

Professor Dr. Wolfgang Däubler:
Bremen

Streikrecht auch für Richter und Beamte
oder Dienst nach Vorschrift?

Die Frage nach der Zulässigkeit des Beamtenstreiks und eines Dienstes nach Vorschrift läßt sich gewissermaßen auf zwei Ebenen behandeln. Einmal kann man - so wie es beim Juristentag geschah - de lege ferenda fragen, was wünschenswert ist: Ist es erstrebenswert, daß Beamte streiken dürfen? Ist es erstrebenswert, daß ein Dienst nach Vorschrift als mögliches Mittel der Auseinandersetzung juristisch akzeptiert wird oder sind derartige Konzeptionen im Interesse eines - wie auch immer gearteten - Gemeinwohls abzulehnen? Neben dieser Ebene der Wünschbarkeit ist die zweite - unter Juristen sehr viel näher liegende - die des Zustands de lege lata. Was sagt das Grundgesetz, was sagen die Beamtengesetze zur Zulässigkeit von Beamtenstreik und Dienst nach Vorschrift? Ich möchte mich hier auf diesen zweiten Aspekt, auf die Zulässigkeit des Beamtenstreiks und des Dienstes nach Vorschrift nach geltendem Recht beschränken und die rechtspolitischen Fragestellungen der Diskussion überlassen.

Zu Beginn eine kurze Übersicht über meine Ausführungen: Ich möchte beginnen mit einer Bestandsaufnahme; wie stellt sich die Rechtsprechung, die Literatur, wie stellen sich die beteiligten Verbände zur Frage des Streiks im öffentlichen Dienst und zur Frage des Dienstes nach Vorschrift? Ich werde dann übergehen zur Frage der Streikgarantie, also in welchem Rahmen das Grundgesetz das Streikrecht im allgemeinen gewährleistet. Erst von dieser Basis aus kann dann gefragt werden, ob etwa für den öffentlichen Dienst Sonderregelungen bestehen, ob - und das wäre der nächste Gesichtspunkt - etwa die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes zu einem abweichenden Ergebnis führt oder ob die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums oder die beamtenrechtliche Treuepflicht, wie sie in Art. 33, 4 niedergelegt wurde, zu einem abweichenden Ergebnis nötigt. Im Anschluß daran möchte ich mich mit der Frage befassen, ob das möglicherweise bestehende Verbot des politischen Streiks einem Beamtenstreik generell entgegensteht, ob also, weil das Parlament Adressat

eines Beamtenstreiks ist, hier notwendigerweise ein politischer Streik vorliegt. Schließlich dann als letztes Argument das Problem, ob etwa ein Beamtenstreik generell sozialstaatswidrig ist, wie das z.B. Professor von Münch in seinem Gutachten für die GDP behauptet hat.

Die Rechtsprechung hatte sich noch nie mit der Frage des Beamtenstreiks als einer Hauptfrage zu beschäftigen. Wir haben nur sog. obiter dicta, also Äußerungen, die en passant gefallen sind, diese allerdings sind eindeutig. So führt das Gericht in einer Entscheidung des BVG, in der begründet wurde, daß ein Beamter wegen Verletzung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums eine Verfassungsbeschwerde erheben kann, im Rahmen dieser Argumentation aus, eine solche Verfassungsbeschwerde müsse es geben, da der Beamte nicht die Möglichkeit habe, auf dem Wege des Arbeitskampfes seine Belange zu wahren. Eine ähnlich beiläufige Bemerkung findet sich beim Bundesarbeitsgericht, das im Zusammenhang mit der Tariffähigkeit wirtschaftsfriedlicher Verbände ausgeführt hat, grundsätzlich seien also Verbände, die keinen Arbeitskampf führen wollen, nicht tariffähig und nicht Gewerkschaften. Etwas anderes gelte aber bei Beamtenverbänden, die schon kraft Gesetzes nicht zum Arbeitskampf befugt seien. Ähnlich eine Äußerung seitens des Bundesgerichtshofes in einer Entscheidung aus dem Jahre 1953, ähnlich auch die bekannte Entscheidung des Verwaltungsgerichts Frankfurt (die später aufgehoben wurde), die vor einigen Jahren einem Richter Bezüge nach A 16 zusprach mit der Begründung, der Besoldungsgesetzgeber habe seine Amtspflichten verletzt, und die sich hilfsweise darauf stützte, es müsse ein Korrektiv geschaffen werden, weil der Beamte ja nicht in der Lage sei, durch Streik seine Situation zu verbessern.

In der Literatur war die Situation lange Zeit ähnlich eindeutig wie in der Rechtsprechung. Eine Phalanx von berühmteren und weniger berühmten Autoren sprach sich mit in der Regel sehr formelhaften Begründungen gegen die Zulässigkeit des Beamtenstreiks aus. Man verwies ohne nähere Ausführungen auf die hergebrachten Grundsätze, auf die Treuepflicht, also auf Argumente, die auch meinem Vortrag zugrunde liegen, und auf eine Reihe weiterer Gesichtspunkte, die ich hier nicht alle anführen kann.

Seit 1966 hat sich ein gewisser Wandel vollzogen, der dazu geführt hat, daß man heute in der Literatur nur noch

von einer herrschenden Meinung zugunsten des Streikverbots und von der Meinung einer Minderheit, die den Beamtenstreik bejaht, sprechen kann. Als erster hat Hoffmann im "Archiv für öffentliches Recht" 1966 das Streikverbot für Beamte generell infrage gestellt und letzten Endes aus Art. 11 Grundgesetz, aber auch aus der historischen Entwicklung des Beamtentums und der Überlebtheit seiner Institutionen zu deduzieren versucht, daß die Beamten ein generelles Streikrecht besitzen. Ferner sind aus der Literatur die Ihnen sicher vertrauten Gutachten für die ÖTV und den DGB zu nennen, weiter einige Äußerungen etwa von Professor Wenzel aus Kiel sowie Wiethölter-Äußerungen im Funkkolleg, die auch in die Richtung der Bejahung des Beamtenstreiks gehen. Neuerdings hat sich auch Gruski positiv geäußert. Eine Reihe von Autoren steht also auf dem Standpunkt, daß Beamte streiken dürfen. Man kann aber sagen - und das war auch der Eindruck, der auf dem Juristentag vermittelt wurde -, daß die Mehrzahl der Autoren, die sich literarisch zu äußern pflegen - diese sind natürlich nicht unbedingt repräsentativ für die gesamte Juristenschaft -, heute den Beamtenstreik ablehnt.

Bei den beteiligten Verbänden sind die Stellungnahmen geteilt. Am weitesten ist im Grunde die GEW (Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft) vorangegangen, die das Streikrecht in ihre Satzung aufgenommen hat; die ÖTV ist etwas vorsichtiger insofern, als sie schon immer eine Satzungsbestimmung hatte, die sich darauf beschränkte, den Streik auszuschließen für Bundeswehr, Feuerwehr und Polizeibeamte, so daß man durch Gegenschuß folgern kann, daß für alle anderen öffentlich Bediensteten, die in der ÖTV organisiert sind, das Streikrecht sehr wohl in Betracht kommt. Die Klausel war auch von ihren Verfassern expressis verbis so gemeint.

Der DGB hat sich für eine Aufteilung des Beamtenverhältnisses in Status- und Folgerecht und in diesem Rahmen für das Streikrecht zur Erkämpfung von Folgerechtstarifverträgen ausgesprochen.

Eine grundsätzliche Bejahung finden wir bei der Deutschen Angestellten-Gewerkschaft und - neuerdings auch praktiziert - beim Marburger Bund, der kürzlich einen Ärztestreik von nicht unbeträchtlichem Ausmaß eingeleitet und durchgeführt hat.

Dagegen wird vom Beamtenbund mit allen seinen Untergliederungen an der traditionellen Auffassung festgehalten, daß der Beamtenstreik grundsätzlich illegal sei. Es gibt allerdings auch hier Einbrüche insofern, als der "Dienst nach

Recht und Gesetz", den die Steuerbeamten durchgeführt haben, der Sache nach nichts anderes ist als ein "Dienst nach Vorschrift"; nach herrschender Auffassung (die ich nicht teile) aber ist ein "Dienst nach Vorschrift", auch wenn man ihn "Dienst nach Recht und Gesetz" nennt, eine Arbeitskämpfmaßnahme und widerspricht insofern dem Vorverständnis des Beamtenbundes, der grundsätzlich jede Maßnahme des Arbeitskampfes wegen der beamtenrechtlichen Treue ablehnt.

Es wäre sehr reizvoll, einmal zu überlegen, welche Ursachen eigentlich dafür maßgebend sind, daß seit 1966 dieses Problem des Beamtenstreiks plötzlich in der Diskussion aufkam. Es sind ja keine bloßen Zufälle, so viel läßt sich sicher sagen, daß plötzlich zwei oder drei Juristen auf die Idee kommen, daß es immer noch das Streikverbot für Beamte gibt, das man mal angreifen könnte. In solchen öffentlichen Diskussionen, die sich nicht nur unter Juristen abspielen, sondern einen weiteren Kreis, insbesondere die beteiligten Beamten und Arbeitnehmer, befassen, kommen vielmehr bestimmte objektive Entwicklungstendenzen zum Ausdruck. Die Frage, welche Entwicklungstendenzen es im konkreten Fall sind, ist bisher kaum untersucht; ich kann das hier auch nicht weiter vertiefen, möchte aber einige Stichpunkte andeuten:

Meines Erachtens ist zum einen maßgebend, daß sich die Rechtsstellung von Beamten und Arbeitnehmern in vieler Hinsicht immer mehr angenähert hat. Man hat in das Beamtenrecht arbeitsrechtliche Institute übernommen, z.B. die Weihnachtsgratifikation, und in das Arbeitsrecht beamtenrechtliche Institute; der BAT bietet eine große Zahl von Verweisungen auf das Beamtenrecht, man denke etwa an die Nebentätigkeit. Der Sache nach ist auch die sehr weitgehende Lohnfortzahlung im Krankheitsfall eine Übernahme, ebenso der weitgehende Kündigungsschutz, der eine gewisse Annäherung an das Lebenszeit-Prinzip darstellt. Auch die Zusatzversorgung, die eine Rente von 75 % im Höchstfall ermöglicht, stellt eine Anpassung des Angestelltenrechts an das Beamtenrecht dar.

Nicht nur in der rechtlichen und wirtschaftlichen Situation von Beamten und Angestellten besteht diese Annäherung, sondern auch in der Funktion, Beamte und Angestellte tun häufig dasselbe. Es gibt etwa bei der Bundesbahn Stellen, die sowohl mit Arbeitern wie auch mit Beamten besetzt werden können, die Arbeiter sind dann die sog. Beamtendiensttuer. Auch der Vertragslehrer tut natürlich nichts anderes als sein Kollege im nächsten Klassenzimmer,

der als Beamter unterrichtet.

Diese Annäherung der rechtlichen und wirtschaftlichen Situation sowie der Funktion, der praktischen Tätigkeit, hat nun die juristische Unterscheidung, speziell auch des Streikverbots und des Fehlens der Tarifautonomie für Beamte, immer fragwürdiger erscheinen lassen. Man sieht nicht mehr ein, den Beteiligten erscheint es nicht mehr überzeugend, daß ein Beamter anders behandelt werden soll, obwohl er genau dasselbe tut wie der Arbeitnehmer am anderen Schreibtisch.

Ein anderer Grund geht wohl etwas tiefer. Das herkömmliche Beamtenrecht, das ja aus einer Zeit stammt, die man als vordemokratisch bezeichnen muß, ist mit diesen vordemokratisch-feudalistischen Strukturen geradezu ein Musterbild für ein Angriffsobjekt in einer Zeit der inneren Reformen, also in einer Zeit, wo das Gesamtsystem als solches nicht mehr zufriedenstellend funktioniert, wo eine gewisse Krise eingetreten ist, die etwa in der wirtschaftlichen Rezession 1966/67 ihren Niederschlag fand und auch heute in den Arbeitskämpfen deutlich wird. In dieser Atmosphäre, die aus der objektiven Krise der Gesellschaft gespeist ist, ist natürlich das Beamtenrecht mit seinen aus dem Absolutismus überkommenen Strukturen in besonderem Maße geeignet, Zielpunkt von Angriffen zu sein. Schließlich führen auch die Umstrukturierungen innerhalb des öffentlichen Dienstes - auch dort wird ja rationalisiert und automatisiert - dazu, daß die überkommenen dienstrechtlichen Strukturen als solche infrage gestellt werden.

Garantiert nun das Grundgesetz generell das Streikrecht oder nur beschränkt auf eine bestimmte Kategorie von Bediensteten?

Ich kann mich hier relativ kurz fassen, weil insoweit die Einigkeit in der Literatur recht groß ist. Die Koalitionsfreiheit des Art. 9,3 GG steht ihrer Formulierung nach allen Personen und allen Berufen zu. Es ist völlig unbestritten, daß diese Koalitionsfreiheit, also das Recht zum Zusammenschluß, auch den Beamten zusteht, es gäbe ja sonst keine Beamtenverbände. Nun hat das Bundesverfassungsgericht die Auffassung vertreten und damit in der Literatur einhellige Zustimmung gefunden, daß die Koalitionsfreiheit des Art. 9,3 nicht nur dieses individuelle Recht auf Zusammenschluß mit anderen zu Berufsverbänden beinhaltet, sondern auch eine kollektivrechtliche Seite hat, nämlich einen Kernbereich der Tarifautonomie garantiert. Das Grundgesetz ordnet also an, daß es in unserer Rechtsordnung ein Tarif-

vertragssystem geben muß, d.h. die Möglichkeit, durch frei gebildete Verbände kollektive Mindestarbeitsbedingungen festzulegen. Das Grundgesetz sagt nicht präzise, wie dieses Tarifsysteem aussehen muß - diese Frage hat der einfache Gesetzgeber zu entscheiden und bei uns faktisch dadurch entschieden, daß er das Tarifvertragsgesetz des Wirtschaftsrats übernommen hat -, aber die Verfassung garantiert in Art. 9,3 nach ständiger Rechtsprechung des BVG und nach nahezu einheitlicher Auffassung der Literatur eben auch die Tarifautonomie als Institut der kollektiven Regelung von Arbeitsbedingungen.

Diese Tarifautonomie wäre nicht funktionsfähig, hätten nicht beide Seiten die Möglichkeit, Druck auszuüben, damit also einen Verhandlungszwang zu schaffen. Für die Arbeitnehmer bedeutet das, daß ihnen ein Streikrecht zur Erreichung von Tarifverträgen, zur Erzwingung von kollektiv vereinbarten Mindestarbeitsbedingungen zustehen muß. Diese These hat sich weitgehend durchgesetzt, daß Streikrecht also zur Erzwingung von Tarifverträgen im Grundgesetz gewährleistet ist. Die These findet eine normative Bestätigung im Satz 3 des Art. 9,3, der durch die Notstandsgesetzgebung hinzugekommen ist und besagt, daß bestimmte Notstandsmaßnahmen sich nicht gegen Arbeitskämpfe richten dürfen, die von Koalitionen im Sinne des Art. 9,3, Satz 1 durchgeführt werden. Das impliziert, daß von Verfassungen wegen Arbeitskämpfe tariffähiger Koalitionen, also von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden, legal sind, sonst hätte diese Vorschrift hier keinen Sinn.

Das ergibt sich im übrigen auch eindeutig aus der Entstehungsgeschichte; im Grunde war im Bundestag nur umstritten, ob dieser Satz überflüssig sei, weil von vornherein klar ist, daß die Koalitionsfreiheit das Streikrecht impliziert - so hat etwa Höcherl votiert, der meint, wir benötigten diesen Art. 9,3,3 nicht, weil schon in der Koalitionsfreiheit das Streikrecht enthalten sei -, während die SPD etwa der Auffassung war und sich letzten Endes damit durchgesetzt hat, hier sollte nochmals klargestellt werden, daß das Grundgesetz diese Art des Streikrechts garantiert.

Das bedeutet natürlich eine sehr verengte Form des Streikrechts, denn wir müssen das auf diese Weise verfassungsrechtlich gewährleistete Streikrecht im Rahmen der Tarifvertragsfreiheit sehen. Wir haben ein System der regionalen Tarifverträge - die betriebsnahe Tarifpolitik, die im

Einzelunternehmen ansetzt, wird von Arbeitgeberseite und von der herrschenden Meinung in der juristischen Literatur aufs entschiedenste bekämpft und hat sich bisher bis auf wenige Einzelfälle nicht durchzusetzen vermocht -, was notwendigerweise dazu führt, daß von Leuten verhandelt wird, die nicht mehr in unmittelbarer Verbindung zur Basis, d.h. zum einzelnen Arbeitnehmer und seinen Problemen stehen. Das ist kein Vorwurf gegen die beteiligten Personen, es ist eine notwendige, konsequente Funktion; wer für ganz NRW oder für ganz Baden-Württemberg Tarifverträge schließt, kann notwendigerweise die Belange im Einzelfall nicht berücksichtigen, der einzelne Arbeitnehmer hat unter diesen Umständen also kein sehr effektives Recht zur Mitgestaltung der Arbeitsbedingungen. Zahlreiche betriebliche Konflikte fallen aus diesem Konfliktregelungsmechanismus heraus, der gewissermaßen darüber wegeht.

Daraus ergibt sich die Frage, ob man vom Sinn des Art. 9,3 her auch die spontane Arbeitsniederlegung bejahen muß, ob also, wie man in etwas abschätziger Terminologie sagt, auch der wilde Streik legal ist. Ich persönlich neige dazu, diese Frage zu bejahen, meine aber, daß wir das in diesem Zusammenhang nicht weiter vertiefen sollten. Es geht hier zunächst darum, ob die Beamten genau so wie die Arbeitnehmer zu behandeln sind, und ich glaube, es erleichtert die weiteren Ausführungen, wenn wir uns beschränken auf den Streik zur Erlangung von besseren tariflichen Arbeitsbedingungen, denn das ist eine Streikform, die mit Sicherheit für Arbeitnehmer anerkannt ist; wir umgehen also auf diese Weise das etwas zweifelhafte Problem der Zulässigkeit des wilden Streiks.

Wir gehen also davon aus, daß Art. 9,3 das Streikrecht in der Form garantiert, daß Gewerkschaften das Recht haben, zur Erlangung besserer kollektiver Arbeitsbedingungen eine Arbeitsniederlegung durchzuführen.

Es liegt nahe, nach der Formulierung des Art. 9,3 das, was man für die individuelle Koalitionsfreiheit gesagt hat, nämlich daß sie jedermann zusteht, also auch dem Beamten, zu übertragen auf die kollektivrechtliche Seite desselben Artikels. Wenn tatsächlich Tarifautonomie und Streik der notwendige Bestand - wie das BVG sagt - der Koalitionsfreiheit sind, muß das natürlich nicht nur für Arbeitnehmer, sondern auch für Beamte gelten, auch denen steht somit nach Art. 9,3 ein Streikrecht und ein Recht auf Abschluß von Tarifverträgen zu.

Es fragt sich nun freilich, ob diese Feststellung als solche nicht wieder rückgängig gemacht werden muß mit Rücksicht auf andere grundgesetzliche Bestimmungen oder, was zunächst zu prüfen ist, mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes. In der Auseinandersetzung um den Beamtenstreik hat Quaritsch verschiedentlich darauf hingewiesen, daß der KP-Abgeordnete Renner im Parlamentarischen Rat den Antrag gestellt habe, im Art. 33,4 das Wort "Treuepflicht" zu streichen und damit den Beamtenstreik zu ermöglichen. Das ist als solches richtig, stellt aber, wenn man diese Tatsache allein sieht, ein meines Erachtens fehlerhaftes Vorgehen dar. Denn dabei wird völlig übersehen, daß jeder Antrag des Abgeordneten Renner in der damaligen Zeit der Arbeit des Parlamentarischen Rates abgelehnt wurde, weil ein derartiges Freund-Feind-Verhältnis zwischen der Mehrheit und den ein oder zwei KP-Abgeordneten bestand, daß man überhaupt nicht mehr auf eine sachliche Prüfung von KPD-Anträgen einging, sondern sie mehr oder weniger pauschal abgelehnt hat, was wahrscheinlich auch seitens des Herrn Renner durchaus beabsichtigt war oder zumindest in Kauf genommen. Hinzu kommt, daß es eine sehr eingehende Diskussion (die Quaritsch in seinen diversen Beiträgen nie referiert) gegeben hat im Zusammenhang mit der Frage, ob eine Streikrechtsvorschrift ausdrücklich in das Grundgesetz aufgenommen wird. Ursprünglich war ein Art. 9,4 geplant, der der Sache nach sagen sollte (es gab unterschiedliche Formulierungsvorschläge), der organisierte Streik sei zulässig. Die Frage, ob auch der politische oder der Sympthiestreik zulässig sei, war unter den Beteiligten streitig, darüber gabe es im Hauptausschuß des parlamentarischen Rates eingehende Debatten.

Ein Punkt dieser Debatten war auch der Beamtenstreik; dabei hat sich gezeigt, daß die Abgeordneten Kaufmann und von Mangold, die der CDU angehörten, entschieden gegen den Beamtenstreik votiert haben, während die Abgeordneten Schönfelder und Greve von der SPD ebenso dezidiert den Standpunkt vertreten haben, sie könnten sich der CDU-Auffassung nicht anschließen, für sie sei die Frage des Beamtenstreiks noch nicht ausdiskutiert. Die Meinung innerhalb der SPD sei geteilt, und sie hielten es nicht für richtig, sich in irgendeiner Weise festzulegen. Die ganzen Auseinandersetzungen um das Streikrecht hatten zur Folge, daß ein interfraktionelles Abkommen geschlossen wurde mit dem Inhalt, daß man die Frage der Verfassungsgarantie des Streikrechts der Rechtsprechung und Litera-

tur überließ, daß man den Streik als Sachproblem ausklammerte. Das hatte bestimmte historische Gründe, man wollte mit dem Grundgesetz relativ schnell über die Bühne kommen, weil die Möglichkeit günstig erschien, die Zustimmung der Alliierten zu bekommen. Das bedeutet, daß man aus der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes allenfalls herleiten kann, daß das Grundgesetz weder ein Streikverbot für Beamte noch ein positives Streikrecht enthält; jedenfalls läßt sich aus der Entstehungsgeschichte nicht ableiten, daß ein Streikverbot für Beamte sicherer Bestandteil des Grundgesetzes sei, daß also insoweit die generelle Regelung, die sich herausgebildet hat im Rahmen des Art. 9,3, schon aus der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes heraus eine Einschränkung erfahren hätte.

Das zweite Argument der herrschenden Auffassung zur Verteidigung des Streikverbots bezieht sich auf die hergebrachten Grundsätze des Art. 33,5. Dort wird gesagt, daß das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln sei. Diese Vorschrift hat eine außerordentlich eigenartige Auslegung erfahren; man hat zunächst die "hergebrachten Grundsätze" relativ weit ausgelegt, hat also sehr viele beamtenrechtliche Prinzipien dazugerechnet und hat sie zeitlich begrenzt nicht etwa nur auf die Weimarer Zeit, sondern ging noch weiter zurück, "hergebracht" ist durchaus auch etwas, was vorher gegolten hat, freilich liegt nach BVG der Schwerpunkt auf dem, was während der Weimarer Zeit geübt wurde. Diese hergebrachten Grundsätze, die nach dem Wortlaut des Art. 33,5 zu berücksichtigen sind, hat man dann in der herrschenden Meinung als zu beachtende Grundsätze interpretiert. Das, was nach dem Wortlaut der Vorschrift eine Anleitung für den Gesetzgeber ist - er soll diese hergebrachten Grundsätze berücksichtigen -, wurde umfunktioniert in eine Rechtsnorm etwa des Inhaltes: Die hergebrachten Grundsätze sind für das Beamtenverhältnis maßgebend und begründen unmittelbar Rechte und Pflichten für und gegen den einzelnen Beamten. Dies ist eine glatte Verletzung des Wortlauts, die nicht durch die Entstehungsgeschichte gedeckt ist, denn man wollte bewußt auch hier einen Kompromiß schaffen; die Frage des Beamtenrechtsartikels im Grundgesetz war sehr kontrovers und man hat sich schließlich auf diese relativ nichtssagende Formulierung geeinigt.

Meiner Ansicht nach haben die hergebrachten Grundsätze nur den Charakter einer Leitlinie für den Gesetzgeber. Ihm ist

es verboten, von heute auf morgen vom Hergebrachten völlig abzurücken, etwa das ganze Beamtenverhältnis völlig abzuschaffen und durch ein Arbeitsverhältnis zu ersetzen, er muß eine gewisse Kontinuität wahren, er muß das Hergebrachte berücksichtigen. Dies ist bei objektiver Wortlautinterpretation und bei Rückgriff auf die historische Entstehung die einzig zutreffende Deutung.

Hinzu kommt, daß die herrschende Auffassung in anderen vergleichbaren Fällen keineswegs dieselbe Art der Umfunktionsierung von Programmsätzen der Verfassung gezeigt hat. Unser Grundgesetz enthält im Gegensatz zur Weimarer Verfassung glücklicherweise nur wenige Programmsätze; zu diesen gehört Art. 33, 5 in seinem Wortlaut eindeutig. Ebenfalls gehört dazu der Grundsatz des Art. 6,5, wonach den unehelichen Kindern durch die Gesetzgebung dieselbe rechtliche Stellung wie den ehelichen Kindern zu gewähren ist. Dieser Imperativ sagt nun sehr viel genauer und präziser, was der Gesetzgeber zu tun hat: er hat nicht nur die Rechtsstellung der ehelichen Kinder zu berücksichtigen, sondern er hat eine Gleichstellung vorzunehmen zwischen ehelichen und unehelichen Kindern. Nun wird es erstaunlich: Während man bei dem Programmsatz des Art. 33,5, der an das Überkommene anknüpfte, eine Aktualisierung vornahm, hat man sich bei dem sehr viel präziseren und sehr viel mehr auf Realisierung hindrängenden Art. 6, 5 immerhin 20 Jahre Zeit gelassen, bis schließlich das Bundesverfassungsgericht gedroht hat, wenn nicht bis zum Abschluß der Legislaturperiode die Gleichstellung der unehelichen Kinder im Gesetzeswege vollzogen sei, werde - wie beim Gleichberechtigungsgesetz - die Judicative von sich aus den Grundsatz des Art. 6,5 wie unmittelbar geltendes Recht anwenden und die konträren Vorschriften des BGB und anderer familienrechtlicher Gesetze außer Anwendung lassen.

Mir scheint diese Auslegung symptomatisch zu sein für eine Zeit der Restauration, in der man das Überkommene pauschal hochhält, ohne zu fragen, welchen Sinn es in einer verwandelten Gegenwart haben kann, und daß gerade die restriktive Auslegung des Art. 6,5 wiederum Zeichen für den konservativen Charakter der Rechtsprechung ist insofern, als man hier einen in die Zukunft weisenden Imperativ möglichst eng ausgelegt hat. Meines Erachtens zeigt schon diese tendenziöse Rechtsprechung, wie wenig sie sachlich zu überzeugen vermag. Hier wird Rechtspolitik betrieben, man will ein konservatives Beamtenrecht und - trotz entgegenstehender Formulierung des Grundgesetzes - auch ein konservatives

Unehelichenrecht.

Auch wenn die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums nur eine Leitlinie für den Gesetzgeber und nicht unmittelbar geltendes Recht sind, könnte es nun ein Streikverbot für Beamte geben, wenn nämlich der einfache Gesetzgeber im Bundesbeamtengesetz ein Streikverbot vorgesehen hat. Es wird behauptet - meines Erachtens zu Unrecht -, der Entwurf des Bundesbeamtengesetzes enthielte eine ausdrückliche Vorschrift, die besage, daß Arbeitsniederlegung von Beamten illegal sei. Diese Vorschrift wurde im Laufe der Gesetzgebungsarbeiten fallengelassen, nach dem offiziellen Ausschußbericht des Abgeordneten Kleindienst mit der Begründung, das Streikverbot für Beamte ergebe sich von selbst. Die DGB-Stellungnahme war etwas anders, der Deutsche Gewerkschaftsbund vertrat den Standpunkt, der Beamte müsse die Möglichkeit haben, im Falle einer Gefährdung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung die Arbeit niederzulegen, um damit einen verfassungskonformen Zustand zu wahren.

Ein unverdächtig Zeuge, nämlich Eschenburg, hat 1970 in einem Aufsatz in der "Zeit" mitgeteilt, daß die wahren Gründe politischer Natur waren; man ging keineswegs davon aus, daß das Streikverbot eine Selbstverständlichkeit sei, sondern Adenauer befürchtete damals einerseits zwar keinen Beamtenstreik - und das mit Recht -, wollte andererseits aber auch die Beziehungen zu den Gewerkschaften nicht noch mehr verschlechtern, die im Zusammenhang mit der geplanten Wiederbewaffnung schon sehr problematisch geworden waren. Aus dieser Situation heraus - also quasi als Entgegenkommen Adenauers an die Gewerkschaftsbewegung - sei es, so Eschenburg, zu werten, daß die ausdrückliche Vorschrift des Bundesbeamtengesetzes, die den Streik verbieten wollte, nicht Gesetz wurde, sondern im Laufe der Ausschußarbeiten wegfiel. Im Plenum wurde diese Frage nicht diskutiert.

Ich persönlich meine also, daß das Bundesbeamtengesetz kein Streikverbot enthält, so daß ich die weiteren Fragen, ob ein solches Streikverbot gegen das Übermaßverbot verstoßen würde, ob es in den Wesensgehalt der Koalitionsfreiheit eingreift, ob es gegen die europäische Sozialcharta, die lex posterior ist, verstößt, nicht mehr zu prüfen brauche.

Ergebnis: Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums enthalten zwar möglicherweise - auch das ist zweifelhaft - ein Streikverbot, aber sie sind nicht maßgebend für das Beamtenverhältnis, sondern nur vom Gesetzgeber zu be-

rücksichtigen. Der Gesetzgeber hat das möglicherweise hergebrachte Streikverbot nicht perpetuiert, sondern hat im Bundesbeamtengesetz auf eine Normierung der Streikfrage verzichtet.

Nun beruft man sich weiter darauf, daß der Beamtenstreik gegen die Treuepflicht des Arbeitnehmers verstoße. Die Treuepflicht ist zwar ein hergebrachter Grundsatz, sie hat aber normativ insofern eine besondere Stelle, als Art. 33,4 ausdrücklich davon spricht, daß die Ausübung hoheitlicher Gewalt Personen vorbehalten sei, die in einem öffentlichen-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis zum Staat stehen. Art. 33,4 hat zweifellos den Charakter unmittelbar geltenden Rechts, er besitzt nicht nur Programmcharakter wie Art. 33,5, er geht offensichtlich von der Existenz der Treuepflicht aus. Es fragt sich deshalb, was man hier unter beamtenrechtlicher Treuepflicht zu verstehen hat. Es gibt im Grunde zwei Hauptkonstruktionen von Treue: einmal die irrationale, an die Person gebundene Treue des Vasallen, der sich aufopfert, der aus einer inneren Einstellung heraus einem anderen gegenüber handelt, der seine eigenen Interessen prinzipiell zurückstellt gegenüber der Wahrung der Belange des anderen. Dieses irrationale, personalistische Treueverhältnis steht natürlich einem Streik entgegen. Zum anderen haben wir ein rationaleres, ein verweltlichteres Treueverhältnis, wie Sie es etwa zwischen Gesellschaftern haben, nach herrschender Auffassung auch zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Dort geht es nicht darum, daß man keinerlei eigene Interessen mehr wahrnimmt, daß man eine bestimmte innere Einstellung zum anderen hat; Treuepflicht im Gesellschaftsrecht wie im Arbeitsrecht bedeutet nur, daß man die Belange des anderen gebührend in Erwägung zieht, nicht aber, daß man sich innerlich völlig auf ihn einstellt, auch nicht den Verzicht darauf, eigene, wesentliche Belange wahrzunehmen.

Meiner Ansicht nach hat aus verschiedenen Gründen das Grundgesetz sich nicht für die irrationale Treuepflicht, wie wir sie im Feudalismus haben, entschieden, sondern für die rationale. Das wäre im einzelnen darzulegen, maßgebend ist etwa der historische Kontext, in dem das Grundgesetz steht. Das Grundgesetz ist als Antiverfassung gegen Recht und Rechtswirklichkeit des Faschismus konzipiert, im Faschismus aber hatten wir eine sehr deutliche Renaissance dieser personalistischen Treuepflicht, der Beamte war nach dem deutschen Beamtengesetz dem Führer

persönlich zur Treue verpflichtet. Diese Konstruktion sollte doch offensichtlich nicht perpetuiert werden, das Grundgesetz ist durchdrungen - das läßt sich an vielen Vorschriften nachweisen - von dem Bestreben, sich eindeutig abzusetzen von der eben zu Ende gegangenen Ordnung. Ich meine, auch die Entwicklung des Beamtenrechts bis 1933 und nach 1945 zeigt, daß es nicht darum geht, diese personalistische Bindung wiederherzustellen. Der Beamte kann heute gegen seinen Dienstherrn klagen, das würde sich nicht mit einer solchen Vorstellung vertragen; der Beamte hat Mitbestimmungsrechte - zwar keine großen - im Personalvertretungsrecht, es gibt eine ganze Skala von Fragen, die deutlich machen, daß der Beamte heute nicht mehr in dem Vasallenverhältnis der persönlichen Treue steht.

Nun könnte man natürlich sagen, daß auch eine rationale Treuepflicht quantitativ beim Beamten größer sei als bei dem Arbeitnehmer, der in gewissem Umfang streiken darf. Ich meine, das wäre nicht richtig, denn wenn man den Beamten in diesem Punkt schlechter stellen würde als den Arbeitnehmer, hätte das zur Folge, daß über die Hintertür das personalistische Treueverhältnis wiederkehrte, der Beamte wäre dann ebenso gebunden, wie wenn diese innere Verpflichtung, diese innere Haltung gegenüber dem Dienstherrn von ihm verlangt würde. Es wäre eigentlich ein Rückfall in die verflossene Epoche. Meiner Meinung nach ist es auch mit den Grundentscheidungen der Artikel 1 und 2 des Grundgesetzes - Menschenwürde und freie Entfaltung der Persönlichkeit - nicht vereinbar, den Beamten in einen universellen Pflichtenstatus zu binden, in dem er, abgesehen von einigen Mitwirkungsbefugnissen im Rahmen der Personalvertretung, keinerlei Möglichkeit hat, auf die Gestaltung seiner Arbeitsbedingungen, seiner Dienstbedingungen Einfluß zu nehmen.

Schließlich würde eine totale Durchführung des Streikverbots meines Erachtens auch gegen das Übermaßverbot verstoßen, es würde also mehr, als im öffentlichen Interesse erforderlich, in die Sphäre des einzelnen Beamten eingegriffen, wollte man die Treuepflicht über das Maß hinaus ausdehnen, das auch der Arbeitnehmer schuldet.

Das Argument des politischen Streiks würde an sich die meiste Aufmerksamkeit erfordern; ich möchte mich aber mit Rücksicht auf die Zeit hier relativ kurz fassen. Die Frage des politischen Streiks löst sich natürlich dann von selbst, wenn man glaubt begründen zu können, daß es auch

nach geltendem Recht schon Beamtentarifverträge gibt. Es läßt sich m.E. deshalb begründen, weil gerade vom Hergebrachten her das Beamtenverhältnis nicht immer begründet wurde durch einen Verwaltungsakt auf Unterwerfung, sondern sehr viele vertragliche Elemente enthält. Es war im 17. wie im 18. Jahrhundert ein Vertrag mit dem entsprechenden Spielraum zwischen den Beteiligten, noch 1903 vertrat das Reichsgericht die Auffassung, das Beamtenverhältnis sei ein vertraglich begründetes Verhältnis. Während der Weimarer Zeit noch bestand ein relativ großer individueller Spielraum der Vertragsgestaltung; über Zulagen, Pensionen, Besoldungsdienstalter wurden, wie z.T. heute noch etwa im Hochschulbereich, Zusagen gemacht, vertragliche Vereinbarungen getroffen. Das deutsche Beamtengesetz verbot in § 176 lediglich Zusagen höherer Versorgung, ließ aber Zusagen besserer Besoldung durchaus offen; im Bundesbeamtengesetz wurde das Verbot in § 183 auch auf die Besoldung ausgedehnt, d.h. aber andererseits wieder, daß, abgesehen von Besoldung und Versorgung, durchaus eine quasi vertragliche Abmachung möglich ist. Hinzu kommt - und das ist noch wichtiger -, daß schon in der Weimarer Zeit Ansätze für eine kollektiv-rechtliche Mitbestimmung der Beamten und ihrer Vertretungen vorhanden waren. Art. 130,3 der Weimarer Verfassung sah ausdrücklich die Schaffung von Beamtenvertretungen vor; diese wurden zwar nicht durch Gesetz ausgeführt, aber bei Bahn und Post gab es kraft Verwaltungsordnung entsprechende Gremien, die bei zahlreichen Fragen, die das Beamtenverhältnis betrafen, ein Mitbestimmungsrecht hatten. Wir haben heute das Personalvertretungsgesetz des Bundes und die entsprechenden Gesetze der Länder, die gleichfalls bei Fragen, die die Arbeitsbedingungen der Beamten betreffen, wie etwa Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit, ein Mitbestimmungsrecht beinhalten, das sich manifestiert u.a. im Abschluß von Dienstvereinbarungen. Eine solche Dienstvereinbarung ist - genau wie eine Betriebsvereinbarung - ein kollektiver Tatbestand, der normative Wirkung hat und sich insofern vom Tarifvertrag nicht in der Rechtskonstruktion, sondern nur dadurch unterscheidet, daß er eben nicht von der Gewerkschaft, sondern vom Personalrat abgeschlossen wird, deshalb auch wegen der Friedenspflicht im Betrieb bzw. in der Dienststelle nicht erstreikt werden kann. Von der Rechtskonstruktion her ist aber die Dienstvereinbarung ein Normenvertrag genau so wie der Tarifvertrag, sie regelt also schon heute das Beamtenverhältnis kollektiv durch Abmachung zwischen Personalrat und Dienststellenleiter.

Unter diesen Umständen - um mich hier relativ kurz zu fassen - vermag ich es nicht mehr einzusehen, weshalb man etwa sagen sollte, das Grundgesetz verbiete es, die von Art. 9,3 für jedermann, für alle in abhängiger Arbeit Tätigen vorgesehene Tarifautonomie auch den Beamten zu geben. Wenn man schon die kollektive Festlegung von Arbeitsbedingungen durch Dienstvereinbarung zuläßt, dann muß man es auch zulassen, daß diese Festlegung durch Tarifvertrag geschieht, dann scheinen mir keine wesentlichen Gesichtspunkte dagegen zu sprechen, zumal wenn man, wie ich, der Auffassung ist, daß die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums nur eine Leitlinie für den Gesetzgeber sind, nicht aber die Funktion unmittelbar geltenden Rechtes haben.

Auch wenn man diese Auffassung nicht teilt, wenn man auf dem Standpunkt steht, es gebe nach geltendem Recht keine Beamtentarifverträge, scheint mir dennoch der Beamtenstreik keineswegs illegal zu sein. Art. 9,3 will ja den Bediensteten aller Art ein effektives Mitbestimmungsrecht in bezug auf ihre Arbeitsbedingungen gewähren. Wenn man nun aus irgendwelchen Gründen diese Rechtsfigur des Tarifvertrages ablehnt, dann würde man ja noch weiter gehen, d.h. also den Beamten noch schlechter stellen, ihm noch weniger Möglichkeiten der Mitwirkung geben, wenn man ihm auch noch das Streikrecht nehmen würde. Ich meine deshalb, daß eine effektive Auslegung, d.h. eine Auslegung, die die Koalitionsfreiheit in der praktischen Realität effektiv werden läßt, erfordert, daß man wenigstens das Streikrecht bejaht. Außerdem zeigt das Beispiel von Frankreich und Italien, daß eine solche Trennung von Tarifvertrag und Streik durchaus möglich ist; in Frankreich wie in Italien wird das Rechtsverhältnis der Beamten durch Gesetz geregelt, genau wie in der Bundesrepublik, aber trotzdem steht die nahezu einheitliche Auffassung auf dem Standpunkt, daß Beamte streiken können. Schließlich wäre zu berücksichtigen, daß hier der Staat in seiner Funktion als Arbeitgeber, nicht in seiner Funktion als Verkörperung des Gesamtinteresses angegriffen wird, daß also diese Auseinandersetzung sich qualitativ in nichts von einer Auseinandersetzung zwischen Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes und Staat unterscheidet. Unter diesen Umständen können wir daher die Frage dahingestellt sein lassen, ob die Illegalität des politischen Streiks, die gegen den Beamtenstreik immer vorgetragen wird, zutrifft oder nicht. Wenn Interesse besteht, können wir in der Diskussion darauf zurückkommen.

Schließlich zum letzten Argument, daß das Sozialstaatsprinzip die Leistungen des Staates heute inhaltlich erfülle, daß das, was der Staat tut, im wesentlichen sozialstaatliche Vorsorge sei und deshalb dieses Prinzip, das in Art. 20 und 28 niedergelegt ist, eine Unterbrechung dieser sozialstaatlichen Leistungen ausschließe. Ich halte das nicht für richtig, weil es alles über einen Leisten schert und zudem zeitweilige Unterbrechung mit dauerndem Ausfall gleichsetzt. Selbstverständlich würde es das Sozialstaatsprinzip verbieten, daß etwa monatelang keine Renten ausbezahlt würden; es ist evident, daß eine solche Beeinträchtigung des Existenzminimums anderer Personen nicht vom Grundgesetz gedeckt sein kann. Darum geht es aber gar nicht. Es geht nicht darum, daß viele Monate das Existenzminimum Dritter gefährdet wird, es geht darum, innerhalb bestimmter Grenzen, die im einzelnen noch zu definieren sein werden, Druck auszuüben, Leistungen zeitweilig auszusetzen, die normalerweise erbracht werden. Es gibt einen Parallellfall aus dem Bereich der Justiz: die Gerichtsferien. Vom 15. Juli bis 15. September wird in Zivilsachen und einigen anderen Sachen grundsätzlich nicht entschieden, es sei denn, es läge eine Feriensache vor. Hier haben wir einen temporären Ausfall einer Staatsfunktion mit einem relativ weitgehenden Notdienst, nämlich der Aburteilung von einstweiligen Verfügungen, Strafsachen usw., alle diese Dinge sind kraft Gesetzes Feriensachen. Hier wird also temporär eine Staatsfunktion nicht voll erfüllt. Es ist nicht einzusehen, warum das nicht auch im Zusammenhang mit Auseinandersetzungen zwischen Beamtenverbänden und Dienstherrn möglich sein sollte. Was dort aufgrund eines herkömmlichen Brauchs durchaus legal ist, das scheint mir zu Zwecken der Realisierung eines Grundrechts immerhin billig zu sein.

Im übrigen geht das Sozialstaatsprinzip ja nicht so weit, daß der einzelne immer und in jedem Augenblick die entsprechende staatliche Leistung haben muß. Hier sind Zeitdimensionen zu berücksichtigen, und m.E. ist dem Rigorismus nicht zuzustimmen, daß das Sozialstaatsprinzip einen perfektionistischen Staatsapparat voraussetzt, dessen Perfektionismus auf Kosten der Bediensteten geht. Entweder müssen die Bediensteten auf die Geltendmachung eigener Bedürfnisse verzichten, oder wir müssen eine gewisse, wenn auch nicht sehr weitgehende, Beeinträchtigung Dritter in Kauf nehmen. Meiner Ansicht nach liegt die Lösung im Kompromiß. Es kann nicht darum gehen, den Streik generell und grenzenlos zuzulassen. Es wäre auch im einzelnen noch zu

diskutieren, daß der Streik verfassungsrechtlich geschützte Werte dritter Personen nicht antasten darf, er darf nicht gegen die Menschenwürde Dritter verstoßen, er darf nicht das Existenzminimum Dritter unterschreiten, wie etwa beim Fall der Nichtauszahlung von Renten, er darf nicht die Gesundheit und das Leben anderer verletzen - das wird gerade beim Ärztestreik außerordentlich praktisch -, insoweit ist den verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen Rechnung zu tragen. Auf der anderen Seite darf man aber nicht so weit gehen, daß jedem, auch z.B. dem Finanzbeamten, der Streik verboten ist, obwohl sich da lediglich die staatlichen Einnahmen um einige Dauer hinausschieben, im Grunde also nur ein Zinsverlust für den Staat entsteht.

Ich meine deshalb, die Lösung müsse in der grundsätzlichen Bejahung des Beamtenstreiks liegen, damit liegt weder ein Verstoß gegen Art. 33,5 noch gegen die Treuepflicht noch gegen das angebliche Verbot des politischen Streiks noch gegen das Sozialstaatsprinzip vor. Das Streikrecht des Beamten ist nach geltendem Recht zu bejahen, es findet seine Grenzen in verfassungsrechtlich geschützten, vorrangigen Werten Dritter, wie der Menschenwürde und dem Recht auf das Existenzminimum.