

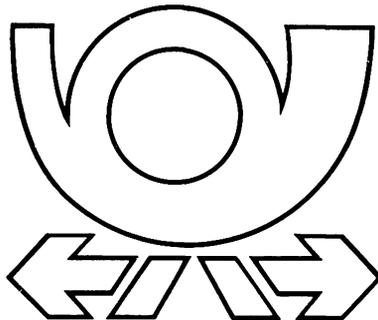
# 1983

34. Jahrgang

# Jahrbuch der Deutschen Bundespost

Herausgeber

Staatssekretär  
Dipl.-Ing. Dietrich Elias



Verlag für Wissenschaft und Leben

Georg Heidecker · Bad Windsheim 1983

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung vorbehalten.

Copyright 1983 by

Verlag für Wissenschaft und Leben  
Georg Heidecker  
Bad Windsheim

ISBN 3 87862 134 5  
ISSN 0170-7817

Druck: Universitätsbuchdruckerei Junge & Sohn, Erlangen  
Offset-Lithos: Döss GmbH, Nürnberg; Einband: Hunke & Schröder, Iserlohn

# Inhaltsübersicht

Vorwort des Herausgebers Staatssekretär <i>Dietrich Elias</i> . . . . .	7
Die Rechtmäßigkeit des dienstlichen Einsatzes von Beamten während eines Streiks von Tarifkräften im öffentlichen Dienst aus verfassungsrechtlicher und beamtenrechtlicher Sicht von <i>Professor Dr. Peter Badura</i> . . . . .	9
Die Rechtmäßigkeit des dienstlichen Einsatzes von Beamten während eines Streiks von Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes unter besonderer Berücksichtigung der Belange der Deutschen Bundespost von <i>Professor Dr. Klaus Stern</i> . . . . .	54
Zahlungsverkehrsprobleme aus der Sicht des Postscheckdienstes von <i>Dr. Richard Janßen</i> und <i>Dieter Söllner</i> . . . . .	130
Schalterautomation bei der Deutschen Bundespost von <i>Manfred Rohbogner</i> . . . . .	157
Vorschlag für ein deutsches Fernmeldesatelliten-System von <i>Franz Hiergeist</i> . . . . .	186
Service 130: Ein neuer Fernsprechdienst der Deutschen Bundespost von <i>Karl Thomas</i> und <i>Heinrich Kaufer</i> . . . . .	226
Postablieferungen an den Bund von <i>Wolfgang Hempell</i> . . . . .	272
Gedanken und Erprobungen zur bildenden, erzieherischen und künstlerischen Dimension von Postwertzeichen der Deutschen Bundespost von <i>Dr. Dr. Josef Bender</i> . . . . .	318
Zusammenfassungen der Aufsätze – Summaries of the articles – Résumés des articles . . . . .	375

# **Die Rechtmäßigkeit des dienstlichen Einsatzes von Beamten während eines Streiks von Tarifkräften im öffentlichen Dienst aus verfassungsrechtlicher und beamtenrechtlicher Sicht**

## Rechtsgutachten

über die streikbedingte vorübergehende Beschäftigung von Beamten auf Arbeitnehmer-Dienstposten im Bereich der Deutschen Bundespost

- I. Die Fragestellung des Gutachtens
  1. Der Streik im November 1980
  2. Beamte und Tarifkräfte in der Deutschen Bundespost
  3. Die streikbedingte vorübergehende Beschäftigung von Beamten auf Arbeitnehmer-Dienstposten als beamten- und verfassungsrechtliche Rechtsfrage
- II. Die beamtenrechtliche Verpflichtung des Beamten zur streikbedingten vorübergehenden Beschäftigung auf Arbeitnehmer-Dienstposten beim Streik von Tarifkräften
  1. Beamtenverhältnis und Amtsaufgaben des Beamten
  2. Streikbedingte Umsetzung oder Abordnung des Beamten
  3. Die Zulässigkeit von „Mehrarbeit“ und von „unterwertiger“ Dienstausübung des Beamten
  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
    - b. Insbes. die Pflichten des Beamten im Falle eines Streiks von Tarifkräften des Dienstherrn
- 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)
  2. Die Rechte der streikenden Arbeitnehmer und der streikführenden Gewerkschaft aus Art. 9 Abs. 3 GG
  3. Die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems
    - a. Der grundrechtliche Schutz des Tarifvertragssystems
    - b. Das Erfordernis der Gleichgewichtigkeit der Tarifparteien
    - c. Die Neutralitätspflicht des Staates im Fall von Arbeitskämpfen
- IV. Hoheitliche Staatsaufgaben und Arbeitskampf
  1. Die Leistungsaufgabe der Deutschen Bundespost (Art. 87 Abs. 1 GG)
  2. Die Gewährleistung der Staatsaufgaben durch die institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 4 und 5 GG)
- V. Zusammenfassung

## **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.

---

\*) Sowohl das Gutachten von Prof. Dr. Peter Badura als auch das Gutachten von Prof. Dr. Klaus Stern sind als separate Veröffentlichung im Verlag Franz Vahlen GmbH, München in der Reihe „Studien zum öffentlichen Recht und zur Verwaltungslehre“ (Band 33) erschienen.

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, dem ein Schnellbrief des Bundesministers des Innern vom 7. Februar 1974 zugrunde lag. 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 entsprechender 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 1600 Beamte aus anderen Dienststellen des jeweils bestreikten Post- und Fernmeldeamtes, 700 Beamte aus anderen Ämtern und 1000 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 Aufgaben 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 Post-VerwG). Für die Rechtsverhältnisse des Personals der Landespostdirektion Berlin gelten besondere 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:

291 096 Beamte,  
36 578 Angestellte,  
94 697 Arbeiter;

dazu kamen 418 Angestellte als Bauhilfskräfte, 2992 Posthalter und 31 404 Nachwuchskräfte. Zu den nichtvollbeschäftigten Arbeitskräften gehörten nach der Kopfzahl:

6 719 Beamte,  
14 619 Angestellte,  
57 723 Arbeiter;

dazu kamen 51 Angestellte als Bauhilfskräfte und 6160 Posthalter. Es standen somit 425 781 vollbeschäftigte Arbeitskräfte 85 272 nichtvollbeschäftigten Arbeitskräften gegenüber. Rechnet man die nichtvollbeschäftigten Kräfte um, ergibt sich folgende Verteilung:

3 512 Beamte,  
8 073 Angestellte,  
31 345 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 465 549 ausgewiesenen Personalbedarfsposten (Teilposten auf Vollposten umgerechnet) nur 76 499 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 15 001) eingerichtet.

Die Bundespost stuft somit Personalposten hauptsächlich als Beamten-dienstposten 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 nachzukommen<sup>1)</sup>. 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 überwiegenden Zahl von Arbeitsplätzen Beamte und Arbeitnehmer nebeneinander 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 beschäftigt sind, untrennbar verzahnt sind. Dies gilt auch für die

---

1) Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage betr. Beamtenstatus bei der Deutschen Bundespost (2. 3. 1982), BTag Drucks. 9/1398.

Bereiche mit Teilzeitarbeit. Vor allem dort, wo Sendungen oder Nachrichten umgeschlagen, verteilt und zugestellt werden, letztlich aber in fast allen Bereichen 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 wesentliches Glied in einer Transportkette darstellen.

### 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 Arbeitskampfes angeregt, darunter auch die Frage, ob ein bestreikter Dienstherr Beamte einsetzen darf, um aushilfsweise die verweigerte Arbeit von Arbeitnehmern erledigen zu lassen. Von einem Standpunkt aus, der eine Übertragung arbeitsrechtlicher Grundsätze über die Streikarbeit von Arbeitnehmern auf das Beamtenverhältnis für zulässig und geboten betrachtet, wurde die Frage nach einer „Verrichtung von Streikarbeiten durch Beamte?“ gestellt<sup>2)</sup>. 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 gesehen, der Zweifel an der Streikfreiheit für Angestellte im öffentlichen Dienst rechtfertigt<sup>3)</sup>. 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 öffentlichen Dienstes nur verpflichtet, wenn ihre eigene, dem Streik entzogene Arbeit sonst lahmgelegt würde oder wenn die Arbeitnehmer erforderliche Notarbeiten verweigerten<sup>4)</sup>. 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 Aufgaben des im übertragenen Amtes in keiner Weise vergleichbar sind, wenn ihm die Erfüllung dieser Aufgaben nach seinen Fähigkeiten und Kenntnissen zumutbar ist. Beispielsweise muß der Behördenleiter das Aufschießen der Türen des Dienstgebäudes übernehmen, wenn der Pförtner streikt“<sup>5)</sup>.

Die aufgeführten Äußerungen beurteilen die streikbedingte Aushilfstätigkeit von Beamten – offenbar allerdings ohne die Dimensionen eines Streiks im Bereich der Deutschen Bundespost näher zu erwägen – aus dem Blickwinkel

---

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.

der beamtenrechtlichen Pflichten oder der individualarbeitsrechtlichen 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 aufgrund 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 Obergericht 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 werden<sup>6)</sup>. 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 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 eingesetzt<sup>7)</sup>. Die beklagte 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

6) HambOVG Beschluß vom 23. 11. 1980 – OVG Bs I 109/80.

7) VG Düsseldorf Urteil vom 30. 3. 1982 – 10 K 1118/81.

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“<sup>8)</sup>. 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 Grundkonsens (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 Arbeitsgebers 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 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 kurzerhand von einem „Rechtsgutachten“ Gerhard Müllers und hebt mit der vermeintlichen Beobachtung an, in der Rechtswissenschaft verfestige 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

---

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., 155 ff.

Linie auf einige Vorträge bei Gewerkschaftsveranstaltungen im Jahre 1981<sup>9)</sup>. 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 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“<sup>10)</sup>.

In dem Bericht des Bundesdisziplinaranwalts Claussen über die Handhabung der Disziplinargewalt in den Jahren 1979/1980, der am 2. März 1981 dem Bundesminister des Innern erstattet wurde<sup>11)</sup>, ist bei der Darstellung des materiellen Disziplinarrechts ein Unterabschnitt auch der „Arbeitsverweigerung von Beamten im Zusammenhang mit einem Streik von Arbeitern und Angestellten

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. 47 ff.; *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 Arbeitskammerrechts, 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.

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.

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 eingebundenen Beamten zu den Tarifkräften“. Eine durch die Bundesdisziplinaranwaltschaft durchgeführte gesonderte gutachtliche Überprüfung der Problematik habe ergeben, daß der Einsatz von Beamten 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 Pflichten<sup>12)</sup>. 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 Grundsätzen<sup>13)</sup>. Das Recht der Beamten und der Angestellten unterscheidet sich schon im Grundsätzlichen. Das Beamtenverhältnis ist nicht eine Abart des Arbeitsverhältnisses, sondern diesem gegenüber strukturell verschieden<sup>14)</sup>.

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 ist<sup>15)</sup>. 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 Kräftespiel eine stabile, gesetzestreue Verwaltung zu sichern, beitragen kann“<sup>16)</sup>.

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 sichern<sup>17)</sup>. 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 Sicherheitsbedürfnis 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 werden<sup>18)</sup>.

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. 665/698 f.; W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 2. Aufl., 1967, S. 90 f., 94; F. Matthey, in: I. von Münch, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 1976, Art. 33, RNr. 45; W. Fürst/H. Günther, Grundgesetz, 2. Aufl., 1978, S. 190 f.; H. Lecheler, Die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts, AöR 103, 1978, S. 349/372 ff.; F. Ossenbühl, Eigensicherung und hoheitliche Gefahrenabwehr. Rechtsgutachten zum 9. Änderungsgesetz des Luftverkehrsgesetzes, 1981, S. 32 ff.

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

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.

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 rechtfertigt<sup>19)</sup>.

„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 Grundgesetz und ihm folgend der Gesetzgeber des Beamtenrechtsrahmengesetzes und des Beamtengesetzes haben es deshalb als notwendig und zweckmäßig erachtet, das Rechtsverhältnis des Beamten als besonders 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“<sup>20)</sup>.

Der Beamte ist seinem Dienstherrn in anderer, in ganz besonderer Weise, umfassender als der Angestellte und deshalb mit diesem nicht vergleichbar, verpflichtet. Er muß aufgrund der Dienstpflichten, insbes. aufgrund 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 erscheint<sup>21)</sup>.

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“<sup>22)</sup>. 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 Sinn<sup>23)</sup>.

Der Beamte hat kein Recht am Amt, verstanden als Recht auf Ausübung bestimmter Amtsgeschäfte, auf unveränderte und ungeschmälerte Ausübung

---

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

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, 144/146 f.; BVerwG DVBl. 1981, 495. – *Fürst/Finger/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.

der übertragenen dienstlichen Aufgaben<sup>24)</sup>. Für eine an den 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 Laufbahn<sup>25)</sup>.

## 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 geregelt<sup>26)</sup>.

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 Organisationsverfügung<sup>27)</sup> und mit der Umsetzung. Diese im wesentlichen durch das organisatorische Ermessen des Dienstherrn bestimmten Maßnahmen haben innerbehördlichen Charakter und sind keine Verwaltungsakte. Sie sind selbst dann keine Verwaltungsakte, wenn sie – sozusagen als Nebenwirkung – in die dienstrechtliche Rechtssphäre des Beamten eingreifen.

24) BVerfGE 8, 332/344 ff.; 43, 242/277, 282; 52, 303/354; 56, 146/162; BVerwG 20. 2. 1973 *Buchholz* 232 § 79 BGG 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.

25) BVerwGE 60, 144/151 f., 154.

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

27) BVerwG DVBl. 1981, 495.

Versetzung (§ 26 BBG) ist die auf Dauer angelegte Übertragung eines anderen Amtes im funktionellen Sinn bei einer anderen Behörde desselben oder eines anderen Dienstherrn<sup>28)</sup>. Abordnung (§ 27 BBG) ist die vorübergehende Zuweisung einer dem Amt des betroffenen Beamten entsprechenden Tätigkeit bei einer anderen Behörde desselben oder eines anderen Dienstherrn<sup>29)</sup>. 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 Verrichtungen des Beamten; die Umsetzung ist eine gesetzlich nicht geregelte Entscheidung nach dem Organisationsermessen des Dienstherrn<sup>30)</sup>. Die Beamtengesetze zählen die Umsetzung zu der Vielzahl im einzelnen nicht normativ erfaßbarer Anordnungen im Rahmen des Beamtenverhältnisses, die zur Einhaltung und Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung unerlässlich sind und in der verfassungsrechtlich verankerten Gestalt des Beamtenverhältnisses vorausgesetzt werden<sup>31)</sup>.

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 angehört<sup>32)</sup>, 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 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.

### 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

---

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. 83 ff.; *W. Teufel*, Die Umsetzung, ZBR 1981, 20; *H.-J. 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.

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-Dienstposten<sup>33)</sup> 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 aufgrund 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 Freizeitausgleich nach sich<sup>34)</sup>.

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 ist<sup>35)</sup>.

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 „unterwertig“ beruht auf einem Vergleich des statusrechtlich zu beanspruchenden funktionellen Amtes im abstrakten Sinn mit dem Aufgabenkreis des konkreten Amtes<sup>36)</sup>. 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

---

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.

36) Vgl. BVerwG 3. 3. 1975 *Buchholz* 237.7 § 28 LBG NW Nr. 6 S. 4. Siehe auch BDHE 7, 88/89.

ihm übertragenen Amtsstelle unterwertig sind. Insbes. ist es grundsätzlich unzulässig, einem Beamten einseitig eine Beschäftigung auf einem Arbeiter-Dienstposten zuzuweisen<sup>37)</sup>.

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 Engpässe, wie z. B. ein anders nicht zu bewältigender Anstieg des Postverkehrs vor den Weihnachtstagen<sup>38)</sup>.

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 Sondervorschrift<sup>39)</sup>. Sie ist einem *argumentum e contrario* nicht zugänglich; 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

---

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, 88/89 f.; HambOVG Beschluß vom 23. 11. 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. 351 ff.

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 dererwillen das Berufsbeamtentum besteht und verfassungsrechtlich gewährleistet ist. Die Rechtsstellung des Beamten und seine Pflichten dienen der Rechtsstaatlichkeit, Gesetzestreue und Leistungsfähigkeit der Verwaltung und bestehen demzufolge im Interesse der Allgemeinheit. Die besondere Einsatzbereitschaft und Dienstertüllung, 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 und diesem – grundsätzlich auf Lebenszeit – seine volle Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Von ihm werden Einsatzbereitschaft und Beanspruchung gefordert<sup>40)</sup>.

„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 begegnen hat“<sup>41)</sup>.

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 zugänglich<sup>42)</sup>. Folgerichtig bestimmen sich die Rechte und Pflichten des Beamten allein nach dem Beamtenrecht; aus dem – andersartigen – Arbeitsrecht ist dafür nichts herzuleiten<sup>43)</sup>.

Daß diese Besonderheit des Beamtenverhältnisses durchgehend und einheitlich ist, ist eine Grundgegebenheit des Berufsbeamtentums. Dessen 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

---

40) BVerfGE 52, 303/330.

41) BVerfGE 55, 207/241.

42) BVerfGE 39, 334/355.

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

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 erschöpft<sup>44)</sup>.

„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, pflicht-treuen, dem Staat und seiner verfassungsmäßigen Ordnung innerlich verbundenen Beamten-körper angewiesen. Ist auf die Beamtenschaft kein Verlaß mehr, so sind die Gesellschaft und ihr Staat in kritischen Situationen ‚verloren‘“<sup>45)</sup>.

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 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 berechnete 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 nachzuordnen<sup>46)</sup>. 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 würdigen<sup>47)</sup>.

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 Forde-

---

44) BVerfGE 39, 334/346 f.

45) BVerfGE 39, 334/347.

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

rung 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.

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“<sup>48)</sup>.

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 aufgrund 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 des 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 Tarifvertragssy-

48) BAG 25. 7. 1957 AP § 615 BGB Betriebsrisiko Nr. 3 mit Anm. von A. Hueck; G. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 4. Aufl., 1980, S. 186.

stems 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 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 ergreifen<sup>49)</sup>. 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 gilt<sup>50)</sup>.

Von der Pflichtenstellung des Beamten aus gesehen, wurde die Teilnahme an Arbeitskampfhandlungen von jeher als unvereinbar mit der Eigenschaft des Beamtenverhältnisses gerade als „Treueverhältnis“ betrachtet<sup>51)</sup>. 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 unterstützen<sup>52)</sup>.

Bei einem rechtmäßigen Streik von Tarifkräften<sup>53)</sup> ist zu beachten, daß die Arbeitnehmer und ihre Gewerkschaften den grundrechtlichen Schutz der Koa-

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, 157/159 f.; 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.

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

litionsfreiheit 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 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 erfüllen<sup>54)</sup>. 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 Berufsbeamtentums vorgesehen und ist das Beamtenverhältnis so ausgestaltet, daß in der Beamtenschaft eine Gewähr für die gesetzmäßige und effektive Erfüllung der Staatsaufgaben zu finden ist<sup>55)</sup>. 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 aufgrund 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 – bestimmt<sup>56)</sup>.

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 Aufrechter-

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

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.

haltung 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 verlangen<sup>57)</sup>. Der Beamte darf sich nicht weigern, durch einen Streik von Tarifkräften nicht wahrgenommene Aufgaben zu erledigen, wenn dies im dienstlichen Interesse oder zu Erfüllung seiner eigenen Aufgaben erforderlich ist<sup>58)</sup>.

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 Arbeitskämpfmaßnahmen. 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.

### **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. Aufgrund 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

---

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.

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 gebietet<sup>59)</sup>. 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 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 abzulehnen<sup>60)</sup>. Insbes. gilt das im Arbeitsrecht anerkannte und die arbeitsrechtliche Behandlung der direkten Streikarbeit beherrschende Prinzip der Solidarität – wie oben unter 2.4 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 fernzubleiben<sup>61)</sup>. 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 Koalitionsfreiheit oder -betätigung erwachsen können, wenn er im Falle eines Streiks seinen Beamtenpflichten nachkommt.

## 2. Die Rechte der streikenden Arbeitnehmer und der streikführenden 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“.

---

59) BVerwG JZ 1981, 220/222.

60) HambOVG Beschluß vom 23. 11. 1980 – OVG Bs I 109/80.

61) HessVGH DVBl. 1974, 425.

„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)“<sup>62)</sup>.

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 Arbeitskampf<sup>63)</sup>.

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 streikbedingte 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 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 in 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.

---

62) BVerfGE 50, 290/367.

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

Abs. 3 GG wurzelnden Anerkennung durch die staatliche Gewalt<sup>64)</sup>. Der gegenständliche Schutzbereich der Koalitionsfreiheit und des von dem Grundrecht umschlossenen Betätigungsrechts der Koalitionen ist danach weit gespannt. Von erheblichen Gewicht ist deshalb die Frage, welche inhaltliche Reichweite die Gewährleistung aufweist 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 solle<sup>65)</sup>. 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 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)“<sup>66)</sup>.

Der Kernbereich der Koalitionsfreiheit wird durch das Rechtfertigungserfordernis für Schrankenziehungen und inhaltlich dadurch umrissen, daß den Koalitionen ein Kernbereich koalitionsgemäßer Tätigkeit verfassungsrechtlich garantiert, d. h. diejenigen Tätigkeiten, für die sie gegründet sind und die für die Erhaltung und Sicherung ihrer Existenz als unerlässlich betrachtet werden

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

65) BVerfGE 4, 96/106 f.

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

müssen<sup>67)</sup>. 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“<sup>68)</sup>.

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 wollen<sup>69)</sup>.

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 Wirtschaftsbedingungen<sup>70)</sup> und der Schutz – zumindest – der Befugnisse der Koalitionen, die unerläßlich sind, um die Koalitionszwecke wirksam verfolgen und der den Koalitionen durch die Verfassung zugewiesenen öffentlichen Aufgabe nachkommen zu können<sup>71)</sup>. 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

---

67) BVerfGE 38, 281/305.

68) BVerfGE 50, 290/367, 369.

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

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

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

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 schützt<sup>72)</sup>. Die Gewährleistung der zur koalitionsgemäßen Betätigung erforderlichen Befugnisse also effektiver Werkzeuge der Interessenwahrung und Zweckerfolgung, 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 Ziels für geeignet halten; dem freien Spiel der Kräfte bleibt es überlassen, ob sie mit den gewählten Mitteln den erstrebten Erfolg erreichen<sup>73)</sup>.

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 aushöhlen<sup>74)</sup>. Sie darf nicht einen Zustand schaffen, der eine koalitionsgemäße Tätigkeit faktisch unmöglich macht<sup>75)</sup>. 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 Gewalt, die das Grundrecht nicht unmittelbar rechtlich trifft, die Koalitionsfreiheit berührt<sup>76)</sup>.

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

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, 281/303 f.

76) Vgl. BVerfGE 44, 322/352.

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 Streik 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 Berufsbeamtentums 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 Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) ergibt<sup>77)</sup>.

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 Dienstausbübung, die Erfüllung der dienstlichen Aufgaben und Pflichten und die Ordnung in der Dienststelle beeinträchtigen würden<sup>78)</sup>. Die Dienstausbübung, 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

---

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

78) BVerfGE 19, 303/321 f.

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 sind<sup>79)</sup>. Gesetzliche Beschränkungen der Tarifautonomie – und das selbe 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 zu nachhaltigen Funktionseinbußen oder gar zur Funktionsunfähigkeit des Tarifvertragssystems führen<sup>80)</sup>.

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 Arbeitskampfrechts entspringt dem allseitigen Bemühen, die Abstinenz der Legislative durch Folgerungen aus Verfassungssätzen zu kompensieren“<sup>81)</sup>. Im Ausgangspunkt jedoch, nämlich darin, daß die Möglichkeit und Freiheit des Arbeitskampfes jedenfalls grundsätzlich zu den Funktionsbedingungen des Tarifvertragssystems gehört, kann schwerlich gezweifelt werden<sup>82)</sup>. 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

79) P. Badura, Arbeitsgesetzbuch, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie, RdA 1974, 132; ders., Koalitionen aaO., S. 20 ff.; 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, 307/316 f., 320; 44, 322/340 f.; 55, 7/20.

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. 309 ff., 364 ff.

einzelnen Bedingungen er festlegt<sup>83)</sup>. Das Bundesarbeitsgericht, dessen Rechtsprechung Bildung und Weiterbildung des Arbeitskampfrechts 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“<sup>84)</sup>.

Für die hier anzustellende Beurteilung kann festgehalten werden, daß Arbeitskampf und Freiheit des Arbeitskampfes jedenfalls in dem Maße 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 Kampfparität“ 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 zuerkannt<sup>85)</sup>. 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

---

83) BVerfGE 18, 18/27, 30.

84) BAG Urteil vom 10. 6. 1980 – 1 AZR 822/79 – Ausfertigung S. 13 f., 15. – Dazu *B. Rütters*, Anmerkung, *EzA* (1981) Art. 9, 37 Arbeitskampf, S. 424 ff.; *H. Gester/H. H. Wohlgemuth*, Die neue Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitskampf, in: *Festschrift für Wilhelm Herschel*, 1982, S. 117/118; *M. Löwisch*, Der rundfunkpolitische Streik, *RdA* 1982, 73/76. Ziemlich beschwichtigend 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. 37/41 f.

85) Beschluß des Bundes-Beamtenausschusses des DGB vom 17. 2. 1981 aaO., S. 157 f.

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 werden<sup>86)</sup>.

Diese Argumentation stützt sich zunächst, zum Teil implizit, auf Annahmen über den verfassungsrechtlichen Schutz gewerkschaftlicher Arbeitskämpfmaßnahmen 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 tragfähig<sup>87)</sup>. Von eigenem Gewicht, nämlich von Gewicht für das Erfordernis der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems, 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 anerkannt<sup>88)</sup>. 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 wird<sup>89)</sup>.

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

86) G. Müller aaO., S. 32 ff.

87) Siehe oben unter II.4. und III.2.

88) B. Rütters, Zur Kampfparität im Arbeitskämpfrecht, *JurA* 1970, 85; J. H. Kaiser, Die Kampfparität der Tarifpartner, *BayVBl.* 1974, 117; W. Zöllner, Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität, 1974, S. 25 ff.; H. Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 156 ff.; ders., Arbeitskämpfparität und Übermaßverbot unter bes. Berücksichtigung des „Boykotts“ in der deutschen Seeschiffahrt, 1979, S. 60 f.; P. Badura/F. Rittner/B. Rütters, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz, 1977, S. 243 f.; 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. 287 ff.

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

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 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“<sup>90)</sup>. Die Rechtsordnung darf keiner Seite so starke Kampfmittel zur Verfügung stellen, „daß dem sozialen Gegenspieler keine gleichwertige Verhandlungschance bleibt“<sup>91)</sup>. Die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 10. Juni 1980 zur Aussperrung haben der als Gebot des Verhandlungsgleichgewichts verstandenen materiellen Kampfparität eine hervorgehobene Bedeutung gegeben<sup>92)</sup>. 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 Machtgleichgewicht 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 herangezogen.

---

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. 389 f., 394 f.; *Th. Dieterich* aaO., S. 45 f.; *H. Konzen/R. Scholz*, Die begrenzte Aussperrung, DB 1980, 1593/1596 f.; *B. Rütters*, Anmerkung aaO., S. 424 s ff.; *H. Seiter*, Die neue Aussperrungsrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, RdA 1981, 65/72 ff.

gen<sup>93)</sup>. Im Mitbestimmungs-Urteil hat das Gericht bei Betrachtung des Nebeneinanders von 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“<sup>94)</sup>.

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-Koalition<sup>95)</sup> 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 Koalitionsbildung 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.“

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

94) BVerfGE 50, 290/373, 376 f.

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.

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 Vereinbarungen<sup>96)</sup>, das die „materielle Richtigkeitsgewähr“ für die konkret zustandekommenden Tarifverträge zu bieten vermag, wenn die Tarifparteien zueinander in einem Verhältnis der Gleichgewichtigkeit stehen<sup>97)</sup>. 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 wirksamen 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 rechtfertigt<sup>98)</sup>. Dieser Wirkung und Rechtfertigung des Gleichgewichtigkeitsprinzips in der Kampf- und Ausgleichsordnung der Koalitionen entspricht es, den Inhalt des Prinzips als „materielle“ Kampfparität im Sinne der Verhandlungsparität der Koalitionen zu bestimmen<sup>99)</sup>.

Inhalt und Sinn des Grundsatzes der Kampfparität, soweit sie an der verfassungsrechtlichen Garantie der Koalitionsfreiheit teilhat, betreffen nur die Ordnungs- und Beschränkungsbefugnisse des Staates gegenüber den Koalitionen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer. Der Staat und die Vereinigungen öffentlicher Arbeitgeber stehen den Koalitionen ihrer Bediensteten, „materieell“ betrachtet, nicht in einer durch Kollektivmacht oder wirtschaftliche Unternehmensmacht faßbaren Stellung gegenüber. Ihr Verhalten in einer Tarifauseinandersetzung wird sicher auch durch wirtschaftliche Erwägungen beeinflusst, muß aber entscheidend durch die politische Verantwortlichkeit bestimmt sein,

---

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

97) H. Seiter, Streikrecht aaO., S. 164 ff.; 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.

99) BAG Urteil vom 10. 6. 1980 – 1 AZR 822/79; Ausfertigung S. 29; M. Eichmanns aaO., S. 136, 140; B. Rütters, Anmerkung aaO., S. 424 t; H. Seiter, Aussperrungsrechtsprechung aaO., S. 72.

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)<sup>100</sup>.

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)<sup>101</sup>. 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 BGB). 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 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 BGB trägt dem Unterschied des Beamtenrechts und des Rechts der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst Rechnung und zeigt zugleich an, daß die tarifvertragliche Rege-

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.

lung 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 Arbeitsk Kampfmaßnahmen, 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 Gleichgewichtsprinzips 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“<sup>102)</sup>. Eine Reihe gesetzlicher Vorschriften werden als Ausdruck oder Anerkennung einer Neutralitätspflicht des Staates im Fall von Arbeitskämpfen verstanden<sup>103)</sup>. 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 inbes. der Bundesanstalt für Arbeit abgeleitet wird<sup>104)</sup>.

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 Neutralitäts-

---

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

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

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

pflicht 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 hinaus<sup>105)</sup> und nimmt das Gebot in sich auf, Tarifrecht und Arbeitskampf 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 können<sup>106)</sup>. 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, 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 hinzu<sup>107)</sup>.

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 ist<sup>108)</sup>. Bei derartigen Regelungen und Maßnahmen ist gegenüber den in der kollektivrechtlichen

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

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

107) P. Lerche, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, 1968, S. 62 ff.; K. Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, S. 119; H. Seiter, Streikrecht aaO., S. 175 f.; 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. 62 ff.; F. J. Säcker, Gruppenparität aaO., S. 108.

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 Arbeitnehmergruppen oder ein sonstiges öffentliches Interesse ein Eingreifen des Staates erforderlich macht<sup>109)</sup>. 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 koalitions-gemäße Betätigung der streikführenden Gewerkschaft<sup>110)</sup> haben ihren Grund und ihre Rechtfertigung in der leistungsverwaltungsrechtlichen Aufgabe der Deutschen Bundespost und in der gesetzlichen Ausgestaltung der Beamtenpflichten<sup>111)</sup>. Es handelt sich dabei um staatliche Befugnisse, die auf besonderer verfassungsrechtlicher Grundlage durch Gesetz geregelt sind.

#### **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 Bundes-

---

109) BVerfGE 44, 322/342.

110) Siehe oben unter III.2.

111) Hierzu unten unter IV.

post 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 Natur<sup>112)</sup>.

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 Gesetzgebers<sup>113)</sup>.

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 Inanspruchnahme 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

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. Altmannspurger*, Gesetz über das Postwesen, Stand 1979, § 7 PostG, RNrn. 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. 76/150 f.; *F. Ossenbühl*, Bestand und Erweiterung des Wirkungskreises der Deutschen Bundespost, 1980, S. 25 ff.

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, auslöst. 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 wesensbestimmend sind“<sup>114)</sup>. 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 Treueverhältnis<sup>115)</sup>. Die rechtsstaatliche Gebundenheit und Gesetzmäßigkeit

---

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.

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 befänden<sup>116)</sup>. Die „fundamentale verfassungsrechtliche Grundentscheidung“<sup>117)</sup>, die durch Art. 33 GG getroffen ist, hat angesichts der Expansion des Verwaltungsstaates und der wachsenden Angewiesenheit aller auf die Funktionsfähigkeit und Gesetzmäßigkeit der Leistungsverwaltung<sup>118)</sup> an Gewicht zugenommen. Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG sichert Bestand und Aufgabenwahrnehmung einer hoheitlichen Staatsaufgaben besonders eng verbundenen Gruppe von Bediensteten, eine Gewährleistung, die im sachlichen Interesse eines intakten, auch in Krisenzeiten, z. B. Streiks, noch funktionsfähigen Gemeinwesens besteht<sup>119)</sup>.

Ein „Grundsatz der funktionellen Einheit des öffentlichen Dienstes“<sup>120)</sup> 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 haben<sup>121)</sup>. Im übrigen ist es Sache des Gesetzgebers, den notwendigen Ausgleich zwischen Beamtenpflichten und Grundrechten der Beamten herzustellen<sup>122)</sup>. 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 wer-

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. 665/698 f.; *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. 46 ff.; 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.

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, 334/366 f.

den könnten, ist das unmittelbar aus dem verfassungsrechtlichen Funktionsvorbehalt ableitbar<sup>123)</sup>. 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 augenfällig darin, daß die Transportkette je nach personeller und organisatorischer Lage durch Beamte und durch Arbeitnehmer gebildet und aufrechterhalten wird<sup>124)</sup>.

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 Zumutbarkeit<sup>125)</sup> 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 Gewerkschaften 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 arbeitsrecht-

---

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

124) Siehe oben unter I.2.

125) Siehe oben unter II.4.a.

liche 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.

## 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 ausgestattet. 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 ungeschmälerete 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 Dienstertüfung, 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 rechtli-

chen 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 den 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 Tarifparteien. 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 öffentlichrechtlichen 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 Beamteneinsatzes 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 organisatorisch 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 Beamtengesetze 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.