5), § 54 Rdnr. 8; *Fischbach*, aaO (FN 95), § 54 Anm. IV 6. Das Zitat BVerfGE 15, 3 (8) ist unzutreffend.

¹⁹⁹ Ebda, S. 22

²⁰⁰ Hier trifft sich *H.-P. Schneider* im Ausgangspunkt mit denjenigen, die das Streikrecht im Bereich des Funktionsvorbehalts leugnen, dazu unten B II 1 b.

²⁰¹ AaO (FN 1).

te, ist nicht nachweisbar. Er wird auch von den oben FN 1 zitierten Stellungnahmen nicht behauptet.

a) „Bei den ‚hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums‘ handelt es sich um ‚jenen Kernbestand von Strukturprinzipien, die allgemein oder doch ganz überwiegend und während eines längeren, Tradition bildenden Zeitraums, mindestens unter der Reichsverfassung von Weimar, als verbindlich anerkannt und gewahrt worden sind‘ (BVerfGE 8, 332 (343))“²⁰². Diese **Voraussetzungen** sind für einen Ausschluß der Verpflichtung des Beamten zur Streikarbeit nicht erfüllt. Weder hat es einen entsprechenden Rechtssatz gegeben noch eine dahingehende höchstrichterliche Rechtsprechungspraxis. Die Anerkennung des Nichtbestehens einer Streikarbeitspflicht in dem maßgeblichen Zeitraum im Bereich des Arbeitsrechts ist für das Beamtenrecht ohne entscheidenden Aussagewert. Für das letztgenannte Rechtsgebiet führt schon der Grundsatz des Streikverbots²⁰³ zu einer abweichenden Beurteilung. Aufgrund der beamtenrechtlichen Treuepflicht wurde im Schrifttum denn auch angenommen, daß der Beamte zur Streikarbeit verpflichtet sei²⁰⁴. Das **Reichsgericht** kam zu derselben Überzeugung, als es über die Strafbarkeit eines Aufrufs an die Beamten zu entscheiden hatte, während eines Ausstandes der Bahnarbeiter die „Streikarbeit“ zu verweigern²⁰⁵.

Eine Tradition, nach der Beamte keine Streikarbeit hätten leisten müssen, ist danach nicht festzustellen. Das Gegenteil galt in der Weimarer Republik: Beamte sind zur Streikarbeit verpflichtet, und sie wurden auch zu diesem Zweck eingesetzt. Gelegentlich wurden sogar Beamtenverhältnisse begründet, um Streiks in wichtigen Bereichen des öffentlichen Lebens ausschließen zu können.

b) „Ein ‚**Recht am Amt**‘, d.h. ein Recht auf unveränderte und ungeschmälerte Ausübung der übertragenen dienstlichen Aufgaben“ gehört „nicht zu den Grundsätzen im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG“²⁰⁶. Diese eindeutige Feststellung des **Bundesverfassungsgerichts** entspricht der allgemein anerkannten grundsätzlichen Zulässigkeit von Umsetzungen nach den oben A angeführten beamtengesetzlichen Grundsätzen. Das Verfassungsrecht bietet in dieser Hinsicht keinen weitergehenden Schutz. Der Beamte hat „in Anerkennung seiner Gehorsamspflicht gegenüber den Anordnungen der Vorgesetzten grundsätzlich diejenigen Aufgaben zu erfüllen, die ihm sein Dienstherr überträgt“²⁰⁷.

²⁰² BVerfGE 15, 167 (195f.); 46, 97 (117); DÖV 1981, 670; *Stern*, aaO (FN 33), Bd. I, § 11 III f. ζ., S. 270.

²⁰³ Dazu näher oben in FN 133 mit Nachw.

²⁰⁴ *Brand*, aaO (FN 2), S. 549; *ders.*, aaO (FN 134), § 10 RBG Anm. 3; s. auch ebda., § 14 RBG Anm. 12, wo bereits bloße Neutralität oder Sympathiekundgebung zugunsten von Streikenden als Pflichtverletzung gekennzeichnet wird; gegen eine Pflicht zur Streikarbeit *L. Richter*, aaO (FN 2), JW 1925, 182ff.

²⁰⁵ RGSt 59, 149 (150ff.).

²⁰⁶ BVerfGE 43, 242 (282f.) m.w.Nachw.; 47, 327 (411f.); 52, 303 (354f.).

²⁰⁷ *Feindt*, aaO (FN 12), S. 187; s. auch oben A II.

Die Möglichkeit eines hergebrachten Grundsatzes mit dem Inhalt eines **Verbots unterwertiger Beschäftigung** hat das **Bundesverfassungsgericht** bisher offen gelassen²⁰⁸. Im Falle seiner Anerkennung würde ein solcher Grundsatz jedoch über den insoweit nach dem einfachen Beamtenrecht bestehenden Schutz nicht hinausgehen, namentlich nicht die Wahrnehmung unterwertiger Aufgaben in vorübergehenden Sondersituationen²⁰⁹ ausschließen.

Die vom **Bundesverfassungsgericht** in einem besonderen Fall verlangte Voraussetzung, „daß die gesamte Amtsstellung hierdurch entscheidend beeinträchtigt oder entwertet würde“²¹⁰, ist in solchen Fällen nicht erfüllt.

Teilergebnis

Rechte des Beamten aus Art. 33 Abs. 5 GG sind nicht verletzt.

Zwischenergebnis

Die Anordnung von Streikarbeit verletzt den betroffenen Beamten nicht in grundgesetzlich geschützten Rechtspositionen.

II. Bei einem Streikeinsatz von Beamten könnten Rechte der **Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes aus Art. 9 Abs. 3 GG**, insbesondere ihr Recht zum Streik, beeinträchtigt sein. In diese Richtung zielt der Haupteinwand derjenigen, die den Einsatz von Beamten zur Streikarbeit für verfassungswidrig halten²¹¹.

1. Im Schrifttum ist nicht unzweifelhaft, ob den Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes ein **Streikrecht** zusteht²¹².

²⁰⁸ BVerfGE 43, 242 (283) m.w.Nachw.; 47, 327 (411f.); 52, 303 (354f.).

²⁰⁹ S. oben A II 1 und 2.

²¹⁰ BVerfGE 43, 242 (283) verneint dies für den Verlust der Klinikdirektorenstellung von Professoren; ähnlich E 52, 303 (355).

²¹¹ S. oben FN 103 m.Nachw.

²¹² Dagegen etwa *Gerhard Wacke*, Entstehungsgeschichte und Inhalt des Artikels 33 Absatz 5 des Grundgesetzes, in: *Neues Beamtentum 1951*, S. 152 (174); *ders.*, Das Recht der Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst, 5. Aufl. 1964, S. 29; *ders.*, Grundlagen des Öffentlichen Dienstrechts, 1957, S. 88ff., mit Hinweis auf das nicht veröffentlichte Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 25.3.1952, - 5 B. LAG 44/52 -, ebda, S. 94 FN 36; *ders.*, Im öffentlichen Dienst gibt es kein Streikrecht, FAZ vom 3.4.1974, Nr. 79, S. 17; *Nikisch*, aaO (FN 34), Bd. II, S. 144; *Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein*, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. Bd. I, 1957, Art. 9 Anm. VII 1 und 2 jeweils am Ende (für Angestellte); *Bochalli*, Buchbesprechung von *Gerhard Wacke*, Grundlagen des Öffentlichen Dienstrechts, 1957, NJW 1958, 174 (175); *Ernst Forsthoff*, Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, in: *ders.*, u.a., Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, 1973, S. 17 (52f.); *Hubert Görg*, Kommunales Dienstrecht, in: *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, hrsg. von *Hans Peters*, 2. Band, 1957, S.

44 (101); *Berthold Barwinski*, in: Die Verfassung des Landes Hessen, hrsg. von *Georg August Zinn/Erwin Stein*, 1. Band 1954, Art. 29 Anm. 16; *Herbert Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, S. 519f.; *Hase*, aaO (FN 128), S. 149ff.; auch *Josef Isensee*, Der Tarifvertrag als Gewerkschafts-Staats-Vertrag, in: Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat, hrsg. von *Walter Leisner*, 1975, S. 23 (38); *Leisner*, aaO (FN 2), ZBR 1975, 69 (74, 75); unentschieden (nur gegen ein „aus dem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis der Beamten abgeleitetes Streikverbot“) *Carl Hermann Ule*, Öffentlicher Dienst, in: Die Grundrechte, 4. Band, 2. Halbband, 1962, S. 636; auch *H. Schneider*, aaO (FN 128), S. 161f.

Dafür jedoch die überwiegende Auffassung; sie läßt das Streikrecht der öffentlichen Arbeitnehmer (meist mit - unterschiedlichen - Einschränkungen) zu, vgl. neben den Befürwortern des Beamtenstreiks Nachweise bei *Stern*, aaO, Bd. I (FN 33), § 11 IV 3a β, S. 283; ferner etwa (ohne ausdrückliche Beschränkung) BAG, AP Nr. 11 zu § 11 ArbGG 1953, Bl. 403; *Günter Dürig*, Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 1953, 193 FN 12; *Boldt*, aaO (FN 34), S. 107; *Erich Feindt*, Streikrecht für einen künftigen öffentlichen Dienst, ZBR 1974, 309 (313); *Werner Frotscher*, Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat, 1975, S. 31ff. (anders de lege ferenda); *W. Otto*, Streikbeteiligung privatrechtlich beschäftigter Beamter z. Wv.?, ZBR 1955, 226 (228f.); *Walter Schick*, Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, in: *Ernst Forsthoff* u.a., Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, 1973, S. 171 (262); *Manfred Carl Schinkel*, Arbeitskampf im öffentlichen Dienst, ZBR 1974, 282 (287f.); *Ignaz Seidl-Hohenveldern*, Politische Rechte, Gewerkschaftliche Rechte und Streikrecht der Angehörigen des öffentlichen Dienstes in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Annales Universitatis Saraviensis, Rechts- und Wirtschaftswissenschaften*, T. IV - 1955, S. 106 (128f.); *Rolf Stober*, Grundpflichten und Grundgesetz, 1979, S. 62; *Willi Thiele*, Dürfen im öffentlichen Dienst Beschäftigte streiken?, NDBZ 1960, 249 (252f.); *ders.*, Probleme der Mitverantwortung im öffentlichen Dienst, DÖD 1964, 141 (142); *ders.*, aaO (FN 128), DöD 1978, 189 (190f.), weist freilich auf die Lebensnotwendigkeit mancher Leistungen des öffentlichen Dienstes hin; *Werner Thieme*, Gutachten zum Thema: „Empfiehlt es sich, das Beamtenrecht unter Berücksichtigung der Wandlungen von Staat und Gesellschaft neu zu ordnen?, in: Verhandlungen des 48. Deutschen Juristentages, 1970, Band 1, D 1 (D 70); *Norbert Cech*, Der Streik im öffentlichen Dienst nach französischem und deutschem Recht, Diss. Göttingen 1970, S. 114f. m.w.Nachw. (zum personalvertretungsrechtlichen Schrifttum); *Hermann Hohenester*, Die Grenzen der Streikfreiheit, Diss. München 1956, S. 85; *Reinhold Walter Knapp*, Die passive Resistenz, Diss. Köln 1980, S. 71; *Jürgen Sieveking*, Das Kräftespiel zwischen Staat und Beamtengewerkschaft am Beispiel der Gewerkschaft der Polizei, Diss. Freiburg, 1970, S. 50; *Wiethe-Körprich*, aaO (FN 135), S. 71, 141f.; *Adolf Franz Zeitler*, Streikrecht und Grundgesetz, Diss. Mannheim 1974, S. 152f., der allerdings eine verfassungsrechtliche Gewährleistung ausdrücklich verneint, ebda, S. 150ff. (unter Ausschluß hoheitlicher Tätigkeit, z.T. neben anderen Einschränkungen); *Bobrowski/Gaul*, aaO (FN 120) H II Rdnrn. 51, 52, S. 150; *Brox/Rüthers*, aaO (FN 34), S. 70f.; *Rolf Dietz/Reinhard Richardi*, Bundespersonalvertretungsgesetz, Bd. 1, 2. Aufl. 1978, § 2 Rdnr. 77; *Hellmut Georg Isele*, Zur Problematik des Streiks in Versorgungsbetrieben, Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld, 1973, S. 219 (221); *Isensee*, aaO (FN 87), S. 134 (mindestens); *Joseph H. Kaiser*, Der politische Streik, 2. Aufl. 1959, S. 27; *ders.*, Die Repräsentation organisierter Interessen, 1956 (auch für Betriebe, „in denen die Aufgaben und Befugnisse hoheitlichen Charakters hinter dem wirtschaftlichen Zweck stark zurücktreten (Eisen-

a) Eine Geltung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums nach **Art. 33 Abs. 5 GG**, die ein Streikrecht ausschließen würden, auch für die Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst²¹³ wird überwiegend **abgelehnt**: „Abs. 5 des Art 33 GG enthält eine Anweisung an Gesetzgeber und Verwaltung, die Rechtsverhältnisse der in Abs. 4 genannten, in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehenden Personen, **also der Beamten**, unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln. Nur auf diese bezieht sich die Vorschrift, nicht aber auf den weiteren Kreis der ‚Angehörigen des öffentlichen Dienstes‘, zu dem die Angestellten und Arbeiter der öf-

bahn, Post, Versorgungsbetriebe ...)“; *Franz Mayer*, aaO (FN 138), BayVBl. 1973, 225 (229); *ders.*, Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, in: *Ernst Forsthoff* u.a., Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, 1973, S. 557 (667f.); *G. Müller*, aaO (FN 1), S. 28 (der im Rahmen der Notdienstvereinbarung die Sicherstellung hoheitsrechtlicher Funktionen ohne jede Verkürzung befürwortet, ebda, S. 28, 45, damit im Ergebnis das Streikrecht im öffentlichen Dienst weitgehend entwertet); *Scholz*, aaO (FN 108), Art. 9 Rdnr. 379; *ders.*, Öffentlicher Dienst zwischen öffentlicher Amtsverfassung und privater Arbeitsverfassung, in: *Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat*, hrsg. von *Walter Leisner*, 1975, S. 178 (185ff.) m.w.Nachw.: vorausgesetzt auch bei *Klaus Stern*, Berufsbeamtentum - gestern, heute, morgen. Art. 33 Grundgesetz und sein verfassungsrechtlicher Kontext, in: *Öffentlicher Dienst*, Festschrift für Carl Hermann Ule, 1977, S. 193 (211 zu FN 122); *Wolff/Bachof* aaO (FN 12), § 119 II b 3 α, S. 566; *Zöllner*, aaO (FN 34), S. 304 m.w.Nachw. (unter Hinweis auf die zum Teil erweiterten allgemeinen Grenzen des Streikrechts); *Adomeit*, aaO (FN 34), S. 88; *Dieter Helmers*, Die Beschränkung von Grundrechten im Dienstverhältnis der Staatsangestellten und die Einflüsse des Arbeitsrechts auf das öffentliche Dienstrecht, Diss. Münster 1971, S. 144ff., 150f.; *Ernst Rudolf Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Band, 2. Aufl. 1954, S. 399f.; *Löwisch*, aaO (FN 128), S. 7f., 24ff. (mit rechtsvergleichenden Hinweisen auf die U.S.-amerikanische Rechtslage); *Ingo v. Münch*, Der Streik in kommunalen Versorgungsunternehmen in öffentlich-rechtlicher Sicht, DÖV 1960, 294 (296ff.); *Nipperdey/Säcker*, aaO (FN 30), S. 983f.; *Wilhelm Reuss*, Grenzen der Streikfreiheit im öffentlichen Dienst, in: *Öffentlicher Dienst*, Festschrift für Carl Hermann Ule, 1977, S. 417 (426ff.); *Hansjörg Otto*, Das Recht der Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst, 1973, S. 87f.; *H.D. Schmid*, aaO (FN 34), S. 211, unter Hinweis auf die Spielbankenentscheidungen des BAG, BAG Bd. 23, 292ff.; 23, 501f.; 25, 226ff., wobei freilich das Land Rheinland-Pfalz nur mittelbar Streikgegner war; *H.-P. Schneider*, aaO (FN 1), S. 14ff.; *Schwerdtfeger*, aaO (FN 38), S. 33; *Seiter*, Streikrecht, aaO (FN 2), S. 247f., 542ff.; *Walter Wiese*, Der Staatsdienst in der Bundesrepublik Deutschland, 1972, S. 284 FN 78, S. 293f.

²¹³ Dafür namentlich *Wacke*, Grundlagen, aaO (FN 212), S. 27ff.; *ders.*, Zur Neugestaltung des Beamtenrechts, AöR Bd. 76 (1950/51), S. 385 (388); *Werner Thieme*, Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, in: *Ernst Forsthoff* u.a., Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, 1973, S. 303 (355ff.); auch schon *ders.*, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, 1961, S. 35ff. m.w.Nachw.; w.Nachw. bei *Franz Mayer*, aaO (FN 212), S. 590f.; *Carl Hermann Ule*, Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstes, ebda, S. 441 (461 FN 50, 51); *Jung*, aaO (FN 71), S. 143.

fentlichen Hand gehören (vgl. v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Art. 33 Anm. 7; Bonner Kommentar, Art. 33 Anm. II 5)²¹⁴.

b) Ein Streikverbot könnte sich aber aus **Art. 33 Abs. 4 GG** für diejenigen Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst ergeben, denen „die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ im Sinne dieser Bestimmung übertragen ist.

aa) Eine solche Rechtsfolge basiert auf der Annahme, der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG zugunsten des Berufsbeamtentums²¹⁵ diene dem **Zweck**, die Durchführung der bezeichneten Aufgaben (auch) gegenüber der Möglichkeit eines Streiks **sicherzustellen**²¹⁶. In der Tat wird man in dem Vorbehalt bestimmter Funktionen zugunsten der Institution Berufsbeamtentum, „die, gegründet auf Sachwissen, fachliche Leistung und loyale Pflichterfüllung, eine stabile Verwaltung sichern und damit einen ausgleichenden Faktor gegenüber den das Staatsleben gestaltenden politischen Kräften darstellen soll“²¹⁷, abgesehen von dem Aspekt der Gewaltenteilung vor allem den Zweck erblicken können²¹⁸, die Ausübung der hoheitsrechtlichen Befugnisse uneingeschränkt zu ge-

²¹⁴ BVerfGE 3, 162 (186) - (Hervorhebung im Original), auch E 16, 94 (110f.); so auch die überwiegende Auffassung im Schrifttum, vgl. *Stern*, aaO, Bd. I (FN 33), § 11 III 4 f γ, S. 269; *Forsthoff*, Grenzen, aaO (FN 212), S. 54ff.; *Franz Mayer*, ebda, S. 590f.; *Ingo v. Münch*, Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstes, ebda, S. 71 (117ff.); *Schick*, ebda, S. 186ff.; *Ule*, ebda, S. 461ff. m.w.Nachw.; *Peter Lerche*, Verbeamtung als Verfassungsauftrag, 1973, S. 13 m.w.Nachw.; *Jung*, aaO (FN 71), m.w.Nachw.; *Ferdinand Matthey*, aaO (FN 148), Art. 33 Rdnr. 37; *Rolf Stober*, Öffentliches Dienstrecht und Gestaltungsfreiheit der Exekutive, JZ 1980, 249 (252).

²¹⁵ Vgl. *Stern*, aaO, Bd. I (FN 33), § 11 III 4 f α, S. 268 m.Nachw. sowie etwa noch *Udo Rödel*, Dienstrechtsreform als Statusproblem, ZBR 1978, 130ff.; *Walter Leisner*, Berufsbeamtentum und Entstaatlichung, DVBl. 1978, 733ff.; *ders.*, aaO (FN 128), ZBR 1980, 361ff.; *Rudolf*, aaO (FN 71), VVDStRL Heft 37 (1979), S. 200ff.; *Michael Benndorf*, Zur Bestimmung der „hoheitsrechtlichen Befugnisse“ gem. Art. 33 Abs. 4 GG, DVBl. 1981, 23ff.

²¹⁶ Vgl. in diesem Sinne etwa *Erich Feindt*, Zum Schicksal des Funktionsvorbehalts für Beamte, DöD 1974, 73 (74); *Walter Leisner*, Der Beamte als Leistungsträger, in: *ders.*, (Hrsg.), Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat, 1975, S. 121 (124), der diesen Punkt für „heute schlechthin entscheidend“ erklärt; *ders.*, aaO (FN 128), ZBR 1980, 366; auch *ders.*, aaO (FN 215), DVBl. 1978, 736 („Stetigkeit und Unbedingtheit der Aufgabenerfüllung verlangen den Beamteinsatz“); *Scholz*, aaO (FN 212), S. 186 (187); *Theodor Maunz*, aaO (FN 148), Art. 33 Rdnr. 32; *Matthey*, aaO (FN 148), Art. 33 Rdnr. 29; v. *Münch*, aaO (FN 214), S. 116; *Albert Meyer*, Aufgabengerechter Status, statusgerechte Aufgabenzuweisung - ein Auftrag für die Zukunft, in: *Beamtenstatus, Ärgernis oder Verpflichtung*, 1978, S. 115 (119f.).

²¹⁷ BVerfGE 7, 155 (162).

²¹⁸ Vgl. gegenüber einem Ziel des Funktionsvorbehalts, das Beamtentum als Institution zu sichern, so *Werner Thieme*, Der Aufgabenbereich der Angestellten im öffentlichen Dienst, 1962, S. 25f.; *Maunz*, aaO (FN 216); mit Recht zurückhaltend v. *Münch*, aaO (FN 216), S. 116.

währleisten. Diese Gewährleistung bezieht sich auf die Funktionswahrnehmung überhaupt²¹⁹ sowie auf die Gesetzmäßigkeit²²⁰ und Sachge-richtigkeit ihrer Erfüllung²²¹.

In diesem Sinne spricht *Schinkel* anschaulich von einer „Art Garantenstellung“ des Beamten²²², dessen Wendung, aus der Garantenstellung nur Unterlassungspflichten, aber keine Handlungspflicht zur Abwehr der Streikfolgen abzuleiten²²³, unverständlich bleibt²²⁴.

bb) Ob der Funktionsvorbehalt den Schluß zuläßt, daß auch nicht-beamtete Bedienstete dieses Bereichs kein Streikrecht besitzen, unterliegt allerdings gewichtigen Zweifeln. Art. 33 Abs. 4 GG spricht nicht als eigenständige Rechtsfolge aus, daß die „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ keine Unterbrechung erleiden darf. Dieses Ziel der Vorschrift ergibt sich nur mittelbar als **Auswirkung der Übertragung** dieser Aufgaben **auf Beamte**, die nicht streiken dürfen. Den besonderen Verpflichtungen des Beamten entsprechen aber besondere Rechte des Beamten, namentlich grundgesetzlich abgesicherte Ansprüche auf Fürsorge und vor allem auf amtsangemessene Alimentation, die einen Ausgleich für die statusgemäßen Rechtsbeschränkungen bilden.

Für die öffentlichen Dienstnehmer, denen diese kompensierenden grundrechtsähnlichen Rechte nicht zustehen, hat der Verlust des Streikrechts eine ganz andere Bedeutung, die aus dem Funktionsvorbehalt zugunsten der Beamten nicht legitimiert werden kann. Der Gedanke, auch öffentlichen Arbeitnehmern im Bereich des Art. 33 Abs. 4 GG als Ausgleich für die Entziehung des Streikrechts Alimentationsrechte zu gewähren, erweist sich als undurchführbar, da damit das Arbeitsverhältnis im Ergebnis in ein Beamtenverhältnis verwandelt wäre. Die **ausschließliche** Übertragung der hoheitsrechtlichen Aufgaben des Art. 33 Abs. 4 GG auf Dienstnehmer in Beamtenverhältnissen sieht die Bestimmung aber nicht vor; sie erlaubt vielmehr - in Grenzen - auch die nichtständige

²¹⁹ Vgl. umfassend *Paul Kirchhof*, Der Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse in Art. 33 Abs. IV des Grundgesetzes, Diss. München 1968, S. 71; entsprechend *Lerche*, aaO (FN 212), S. 21.

²²⁰ Hierfür soll die durch den Beamtenstatus vermittelte Unabhängigkeit bür- gen, vgl. *Ule*, aaO (FN 213), S. 453f.; auch *A. Meyer*, aaO (FN 216).

²²¹ Insoweit soll das Beamtenrecht Qualifikation sicherstellen, vgl. *Maunz*, aaO (FN 216); *Rudolf*, aaO (FN 71), VVDStRL Heft 37 (1979), S. 204; *Schick*, aaO (FN 212), S. 193; auch *Fritz Ossenbühl*, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL Heft 29 (1971), S. 137 (162) m.w.Nachw.; dem- gegenüber v. *Münch*, aaO (FN 214), S. 116 („Grad der Qualifizierung nicht an den Status gebunden“); auch *Benndorf*, aaO (FN 215), DVBl. 1981, 26. der die Qualifikation auf Ausbildung und „Pflichtenbindung“ bezieht.

²²² AaO (FN 1), S. 29.

²²³ Ebda, S. 39.

²²⁴ Ähnlich wie *Schinkel* auch *Bieback*, aaO (FN 1), S. 33. der sich dann gegen die Ausweitung „zu einer Garantenstellung des Beamten ... jederzeit und voll die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung zu gewährleisten“, aus- spricht.

und ausnahmsweise sogar die ständige Wahrnehmung der Funktionen durch Personen, die nicht „in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen“. Entscheidet sich der Dienstherr für diese verfassungsrechtlich legitimierte Form der Aufgabenwahrnehmung, die nicht die besonderen Sicherungen des regelmäßig vorzusehenden Beamtenverhältnisses bietet, erscheint die Konsequenz, daß die öffentlichen Arbeitnehmer im Rahmen einer Tarifaueinandersetzung die Arbeit niederlegen können, beinahe zwangsläufig. Mögliche Nachteile eines Streiks der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst für das Gemeinwohl können dies nicht entkräften. Denn der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG knüpft nicht an schädliche Auswirkungen eines etwaigen Streiks an²²⁵, sondern an die „Ausübung hoheitlicher Befugnisse“.

Die gegenteilige Auslegung würde den Funktionsvorbehalt - im Hinblick auf das Streikrecht, konsequent durchgeführt sogar überhaupt - überflüssig machen: Wenn schon die Natur der wahrgenommenen Aufgabe zu ihrer unbedingten Erledigung ohne Rücksicht auf ein Streikrecht verpflichtete, käme insofern dem Beamtenstatus keine funktions-sichernde Bedeutung zu²²⁶.

cc) Auch die zur Begründung des Beamtenstreikverbots herangezogenen **Strukturprinzipien der Verfassung** sind nicht ohne weiteres auf einen Streik öffentlicher Arbeitnehmer übertragbar. Soweit aus diesen Prinzipien ein Gebot ununterbrochener Aufgabenerfüllung folgt, steht dem dadurch verpflichteten Dienstherrn das Mittel des Beamteneinsatzes zur Verfügung²²⁷. Der Einsatz dieses Instruments ist jedoch nur für die ständige Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse, und auch insofern nur für den Regelfall, durch Art. 33 Abs. 4 GG zwingend vorgeschrieben; im übrigen überläßt es diese Bestimmung dem politischen Ermessen von Gesetzgebern und Dienstherrn, ihre verfassungsrechtlichen Pflichten unter Verwendung von Bediensteten ohne die besonderen Si-

²²⁵ S. *Forsthoff*, aaO (FN 212), S. 57 (für Müllmänner); wohl zu weitgehend will *Rudolf*, aaO (FN 71). VVDStRL Heft 37 (1979), S. 20, die Einbeziehung der „Rechtsfolge, daß hoheitsrechtliche Befugnisse in der Regel nur von Beamten ausgeübt werden dürfen“, bei der Interpretation des Begriffs der „Ausübung hoheitlicher Befugnisse“ ganz ausschließen; s. auch *Benndorf*, aaO (FN 215), DVBl. 1981, 25, mit Hinweis auf Beschränkungen des Streikrechts durch Notdienste. - Vgl. dagegen *Lerche*, Verbeamtung (aaO), S. 21: „Der Begriff des Hoheitsrechtlichen ... kann ... nur jenen Bereich meinen, für den sinnvollerweise speziell das Berufsbeamtentum da ist“.

²²⁶ Vgl. aber *G. Müller*, aaO (FN 1), S. 45, der, wenn auch nur im Rahmen des Notdienstes, die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse durch die damit betrauten Arbeitnehmer „auch beim Arbeitskampf ... ohne jede Verkürzung“ gewährleistet wissen will.

²²⁷ Und zwar auch außerhalb der in Art. 33 Abs. 4 GG geschützten Funktionen, vgl. etwa *Maunz*, aaO (FN 148), Art. 33 Rdnr. 41; *Matthey*, aaO (FN 148), Art. 33 Rdnr. 32; entsprechend auch die Regelung der Beamtengesetze, dazu sogleich im Text.

cherungen des Beamtentums zu erfüllen²²⁸. Sollten die Staatsstrukturprinzipien über den zwingenden Inhalt des Funktionsvorbehalts des Art. 33 Abs. 4 GG hinaus den Ausschluß **jedes** Streiks erfordern, würden sie dieses politische Ermessen der Staatsorgane einschränken und einen weitergehenden Beamteneinsatz erfordern, der das die Interessen der Allgemeinheit wie der Bediensteten wohlabgewogen berücksichtigende spezifische Mittel der Verfassung zur unbedingten Sicherstellung staatlicher Funktionserfüllung darstellt.

c) Gegen die Zulässigkeit eines Streiks der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst könnte ferner der Einwand **fehlender Kampfparität**²²⁹ zu erheben sein²³⁰, wenn dem Dienstherrn das Kampfmittel der Aussperrung

²²⁸ Zum freien Ermessen des Staates hinsichtlich der Art der Aufgabenerfüllung vgl. BVerfGE 17, 371 (377); auch E 35, 79 (116) für den Hochschulbereich; *Stern*, aaO, Bd. I (FN 33), § 11 III 4 f α, S. 268; s. ferner BVerfGE 16, 6 (21f.): „Ihr (ergänze: der staatlichen Organisationsgewalt) obliegt es, Einrichtungen und Aufbau der staatlichen Verwaltung zu ordnen sowie die Art und Weise, wie die staatlichen Aufgaben erfüllt werden sollen, näher zu regeln, insbesondere auch - im Rahmen der Grundsätze des Art. 33 GG - zu bestimmen, wer mit der Erfüllung staatlicher Aufgaben betraut werden soll“. Vgl. auch *Rudolf*, aaO (FN 71), VVDStRL Heft 37 (1979), S. 204f., der auf die Verpflichtung des Staates hinweist, den Funktionsvorbehalt „so zu handhaben, daß er seine Aufgaben optimal erfüllen kann“, und darauf, daß hierzu im „Interesse einer flexiblen Verwaltungsorganisation“ der Einsatz von Nichtbeamten vorteilhaft sein kann. Die Beamtengesetze haben den Gestaltungsspielraum dahingehend genützt, daß die Berufung in das Beamtenverhältnis nur zur Wahrnehmung „solcher Aufgaben, die aus Gründen der Sicherheit der Staates oder des öffentlichen Lebens nicht ausschließlich Personen übertragen werden dürfen, die in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis stehen“, - neben der Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Aufgaben -, zulässig ist. In diesem Bereich verbleibt es bei der Ermessensentscheidung der Regierung, vgl. BVerwG, ZBR 1979, 306 (307) m.w.Nachw. (für die Aufgabenerfüllung“ - insbesondere auch in Krisenzeiten und bei Streiks -“).

²²⁹ Zu dieser vom Bundesarbeitsgericht bejahten, im Schrifttum umstrittenen Voraussetzung der Tarifautonomie vgl. nur BAG, NJW 1980, 1642 (1644) m.zahlr.Nachw., sowie etwa *Scholz*, aaO (FN 108), Art. 9 Rdnrn. 288ff. m.w.Nachw.; *Ulrich Goll*, Arbeitskampfparität und Tariferfolg, 1980; *Franziska Pabst*, Der Begriff „Kampfparität“ in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 1980; zu den Urteilen des BAG s. etwa *Manfred Lieb*, Das neue Arbeitskampsystem, 1981; *Hans J. Wohlgemuth/Manfred H. Bobke*, Die Aussperrungsurteile des Bundesarbeitsgerichts vom 20. Juni 1980, BB 1981, 2141ff. m.w.Nachw. zum literarischen Echo der Entscheidungen.

²³⁰ Vgl. in diesem Sinne etwa den „Bericht der Kommission“ der Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, 1973, S. 349 (im Rahmen des „Gesetz-Modells“ der Kommissionsmehrheit, ebda, S. 342ff.); zuletzt *Klaus Feucht*, Gedanken zur Tarifautonomie in Zeiten verschlechterter wirtschaftlicher Rahmenbedingungen, BB 1982, 250 (252f.).

nicht zur Verfügung stehen sollte²³¹ (aa) oder er dem Kampfmittel des Streiks gegenüber aus anderen Gründen ohne ausreichende Abwehrmöglichkeit wäre (bb)²³²

aa) Die Zulässigkeit einer **Aussperrung** als Mittel des Arbeitskampfes im öffentlichen Dienst ist ebenso wie die des Streiks im Schrifttum umstritten²³³.

α) Eine **Mindermeinung** legt dar, daß gegenüber Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst **keine Aussperrung** zulässig sei. Zur Begründung wird darauf abgestellt, daß „der Staat und die unterstaatlichen Verbände ... nicht von sich aus die Funktionen zur Ausübung öffentlicher Gewalt und zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben lahmlegen“ könnten²³⁴. „Das Mittel der Aussperrung steht dem sozialen Rechtsstaat nicht zur Verfügung, weil er aufgrund seines Verfassungsauftrags die von ihm geforderten Leistungen jederzeit und gleichmäßig erbringen muß“²³⁵.

β) Demgegenüber wird von der **vorherrschenden Meinung** die **Möglichkeit der Aussperrung** im geltenden Recht des öffentlichen Dienstes

²³¹ Die Notwendigkeit des Kampfmittels der Aussperrung für die Herstellung der Kampfparität hat das Bundesarbeitsgericht jedenfalls für Abwehraussperrungen angenommen, NJW 1980, 1642 (1644); dagegen für den öffentlichen Dienst *Bieback*, aaO (FN 17), S. 22, der die Bedeutung der Betriebsrisikolehre in diesem Bereich verkennt, dazu näher sogleich zu B II 1c bb.

²³² Bezogen auf Lebenszeitbeamte wird die Kampfparität auch aufgrund des fehlenden Arbeitsplatzrisikos verneint, vgl. namentlich *Peter Schwerdtner*, Fürsorgetheorie und Entgelttheorie, 1970, S. 95; dagegen *Schnapp*, aaO (FN 141), S. 54f.; w.Nachw. bei *Isensee*, aaO (FN 87), S. 45f. FN 13; einer Erörterung dieses Gesichtspunktes bedarf es hier nicht.

²³³ Außer Betracht bleiben spezifisch beamtenrechtliche Aspekte gegen eine Aussperrung, vgl. dazu etwa *Schick*, aaO (FN 212), 260f.; *Ule*, ebda, S. 485ff.; *Nipperdey/Säcker*, aaO (FN 30), S. 980f.; *Isensee*, aaO (FN 87), S. 44 m.w.Nachw.; *Thiele*, aaO (FN 128), DöD 1978, 191; *Christa Viniol*, Dienst nach Vorschrift als grundrechtswidriger Dienst, Diss. Tübingen 1975, S. 36.

²³⁴ *Franz Mayer*, aaO (FN 212), S. 670; ebenso v. *Münch*, ebda, S. 151; *Ule*, ebda, S. 485ff.; *Werner Weber*, Das Streikrecht der Beamten, in: Das Berufsbeamtentum, aaO, S. 199 (202); *Wollenschläger*, aaO (FN 128), ZAS 1979, 92.

²³⁵ Bericht der Kommission, aaO (FN 230); *Scheerbarth/Höffken*, aaO (FN 12), S. 54; für einen jedenfalls praktischen Ausschluß der Aussperrung *Feucht*, aaO (FN 230), BB 1982, 253.

weithin akzeptiert²³⁶ und auch von den meisten Befürwortern eines Beamtenstreikrechts als dessen Gegenstück bejaht²³⁷.

γ) Eine **Stellungnahme** in dieser Streitfrage verlangt eine Klärung schwieriger Rechtsprobleme.

Die Ableitung der Arbeitskämpfungsmittel aus Art. 9 Abs. 3 GG wirft zunächst das Problem auf, ob sich die öffentlichen Arbeitgeber auf die Grundrechtsfähigkeit gem. Art. 19 Abs. 3 GG berufen können²³⁸. In dieser Hinsicht wäre denkbar, einen Grundrechtsschutz wegen des Charakters der Beschäftigung von Angestellten im öffentlichen Dienst als privatrechtliches (Personal-)Bedarfsdeckungsgeschäft zu bejahen²³⁹ oder den öffentlichen Arbeitgeber „in der gleichen ‚grundrechtlichen Gefährdungslage‘ gegenüber“ dem die Arbeitskämpfungsfreiheit beschränkenden Staat zu sehen wie den einzelnen privaten Arbeitgeber²⁴⁰. Auf die damit zusammenhängenden Zweifelsfragen braucht jedoch nicht näher eingegangen zu werden, denn in jedem Falle können die öffentlichen Arbeitgeber unabhängig von ihrer Grundrechtsberechtigung von der Aussperrungsmöglichkeit als einem Bestandteil des **objektiv** gewährleisteten grundgesetzlichen Tarifvertragssystems²⁴¹ Gebrauch machen, das zudem die Aussperrung auf (einfach)bundesrechtlicher Ebene vorsieht, wie sie namentlich durch die Arbeitskämpfungrechtsprechung des **Bundesarbeitsgerichts** ausgestaltet ist²⁴².

²³⁶ Rolf Dietz, Grundfragen des Streikrechts, JuS 1968, 1 (4); Dietz/Richardi aaO (FN 212), § 2 Rdnr. 80; Wilhelm Reuß, Arbeitskampf im Bereich der öffentlichen Verwaltung, DVBl. 1968, 57 (62); Löwisch, aaO (FN 127), S. 31; Dietmar Seidel, Beamtenstreik de lege ferenda?, DVBl. 1974, 141 (144); H.-P. Schneider, aaO (FN 1), S. 17, hält dies für „selbstverständlich“. Für die Zulässigkeit von Arbeitskämpfen im öffentlichen Dienst auch Nipperdey/Säcker, aaO (FN 30), S. 983f.; Zöllner, aaO (FN 34), S. 304; Brox/Rüthers, aaO (FN 34), S. 70. Offengelassen von G. Müller, aaO (FN 1), S. 55ff.

²³⁷ Thieme, aaO (FN 213), S. 405f.; Däubler, Streik, aaO (FN 193), S. 167f., 255; Winfried Benz, Beamtenverhältnis und Arbeitsverhältnis, 1969, 142f.; Thilo Ramm, Das Koalitions- und Streikrecht der Beamten, 1970, S. 163ff., 168; anders Reinhard Hoffmann, Beamtentum und Streik, AöR Bd. 91 (1966), S. 141 (188f.).

Im Sinne eines argumentum ad absurdum (gegen die Zulassung des Beamtenstreiks) für die Aussperrungsmöglichkeit als Korrelat des Streiks auch H.-J. Fingger, Ist das Berufsbeamtentum bei der Deutschen Bundesbahn noch zeitgemäß?, ZBR 1964, 65ff.; ähnlich Klaus Scheffer, Grundrechte und Beamtenrecht, Diss. Tübingen, 1966, S. 146; ebenso schon Brand, aaO (FN 2), S. 543. Umgekehrt für den Ausschluß der Aussperrung parallel zu Streikverboten bei Versorgungsbetrieben Seiter, Streikrecht, aaO (FN 2), S. 553.

²³⁸ Zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts vgl. Stern, aaO (FN 181), BK, Art. 93 (Zweitbearbeitung), Rdnrn. 439ff. m.w.Nachw.

²³⁹ Vgl. ebda, Rdnr. 441 m.w.Nachw.

²⁴⁰ Vgl. BVerfGE 45, 63 (79) und Stern, aaO (FN 238), Rdnr. 446 m.w.Nachw.

²⁴¹ Vgl. BVerfGE 50, 290 (369).

²⁴² Vgl. BAG NJW 1980, 1642 (1645f.), zurückhaltend gegenüber deren formeller Qualifikation als „Richterrecht“.

Bedenken könnten sich ergeben, die Aussperrungsmöglichkeit eines **einzelnen** Arbeitgebers (wie etwa der Deutschen Bundespost) aus dem **kollektiv** begriffenen Grundrecht der Koalitionsfreiheit zu legitimieren²⁴³. Da jedoch § 2 Abs. 1 Tarifvertragsgesetz dem einzelnen Arbeitgeber ausdrücklich Tariffähigkeit²⁴⁴ und damit die Möglichkeit zum Arbeitskampf einräumt, müssen auch die Bedenken jedenfalls auf der Ebene des einfachen Rechts zurücktreten.

Schließlich sprächen ähnliche Überlegungen gegen eine Unterbrechung der Staatstätigkeit durch Aussperrung wie sie bei einem Streik existieren. Das Grundgesetz schreibt jedoch einen Einsatz des nicht streikberechtigten Bedienstetentypus des Beamten nicht für alle Bereiche zwingend vor. Es erlaubt vielmehr den öffentlichen Körperschaften, die Staatsfunktionen auch von Arbeitnehmern erledigen zu lassen, nimmt also die in der Natur dieses Beschäftigungsverhältnisses begründeten Unsicherheiten für die Aufgabenerfüllung in Kauf.

Für die Annahme, das Grundgesetz schließe in diesem Bereich die öffentlichen Arbeitgeber von den für das vorausgesetzte Tarifautonomiesystem konstituierenden, die Kampfparität herstellenden Arbeitskampfmitteln einseitig aus, spricht nichts. Bei gegenteiliger Rechtslage könnten die Arbeitnehmerkoalitionen die Gestaltung der Arbeitsbedingungen des öffentlichen Dienstes ausschließlich nach ihren eigenen Vorstellungen gegen einen nicht arbeitskampffähigen Tarifpartner durchsetzen.

Die aus einem Diktat der Arbeitnehmerkoalition resultierenden Arbeitsbedingungen könnten zu Belastungen der öffentlichen Haushalte führen, die über die Nachteile arbeitskampfbedingter Funktionsausfälle weit hinausgehen. Der Verfassung ein solches Ergebnis zu entnehmen, wäre lebensfremd.

Umgekehrt muß eine Aussperrung öffentlicher Arbeitnehmer nicht notwendig zu weitergehenden Funktionsbeeinträchtigungen als der Streik führen; sie kann vielmehr sogar zu einer vorzeitigen Beendigung eines Arbeitskampfes beitragen, namentlich wenn sich der Arbeitgeber außerstande sieht, die mittels Streik verfolgten Forderungen der Gegenseite zu erfüllen. Auf welchem Wege Tarifverhandlungen mit den Arbeitnehmerkoalitionen des öffentlichen Dienstes am schnellsten und günstigsten für die Gewährleistung der Staatsfunktionen abgeschlossen werden, können und müssen die öffentlichen Arbeitgeber aufgrund der jeweiligen Sachlage selbst entscheiden.

Im Ergebnis läßt sich feststellen, daß erheblich mehr für die Zulässigkeit einer Aussperrung auch im öffentlichen Dienst spricht als gegen sie. Aus diesem Grunde soll daher im folgenden von dieser Voraussetzung ausgegangen werden.

²⁴³ Vgl. *Peter Lerche*, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, 1968, S. 45f., 18f.

²⁴⁴ Vgl. dazu BVerfGE 20, 312 (318); *Nipperdey/Säcker*, aaO (FN 30), S. 422 (insbes. S. 42⁵ zur Deutschen Bundespost); *Herbert Wiedemann/Herbert Stumpf*, Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl. 1977, § 2 Rdnrn. 59ff.; *Wolfgang Däubler/Hans Hege*, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl. 1981, S. 25f.

bb) Die Kampfparität könnte noch aus einem eher tatsächlich zu wertenden anderen, sich aus den **Besonderheiten der Personal- und der Aufgabenerledigungsstruktur gerade bei der Deutschen Bundespost** ergebenden Grunde nicht gewährleistet sein.

α) Der Transport einer der Post übertragenen Sendung erfolgt über eine Kette verschiedener Arbeitsabschnitte, von denen jeder auf der Erledigung der vorgeschalteten Abschnitte aufbaut. Eine Unterbrechung der Transportkette an einem Punkt führt deshalb zur Unmöglichkeit der Erledigung der anschließenden Arbeitsabschnitte; dabei können schon eng begrenzte Störungen an geeigneten Punkten der Transportkette, namentlich zentralen Sortierstellen, weitgehende negative Auswirkungen für die Aufgabenerfüllung haben. Dies kann besonders im Falle eines Streiks geschehen, weil gerade an den zentralen Sortierstellen aufgrund der betriebsbedingt erforderlichen Erledigung durch Teilzeitbeschäftigte in großer Zahl Arbeitnehmer tätig sind.

Ähnliche negative Folgen sind natürlich auch im Rahmen arbeitsteiliger Produktionsprozesse in der privaten Wirtschaft denkbar²⁴⁵. Dort ist der Arbeitgeber jedoch gegenüber arbeitswilligen Arbeitnehmern - auch ohne Aussperrung - nicht zur Lohnzahlung verpflichtet, wenn ihre Beschäftigung infolge des Streiks nicht mehr sinnvoll möglich ist²⁴⁶.

β) Demgegenüber ist der öffentliche Arbeitgeber nicht nur mangels entsprechender Gestaltungsmöglichkeiten des Beamtenrechts an der Aussperrung der Beamten gehindert, sondern darüber hinaus zur Alimentation seiner Beamten auch dann verpflichtet, wenn deren Dienstleistung unmöglich ist; denn „die wechselseitigen Ansprüche unterscheiden sich ihrer Art nach vom Anspruch auf Leistung und Gegenleistung innerhalb des entgeltlichen Arbeits- und Angestelltenvertrages und stehen sich vor allem in anderer Weise gegenüber, als sich Leistung und Gegenleistung im entgeltlichen Arbeits- und Angestelltenvertrag gegenüberstehen“²⁴⁷. Damit fehlt dem Dienstherrn die Möglichkeit, die **Kostenlast** für die aufgrund des Streiks **beschäftigungslosen Beamten** abzuwälzen, er ist gegenüber einem Streik der Bediensteten insoweit wehrlos²⁴⁸.

²⁴⁵ Vgl. das vom BAG, NJW 1980, 1642 (1649) zitierte Beispiel des BDA-Präsidenten *Esser*, wonach „ein Streik in der Energiezentrale der BASF die Arbeit von 50000 Arbeitnehmern unmöglich mache“ (BDA-Kolloquium, Rechtsfragen der Aussperrung, 1978, S. 94)“.

²⁴⁶ So die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, s. NJW 1980, 1642 (1649) m.w.Nachw., sowie etwa *Zöllner*, aaO (FN 34), S. 160f., 289; *Seiter*, Streikrecht, aaO (FN 2), S. 305ff. m.w.Nachw. (dieser sieht die Lohnverweigerung allerdings als - kollektivrechtliches - Arbeitskämpfungsmittel); zur Betriebsrisikolehre allgemein etwa noch *Kurt H. Biedenkopf*, Die Betriebsrisikolehre als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung, 1970.

²⁴⁷ BVerfGE 44, 249 (264); auch E 52, 303 (329): Die Besoldung ist „kein Entgelt im Sinne einer Entlohnung für konkrete Dienste“.

²⁴⁸ Dies verkennt *Bieback* aaO (FN 1), S. 22; die Überlegungen *G. Müllers* zur Kampfparität, aaO (FN 1), S. 35ff., übergehen diesen Gesichtspunkt ganz.

Da diese Benachteiligung für alle öffentlichen Arbeitgeber aufgrund des Nebeneinanders von Beamten und Arbeitnehmern zutrifft, kommt sie als ein Kriterium, das „einer typisierenden Betrachtung zugänglich“ und deshalb bei der Beurteilung der Kampfparität zu beachten ist²⁴⁹, in Betracht. Eine Berücksichtigung dieser Belastungen fällt auch in den Bereich der tarifbezogenen Parität, die das **Bundesarbeitsgericht** für allein maßgeblich erklärt hat²⁵⁰, soll doch gerade die finanzielle Belastung der öffentlichen Arbeitgeber durch das Arbeitskämpfungsmittel des Streiks erhöht und die Verhandlungsstärke der sozialen Gegenspieler, die sich beim Aushandeln der Tarifabschlüsse auswirkt, beeinflusst werden²⁵¹.

γ) Ob die Schwächung der Kampfparität aus diesem Grunde den Ausschluß des Streikrechts rechtfertigen könnte²⁵², bedarf keiner Entscheidung, wenn sie auf anderem, die Arbeitnehmer in ihrer Koalitionsbetätigung weniger beeinträchtigendem Wege ausgeglichen werden kann.

Hierzu erscheint insbesondere die Möglichkeit des Beamteneinsatzes zur Erledigung bestreikter (Vor-)Arbeiten, die die Arbeitsmöglichkeiten für später in der Transportkette beschäftigte Beamte aufrecht erhalten könnten, geeignet. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieses Instruments gemäß Art. 9 Abs. 3 GG kann zunächst noch offenbleiben; der schwerere Eingriff der gänzlichen Versagung des Streikrechts muß angesichts dieser Möglichkeit zur Herstellung der Kampfparität jedenfalls ausscheiden.

Teilergebnis:

Das Streikrecht der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes erweist sich als ein in vollem Umfang noch nicht rechtlich gelöstes Problem. Es konnte hier nur in wesentlichen Punkten erörtert werden; einer abschließenden Stellungnahme bedurfte es im Rahmen dieses Rechtsgutachtens schon deshalb nicht, weil in der Praxis das Problem gegenwärtig dahingehend entschieden ist, daß die Arbeitnehmerkoalitionen das Streikrecht ausüben, ohne daß die öffentlichen Arbeitgeber diesem Rechtsstandpunkt grundsätzlich entgegneten. Dies bedeutet indessen nicht, daß auch die Grenzen der Streikbefugnis außer Streit stehen.

²⁴⁹ BAG, NJW :980, 1642 (1647).

²⁵⁰ Ebda m.Nachw., auch für die abgelehnte Auffassung von der sog. „Gesamtparität“.

²⁵¹ Vgl. BAG. ebda.

²⁵² Statt dessen käme eine zur Wiederherstellung der Kampfparität geeignete Veränderung der Personalstruktur der Deutschen Bundespost, notfalls aufgrund neu zu schaffender gesetzlicher Teilzeitbeschäftigungsmöglichkeiten in Frage, um eine Beseitigung des Streikrechts durch Personalstrukturgestaltung auszuschließen; zur Zulässigkeit etwa *Matthey*, aaO (FN 71), Art. 33, Rdnr. 39; *Mühl*, aaO (FN 71), K § 2 Rdnrn. 20, 24 m.w.Nachw.; *Wiedow*, aaO (FN 5), § 79a Rdnr. 2 m.w.Nachw.; *Bettis*, aaO (FN 5), § 79a Anm. 1 m.w.Nachw.

2. Nachdem vorstehend das Streikrecht der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst zwar als rechtlich noch nicht zweifelsfrei geklärt, aber als praktisch wahrgenommen dargestellt wurde, bedarf es nunmehr der Klärung der Frage, inwieweit die Verpflichtung des Beamten zur Streikarbeit und eine entsprechende Anordnung im Einzelfall die Möglichkeit der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes, ihren **Streik durchzuführen**, berührt.

a) Die Übernahme der von den streikenden Arbeitnehmern nicht geleisteten Arbeiten durch Beamte führt gemeinhin dazu, daß die **Auswirkungen der Arbeitsniederlegung** vermindert, vielleicht sogar ausgeschlossen werden. Dem öffentlichen Arbeitgeber ist es also möglich, die Belastungen durch geeignete organisatorische Maßnahmen zu minimieren. Jedenfalls kann er die im Rahmen gewerkschaftlicher Streiktaktik angestrebten Primärfolgen verhindern. Der Beamteneinsatz hat daher Einfluß auf die Wirksamkeit des Streiks.

Das Streikrecht hat aber seine wesentliche Funktion darin, auf die Willensbildung des Tarifgegners durch die nachteiligen Folgen der Arbeitsniederlegung einzuwirken. Die Gewährleistung des Streikrechts muß daher als Garantie der Möglichkeit **wirkungsvollen** Streikens verstanden werden²⁵³.

b) Werden Beamte zur Erledigung von Streikarbeiten eingesetzt, stellt dies mithin faktisch eine Beeinträchtigung der grundrechtsgeschützten Möglichkeit wirkungsvollen Streikens dar. Doch ist fraglich, ob die öffentlichen Arbeitgeber, wenn sie als Tarifvertragsparteien einen Arbeitskampf führen, gegenüber den Gewerkschaften nicht **von der Grundrechtsbindung** des Art. 9 Abs. 3 GG **befreit sind** und wie jeder andere private Arbeitgeber behandelt werden müssen²⁵⁴. Private Arbeitgeber können nämlich Kampfmittel, die das Streikrecht ihrer sozialen Gegenspieler behindern, einsetzen, ohne damit gegen Art. 9 Abs. 3 GG zu verstoßen²⁵⁵. In der Wahl der Kampfmittel sind sie anerkanntermaßen grundsätzlich frei²⁵⁶. Namentlich ist es ihnen nicht verwehrt, ihre Verhandlungsposition dadurch zu verbessern, daß sie die von den Strei-

²⁵³ Vgl. BVerfGE 38, 386 (394, 395) für die „Fähigkeit des Arbeitgebers, einen wirkungsvollen (bzw. effektiven) Arbeitskampf zu führen“; *Rupert Scholz/Horst Konzen*, Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht, 1980, S. 128.

²⁵⁴ Vgl. zur Frage der fehlenden Grundrechtsbindung der Hoheitsträger bei privatrechtlichem Handeln allgemein *Stern*, aaO (FN 49), Bd. II, § 41 I 3 d β, S. 741ff. m.w.Nachw.; *ders.*, aaO (FN 181), Art. 93 Rdnr. 605 m.w.Nachw.

²⁵⁵ Vgl. gegenüber der abweichenden Auffassung von *Henner Wolter*, Aussperrung, Parität und Verhältnismäßigkeit, AuR 1979, 193 (195f.), zur Aussperrung *Scholz/Konzen*, aaO (FN 253), S. 158ff.

²⁵⁶ Siehe nur *Scholz* aaO (FN 108), Art. 9 Rdnr. 311 m.Nachw.

kenden nicht verrichtete Arbeit von Arbeitnehmern ausführen lassen, die freiwillig hierzu bereit sind²⁵⁷.

Ob diese Grundsätze auf den Arbeitskampf öffentlicher Arbeitgeber Anwendung finden können²⁵⁸, bedarf hier keiner umfassenden Klärung. Jedenfalls für den Streikarbeitseinsatz von Beamten ist ihre Geltung unter zwei Aspekten zweifelhaft.

Wenn der öffentliche Dienstherr Streikarbeit seiner Beamten anordnet, geschieht dies im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Beamtenverhältnisses. Die Anordnung ist gegenüber dem Beamten unzweifelhaft ein Akt öffentlicher Gewalt. Läßt man diese formale Qualifikation auch im Verhältnis zu dem Arbeitskampfgegner entscheidend sein²⁵⁹, ist die Grundrechtsbindung folgerichtig.

Anders als für Arbeitnehmer ergibt sich für die Beamten eine Verpflichtung, ihnen zugewiesene Streikarbeit zu erledigen, aus dem Gesetz. Dadurch ist den Gewerkschaften die gegenüber freiwilliger Streikarbeit bestehende Möglichkeit genommen, auf die die bestreikten Arbeiten durchführenden Beamten im Sinne der Arbeitsverweigerung einzuwirken. Die Bestimmungen der Beamtengesetze, die den Beamten solcher Beeinflussung entziehen, verschaffen dem öffentlichen Arbeitgeber mithin Sonderbefugnisse, die über die an sich der Arbeitgeberseite nach der allgemeinen Rechtsordnung zustehenden Kampfmittel hinausgehen²⁶⁰. Jedenfalls diese beamtenrechtlichen Vorschriften, die die Streikarbeitsanordnung zulassen, unterliegen der Grundrechtsbindung nach Art. 1 Abs. 3 GG. Selbst wenn die Anordnung der Streikarbeit der Beamten als Kampfmaßnahme des öffentlichen Arbeitgebers der Grundrechtsgeltung entzogen wäre, ändert dies nichts daran, daß die Gesetze, die den Beamten zur Streikarbeit verpflichten, an Art. 9 Abs. 3 GG zu messen sind.

Teilergebnis:

Die Anordnung der Streikarbeit von Beamten beeinträchtigt die von Art. 9 Abs. 3 GG umfaßte Möglichkeit wirkungsvollen Streikens. Sie kann nicht als Kampfmaßnahme von der Grundrechtsbindung ausgenommen werden; jedenfalls sind die gesetzlichen Grundlagen für die Streikarbeitspflicht der Beamten an diesen Grundrechten zu messen.

3. Ist sonach durch den Beamteneinsatz ein Eingriff in den durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Grundrechtsbereich der streikberechtigten

²⁵⁷ Unverständlich ist es daher, wenn *G. Müller* in einem Interview, Gewerkschaftliche Praxis Nr. 11/1981, S. 4 (8), ausführt: „Die Beamten hätten also die Anordnung, von Arbeitern und Angestellten bestreikte Arbeitsplätze zu übernehmen, nicht befolgen müssen, *und* sie hätten sie nicht befolgen dürfen“. (Hervorhebung des Verf.) - Für ein selbst dem Arbeitsrecht unbekanntes Verbot freiwilliger Streikarbeit durch Beamte ist nichts dargetan.

²⁵⁸ So *Leisner*, aaO (FN 1), ZBR 1975, 74.

²⁵⁹ So *Bieback*, aaO (FN 1), S. 19.

²⁶⁰ Vg.: *H.-P. Schneider*, aaO (FN 1), S. 20.

Arbeitnehmer zu bejahen, so ist zu prüfen, ob und inwieweit die Verminderung der Wirkungen eines Streiks der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes durch **Schranken des Art. 9 Abs. 3 GG** gerechtfertigt ist. Diese Prüfung verlangt zunächst die Klärung der grundsätzlichen Begrenzbarkeit der Rechte aus Art. 9 Abs. 3 GG (a). Sodann bedarf es der Darstellung der Beschränkungen des Streikrechts (b), insbesondere im Bereich des öffentlichen Dienstes (c). Schließlich sind die spezifischen Belange der Deutschen Bundespost zu würdigen (d).

a) Die Bestimmung der Schranken der Gewährleistung des Art. 9 Abs. 3 GG ist mangels ausdrücklicher grundgesetzlicher Regelung nicht einfach. Allgemein ist anerkannt, daß das Grundrecht der Koalitionsfreiheit jedenfalls im Hinblick auf die Koalitionsbetätigung trotz eines fehlenden geschriebenen Schrankenvorbehalts nicht unbeschränkt gewährleistet ist²⁶¹. Ungeklärt sind bisher lediglich Art und Begründung der Begrenzbarkeit. Hierzu werden mehrere Auffassungen vertreten, auf die im einzelnen nicht näher eingegangen zu werden braucht; denn im Rahmen der hier zu erörternden Fragen genügt es, die zumindest für die Praxis maßgebliche Rechtsprechung des **Bundesverfassungsgerichts**²⁶² zugrunde zu legen.

aa) „Das Bundesverfassungsgericht geht ... in ständiger Rechtsprechung davon aus, daß Art. 9 Abs. 3 GG die Koalitionsfreiheit und damit auch das Betätigungsrecht der Koalitionen nur in einem Kernbereich schützt (vgl. BVerfGE 19, 303 (321ff.); 28, 295 (304); 38, 281 (305); 38, 386 (393); 50, 290 (368) m.w.N.) Das Grundrecht räumt den geschützten Personen und Vereinigungen nicht einen inhaltlich unbegrenzten und unbegrenzten Handlungsspielraum ein (BVerfGE 38, 386 (393)); es ist vielmehr Sache des **Gesetzgebers**, die Tragweite der Koalitionsfreiheit dadurch zu bestimmen, daß er die Befugnisse der Koalitionen im

²⁶¹ Vgl. zur Schrankenproblematik des Art. 9 Abs. 3 GG etwa *Scholz*, aaO (FN 108), Art. 9 Rdnrn. 336ff.; v. *Münch*, aaO (FN 108), Art. 9 Rdnrn. 55ff.; *ders.*, in: BK, aaO (FN 143), Rdnrn. 170ff.; *Wolfgang Däubler/Hans Hege*, Koalitionsfreiheit, 1976, S. 126ff.; *Blanke/Sterzel* aaO (FN 109), S. 76ff.; *Franz-Jürgen Sacker*, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, 1969; *Seiter*, aaO (FN 2), S. 107ff., S. 513ff.; *Scholz/Konzen*, aaO (FN 253), S. 151ff. jeweils m.w.Nachw. Nur vereinzelt wird angenommen, die Streikrechtsgrenzen müßten ausschließlich der „Eigenverantwortung der Arbeitnehmer und ihrer Gewerkschaften überlassen“ bleiben (so *Blanke/Sterzel*, aaO (FN 109), S. 91f. m.Nachw.). So sehr der Appell an das Verantwortungsbewußtsein beim Gebrauch des Streikrechts Gewicht hat, so wenig vermag er die notwendigen rechtlichen Schranken, deren Bedeutung gerade bei einem Versagen der Eigenverantwortung der Arbeitnehmerkoalition praktisch wird, zu ersetzen.

²⁶² S. zur Problematik der Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nur *Stern*, aaO (FN 49), § 44 V 3 g β, S. 1037ff. m.Nachw.; im Sinne einer weitgehenden Bindung jetzt wieder das Bundesverwaltungsgericht, ZBR 1982, 22 (23); dagegen zuletzt *Karl August Bettermann*, Richterliche Normenkontrolle als negative Gesetzgebung, DVBl. 1982, 91 (95).

einzelnen ausgestaltet und näher regelt (BVerfGE 28, 295 (306); 50, 290 (368)). Dies ist vor allem dort unerlässlich, wo gewichtige Belange anderer, auch des Sozialpartners, berührt werden (vgl. hierzu auch BVerfGE 32, 54 (68ff., 76f.)).

Art. 9 Abs. 3 GG verbürgt verfassungskräftig gewerkschaftliche Betätigung jedenfalls nur insoweit, als diese für die Erhaltung und Sicherung der Existenz der Koalition als unerlässlich betrachtet werden muß (BVerfGE 17, 319 (333); 28, 295 (304)). Auch wo sich ein solches Betätigungsfeld ... darbietet, kann der Gesetzgeber modifizierende Regelungen treffen, die dem jeweils in Frage stehenden Sachverhalt Rechnung tragen. Allerdings dürfen dabei dem Betätigungsrecht der Koalition nur solche Schranken gezogen werden, die im konkreten Fall zum Schutz anderer Rechtsgüter ... von der Sache her geboten sind. Regelungen, die nicht in dieser Weise gerechtfertigt sind, tasten den Kerngehalt der Koalitionsbetätigung an (BVerfGE 19, 303 (321f.); 28, 295 (304ff.); 50, 290 (368f.))²⁶³.

α) Diese Grundsätze der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung sind zwar nicht unmittelbar auf das Streikrecht bezogen; sie gelten aber für die „verfassungskräftig verbürgte gewerkschaftliche Betätigung“ schlechthin. Wie bereits gezeigt, ist deren Inhalt hier gegenüber der sonstigen Rechtsprechung des **Bundesverfassungsgerichts** verengt formuliert²⁶⁴. Nach dieser erstreckt sich der Grundrechtsschutz auch auf die Gewährleistung der für ein funktionierendes Tarifvertragssystem erforderlichen Betätigungsmöglichkeiten, also „solcher Befugnisse der Gewerkschaften ..., die unerlässlich sind, damit sie ... ihren Zweck, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder zu wahren und zu fördern, wirksam verfolgen können“²⁶⁵. Zu denen ist jedenfalls gegenwärtig grundsätzlich auch der Streik zu zählen, der somit in den von Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Bereich fällt.

²⁶³ BVerfGE 57, 220 (246); erneut BVerfG, DVBl. 1982, 192; ebenso zuletzt BAG, BB 1982, 308 (Presseinformation); kritisch im Hinblick auf die dogmatische Rechtfertigung der „Kernbereichs“-Argumentation der Entscheidung die Anmerkung von *Jürgen Schwabe*, DÖV 1981, 796ff.; zweifelnd zur Kernbereichsrechtsprechung insgesamt etwa *Seiter*, Streikrecht, aaO (FN 2), S. 112ff. m.w.Nachw.; kritisch auch *Ulrich Zachert*, Gewerkschaftliche Rechte im Betrieb - Eine Restgröße, AuR 1979, 358 (364f.) m.w.Nachw.; *Wilhelm Herschel*, Kernbereichslehre und Kodifikationsprinzip in der Tarifautonomie, AuR 1981, 265 (266ff.); *Heide M. Pfarr/Hermann Brandt*, Zur Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei Streik und Aussperrung, AuR 1981, 325 (329f.) m.w.Nachw.; zustimmend hingegen *Säcker*, aaO (FN 261), S. 89ff., der selbst eine Kernbereichslehre entfaltet, S. 33ff.; auch *Rupert Scholz*, Begründung der Verfassungsbeschwerde der Orthopädischen Anstalten Volmarstein. in: Informationen zur Verfassungsbeschwerde der Orthopädischen Anstalten Volmarstein, hrsg. von *Lothar Schöppe*, 1979, S. 117 (139ff.); *Hermann Soell*, Zur Methodik der Rechtsfindung des Bundesverfassungsgerichts, ZfA 1981, 509 (532f.); *Schwerdtfeger*, aaO (FN 128), S. 66f.

²⁶⁴ S. oben B I 1 a aa.

²⁶⁵ BVerfGE 17, 319 (333f.).

Nach ihrer Kernaussage räumt die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung dem Gesetzgeber die Möglichkeit ein, „modifizierende Regelungen zu treffen, die dem jeweils in Frage stehenden Sachverhalt Rechnung tragen“. Die damit eröffnete Kompetenz zur Begrenzung gestattet nur, aber auch alle diejenigen Schranken, „die im konkreten Fall zum Schutz anderer Rechtsgüter ... von der Sache her geboten sind“. Der Kreis der dabei berücksichtigungsfähigen „Rechtsgüter“ ist nicht näher begrenzt. Das **Bundesverfassungsgericht** nennt die Beispiele

- „des Betriebsfriedens, des ungestörten Arbeitsgangs“²⁶⁶
- „der Wahrung des Friedens in der Dienststelle und des Vertrauens der Bediensteten in die Neutralität des Personalrats“²⁶⁷
- von „Sinn und Zweck freier Personalratswahlen, ... (der) Erfüllung der dienstlichen Aufgaben, (der) Ordnung in der Dienststelle oder (des) Wohl(s) der Bediensteten“²⁶⁸
- oder allgemeiner „der Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens“²⁶⁹.

Diese Anwendungsfälle verdeutlichen, daß nicht nur Rechtsgüter schutzfähig sind, die selbst verfassungskräftig gewährleistet sind, sondern daß der ausgestaltende Gesetzgeber ein hohes Maß an Freiheit bei der Bestimmung der zu schützenden Zwecke besitzt. In diesem Zusammenhang ist eine hier besonders beachtenswerte Aussage hervorzuheben, die das **Bundesverfassungsgericht** für das Personalvertretungsrecht getroffen hat. Indem es die Parallele zur Ausgestaltung „der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Tarifmacht der Koalitionen“ betonte, hat es darauf verwiesen, „bei dieser näheren Regelung den **Aufgaben des öffentlichen Dienstes und seiner Verschiedenheit von der Tätigkeit in privaten Betrieben** ebenso Rechnung (zu) tragen wie den **Besonderheiten der einzelnen Zweige des öffentlichen Dienstes**“²⁷⁰.

β) Weniger klar als die materiell-rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten ist die Frage, wer **zur Ausgestaltung zuständig** ist. Besonders gilt dies für die richterrechtliche Regelung bestimmter Bereiche.

Im Prinzip ist es eindeutig „Sache des Gesetzgebers, die Tragweite der Koalitionsfreiheit dadurch zu bestimmen, daß er die Befugnisse der Koalitionen im einzelnen gestaltet und näher regelt“²⁷¹. Doch schließt das **Bundesverfassungsgericht** auch eine Ausgestaltung in richterlicher Rechtsfortbildung nicht schlechthin aus²⁷². Im konkreten Fall lehnte es freilich die Möglichkeit ab, auf diesem Wege „ein allgemeines gewerkschaftliches Zutrittsrecht zu entwickeln“²⁷³. Allgemein verweist es hier-

²⁶⁶ BVerfGE 57, 220 (246).

²⁶⁷ BVerfGE 28, 295 (307).

²⁶⁸ BVerfGE 19, 303 (322).

²⁶⁹ BVerfGE 18, 18 (27).

²⁷⁰ BVerfGE 19, 303 (321) (Hervorhebung nicht im Original).

²⁷¹ BVerfGE 50, 290 (368); bestätigt von BVerfGE 57, 200 (248).

²⁷² Vgl. BVerfGE 57, 220 (247f.) und die übereinstimmende Bewertung von Schwabe, aaO (FN 263), DÖV 1981, 797f.

²⁷³ BVerfG, aaO, S. 248.

bei auf die „Grenzen der richterlichen Gesetzesbindung (vgl. BVerfGE 49, 304 (318f.))“²⁷⁴, die allerdings keiner „näheren Prüfung“ unterzogen wurden²⁷⁵. Die grundsätzliche Dimension der Problematik des Richterrechts und seiner Stellung in der Rechtsquellenlehre erlaubt eine abschließende Behandlung in diesem Zusammenhang nicht²⁷⁶. Seine Zulässigkeit wird sich jedenfalls insoweit nicht verneinen lassen, als den Richter „das verfassungsrechtliche Verbot der Rechtsschutzverweigerung zur Entscheidung zwingt“²⁷⁷. Dies ist gerade im Bereich des Arbeitskampfrechts aufgrund der fehlenden gesetzlichen Regelung der Fall. Die Verbindung mit dem Verbot der Rechtsschutzverweigerung²⁷⁸ zeigt, daß nicht jede auf gesetzlicher Grundlage zulässige Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit auch durch Richterrecht möglich ist²⁷⁹. Dessen Anwendungsbereich wird vielmehr auf den Bereich zu beschränken sein, „wo gewichtige Belange anderer, auch des Sozialpartners, berührt werden“ und eine Regelung daher „unerlässlich“ ist²⁸⁰. Entsprechend der Bindung auch des „gesetzesvertretendes Richterrecht“ schaffenden Richters „an die Wertungen ..., die ihm die Rechtsordnung im allgemeinen, insbesondere die Verfassungsordnung an die Hand gibt“, kann er die zu schützenden Rechtsgüter „nicht aus eigener Willensentscheidung wie der Gesetzgeber“²⁸¹ bestimmen, sondern hat sich auf die von der Rechtsordnung anerkannten Rechtsgüter zu beschränken.

bb) Weitergehend können sich **Einschränkungen** auch des geschützten Kerngehalts einer Koalitionsbetätigung **aufgrund anderer Verfassungsrechtsnormen** ergeben, die mit der Streikgarantie in Konflikt geraten können. „Verfassungsgrundsätze, die im **Spannungsverhältnis** zueinander stehen, müssen ‚harmonisiert‘, in Konkordanz zueinander gebracht werden“²⁸². „Nur kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte sind mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte gesamte Wertordnung ausnahmsweise imstande, auch uneinschränkbare Grundrechte in einzelnen Beziehungen zu begrenzen. Dabei auftretende Konflikte lassen sich nur lösen, indem ermittelt wird, welche Verfassungsbestim-

²⁷⁴ Ebda.

²⁷⁵ BVerfGE 49, 304 (318).

²⁷⁶ Vgl. dazu *Stern*, aaO, (FN 49), Bd. II, § 37 II 2 e, S. 581ff. m.w.Nachw.; *Säcker*, aaO (FN 261), S. 124ff. m.Nachw.

²⁷⁷ *Stern*, aaO (FN 49), Bd. II, § 37 II 2 e δ, S. 585.

²⁷⁸ Das auch vom Bundesarbeitsgericht, NJW 1980, 1642 (1646, 1651) wieder zweimal betont wurde.

²⁷⁹ Vgl. BVerfGE 57, 220 (248f.).

²⁸⁰ Vgl. BVerfGE 57, 220 (246); im Ansatz übereinstimmend *Säcker*, aaO (FN 261), S. 124 m.w.Nachw., der eine Konkretisierung für „denknotwendig“ hält, ohne aber den Umfang des so regelungsbedürftigen Bereichs weiter einzuzugrenzen.

²⁸¹ *Stern*, aaO (FN 49), Bd. II, § 37 II 2 e δ, S. 585f.

²⁸² *Stern*, aaO (FN 33), § 4 III 8 b, S. 109 m.Nachw. (Hervorhebung im Original).

mung für die konkret zu entscheidende Frage das höhere Gewicht hat (BVerfGE 2, 1 (72f.)). Die schwächere Norm darf nur so weit zurückgedrängt werden, wie das logisch und systematisch zwingend erscheint; ihr sachlicher Grundwertgehalt muß in jedem Fall respektiert werden²⁸³. Unzulässig ist es dagegen, generell „von Rangunterschieden dieser Normen“ auszugehen²⁸⁴.

α) Die Bestimmung des Kerngehalts der einzelnen Koalitionsbetätigung ist aufgrund der vorliegenden Rechtsprechung des **Bundesverfassungsgerichts** nicht eindeutig möglich. Wenn man ihm überhaupt einen absoluten Geltungsbereich zumißt²⁸⁵, ist er jedenfalls enger als der Gesamtbereich der geschützten Betätigung. Er kann also nicht anhand des für diese konstituierenden Merkmals der Unerläßlichkeit „für die Erhaltung und Sicherung der Existenz der Koalition“²⁸⁶ oder für die wirksame Verfolgung des Zwecks, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der Mitglieder zu wahren und zu fördern²⁸⁷, bestimmt werden. Vielmehr wird man nur einen engeren Bereich der jeweiligen Betätigungsform als ihren Kerngehalt ansehen können.

β) Dieser **engere Kernbereich der Koalitionsbetätigung Streik** würde jedenfalls bei einem völligen Streikverbot betroffen. Weniger eindeutig wäre ein auf den Bereich des öffentlichen Dienstes beschränktes Streikverbot zu beurteilen. Stellt man auf den Kreis der betroffenen Arbeitnehmer und ihrer Koalition ab, wird man aber wohl auch hier eine Antanung des Kernbereichs des Streikrechts anzunehmen haben.

Für den gänzlichen Ausschluß der Streikwirkungen müßte dann konsequenterweise dasselbe gelten. Diese Folge wird dem Beamteneinsatz in der Tat von *Bieback* zugeschrieben, der annimmt, daß „Streikarbeit den Streik unterläuft und ihn völlig wirkungslos macht“²⁸⁸.

Diese Auffassung könnte im günstigsten Fall hinsichtlich der unmittelbaren Auswirkungen des Streiks dann zutreffend sein, wenn es den eingesetzten Beamten gelänge, die von den Streikenden verweigerten Arbeitsleistungen in vollem Umfange zu ersetzen. Dies ist indessen

²⁸³ BVerfGE 28, 243 (261).

²⁸⁴ S. *Stern*, aaO (FN 33), § 4 III 8a, S. 108.

²⁸⁵ Die Formulierung in BVerfGE 57, 220 (246) impliziert wohl nur eine relative Bedeutung.

²⁸⁶ BVerfGE 57, 220 (246).

²⁸⁷ BVerfGE 17, 319 (333f.) im Hinblick auf das Tarifvertragssystem.

²⁸⁸ AaO (FN 1), S. 23; ähnl. *Schinkel*, aaO (FN 1), S. 40; *Kittner*, aaO (FN 1), AuR 1981, 300; auch *Leisner*, aaO (FN 2), ZBR 1975, 69ff., meint, der öffentliche Arbeitgeber sei „virtuell allmächtig“ (S. 75) und könne deshalb jeden Streik wirkungslos machen; doch leitet er dies nicht allein aus der Möglichkeit der Beamtenstreikarbeit ab, durch die nur „in vielen und wichtigen Verwaltungen der Ausfall der Arbeitnehmer, zeitweise, wenigstens überbrückt werden kann“ (S. 70); ähnlich *Ramm*, aaO (FN 2), Die Zeit Nr. 9 vom 22.2.1974, S. 4; nach *Löwisch*, aaO (FN 128), S. 26 FN 48, ist *Leisners* Auffassung „von der Wirklichkeit kaum gedeckt“.

kaum anzunehmen, da die Effektivität von Mehrarbeit ihre natürlichen Schranken an der begrenzten Belastbarkeit der Beamten findet und im Falle von Umsetzungen die Erledigung ungewohnter Arbeit in aller Regel nicht so wirkungsvoll ist wie die Tätigkeit der eingearbeiteten Arbeitnehmer. Auch organisatorische Reibungsverluste dürften schwer zu vermeiden sein.

Darüber hinaus bleiben Streikwirkungen im gesamten Tätigkeitsbereich der zur Streikarbeit eingesetzten Beamten in Umsetzungsfällen zwangsläufig; denn die eigenen Aufgaben der Beamten können während ihres Streikarbeitseinsatzes nicht erledigt werden.

Bei der Mehrarbeit ist außerdem § 72 Abs. 2 BBG zu beachten. Nach Satz 2 dieser Vorschrift ist dem Beamten innerhalb von drei Monaten für die über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus geleistete Mehrarbeit entsprechende Dienstbefreiung zu gewähren, wenn er mehr als fünf Stunden Mehrarbeit im Monat zu leisten hat. Der Arbeitsausfall tritt danach nachträglich doch noch ein. Ist aus zwingenden dienstlichen Gründen die Dienstbefreiung nicht möglich, hat der Beamte einen Anspruch²⁸⁹ auf eine Vergütung gem. § 72 Abs. 2 Satz 3 BBG²⁹⁰. Damit ist jedenfalls eine finanzielle Mehrbelastung des Dienstherrn gegeben.

Die verbleibenden Beeinträchtigungen der Funktionen der Deutschen Bundespost verkennt letztlich auch *Bieback* nicht, wenn er - im Gegensatz zu seiner oben zitierten Meinung - von einem „sehr zweifelhaften und oft nur unvollkommenen Erhalt der Funktionsfähigkeit der Verwaltung“ durch den Streikeinsatz von Beamten spricht²⁹¹.

Möglicherweise wird der Kerngehalt der Koalitionsbetätigung Streik auch schon dann betroffen, wenn durch den Beamteneinsatz „das Paritätsprinzip ... stets zu Gunsten des öffentlichen Arbeitgebers aufgehoben, mindestens aber sehr leicht (?) tangiert“ wäre²⁹². Ob das vom **Bundesarbeitsgericht** vertretene Erfordernis der typisierten materiellen Kampfparität überhaupt zum Kernbereich der Koalitionsbetätigung zu zählen ist, ist in der Rechtsprechung des **Bundesverfassungsgerichts** nicht abschließend geklärt. Allerdings hat das Gericht „den Kernbereich des Art. 9 Abs. 3 GG vor allem in der Garantie eines vom Staat bereitzustellenden Tarifvertragssystems und in der Bildung freier Koalitionen als Partner der Tarifverträge gesehen (BVerfGE 4, 96 (106); 18, 18 (26))“²⁹³. Doch hat es auch für diese Gewährleistung der Tarifautonomie die Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers klargestellt²⁹⁴, die die Befugnis zur Schrankenziehung zum Schutze anderer Rechtsgüter um-

²⁸⁹ Trotz der Formulierung „können ... erhalten“, *Schütz*, aaO (FN 2) § 78a, Rdnr. 4 d; *Battis*, aaO (FN 5), § 72 Anm. 3 e; vgl. auch § 6 der Verordnung über die Gewährung von Mehrarbeitsvergütung für Beamte (MVergV) i.d.F. der Bekanntmachung vom 1. Juli 1977, BGBl. I, S. 110), zuletzt geändert durch die 6. Änderungsverordnung vom 31.7.1980, BGBl. I, S. 1151 („ist ... zu gewähren“).

²⁹⁰ In Verbindung mit der MVergV, aaO (FN 289).

²⁹¹ AaO (FN 1), S. 24.

²⁹² So *G. Müller*, aaO (FN 1), S. 38; auch *Kittner*, aaO (FN 1), AuR 1981, 300.

²⁹³ BVerfGE 38, 281 (306).

²⁹⁴ BVerfGE 50, 290 (369).

faßt, wenn es von der Sache her geboten ist²⁹⁵. Eine so gerechtfertigte Beschränkung der Tarifautonomie, die in der Störung der Kampfparität zu sehen wäre, läßt daher den Kerngehalt dieser Koalitionsbetätigung unberührt. Ob dies auch im Falle gänzlicher Aufhebung der Kampfparität im Sinne eines Fehlens jedes wirksamen Kampfmittels einer Koalition gelten kann, mag dahinstehen. Wie gezeigt, löst nämlich der Streik der Arbeitnehmer trotz des Beamteneinsatzes Wirkungen aus und stellt deshalb ein taugliches Druckmittel dar. Dies belegt nicht zuletzt der Ausgang des Schichtdienststreiks der Deutschen Postgewerkschaft vom November 1980.

b) Die im allgemeinen **Arbeitsrecht** bestehenden Streikrechtsschranken²⁹⁶ gelten grundsätzlich auch für Arbeitskämpfe im öffentlichen Dienst²⁹⁷, da die Anerkennung des Streikrechts für diesen Bereich darauf beruht, daß es sich um durch Arbeitsrecht festgelegte Arbeitsbeziehungen handelt. Die Regeln dieses Rechtsgebiets finden daher mangels abweichender Sonderregelung Anwendung.

aa) Die einschlägigen Voraussetzungen eines rechtmäßigen Streiks²⁹⁸ können hier nicht dargestellt werden. Für die in diesem Rechtsgutachten zu beurteilenden Fragekonstellationen bedarf besonderer Darlegung allein die Berücksichtigung des **Gemeinwohls**; denn dieses spielt im Bereich des öffentlichen Dienstes, namentlich bei den Aufgaben der Deutschen Bundespost, eine besondere Rolle.

Die Berücksichtigung des Gemeinwohls wird vom Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts und der h.M.²⁹⁹ besonders bei Arbeitskämpfen in

²⁹⁵ BVerfGE 57, 220 (246).

²⁹⁶ Vgl. allgemein *Seiter*, aaO (FN 2), S. 482ff. m.w.Nachw.

²⁹⁷ Vgl. die oben FN 212 Genannten, soweit sie nicht das Streikrecht ganz verneinen.

²⁹⁸ Vgl. etwa die knappe Zusammenstellung bei *Zöllner*, aaO (FN 34), S. 302ff.; ausführlich *Seiter*, aaO (FN 2), S. 482ff.

²⁹⁹ BAGE 23, 292 (306); vgl. auch BVerfGE 38, 281 (307): „Selbstverständlich müssen auch die Gewerkschaften angesichts der Bedeutung ihrer Tätigkeit für die gesamte Wirtschaft und ihres (auch geistigen) Einflusses auf weite Bereiche des öffentlichen Lebens bei allen ihren Aktivitäten das gemeine Wohl berücksichtigen“ (Hervorhebung des Verfassers). - Zum Meinungsstand im Schrifttum vgl. die Nachw. bei *Seiter*, aaO (FN 2), S. 543f.; *Jürgen Knebel*, Koalitionsfreiheit und Gemeinwohl, Diss. Berlin 1977, S. 78ff. m.w.Nachw., sowie etwa noch *Krejci*, aaO (FN 130), S. 98ff.; *Bobrowski/Gaul*, aaO (FN 120), H II Rdnr. 43; *Viniol*, aaO (FN 233), S. 40; *Zöllner*, aaO (FN 34), S. 280f., 304; *H.-D. Schmid*, aaO (FN 34), S. 208f.; *Peter Badura*, Die Tarifautonomie im Spannungsfeld von Gemeinwohlinteressen und kollektiver Interessenwahrung, AÖR Bd. 104 (1979), S. 246ff.; *Feindt*, aaO (FN 212), ZBR 1974, 313f.; *Wollenschläger*, aaO, (FN 128), ZAS 1979, 87 (90f.).

Ablehnend etwa noch *Hans H. Wohlgemuth*, Staatseingriff und Arbeitskampf, 1977, S. 100ff. Aus dogmatischer Sicht dürfte die Gemeinwohlbindung zutreffend als Sozialpflichtigkeit aus dem Sozialstaatsprinzip herzuleiten sein. vgl. *Stern*, aaO (FN 33) Bd. I, § 21 IV 4 c. S. 722; auch *Scholz*, aaO (FN 108), Art. 9 Rdnr. 277, 350 (Analogie zu Art. 14 Abs. 2 Satz 2 GG); erweiternd z.B. *Harald Klein*, Koalitionsfreiheit im pluralistischen Sozialstaat, 1979, S. 72 m.w.Nachw.

für das Gemeinwohl nötigen Betrieben³⁰⁰ für geboten gehalten. Seine Bedeutung im einzelnen ist allerdings umstritten³⁰¹ und kann in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung wohl nur aufgrund rechtsfortbildender Spruchpraxis der Arbeitsgerichtsbarkeit verlässliche Konturen gewinnen, der die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung - wie gezeigt - einen weitgesteckten Gestaltungsrahmen überläßt.

Soweit Streiks in diesen Betrieben nicht ganz auszuschließen sind, hat die Sicherstellung der jeweils gebotenen Arbeiten durch einen sogenannten Notdienst zu erfolgen³⁰². Wie dieser Notdienst zu organisieren ist, muß im Rahmen dieses Rechtsgutachtens offen bleiben. Doch scheint sich in der Rechtsprechung die Auffassung durchzusetzen, daß Arbeitgeber und Gewerkschaften sich zu einigen haben³⁰³. Die Mindestanforderungen, denen eine solche Notdienstvereinbarung genügen muß, sind durch die rechtlichen Begrenzungen bestimmt, denen das Streikrecht mit Rücksicht auf das gemeine Wohl unterliegt. Sie hängen ganz von den im Einzelfall betroffenen Rechtsgütern in ihrer Bedeutung für die Allgemeinheit und von der Bewertung ihres Verhältnisses zu dem jeweiligen Streik ab.

Verweigern die Gewerkschaften ihre Mitwirkung beim Abschluß einer Notdienstvereinbarung, die über solche Mindestanforderungen nicht hinausgeht, ist der Streik rechtswidrig, zumindest soweit es die jeweils zu gewährleistenden Arbeiten angeht.

³⁰⁰ Vgl. *Seiter*, aaO (FN 2), S. 546ff. m.w.Nachw.; v. *Münch*, aaO (FN 143), Art. 9 (Zweitbearbeitung) Rdnr. 155 m.w.Nachw.; *Scholz*, aaO (FN 108), Art. 9 Rdnr. 318 m.w.Nachw.; *Günter Rodenbeck*, Streiks in lebenswichtigen Betrieben, Diss. Kiel 1976; *Löwisch*, aaO (FN 128), S. 24ff. m.w.Nachw.; *Zöllner*, aaO (FN 34), S. 304; *Adomeit*, aaO (FN 34), S. 72; *Reuß*, aaO (FN 212), S. 427ff. Im Ergebnis weitgehend auch *Thilo Ramm*, aaO (FN 237), S. 147ff.; *Däubler*, aaO (FN 193), S. 231ff.; *Benz*, aaO (FN 237), S. 134ff. Grundsätzlich ebenso *H.-P. Schneider*, aaO (FN 1), S. 15.

³⁰¹ Vgl. etwa *Seiter*, aaO (FN 2), S. 547ff. m.w.Nachw., sowie die im einzelnen unterschiedlichen Differenzierungen bei den oben Genannten; s. auch *Peter Hanau*, Forum: Kein Streikverbot für Beamte, JuS 1971, 120 (122).

³⁰² Vgl. *Seiter*, aaO (FN 2), S. 547 m.w.Nachw.; zum Notdienst s. etwa *Georg Apfel*, Die Sicherung und Erhaltung des Betriebs bei Arbeitskämpfen, Diss. Frankfurt 1970, insbes. S. 25ff., S. 47ff. m.w.Nachw.; *Steinert*, aaO (FN 34), insbes. S. 37, 61ff.; *Lauschke*, aaO (FN 34), insbes. S. 67ff.

³⁰³ So Landesarbeitsgericht Niedersachsen, AP Nr. 69 zu Art. 9 Arbeitskampf, Bl. 955f. m.w.Nachw.; Landesarbeitsgericht Frankfurt, AP Nr. 40 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 837 c m.w.Nachw.; zustimmend *H.-D. Schmid*, aaO (FN 34), S. 50f. FN 33; ebenso *G. Müller*, aaO (FN 1), S. 43f.; a.A. (einseitige Auswahl durch die Gewerkschaft) *Manfred Löwisch/Ernst Mikosch*, Erhaltungsarbeiten im Arbeitskampf, ZfA 1978, 153 (165ff.); *Bieback*, aaO (FN 1), S. 26; *Wolfgang Däubler*, Der Notdienst im Arbeitskampfrecht, AuR 1981, 257 (263); wohl auch *Rudolf Buschmann*, Notdienstmaßnahmen im Arbeitskampf, AuR 1980, 230ff. mit umfangreichen Nachw. zur weitergehend unveröffentlichten Rechtsprechung; offengelassen vom Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, DB 1980, 932 (933).

Eine Verweigerung der Mitwirkung stellt es auch dar, wenn die Gewerkschaft einer Notdienstvereinbarung nur unter Bedingungen zustimmen will, auf deren Annahme durch die Arbeitgeberseite sie keinen Anspruch besitzt. Dies gilt im öffentlichen Dienst namentlich für die Forderung, der öffentliche Arbeitgeber solle auf den Einsatz seiner Beamten zur Erledigung von Streikarbeiten verzichten. Einen solchen Verzicht kann die Gewerkschaft nicht verlangen, weil sie die Verpflichtung zum Abschluß der Notdienstvereinbarung schon kraft geltenden Rechts trifft und daher von keiner Gegenleistung abhängig gemacht werden darf. Unabhängig davon würde eine Vereinbarung, die dem öffentlichen Arbeitgeber Beschränkungen bei dem Einsatz seiner Beamten auferlegt, dem bestehenden Beamtenrecht widersprechen und damit einen gesetzwidrigen Inhalt erstreben.

Ein aufgrund des verweigerten Abschlusses einer Notdienstvereinbarung rechtswidriger Streik wäre durch Art. 9 Abs. 3 GG nicht geschützt. Dementsprechend sind auch diejenigen, die der Streikarbeitspflicht der Beamten grundsätzlich ablehnend gegenüberstehen, weitgehend einig, daß in einem solchen Falle „der Dienstherr ... an einem Streikeinsatz von Beamten **nicht gehindert** ist“³⁰⁴.

bb) Durch einen Streik im Bereich der Deutschen Bundespost können bei fast allen denkbaren Streikmaßnahmen nach außen wirksame Störungen der verschiedenen Postdienste eintreten. In der Regel werden dadurch auch „gewichtige Belange anderer ... berührt“³⁰⁵, die eine **richterliche Ausgestaltung** rechtfertigen.

Die dabei möglichen Beschränkungen sind nicht auf den „Schutz anderer Grundrechte der Bürger und der zu ihrer Erhaltung notwendigen (staatlichen) Funktionen ... je nach der Wichtigkeit des bestreikten Aufgabenbereiches und nach der Intensität seiner Beeinträchtigung“³⁰⁶ begrenzt; denn diese Grundsätze gelten nach dem früher Ausgeführten nur für Einschränkungen des Kerngehalts der Koalitionsbetätigung Streik³⁰⁷. Vielmehr kann eine rechtsfortbildende Rechtsprechung alle Beschränkungen zulassen, die im konkreten Fall zum Schutze anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten sind³⁰⁸. Auch dabei ist allerdings vornehmlich an verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter zu denken.

³⁰⁴ So (auch für jeden sonst illegalen Streik) *H.-P. Schneider*, aaO (FN 1), S. 15f. (Hervorhebung im Original); auch *Menkens*, aaO (FN 1), S. 48 (unter Ausdehnung auf einen rechtmäßigen Streik bei Überschreitung der immanenten Grundrechtsschranken); *Hanau*, aaO (FN 1), ZRP 1974, 111; *Schinkel*, aaO (FN 1), S. 40f.; *Bieback*, aaO (FN 1), S. 26. Abweichend *G. Müller*, aaO (FN 1), S. 50, der den öffentlichen Arbeitgeber verpflichten will „gegenüber der Weigerung der Gewerkschaft, rechtmäßig vorgesehenen Notdienst durchzuführen, zunächst eine einstweilige Verfügung zu erwirken“ - die Berufung darauf, daß jeder Beamteneinsatz illegitim ist, vermag diese Ansicht nicht zu stützen.

³⁰⁵ BVerfGE 57, 220 (246).

³⁰⁶ So *Bieback*, aaO (FN 1), S. 26f.

³⁰⁷ S. oben B II 3 a bb.

³⁰⁸ BVerfGE 57, 220 (246) und oben B II 3 a aa.

Ohne abschließenden Charakter sei auf einige besonders beachtenswerte Belange hingewiesen:

– Die **Verteidigungsbereitschaft**:³⁰⁹

Diese kann trotz der Fernmeldeanlagenkompetenz des Bundesministers der Verteidigung für „Anlagen, die zur Verteidigung des Bundesgebietes bestimmt sind“³¹⁰, auch von der Funktionsfähigkeit der von der Post mitbetreuten öffentlichen Fernmeldenetze³¹¹ wie auch des Briefdienstes - namentlich im Wehrersatzwesen - abhängig sein.

– Die **öffentliche Sicherheit**:

Für die Bediensteten dieses Bereiches ist zwar weitgehend der Ausschluß des Streikrechts anerkannt, damit die Funktionsfähigkeit der Sicherheitsbehörden gewährleistet bleibt³¹². Die wirksame Tätigkeit dieser Behörden setzt aber die Möglichkeit der Kommunikation mit ihnen notwendigerweise voraus. Dies gilt nicht nur für die Extremfälle der Notrufmöglichkeiten für Polizei und Feuerwehr, sondern für die gesamte Kommunikation.

– Jede **sonstige wesentliche Staatsaufgabe**,

für deren Gewährleistung die Kommunikation zwischen den zuständigen Behörden sowie zwischen diesen und den Bürgern erforderlich ist; eine auch nur im Ansatz umfassende Bestimmung der fraglichen Staatsaufgaben erscheint ausgeschlossen.

Im Hinblick auf besondere verfassungsrechtliche Gewährleistung seien noch genannt:

– Die **Menschenwürde** (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG):

Das von dieser Bestimmung gewährleistete ökonomische Existenzminimum³¹³ wäre für viele Rentenempfänger bei einer Beeinträchtigung des Rentendienstes der Post gefährdet³¹⁴.

³⁰⁹ Vgl. die Annahme eines Streikverbots im Militärbereich bei *Ramm*, Koalitionsrecht, aaO (FN 237), S. 143; *Michael Altheim*, Das Streikrecht der Beamten zur Durchsetzung wirtschaftlicher und sozialer Forderungen, Diss. Frankfurt 1973, S. 160; ebenso *Benz*, aaO (FN 237), S. 134f. (unter Einbeziehung von Bundesgrenzschutz, Spionageabwehr und zivilem Bevölkerungsschutz); zur Bedeutung der militärischen Verteidigung im Verfassungssystem vgl. *Stern*, aaO (FN 49), Bd. II, § 42, S. 843ff.

³¹⁰ § 1 Abs. 2.2. Halbsatz des Gesetzes über Fernmeldeanlagen.

³¹¹ Vgl. zu den Grenzen der Fernmeldeanlagenzuständigkeit des Bundesministers der Verteidigung *Joachim Aubert*, Fernmelderecht, I. Teil, 1974, S. 79f. m.Nachw.

³¹² Vgl. für die Polizei etwa *Ramm*, Koalitionsrecht, aaO (FN 237), S. 143; *Ingo v. Münch*, aaO (FN 138), S. 51f.; differenzierend *Däubler*, Streikrecht, aaO (FN 193), S. 239f.; ebda, S. 240, auch für die Berufsfeuerwehr; für den weiteren Kreis der Ordnungsbehörden *Benz*, aaO (FN 237), S. 135f.

³¹³ Vgl. etwa *v. Münch*, aaO (FN 108), Art. 1 Rdnr. 32 „Existenzminimum“, m.w.Nachw.

³¹⁴ Vgl. *Ramm*, aaO (FN 237), S. 154 (der die Gefährdung der Fortzahlung von Renten gar nicht einmal in Betracht zieht); *Benz*, aaO (FN 237), S. 137.

– Die **Grundrechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit** (Art. 2 Abs. 2 GG):

Der Schutz dieser Rechtsgüter erfordert über die schon erwähnten Notrufmöglichkeiten zu Polizei und Feuerwehr, namentlich auch für Krankentransportwagen, hinaus Kommunikationsmöglichkeiten zu Ärzten und Krankenhäusern³¹⁵.

– **Die Grundrechte aus Art. 5 GG**

Vielbeachtet ist insoweit namentlich die Störung der Funktion von Presse³¹⁶ und Rundfunk³¹⁷ durch Streiks der dort tätigen Arbeitnehmer.

Dieselben Grundrechte sind auch bei Poststreiks gefährdet. Die Pressefreiheit und die auf die allgemein zugängliche Quelle der Presse bezogene Unterrichtungsfreiheit des Bürgers wäre bei Funktionsstörungen des Postzeitungsdienstes in Mitleidenschaft gezogen, zumal dieser für manche Gegenden sowie für manche, etwa kranke Personen, die einzige Möglichkeit darstellt, bestimmte Zeitungen zu erhalten³¹⁸. Die Rundfunkfreiheit der Sendeanstalten und die Unterrichtungsfreiheit durch den Rundfunk hängt in ihrer Verwirklichung davon ab, daß die von der Deutschen Bundespost wahrgenommenen Aufgaben der sendetechnischen Verbreitung³¹⁹ nicht gestört werden.

Rundfunk und Presse sind im übrigen auch für die Beschaffung ihrer Informationen in hohem Maße von funktionierenden Kommunikationssystemen, deren Technik maßgeblich von der Post betreut wird, abhängig. Ebenso ist die Freiheit jedes Bürgers, „seine Meinung in Wort, Schrift und Bild ... zu verbreiten“ (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG), beeinträchtigt, wenn die Möglichkeit der Versendung von Briefen oder Drucksachen durch die Deutsche Bundespost nicht gewährleistet ist.

– Ähnliches gilt für den Bereich der **Wissenschaftsfreiheit** des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, da Wissenschaft auf den ständigen Austausch von Forschungsergebnissen - sei es durch postalisch vertriebene Fachlitera-

³¹⁵ Vgl. zu dem entsprechenden Streikverbot für (angestellte) Ärzte und Pflegepersonal *Däubler*, aaO (FN 193), S. 236; *Ramm*, aaO (FN 237), S. 149f.

³¹⁶ Vgl. BGH, NJW 1978, 990 (991) m.w.Nachw.; *Bernd Rütters*, Arbeitsrecht und Pressefreiheit, AfP 1977, 305ff.; *Badura*, aaO (FN 299), AöR Bd. 104 (1979), S. 261ff.; *Ricker*, aaO (FN 128), NJW 1980, 157ff.; auch *Rupert Scholz*, Pressefreiheit und Arbeitsverfassung, 1978, S. 163f.; *Däubler*, aaO (FN 303), AuR 1981, 262.

³¹⁷ Vgl. LAG München, NJW 1980, 957 (960) m. Nachw.; *Wolfgang Hecker/ Josef Hoffmann*, Rundfunkfreiheit contra Streikfreiheit?, DuR 1980, 189ff.; *Wolfdieter Küttner/Reinhold Schlüpers-Oehmen*, Zulässigkeit von Arbeitskämpfmaßnahmen in Rundfunkanstalten, AfP 1980, 80ff.; *Bernd v. Maydell*, Arbeitskämpf oder politischer Streik, JZ 1980, 431ff.; *Ulrich Mückenberger*, Der Demonstrationstreik, KJ 1980, 258ff.; *Ricker*, aaO (FN 128), NJW 1980, 158ff.

³¹⁸ Zur verfassungsrechtlichen Problematik des postalischen Zeitungsdienstes im Hinblick auf Art. 5 GG vgl. *Walter Schmidt*, Bundespost und Bundesbahn als Aufgaben der Leistungsverwaltung, NJW 1964, 2390 (2392).

³¹⁹ Zur diesbezüglichen Kompetenz der Deutschen Bundespost aus Art. 87 GG s. BVerfGE 12, 205 (248).

tur oder durch vom einzelnen Wissenschaftler oder von wissenschaftlichen Einrichtungen aufgegebenen Sendungen - angewiesen und die Wissenschaftsfreiheit zudem auf das Recht der Verbreitung und Publikation wissenschaftlicher Erkenntnisse zu erstrecken ist³²⁰.

- Die **Vereinigungsfreiheit** und die **Koalitionsfreiheit** des Art. 9 Abs. 1 und Abs. 3 GG:

Deren Ausübung durch Beitritt oder Austritt, aber auch zur Verfolgung der Vereins- und Koalitionszwecke setzt die Kommunikation zwischen dem Verein und seinen Mitgliedern oder unter diesen voraus.

- Die von verschiedenen Grundrechten (Art. 2 Abs. 1, 12, 14 GG) in Einzelaspekten geschützte **Freiheit wirtschaftlicher Betätigung**, etwa im Versandhandel, im Bereich der Prospekt- oder Rundfunkwerbung, im Briefmarkenhandel, aber auch allgemein im Hinblick auf die Möglichkeit überörtlicher Geschäftsabschlüsse, den Kontakt mit außerörtlichen Teilen eines Wirtschaftsunternehmens oder auswärtigen Mitarbeitern, die Geltendmachung von Forderungen etc.

- Das Recht auf Zugang zu den Gerichten, sei es zur **Eröffnung des Rechtsweges** (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) oder zur **Gewährleistung rechtlichen Gehörs** (Art. 103 Abs. 1 GG): Diese Grundrechte setzen zur Sicherung raschen und effektiven Rechtsschutzes - zumal in Eilfällen - die jederzeitige Möglichkeit der Kommunikation mit dem Gericht in der nach den jeweiligen Prozeßordnungen und dem jeweiligen Stand eines Verfahrens vorgesehenen Form voraus³²¹.

- Die über Art. 21 GG geschützte **Mitwirkung der Parteien** bei der politischen Willensbildung des Volkes: Die Funktion der politischen Parteien als Zwischenglieder zwischen Bürger und Staat, als Mittler im Prozeß der öffentlichen Meinungsbildung setzen Möglichkeiten der Sammlung politisch relevanter Meinungen und der Verbreitung der Auffassungen der Parteien voraus³²², die ihrerseits auf die Postsysteme angewiesen sind.

Die vielfältigen unterschiedlichen Kommunikationserfordernisse werden nicht alle durch „eines der mehreren allgemeinzugänglichen Kommunikationssysteme der Post (Briefzustellung, Telegramm- und

³²⁰ Scholz, aaO (FN 108), Art. 5 Abs. III Rdnr. 83; v. Münch, aaO (FN 108), Art. 5 Rdnr. 68.

³²¹ Vgl. zum Gebot effektiver Rechtsschutzgewährleistung BVerfGE 35, 263 (274); 46, 166 (178ff.); 49, 220 (225); 49, 252 (256ff.); 51, 150 (156ff.) sowie Stern, aaO (FN 33), Bd. I, § 20, IV 5 g, S. 667; Klaus Finkelnburg, Das Gebot der Effektivität des Rechtsschutzes in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, 1978, S. 169ff.; Dieter Lorenz, Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, AöR Bd. 105 (1980), S. 623ff.

³²² Vgl. zur Stellung der Parteien etwa BVerfGE 20, 56 (100f.); 44, 125 (145f.); 52, 63 (82ff.) sowie Stern, aaO (FN 33), Bd. I § 13 IV 2, S. 339ff. m.w.Nachw.

Telegraphendienst, Fernsprehdienst)³²³ erfüllt; vielmehr ist in manchen Bereichen die Beförderung von Schriftstücken notwendig, in anderen die schnellere Mitteilung über Telephon, Telex, Telegramm von der Sache her geboten³²⁴.

Welche von den aufgezeigten und anderen gewichtigen Belangen der Allgemeinheit oder Drittbetroffener der rechtsfortbildenden Rechtsprechung Anlaß zu Begrenzungen der Streikfreiheit im Postbereich geben wird und welchen Umfang diese Begrenzungen im einzelnen haben werden, kann wegen des aufgezeigten sehr weiten Gestaltungsraums, den die Rechtsprechung des **Bundesverfassungsgerichts** läßt, jedenfalls nicht global vorausgesagt werden. Die Grenzen dürften aber - zumal in Monopolbereichen der Deutschen Bundespost³²⁵ - nicht zu eng zu ziehen sein.

c) Die Beschränkung der Streikwirkungen durch die gesetzliche Streikarbeitspflicht der Beamten kann über die allgemeinen Grenzen des Arbeitsrechts hinaus durch besondere **im öffentlichen Dienst bestehende Steikrechtsschranken** gerechtfertigt sein.

aa) Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums nach **Art. 33 Abs. 5 GG** können insoweit nicht herangezogen werden. Selbst wenn sie eine Streikarbeitspflicht des Beamten nicht nur nicht ausschließen, sondern als Bestandteil der Treuepflicht sogar enthalten³²⁶, sind sie nur für den grundsätzlichen Bestand dieser Pflicht im Verhältnis zwischen dem Beamten und seinem Dienstherrn aussagekräftig.

Inwieweit der Dienstherr seine Beamten aufgrund dieser Verpflichtung (im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens) zur Beschränkung von Streikwirkungen einsetzen darf, ist anhand des Art. 9 Abs. 3 GG und der dieser Grundrechtsnorm zu ziehenden Schranken festzustellen. Art. 33 Abs. 5 GG erfaßt diese Fragestellung nicht³²⁷.

³²³ So aber *Bieback*, aaO (FN 1), S. 26; ähnlich *Däubler*, aaO (FN 193), S. 233f.; *Ramm*, aaO (FN 237), S. 155; *Altheim*, aaO (FN 309), S. 162.

³²⁴ *Ramm*, aaO (FN 237), S. 155, weist auf die „sozialstaatlichen Bedenken“ einer „Verweisung des Publikums auf Telefon und Telegraf ... angesichts der erheblich höheren Gebühren hin“, die er freilich zurückstellt.

³²⁵ Auf das Postmonopol weisen auch *Däubler*, *Ramm* und *Altheim*, jeweils aaO (FN 323), hin; vgl. auch im Hinblick auf Art. 33 IV GG *Benndorf*, aaO (FN 215), DVBl. 1981, 27f., sowie (für einen etwaigen Bahnbenutzungszwang) *Benz*, aaO (FN 237), S. 139 FN 44.

³²⁶ Dazu oben B I 5.

³²⁷ Ebenso ist für die Zulässigkeit eines Polizeieinsatzes gegen Dritte nicht die isolierte Gehorsampflicht des Polizeibeamten maßgeblich, sondern die Gewährleistung der Grundrechte der Betroffenen mit ihren durch das Polizeirecht gezogenen Beschränkungen. Daher mißverständlich *Leisner*, aaO (FN 2), ZBR 1975, 70f., der die Streikarbeit des Beamten mit dem Streikverbot und der Treuepflicht der Beamten begründet; ähnlich (in engen Grenzen) *Menkens*, aaO (FN 1), S. 48.

bb) Streikrechtsschranken können indessen durch **Art. 33 Abs. 4 GG** errichtet sein. Diese Verfassungsbestimmung schafft nämlich nicht Sonderrecht für die Bedienstetengruppe der Beamten, sondern stellt in erster Linie auf die wahrzunehmenden **Funktionen** ab. Sie soll sicherstellen, daß die kontinuierliche Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse nicht durch einen Streik der Bediensteten infrage gestellt wird.

Zu diesem Zweck sollen in diesem Bereich grundsätzlich nur Beamte tätig werden. Soweit dennoch ausnahmsweise Arbeitnehmer, die mit hoheitsrechtlichen Funktionen betraut sind, eingesetzt werden, ist ihnen das Streikrecht wohl nicht schlechthin versagt³²⁸. Damit ist jedoch noch nicht über die Möglichkeit entschieden, Aufgaben solcher Arbeitnehmer im Streikfalle durch Beamte wahrnehmen zu lassen. Dies könnte durch den Funktionsvorbehalt unter drei Gesichtspunkten gerechtfertigt sein, einmal im Hinblick auf die Erledigung notwendiger Vorarbeiten für nachfolgende Beamtentätigkeiten (α), zum anderen hinsichtlich der Erledigung der dem Funktionsvorbehalt unterfallenden Tätigkeiten der Angestellten selbst (β), zum dritten aus dem spezifischen Gehalt des Funktionsvorbehalts der Deutschen Bundespost (γ). Angesichts der zentralen Bedeutung des Art. 33 Abs. 4 GG sind schließlich die daraus gewonnenen Folgerungen besonders zusammengefaßt (δ).

α) Besonders dringlich erscheint die Notwendigkeit, Beamte zur Erledigung bestreikter Tätigkeiten einzusetzen dann, wenn durch den Streik Leistungen ausfallen, die unerläßliche Voraussetzung für eine sinnvolle Beschäftigung der Beamten selbst sind. Solche Fälle sind gerade im Bereich der Deutschen Bundespost durch die wechselseitige Abhängigkeit der Arbeitsleistungen von Angestellten und Beamten in Transportketten³²⁹ besonders häufig. Diese Konstellation wird denn auch nachdrücklich von den Befürwortern der Zulässigkeit eines Einsatzes von Beamten in den Blick gerückt³³⁰. Selbst Stimmen, die den Beamteneinsatz ansonsten grundsätzlich ablehnen, lassen ihn wenigstens dann zu, wenn der Beamten „eigene, dem Streik entzogene Arbeit sonst lahmgelegt würde“³³¹. In der Tat würde der Sicherungszweck, der mit der Übertragung einer Aufgabe auf einen nicht streikberechtigten Beamten verfolgt wird, verfehlt, wenn nicht zumindest in diesem Falle Beamte eingesetzt werden dürften. *Leisners* (auf das Streikverbot bezogene) Bemerkungen machen dies drastisch klar: „Müßte in einem Streikfall kein Beamter auch nur die geringste unterwertige Arbeit übernehmen, so wäre das Streikverbot für Beamte völlig wirkungslos, damit aber nicht nur absurd, sondern als absolut ungeeignetes Mittel zur Sicherung des Staates, eindeutig verfassungswidrig. Ein streikender Hausmeister könnte ganze arbeitsfähige Behörden lahmlegen, ein Heizer

³²⁸ S. o. B II 1 b.

³²⁹ S. näher bereits oben B II 1 c bb.

³³⁰ *Leisner*, aaO (FN 2), ZBR 1975, 70f.; *Schütz*, aaO (FN 2), § 56 Rdnr. 7 am Ende; auch das Beispiel von *Mühl*, aaO (FN 2), K § 54 Rdnr. 4 am Ende.

³³¹ Namentlich *Hanau*, aaO (FN 2), ZRP 1974, 111; *Altheim*, aaO (FN 2), ZBR 1974, 377.

Hundertern von Beamten die Arbeit unmöglich machen, ein Streik der Telefonvermittlung sämtliche Bedienstete von der Außenwelt abschneiden“³³².

Der Einsatz von Beamten zum Ausschluß derartiger Streikwirkungen berührt den verfassungsrechtlich geschützten Kernbereich des Betätigungsrechts der Koalitionen nicht. Die Befugnis, durch einen Streik die Arbeit von Beamten unmöglich zu machen, ist nicht unerläßlich für eine wirksame Interessenvertretung der öffentlichen Arbeitnehmer im Arbeitskampf. Zudem ergibt sich aus Sinn und Zweck der Art. 33 Abs. 4 und 5 GG, daß eine Störung der einem Beamten übertragenen Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse durch einen Streik ausgeschlossen sein soll. Die möglichen Streikwirkungen sind somit bereits durch die Verfassung selbst begrenzt.

β) Eine Minderung der Streikfolgen durch einen Beamteneinsatz wird dagegen von manchen Stimmen für unzulässig gehalten, soweit es um den Ausfall der **von den streikenden Arbeitnehmern selbst zu erbringenden Arbeitsleistungen** im Bereich des Funktionsvorbehalts des Art. 33 Abs. 4 GG geht. Insoweit habe sich der Dienstherr des spezifischen Sicherungsmittels der Übertragung auf nicht streikberechtigte Beamte begeben³³³.

Diese Argumentation ist jedoch nicht haltbar, da der Einsatz von Angestellten im Bereich des Art. 33 Abs. 4 GG insgesamt nur Ausnahmeharakter besitzen darf. Die Verpflichtung zur regelmäßigen Beamtenverwendung ist dahin zu verstehen, daß die mit dem ausnahmsweisen Einsatz von Arbeitnehmern in Kauf genommene Einbuße an Sicherheit bei der Funktionserfüllung durch die Streikmöglichkeit deshalb für tragbar gehalten wird, weil der Regeltypus des Beschäftigten erforderlichenfalls die ausfallenden Leistungen miterbringen kann³³⁴. Dieses Verständnis wird namentlich durch die enge Verknüpfung des Funktionsvorbehalts mit den Anforderungen der Staatsstrukturprinzipien³³⁵ nahegelegt.

Mag Art. 33 Abs. 4 GG die Möglichkeit eines Streiks von Arbeitnehmern auch zulassen, soweit er deren Einsatz überhaupt gestattet, so schreibt er doch nicht vor, daß die einem Angestellten übertragenen Hoheitsbefugnisse im Falle eines Streiks nicht ausgeübt werden dürften. Eine solche Annahme würde den Sinn des Funktionsvorbehalts geradezu in sein Gegenteil verkehren. Die zentrale Zielrichtung des Art. 33 Abs. 4 GG, die niemals aus den Augen verloren werden darf, ist stets darauf

³³² AaO (FN 2), ZBR 1975, 71.

³³³ So *H.-P. Schneider*, aaO (FN 1), S. 15, 21; *Bieback*, aaO (FN 1), S. 20; *Schinkel*, Referat, aaO (FN 1), S. 39f.

³³⁴ Vgl. *Traeger*, aaO (FN 71), S. 269: Bei einem Streik der öffentlichen Arbeitnehmer steht „immer noch die Phalanx der nicht streikenden Beamten im Hintergrund, die den ‚Betrieb in Gang‘ hält“.

³³⁵ Dazu oben B II 1 b cc und B I 1 a cc β.

gerichtet, die ungestörte Ausübung der hoheitsrechtlichen Befugnisse sicherzustellen³³⁶. Erweist sich im Falle eines Streiks, daß dieses Ziel - zeitweise - durch die Arbeit der angestellten Bediensteten nicht zu erreichen ist, erfordert der Zweck des Art. 33 Abs. 4 GG unabweisbar, auf das Mittel des Beamteneinsatzes zurückzugreifen.

Allerdings darf neben Art. 33 Abs. 4 GG nicht unbeachtet bleiben, daß Art. 9 Abs. 3 GG ein Recht der Arbeitnehmer auf einen wirkungsvollen Streik schützt. Daher ist zu prüfen, ob die gesetzliche Streikarbeitspflicht der Beamten gegenüber dieser grundrechtlichen Gewährleistung nach den oben dargelegten Grundsätzen bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung³³⁷ gerechtfertigt ist.

Dabei ist nach dem bereits Gesagten³³⁸ davon auszugehen, daß die Streikarbeitspflicht der Beamten nicht den gesetzlicher Ausgestaltung entzogenen Kernbereich der Koalitionsbetätigung Streik berührt. Sie stellt für den Aufgabenbereich des Art. 33 Abs. 4 GG eine zulässige Schranke des Art. 9 Abs. 3 GG dar, wenn sie „zum Schutze anderer Rechtsgüter ... von der Sache her geboten“ ist³³⁹. Dies ist angesichts der hohen Bedeutung der Sicherstellung der Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse für das Staatsganze zu bejahen. Die Beachtlichkeit dieses Rechtsguts ist durch die ihm gewidmete verfassungsrechtliche Schutzregelung in Art. 33 Abs. 4 GG außer Zweifel.

γ) Ist damit die Streikarbeitspflicht der Beamten für die Aufgaben des Art. 33 Abs. 4 GG erhärtet, so stellt sich die bislang noch nicht abschließend geklärte Frage nach dem **Umfang des durch Art. 33 Abs. 4 GG erfaßten Bereichs**.

Eindeutig dem Funktionskreis des Art. 33 Abs. 4 GG zuzuordnen ist die Eingriffsverwaltung. Ebenso klar ausgeschlossen sind die privatrechtlichen Beschaffungsgeschäfte der öffentlichen Verwaltung sowie die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand³⁴⁰. Unabhängig von der privat- oder öffentlich-rechtlichen Qualifizierung der Staatstätigkeit als solcher werden nach übereinstimmender Auffassung zudem mechanische Hilfsleistungen, technische Tätigkeiten und einfache Büroarbeiten aus dem Bereich der Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ausgenommen³⁴¹. Fest steht ferner, daß der Begriff des Hoheitsrechtlichen im Sozialstaat nicht auf die klassische Eingriffsverwaltung beschränkt werden kann, sondern auch in den Bereich daseinsvor-

³³⁶ Vgl. *G. Müllers* Forderung, diese Funktionen „auch beim Arbeitskampf ... ohne jede Verkürzung“ (durch einen Notdienst) zu gewährleisten, aaO (FN 1), S. 45.

³³⁷ B II 3 a.

³³⁸ B II 3 a bb β.

³³⁹ BVerfGE 57, 220 (246).

³⁴⁰ *Rudolf*, aaO (FN 71), VVDSRL Heft 39 (1981), S. 202; *Benndorf*, aaO (FN 215), DVBl. 1981, 23 (24).

³⁴¹ *Stern*, aaO (FN 33), Bd. I. § 11 III 4 f, S. 269; *Benndorf*, aaO (FN 340); *Leisner*, aaO (FN 216), S. 133f. m.w.Nachw.

sorgender Leistungsverwaltung hineinragt. Dazu muß man diejenigen Tätigkeiten zählen, die kraft öffentlich-rechtlicher Legitimation, meist durch Verwaltungsakt, verwaltungsrechtlichen Vertrag oder sonstige öffentlich-rechtliche Leistungsbeziehung gegenüber dem Bürger zu vollziehen sind. Schließlich gehören auch die Aufgaben dazu, die sonst ausschließlich auf öffentlich-rechtlicher Grundlage erledigt werden³⁴².

Die Tätigkeit der Deutschen Bundespost ist grundsätzlich in allen Bereichen öffentlich-rechtlicher Rechtsnatur³⁴³. Diese früher äußerst umstrittene Qualifikation der postalischen Betätigung hat der Bundesgerichtshof bereits 1956 eingehend begründet und für alle Tätigkeiten der Deutschen Bundespost festgestellt³⁴⁴. Positiv-rechtlich zweifelsfrei unterwirft nunmehr § 7 des Gesetzes über das Postwesen vom 28.7.1969 die durch die Benutzung der Einrichtungen des Postwesens entstehenden Rechtsbeziehungen ausdrücklich nur diesem Gesetz und den nach § 14 des Gesetzes über die Verwaltung der Deutschen Bundespost erlassenen Rechtsverordnungen, mithin ausschließlich öffentlich-rechtlichen Vorschriften³⁴⁵.

Damit besteht kein Zweifel, daß diese hoheitliche Tätigkeit der Deutschen Bundespost grundsätzlich dem Geltungsbereich des Art. 33 Abs. 4 GG zuzuordnen ist³⁴⁶.

Trotz dieser übereinstimmenden Qualifizierung der Aufgaben kann die Tätigkeit nicht jedes einzelnen Postbediensteten als Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse im Sinne des Art. 33 Abs. 4 GG angesehen werden, da manche Betätigungen als technische, mechanische oder einfache Büroarbeit einzustufen sind³⁴⁷. Zur näheren Abgrenzung verweist

³⁴² *Stern*, aaO (FN 341) m.w.Nachw.; ebenso auch *Rudolf*, aaO (FN 71), VVDStRL Heft 37 (1979), S. 203f. m.w.Nachw.; *Werner Thieme*, Müssen Lehrer eigentlich Beamte sein?, RdJB 1980, 2(4), sowie wohl *Benndorf*, aaO (FN 215), DVBl. 1981, 26ff.; weitergehend namentlich *Leisner*, aaO (FN 216), S. 139ff., der auch das Verwaltungsprivatrecht einbezieht; s. auch *ders.*, aaO (FN 128), ZBR 1980, 361ff.; offenlassend *Fritz Ossenbühl*, Eigensicherung und hoheitliche Gefahrenabwehr, 1981, S. 34.

³⁴³ Vgl. *Hans Joachim Altmannspurger*, Gesetz über das Postwesen, Stand Mai 1979, § 7 Rdnrn. 1 ff. m.zahlr. Nachw.; *Karl Schäfer*, in: *J. v. Staudinger* Kommentar zum BGB, II. Bd., 5. Teil, 10./11. Aufl. 1975, § 839 Rdnrn. 97f. m.w.Nachw. Speziell für das Fernmeldebenutzungsverhältnis ebenso *Aubert*, aaO (FN 11), S. 155f. m.Nachw.

³⁴⁴ BGHZ 20, 102 (104ff.); vgl. zum Theorienstreit *Altmannspurger*, aaO (FN 343), mit einem Überblick über die Entwicklung von Rechtsprechung und Lehre.

³⁴⁵ *Altmannspurger*, aaO (FN 343), § 7 Rdnr. 3.

³⁴⁶ *Leisner*, aaO (FN 216), S. 138; *Erich Lindgen*, Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG und seine Durchbrechungen, DöD 1972, 1 (4) m. Nachw.; anders - ohne überzeugende Begründung - *Benndorf*, aaO (FN 215), DVBl. 1981, 27, der aber die Materien des Postmonopols dennoch als „hoheitsrechtliche Befugnisse“ i.S. d. Art. 33 Abs. 4 GG qualifiziert; auch *Kaiser*, aaO (FN 212) S. 93, stellt die Bediensteten der Post den Arbeitern der Privatwirtschaft gleich, weil „die Aufgaben und Befugnisse hoheitlichen Charakters hinter dem wirtschaftlichen Zweck stark zurücktreten“.

³⁴⁷ Vgl. etwa *Ule*, aaO (FN 213), S. 454, der die Post insgesamt als „technischen Betrieb“ bezeichnet.

Leisner³⁴⁸ auf den „Entscheidungsgehalt der jeweiligen Tätigkeit“, meint jedoch, „in technischen Sektoren müss(t)en u.U. spezielle Kriterien entwickelt werden“, die er als „Direktions- und Überwachungsfunktionen; Bedeutung der Tätigkeit für die Wahrnehmung der Gesamtfunktion“ erläutert.

Eine abschließende Qualifizierung der verschiedenen Arbeitsbereiche der Post anhand dieses Merkmals ist hier nicht möglich. Es reicht aus, auf einige Beispielfälle hinzuweisen. Als mechanische Tätigkeit ist die des Kraftfahrers einzustufen³⁴⁹. Ebenso dürfte die Sortierung der Postsendungen zu bewerten sein. Insgesamt bleiben nur wenige postalische Tätigkeitsbereiche, die solchermaßen aus dem Hoheitlichen herausfallen.

δ) Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG legitimiert somit den Einsatz von Beamten der Deutschen Bundespost zur Erledigung bestreikter Arbeiten,

– wenn der Ausfall dieser Arbeiten die Beschäftigung von Beamten verhindert, und zwar unabhängig vom Charakter der zu erbringenden Leistung;

– im gesamten (hoheitlichen) Tätigkeitsbereich der Deutschen Bundespost mit Ausnahme technischer, mechanischer und einfacher Büroarbeiten.

d) Die Streikarbeitspflicht der Beamten könnte im Bereich der Deutschen Bundespost aufgrund der besonderen Regelung, die **Art. 87 Abs. 1 GG** für die Bundespost trifft, gerechtfertigt sein. Diese Verfassungsnorm könnte eine Schranke der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG darstellen. In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, ob zum Schutze eines anderen, in Art. 87 GG verfassungsrechtlich normierten Rechtsgutes eine Einschränkung von der Sache her geboten ist. Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG enthält verschiedene Aussagen. In erster Linie weist er dem Bund im Verhältnis zu den Ländern Verwaltungskompetenzen zu und bestimmt den maßgeblichen Verwaltungstyp. Darüber hinaus wird im Schrifttum verbreitet angenommen, daß Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG dem Bund auch die Pflicht übertrage, diese Aufgaben wahrzunehmen³⁵⁰.

³⁴⁸ AaO (FN 216), S. 133f.

³⁴⁹ So Ule, aaO (FN 213), S. 454.

³⁵⁰ Siegfried Broß, in: Ingo v. Münch (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar Band 3, 1978, Art. 87 Rdnr. 3; Dietrich Ratthey, Beamte in öffentlichen Unternehmen, Diss. Frankfurt 1972, m.w.Nachw.; Eberhard Schmidt-Aßmann, Verfassungsrechtliche Aspekte einer Neuordnung des Schienenverkehrs, in: Informationen zur Raumentwicklung, 1976, S. 175ff.; Theodor Maunz, aaO (FN 108), Art. 87 Rdnrn. 31, 40; W. Schmidt, aaO (FN 318), NJW 1964, 2390ff.; Rudolf Schmidt, Postrecht, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, 8. Bd. 1964, S. 444 (445); Peter Lerche, Das Fernmeldemonopol - öffentlich-rechtlich gesehen, in: Ernst Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Kommunikation ohne Monopole, 1980, S. 139 (144); zurückhaltend jetzt Günter Fromm, Bundesbahnautonomie und Grundgesetz, DVBl. 1982, 288 (291f.).

Diese Auffassung kann sich auf den Wortlaut der Grundgesetzbestimmung stützen: „In bundeseigener Verwaltung ... werden geführt ... die Bundespost“ usw. Die indikativische Formulierung enthält als zugrundeliegende Teilaussage auch die Verpflichtung des Staates, „diese Verwaltungszweige **überhaupt** zu betreiben“³⁵¹. Diese Wortauslegung entspricht einem Verständnis der Kompetenz im allgemeinen, das über die formale Zuständigkeitsbegrenzung hinaus zugleich die materielle Aufgabenzuweisung mitumfaßt³⁵². So definieren *Wolff/Bachof* die sachliche Zuständigkeit als „die **Verpflichtung** und Berechtigung, ... bestimmte Angelegenheiten .. wahrzunehmen“³⁵³. Das Ergebnis der grammatischen Interpretation findet Bestätigung in dem Verhältnis des Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG zu den übrigen Einzelbestimmungen dieses Artikels, namentlich zu Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3. Die in diesen Textteilen des Art. 87 verwandte Formulierung „können ... eingerichtet werden“ begründet eine nur fakultative Bundesverwaltung; dadurch tritt der Gegensatz zu dem obligatorischen Inhalt des Abs. 1 Satz 1 klar hervor. Zudem zeigt die Nennung spezifischer Verwaltungsbereiche in dieser Vorschrift, daß „das Grundgesetz hier im Unterschied zu der rein formalen Regelung des Abs. 3 offenbar eine Sachentscheidung treffen wollte“³⁵⁴. Im Lichte einer Auslegung nach dem Grundsatz der Einheit der Verfassung spricht die oben³⁵⁵ aufgezeigte vielfältige Abhängigkeit sowohl der staatlichen Funktionsfähigkeit als auch der grundrechtsgeschützten Betätigungsmöglichkeiten der Bürger von den Einrichtungen der Deutschen Bundespost dagegen, deren Tätigkeit als von Verfassungs wegen disponibel zu betrachten. Ein freigestellter Einsatz scheidet nicht zuletzt auch deshalb aus, weil es sich um Leistungs- und Daseinsvorsorgeverwaltung handelt, die insgesamt zum klassischen Feld sozialstaatlicher Wirksamkeit gehört und an der Verpflichtungskraft des Sozialstaatsprinzips teilhat³⁵⁶.

Unter diesem Blickwinkel ist auch aus Sinn und Zweck des Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG die Garantie eines angemessenen Postbetriebes abzuleiten. Schließlich ist bereits Art. 88 Abs. 1 der Weimarer Reichsverfassung, der Vorläufer des Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG im Bereich der Post, dahin verstanden worden, daß er „das Betriebsrecht **und die Betriebs-**

³⁵¹ *Maunz*, aaO (FN 350), Rdnr. 40 zu a) (Hervorhebung im Original).

³⁵² *W. Schmidt*, aaO (FN 318), NJW 1964, 2390f. m.w.Nachw. im Anschluß an *Horst Ehmke*, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, S. 111, und *Peter Lerche*, *Föderalismus als nationales Ordnungsprinzip*, VVDStRL Heft 21 (1964), S. 66 (77f.).

³⁵³ AaO (FN 12), § 72 II a, S. 18.

³⁵⁴ *Arnold Köttgen*, *Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung*, JÖR N.F. Bd. 3 (1954), S. 67 (77); dem folgend *W. Schmidt*, aaO (FN 318), NJW 1964, 2393.

³⁵⁵ B II 3 b bb.

³⁵⁶ *Stern*, aaO (FN 33), Bd. 1, § 21 II 3 d, III 2, S. 698f., 715f.

pflicht des Reiches“ festlegt³⁵⁷. Dasselbe gilt auch schon für Art. 48 Abs. 1 der Reichsverfassung von 1871³⁵⁸. An diese Bestimmungen knüpft Art. 87 Abs. 1 GG an. Die Kompetenzzuweisung der Vorschrift hat daher auch verpflichtenden Charakter. Sie umfaßt mit dem Begriff der „Bundespost“ neben den in § 1 des PostG aufgezählten „herkömmlichen“ Dienstzweigen, wie Art. 73 Nr. 7 GG zeigt, auch den „neuen“ Bereich des „Fernmeldewesens“. Das Grundgesetz setzt somit „die Leistungsaufgabe und Funktionsfähigkeit der Deutschen Bundespost in diesen Bereichen voraus. Die Leistungsaufgabe der Bundespost ist nicht von der Disposition des Gesetzgebers abhängig, sondern verfassungsrechtlich geboten. Sie ist ein von Verfassungs wegen bestehendes Erfordernis des Gemeinwohls und dementsprechend ist ihre Sicherung ein verfassungsrechtlich nicht nur zulässiges, sondern gebotenes gesetzgeberisches Ziel“³⁵⁹.

Die Streikarbeitsverpflichtung der Beamten trägt der Sicherstellung dieses Verfassungsgebotes auch im Falle eines Streiks der bei der Bundespost beschäftigten Arbeitnehmer Rechnung. Sie ist zum Schutze dieses Rechtsgutes der Sache nach geboten, mithin unbedenkliche gesetzliche schrankenziehende Ausgestaltung der Koalitionsbetätigung Streik.

Soweit die Post kraft sondergesetzlicher Zuweisung andere Aufgaben wahrnimmt³⁶⁰, stellt die Erfüllung dieses gesetzlichen Auftrages ebenfalls ein Rechtsgut dar, das die Streikarbeitspflicht der Beamten von der Sache her gebietet.

Zwischenergebnis:

Der Einsatz von Beamten zur Streikarbeit ist somit gegenüber einem in Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Streikrecht der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes gerechtfertigt:

erstens: kraft allgemeiner Streikrechtsschranken im Falle eines rechtswidrigen Streiks, insbesondere dann, wenn die gebotene Notdienstvereinbarung nicht zustandekommt;

³⁵⁷ So *Eberhard Neugebauer*, Fernmelderecht mit Rundfunkrecht, 1929, S. 32 (Hervorhebung des Verfassers) für den Fernmeldebereich; allgemein *H. Hellmuth*, System des deutschen Post-, Telegraphen- und Fernsprechverkehrsrechts, 1929, S. 65; nur als Gegenstück des Monopolrechts bejaht eine Monopolausübungspflicht *August Finger*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1923, S. 501f.

³⁵⁸ *Hans Nawiasky*, Deutsches und österreichisches Postrecht - Der Sachverkehr, 1. Teil, 1909, S. 130; *Arthur Niggel*, Das Postrecht (2. Aufl.) 1914, Anm. 2 zu Art. 48 RV 1871; auch *Georg Eger/Kurt Gordan*, Post-, Telegraphen und Telefonrecht, 1909, S. 9, gehen von einer Betriebspflicht aus.

³⁵⁹ *Peter Badura*, Der Paketdienst der Deutschen Bundespost, Jahrbuch der Deutschen Bundespost 1977, 1978, S. 76 (150); für eine Betriebspflicht der Post auch schon *ders.*, Das Verwaltungsmonopol, 1963, S. 275.

³⁶⁰ Was namentlich für die Auszahlung der Renten gilt, vgl. *Ingo v. Münch*, in: *ders.*, (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar Band 3, 1978, Art. 73 Rdnr. 44 m.Nachw.

zweitens: aufgrund des Art. 33 Abs. 4 GG, soweit es sich um hoheitsrechtliche Aufgaben handelt;

drittens: darüber hinaus dann, wenn die zu übernehmende Tätigkeit Voraussetzung dafür ist, daß Beamte ihre eigenen Dienstaufgaben wahrnehmen können;

viertens: speziell im Bereich der Deutschen Bundespost im gesamten von Art. 87 Abs. 1 GG umfaßten oder von ihm gedeckten besonders gesetzlich geregelten Betätigungsfeld der Deutschen Bundespost.

III. Der Einsatz von Beamten zur Erledigung der Aufgaben streikender Arbeitnehmer könnte auch gegen Grundrechte der den Streik tragenden Gewerkschaft, namentlich gegen Art. 9 Abs. 3 GG, verstoßen. Grundrechtsträger im Rahmen des Art. 9 Abs. 3 GG ist nämlich auch die Koalition als solche, die in ihrer **Existenz** (1.) und in ihrem Recht, durch **spezifisch koalitionsmäßige Betätigung** die in Art. 9 Abs. 3 GG genannten Zwecke zu verfolgen (2.), geschützt ist³⁶¹.

1. Eine **Existenzgefährdung** der Gewerkschaften³⁶² im öffentlichen Dienst wird darin gesehen, daß „beamtete Gewerkschaftsmitglieder, die vom Arbeitskampf und dem erstrittenen Ergebnis in der Regel profitieren, gegen ihre Kollegen in den Dienststellen und gegen die gewerkschaftliche Organisation eingesetzt werden und damit ein Prinzip der Einheitsgewerkschaft, alle Arbeitnehmer einer Dienststelle/eines Betriebes solidarisch zu vereinen, getroffen wird“³⁶³.

Es bedarf keiner näheren Darlegung, daß die rechtliche Möglichkeit, Beamte wie Angestellte als Mitglieder ein- und derselben Koalition aufzunehmen, durch die Streikarbeitspflicht der Beamten nicht berührt wird. Aus diesem Grund ist jede Prüfung etwaiger im Rahmen der Verfassung zulässigerweise gezogener Schranken dieser Betätigung überflüssig.

Nicht von der Hand zu weisen ist jedoch das Argument, daß die Verpflichtung beamteter Gewerkschaftsmitglieder, im Falle eines Streiks die von den Arbeitnehmern verweigerten Arbeiten auszuführen, zu Spannungen zwischen den verschiedenen Gruppen von Gewerkschaftsmitgliedern führen kann, die der Gemeinsamkeit in der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen abträglich sein könnten. Derartige innergewerkschaftliche Spannungen sind indessen die Konsequenz ei-

³⁶¹ BVerfGE 57, 220 (245) m.Nachw.

³⁶² Zur Koalitionsbestandsgarantie vgl. etwa *Säcker*, aaO (FN 261), S. 33ff.; *Scholz*, aaO (FN 108), Art. 9 Rdnrn. 243ff. m.w.Nachw.; *Wolfgang Zöllner*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 9 Abs. 3 GG. AÖR Bd. 98 (1973), S. 71 (82ff.).

³⁶³ So *Bieback*, aaO (FN 1), S. 6, über die Selbsteinschätzung der Deutschen Postgewerkschaft, m.Nachw.

ner Arbeitnehmer und Beamte zusammenfassenden **Einheitsgewerkschaft**. Daher ist nicht die Existenz der Koalition als solche, sondern nur die spezielle Ausprägung als Einheitsgewerkschaft betroffen. Diese Koalitionsart ist verfassungsrechtlich zulässig, aber nicht geboten. Arbeitnehmer und Beamte können sich auch in verschiedenen Gewerkschaften organisieren³⁶⁴. Wird die Gestaltungsform der Einheitsgewerkschaft gewählt, so liegt darin zwar eine erste Betätigung der Gewerkschaft und damit eine Ausübung des Grundrechtes der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG. Der Schutz dieses Grundrechtes geht jedoch nach früheren Ausführungen³⁶⁵ nicht so weit, daß er die aus dem unterschiedlichen Status der Mitglieder sich ergebenden Konsequenzen abdingen könnte. Die Wahl der Koalitionsform muß die verfassungsrechtlich und gesetzlich legitimierte vorrangige Bindung des Beamten an seine Treuepflicht vor jeder Sonderloyalität kalkulieren³⁶⁶. Insoweit ist der koalitionsmäßigen Betätigung durch andere Rechtsgüter eine Schranke gezogen. Erscheinen der Gewerkschaft die Spannungen zwischen den Bedienstetengruppen nicht mehr tragbar, so bleibt jederzeit die Möglichkeit einer Teilung entsprechend den Statusgrenzen. Von einer Gefährdung der Existenz der Gewerkschaft kann daher nicht die Rede sein.

2. Zur spezifisch koalitionsmäßigen Betätigung der Gewerkschaften gehört, wie oben ausgeführt³⁶⁷, auch Ausrufung und Durchführung eines Arbeitskampfes. Dieses Streikrecht ist nicht uneingeschränkt und uneingeschränkt. Dies ist oben bei der Prüfung einer möglichen Verletzung des Grundrechtes der einzelnen Arbeitnehmer aus Art. 9 Abs. 3 GG eingehend dargelegt³⁶⁸.

Die dort aufgezeigten Schranken hat das Bundesverfassungsgericht gerade für die Grundrechtsposition der Gewerkschaft selbst entwickelt; sie sind in erster Linie auf diese anwendbar und gelten nur mittelbar für die Koalitionsmitglieder, die zur Teilnahme an der verfassungsrechtlich geschützten Tätigkeit ihrer Koalition berechtigt sind.

Zwischenergebnis zu III.:

Die streikführende Gewerkschaft wird durch den Einsatz von Beamten zur Erledigung bestreikter Arbeiten nicht in ihrem Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG verletzt.

Zwischenergebnis zu B.:

Der nach den Beamtengesetzen zulässige Einsatz von Beamten zur Durchführung von Aufgaben, die von Arbeitnehmern des öffentlichen

³⁶⁴ Vgl. *Scholz*, aaO (FN 108), Art. 9 Rdnr. 253 m.w.Nachw.

³⁶⁵ S. oben B I I.

³⁶⁶ Vgl. oben A III 3 d, B I I c und BVerfGE 57, 220 (246).

³⁶⁷ S. oben B I I a aa.

³⁶⁸ Oben B II 3.

Dienstes aufgrund eines Streiks nicht erledigt werden, steht mit dem Grundgesetz im Einklang.

Insonderheit besteht kein Widerspruch zu Grundrechtspositionen

- des betroffenen **Beamten**, namentlich aus Art. 9 Abs. 3, Art. 4 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 Satz 1 oder Art. 33 Abs. 4 und 5 GG;
- der **Arbeitnehmer** des öffentlichen Dienstes hinsichtlich ihrer in Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Koalitionsfreiheit einschließlich der arbeitskampfmäßigen Betätigung;
- der streikführenden **Gewerkschaft** im Hinblick auf ihre Rechte aus Art. 9 Abs. 3 GG.

C. International-rechtliche Bestimmungen

I. Die Streikarbeitspflicht der Beamten ist möglicherweise wegen Widerspruchs zu Teil II Art. 6 Nr. 4 der **Europäischen Sozialcharta** vom 18. Oktober 1961³⁶⁹ rechtswidrig. In dieser Vorschrift erkennen die Vertragsparteien, zu denen die Bundesrepublik Deutschland gehört, das Recht der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber auf kollektive Maßnahmen einschließlich des Streikrechts an.

1. Die Auswirkung dieser Bestimmung auf die Streikarbeitspflicht der Beamten hängt vor allem von der umstrittenen Frage ab, ob Teil II Art. 6 Nr. 4 der Europäischen Sozialcharta überhaupt **unmittelbar geltendes Bundesrecht** ist³⁷⁰. Die dem Entwurf des Zustimmungsgesetzes beigefügte Denkschrift der Bundesregierung³⁷¹ führt dazu aus: „Die Charta begründet aber im Unterschied zur Konvention kein unmittelbar geltendes Recht, sondern zwischenstaatliche Verpflichtungen der Vertragsparteien“³⁷².

Eine Abweichung von diesem Gesamtcharakter der Europäischen Sozialcharta gerade im Falle des Art. 6 Nr. 4 anzunehmen, kann trotz des Wortlauts, nach dem die Vertragsparteien das Streikrecht „anerkennen“, nicht überzeugen³⁷³. Gegen eine solche Abweichung spricht schon der instrumentelle Charakter des Streikrechts im Hinblick auf die unzweifelhaft nicht als geltendes Recht anzusehende Gewährleistung des Rechtes auf Kollektivverhandlungen nach Teil I Nr. 6 und der Zusam-

³⁶⁹ Vgl. das Zustimmungsgesetz vom 19. September 1964, BGBl. II, S. 1261, in Kraft getreten am 26. Februar 1965, s. Bekanntmachung vom 9. August 1965, BGBl. II, S. 1122.

³⁷⁰ Offengelassen in BVerfG NJW 1981, 815 (817) m.Nachw.; BAG NJW 1980, 1642 (1645) m.Nachw.; bejaht etwa von *Matthias Mitscherlich*, Das Arbeitskampfrecht der Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Sozialcharta, Diss. Frankfurt 1976, S. 29ff. mit umfangreichen Nachw. (S. 37f.); zustimmend *Bieback*, aaO (FN 1), S. 9; verneinend die wohl h.M. vgl. etwa *Scholz/Konzen*, aaO (FN 253), S. 61f. m.w.Nachw.; *Fritz Fabricius*, Der Einfluß der Europäischen Sozialcharta auf nationale rechtliche Bewertungen von Streik und Aussperung, in: *Stabilität im Wandel*, Festschrift für Bruno Gleitze 1978, S. 463 (499ff.).

³⁷¹ BT-Drucks. IV/2117.

³⁷² Ebd., S. 28 (Hervorhebung nicht im Original). Unter Konvention ist die (europäische) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 gemeint, die unstreitig unmittelbar geltendes Bundesrecht ist (vgl. unten II 1).

³⁷³ Vgl. zur Erklärung des mehrdeutigen Wortlauts gegenüber der ausweislich der Entstehungsgeschichte fehlenden Absicht, unmittelbar geltendes Recht zu setzen, *Fabricius*, aaO (FN 370), S. 504f., der annimmt, die Verpflichtung zur Anerkennung des Streikrechts sei als bereits erfüllt angesehen worden.

menhang mit dem ebenfalls nur als Staatenverpflichtung anzusehenden Vereinigungsrecht gem. Teil II Art. 5 der Charta. Entsprechend ist im Anhang der Sozialcharta zu Teil III einheitlich für die gesamte Charta festgestellt: „Es besteht Einverständnis darüber, daß die Charta rechtliche Verpflichtungen internationalen Charakters enthält, deren Durchführung ausschließlich der in ihrem Teil IV vorgesehenen Überwachung unterliegt“³⁷⁴.

Gegenüber dieser authentischen Interpretation des Rechtscharakters der Charta durch die Vertragsparteien haben abweichende Interpretationsansätze zurückzutreten. Der übereinstimmend geäußerte und im Text niedergelegte Vertragswille der Parteien ist bei völkerrechtlichen Verträgen anerkanntermaßen der oberste Auslegungsgrundsatz (sog. Konsensprinzip). Jeder andere Interpretationsgesichtspunkt hat dahinter zurückzutreten³⁷⁵.

Die Europäische Sozialcharta hat daher die beamtengesetzliche und verfassungsrechtlich unbedenkliche Verpflichtung zur Streikarbeit nicht beseitigt.

2. Selbst wenn man der Europäischen Sozialcharta durch das Zustimmungsgesetz die innerstaatliche Qualität eines unmittelbar geltenden Bundesgesetzes beilegte, bliebe die **Annahme einer verdrängenden Wirkung** gegenüber der Streikarbeitspflicht der Beamten höchst zweifelhaft.

Die Charta müßte nämlich verfassungsrechtliche Vorschriften derogieren. Hierzu sind völkerrechtliche Verträge, die nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG nur in der Form eines (einfachen) Bundesgesetzes transformiert werden, gemeinhin nicht in der Lage³⁷⁶.

Wie oben dargelegt³⁷⁷, ist die Verpflichtung zur Streikarbeit der Beamten aber sowohl in Art. 33 Abs. 4 GG und den Staatsstrukturprinzipien als auch im Bereich der Deutschen Bundespost in Art. 87 GG begründet.

Außerdem stellt sich die Streikarbeitspflicht der Beamten als eine gem. Teil V Art. 31 Abs. 1 der Europäischen Sozialcharta zulässige Ein-

³⁷⁴ Hierauf stellt entscheidend *Wilhelm Wengler*, Die Unanwendbarkeit der Europäischen Sozialcharta im Staat, 1969, S. 10ff. m.w.Nachw., ab, wenn er die Qualität als unmittelbar geltendes Recht ablehnt.

³⁷⁵ Vgl. *Ignaz Seidl-Hohenveldern*, Völkerrecht, 4. Aufl. 1980, Rdnr. 244ff.; *Eberhard Menzell/Knut Ipsen*, Völkerrecht, 2. Aufl. 1979, S. 317ff.; *Alfred Verdross/Bruno Simma*, Universelles Völkerrecht, 1976, S. 391.

³⁷⁶ Vgl. *K. Stern*, aaO (FN 33), § 14 IV 3 f, 4, S. 372ff. m.w.Nachw. Eine andere Frage ist, welche Wirkung auf der völkerrechtlichen Ebene ein solcher Verstoß hat. Hierüber ist an dieser Stelle nicht zu befinden. Vgl. zur völkerrechtlichen Beurteilung eines etwa aus der Europäischen Sozialcharta zu entnehmenden Streikrechts der Beamten gegenüber der deutschen Verfassungsrechtslage *Herbert Miehsler*, The European Social Charta and the civil servants right to strike: The German case, in: *Jus humanitatis*, Festschrift A. Verdross, 1980, S. 547ff. m.Nachw.

³⁷⁷ B I 1a, B II 3 c.

schränkung der Streikrechtsgarantie dar. Nach dieser Vorschrift kommen Beschränkungen nur infrage, „wenn diese gesetzlich vorgeschrieben und in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutze der Rechte und Freiheiten anderer oder zum Schutze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Sicherheit des Staates, der Volksgesundheit und der Sittlichkeit notwendig sind“³⁷⁸.

Diese weitgefaßten Beschränkungsmöglichkeiten bleiben nicht hinter den vom Bundesverfassungsgericht bei Art. 9 Abs. 3 GG für möglich gehaltenen Schranken, die zum Schutze anderer Rechtsgüter geboten sind³⁷⁹, zurück. Namentlich gehört der ungestörte Betrieb einer öffentlichen Einrichtung, wie es die Deutsche Bundespost ist, deren Aufrechterhaltung die Streikarbeit der Beamten dient, zu den im Rahmen der **öffentlichen Sicherheit** im Sinne des Polizei- und Ordnungsrechts geschützten Rechtsgütern³⁸⁰. Es besteht kein Anlaß, den in den Originalsprachen des Vertrages gebrauchten Begriffen „l'ordre public“ oder „public interest“³⁸¹ einen engeren Gehalt zu unterlegen. Sie gehen eher über die deutsche Interpretation der öffentlichen Sicherheit noch hinaus. Die Streikarbeitspflicht der Beamten ist somit auch bei diesem Verständnis der Charta nicht in Widerspruch zu ihr.

II. Sonstigen international-rechtlichen Regelungen steht die Streikarbeitspflicht der Beamten ebenfalls nicht entgegen.

1. „Noch geringer (ergänze: als die der Europäischen Sozialcharta) ist die Aussagekraft der **Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten** vom 4.11.1950 (BGBl. 1952 II, 686) und das **Übereinkommen Nr. 87 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 9.7.1948** über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechts (TransformationsG v. 20.12.1956, BGBl. 1956 II, 2078/1958 II, 113). Beide Abkommen sind zwar unstreitig durch Transformationsgesetze geltendes Recht geworden, gewährleisten aber die Koalitionsfreiheit nur in ganz allgemeiner Form und gehen nicht über die Grundsätze hinaus, die in der Bundesrepublik Deutschland ohnehin durch Art. 9 III GG verfassungsrechtlich gewährleistet sind“³⁸².

Dieser Ansicht der höchsten Bundesgerichte kann unbedenklich beigetreten werden. Weder Art. 11 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention noch die Bestimmungen des Übereinkommens Nr. 87

³⁷⁸ So die im Bundesgesetzblatt, aaO (FN 369), abgedruckte Übersetzung.

³⁷⁹ Vgl. dazu etwa *Dietz*, aaO (FN 236), JuS 1968, 1 (4) m.Nachw.: „die gleichen Grenzen wie nach Art. 2 I GG“.

³⁸⁰ Vg. nur *Wolfgang Martens*, 2. Band 1977, in: *Drews/Wackel/Vogell/Martens*, Gefahrenabwehr, 8. Aufl., S. 118; *Hans J. Wolff/Otto Bachof*, Verwaltungsrecht III, 4. Aufl. 1978, § 125 II a 1 β, Rdnr. 11, S. 49f.

³⁸¹ BGBl., aaO (FN 369).

³⁸² BAG, NJW 1980, 1642 (1645) m.w.Nachw. (Hervorhebungen des Verfassers); ebenso zuletzt BVerfG, NJW 1982, 815 (817).

können einem Streikeinsatz von Beamten entgegengehalten werden. Für die in Art. 11 Abs. 1 der Konvention gewährleistete Koalitionsfreiheit würden die Einschränkungen des Abs. 2 die Verkürzung eines etwa gewährten Streikrechts zudem decken.

Die darin festgelegten Schranken³⁸³ stehen denjenigen des Teil V Art. 31 Abs. 1 der Sozialcharta nicht nach.

2. Nach Art. 8 Abs. 1 lit. d des **Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte** vom 19.12.1966³⁸⁴ verpflichten sich die Vertragsstaaten zwar ausdrücklich zur Gewährleistung des Streikrechts. Abgesehen von der nur zwischenstaatlich verpflichtenden Kraft dieser Bestimmung schließt es Art. 8 Abs. 2 aber ausdrücklich „nicht aus, daß die Ausübung dieser Rechte durch Angehörige der Streitkräfte, der Polizei oder der öffentlichen Verwaltung rechtlichen Einschränkungen unterworfen sind“. Danach beeinträchtigt der Pakt eine gesetzliche Streikarbeitspflicht von Beamten als Bediensteten der öffentlichen Verwaltung nicht.

Zwischenergebnis:

Weder die Europäische Sozialcharta noch andere internationale Verträge stehen dem Einsatz von Beamten zur Streikarbeit bei Streiks im öffentlichen Dienst entgegen.

³⁸³ Sie lauten: „Die Ausübung dieser Rechte darf keinen anderen Einschränkungen unterworfen werden als den vom Gesetz vorgesehenen, die in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der äußeren und inneren Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung und zur Verbrechensverhütung, zum Schutze der Gesundheit und der Moral oder zum Schutze der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind. Dieser Artikel verbietet nicht, daß die Ausübung dieser Rechte für Mitglieder der Streitkräfte, der Polizei oder der Staatsverwaltung gesetzlichen Einschränkungen unterworfen wird“.

³⁸⁴ Zustimmungsgesetz vom 23.11.1973, BGBl. II, S. 1569, wirksam seit dem 3.1.1976, vgl. BGBl. II, S. 426; s. auch zur Bewertung dieses Paktes BVerfG NJW 1982, 815 (187).

Zusammenfassung

- I. Beamte dürfen nach geltendem Beamtenrecht zur Leistung von Streikarbeit bei einem Streik im öffentlichen Dienst eingesetzt werden.
 1. Sie können zu Mehrarbeit herangezogen werden, weil der Streik einen Ausnahmefall darstellt und zwingende dienstliche Gründe für die Mehrarbeit begründet.
 2. a) Die Zuweisung anderer Dienstaufgaben steht grundsätzlich im Ermessen des Dienstherrn. Ein Streik schafft besondere Umstände, der auch Durchbrechungen des ansonsten geltenden Verbots unterwertiger Verwendung erlaubt.
b) Zulässig ist auch der Einsatz von Beamten außerhalb der in § 4 BBG genannten Aufgabenbereiche.
 3. a) Die Fürsorgepflicht des Dienstherrn steht dem Einsatz zur Streikarbeit nicht entgegen.
b) Die Erledigung von Streikarbeit ist für den Beamten grundsätzlich nicht unzumutbar. Die im Arbeitsrecht entwickelten Grundsätze zur Nicht-Zumutbarkeit von Streikarbeit können als Richterrecht schon aus methodischen Gründen nicht in das Beamtenrecht übertragen werden. Das Beamtenverhältnis kann auch der Sache nach nicht in dem Arbeitsverhältnis gleich behandelt werden, da es von einer abweichenden Interessenlage der Dienstnehmer geprägt ist und spezielle gesetzliche Vorschriften gelten.
c) In der praktischen Handhabung des Beamteneinsatzes hat der Dienstherr im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles die Belange der Beamten mit den dienstlichen Erfordernissen abzuwägen.
 4. Soweit innergewerkschaftliche Solidaritätsgebote dem Beamten einen Streikeinsatz verbieten sollten, stehen solche Satzungsregelungen mit der allgemeinen Rechtsordnung in Widerspruch.
- II. Das für den Einsatz zur Streikarbeit geltende Beamtenrecht verstößt nicht gegen das Grundgesetz.
 1. Verfassungsmäßige Rechte der durch den Einsatz betroffenen Beamten sind nicht verletzt.
 - a) Ein Streikrecht der Beamten besteht nicht. Andere Elemente der Koalitionsgewährleistung des Art. 9 Abs. 3 GG greifen ebenso wenig ein wie Grundrechte der Gewissensfreiheit und der Menschenwürde.

- b) Subjektive Rechte aus den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG werden ebenfalls nicht angetastet.
2. Ein Streikeinsatz von Beamten verletzt auch nicht das Koalitionsrecht der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes nach Art. 9 Abs. 3 GG, da die Koalitionsbetätigung nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Beschränkung zugänglich ist, soweit diese zum Schutze anderer Rechtsgüter sachlich geboten ist.
 - a) Auch bei Bejahung eines (im Schrifttum nicht unstreitigen) Streikrechts der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes wird durch den Streikeinsatz der Beamten der Kerngehalt der Koalitionsfreiheit nicht angetastet.
 - b) Die Koalitionsfreiheit ist zum Schutz verfassungsrechtlich geschützter Güter eingeschränkt. Solche Rechtsgüter finden sich für den Bereich der Deutschen Bundespost in Art. 33 Abs. 4 GG, Art. 87 Abs. 1 GG und mehreren Grundrechten. Danach kann ein Streikeinsatz erfolgen
 - im Falle eines rechtswidrigen Streiks, insbesondere dann, wenn die gebotene Notdienstvereinbarung nicht zustandekommt;
 - soweit es sich um hoheitsrechtliche Aufgaben handelt;
 - darüber hinaus dann, wenn die zu übernehmende Tätigkeit Voraussetzung dafür ist, daß Beamte ihre eigenen Dienstaufgaben wahrnehmen können;
 - speziell im Bereich der Deutschen Bundespost im gesamten von Art. 87 Abs. 1 GG umfaßten oder von ihm gedeckten besonders gesetzlich geregelten Betätigungsfeld der Deutschen Bundespost.
 3. Die aufgrund der Streikarbeitspflicht von Beamten der streikführenden Gewerkschaft entstehenden internen Probleme müssen infolge der heterogenen Struktur der Organisationsform der Einheitsgewerkschaft hingenommen werden; eine Verletzung koalitionsmäßiger Betätigung nach Art. 9 Abs. 3 GG ist daraus nicht abzuleiten.
- III. Weder die Europäische Sozialcharta noch andere internationale Verträge stehen dem Einsatz von Beamten zur Streikarbeit bei Streiks im öffentlichen Dienst entgegen.