

RECHTSANWALT UND NOTAR  
**JENS A. BRÜCKNER**

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Baseler Straße 79 · 12205 Berlin Lichterfelde (West)

Telefon (030) 8 52 89 08

(030) 84 31 35 14

Telefax (030) 8 52 80 68

Sprechstunden nach Vereinbarung

Bürozeiten:

Montag bis Freitag 9.00 - 12.30 Uhr

Montag, Dienstag und

Donnerstag auch 14.00 - 17.00 Uhr

Bankverbindungen:

Postbank · 4029 64-107 · (BLZ 100 100 10)

Berliner Sparkasse · 112 018 01 43 · (BLZ 100 500 00)

10. Nov. 2008 be

Datum:

Rechtsanwalt und Notar Brückner · Baseler Straße 79 · 12205 Berlin

Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft

Landesverband Berlin

Ahornstraße 5

10787 Berlin

## Arbeitsverpflichtung / Aufgabenerfüllung bei Streikaktionen

In Verbindung mit dem Streik der angestellten Lehrkräfte wird die Frage aufgeworfen, ob sich aus dem Schulverhältnis ein Anspruch auf Unterrichtserteilung, Themenstellung und Korrektur von Klausuren, Vorbereitung von Abiturprüfungen, Vorbereitung von Klassenarbeiten, etc. ergeben kann.

Voraussetzung für die Beantwortung der im Schreiben vom 24. Oktober 2008 aufgeworfenen Fragestellungen ist die grundsätzliche Klärung des Streikrechts von angestellten Lehrkräften an öffentlichen Schulen sowie die Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes während der Arbeitskämpfmaßnahmen.

### I. Streikrecht

Das Arbeitskampfrecht ist in der Bundesrepublik Deutschland gesetzlich nicht unmittelbar geregelt, doch gehören Tarifautonomie und Arbeitskampffreiheit zu den wichtigsten Garantielementen der in Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Koalitionsfreiheit.

Das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass mit der grundrechtlichen Garantie der Tarifautonomie der Freiraum gewährleistet wird, in welchem Arbeitnehmer und Arbeitgeber ihre Interessengegensätze in eigener Verantwortung austragen können. Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit beschränkt sich nicht darauf, die Einzelnen vor staatlichen Eingriffen in individuelle Handlungsmöglichkeiten zu schützen. Es hat vielmehr darüber hinaus die Beziehung zwischen Trägern widerstreitender Interessen zum Gegenstand und schützt diese auch insoweit vor staatlicher Einflussnahme, als zur Austragung der Interessengegensätze

Kampfmittel mit beträchtlichen Auswirkungen auf den Gegner und die Allgemeinheit verwendet werden (Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 88, 103, 114 ff).

Inhalt und Grenzen des Streikrechts werden im Wesentlichen von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bestimmt. Bereits in der ersten grundlegenden Entscheidung zum Streikrecht stellte das Bundesarbeitsgericht klar, dass Arbeitskämpfe (Streik und Aussperrung) grundsätzlich zulässig sind. Unterbrechungen der Arbeitstätigkeit durch einen Arbeitskampf seien sozialadäquat, da die beteiligten Arbeitnehmer und Arbeitgeber mit kampfwisen Störungen auf Veranlassung und unter Leitung der Sozialpartner rechnen müssen und die Rechtsordnung derartiger Arbeitskämpfe als ultima ratio anerkannt (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 28. Januar 1955 in BAGAP Nr. 1 zu Art. 9 GG).

### **Rechtmäßigkeit des Streiks**

Da das Bundesarbeitsgericht die Berechtigung zum Arbeitskampf sehr früh und in ständiger Rechtsprechung auf die Erzwingung eines tarifvertraglich regelbaren Kampfziel beschränkt hat, steht das Recht auf Streik grundsätzlich nur tariffähigen Gewerkschaften zu (BAG 20. Februar 1963 in APGG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 32, 58; BAG 7. Juni 1988, APGG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 106; Schaub, Handbuch Arbeitsrecht, Seite 1867). Aus der Verankerung der Arbeitskampffreiheit folgt, dass ein Arbeitskampf um den Abschluss oder die Abwehr eines Tarifvertrages geführt werden muss, das Ziel also tariflich regelbar sein muss (BAG in DB 1988, S. 2102). Hieraus leitet das Bundesarbeitsgericht zugleich ab, dass Streiks, die außerhalb der Tarifbedingungen darauf gerichtet sind, den Staat zu einem bestimmten Handeln zu zwingen, als so genannte politische Streiks nicht zulässig sind (so schon BAG AP Nr. 1 zu Art. 9 GG; LAG Hamm vom 17. April 1985 in BB 85, 1396; Schaub, Handbuch Arbeitsrecht, S. 1868).

Ernsthafte Bedenken dagegen, dass der Streik der Lehrkräfte den vom Bundesarbeitsgericht aufgestellten Grundsätzen nicht entspricht, sind vom Land Berlin nicht geltend gemacht worden. Sähe der Arbeitgeber – also das Land Berlin – den Streik als rechtswidrig an, so bestünde die Möglichkeit, hierauf durch Aussperrung zu reagieren. Rechtlich besteht darüber hinaus die Möglichkeit, den Streik durch einstweilige Verfügung verbieten zu lassen. Nach überwiegender Rechtsprechung ist dies jedoch nur dann zulässig, wenn der Streik „offensichtlich“ rechtswidrig ist (LAG Frankfurt in AUR 1980, S. 218; LAG Düsseldorf in DB 1979, S. 167).

Rechtlich können die einen rechtswidrigen Streik organisierenden Gewerkschaften zum Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Aus § 254 BGB ergibt sich jedoch eine Schadensminderungspflicht mit der Folge, dass dann, wenn der Streik als rechtswidrig angesehen werden sollte, das Land Berlin eine einstweilige Verfügung auf Untersagung des Streiks hätte beantragen müssen.

Ein Streik, der sich auf einen tarifvertraglich regelbares Kampfziel beschränkt, ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts grundsätzlich rechtmäßig.

### **Besonderheit öffentlicher Dienst**

Dass Arbeitgeber für die Lehrkräfte das Land Berlin ist, ist für die Rechtmäßigkeit des Streiks irrelevant.

Für den öffentlichen Dienst gilt im Arbeitskampf grundsätzlich nichts anderes als für die Privatwirtschaft. Der Streik im öffentlichen Dienst ist grundsätzlich unter denselben Voraussetzungen zulässig wie gegenüber privaten Arbeitgebern (Dietrich in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Randnr. 189 zu Art. 9 GG). Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst unterliegen daher keinen Einschränkungen in ihrem Streikrecht (BVerfG vom 2. März 1993, BVerfGE 88, 103).

Dass in einem Bereich, in welchem Beamte und Angestellte mit gleichen Funktionen angestellt sind, der Arbeitgeber als Dienstherr gegebenenfalls aufgrund des Streiks der Angestellten Aufgaben Beamten überträgt, ist nicht eine Frage der Zulässigkeit des Streiks, sondern eine Frage der Zulässigkeit des Einsatzes von Beamten im Rahmen des Arbeitskampfes und der Neutralitätspflicht. Soweit der Dienstherr unmittelbar arbeitskampfbetroffen ist, kann er Beamte nicht zur Streikarbeit verpflichten.

Bundesverwaltungsgericht und Bundesarbeitsgericht hatten in der Vergangenheit die Auffassung vertreten, dass Beamte grundsätzlich mit den Aufgaben betraut werden dürfen, die aufgrund des Streiks von den Angestellten nicht wahrgenommen werden, wenn die entsprechenden Aufgaben – wie bei Lehrkräften – zum entsprechenden Tätigkeitsgebiet gehören (BVerwG vom 10. Mai 1984 in APGG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 87; BAG, Urteil vom 10. September 1985 in APGG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 86).

Das Bundesverfassungsgericht hat demgegenüber die Auffassung vertreten, dass mangels gesetzlicher Regelung die Anordnung von Streikarbeit durch den Dienstherrn unzulässig ist

(BVerfG vom 2. März 1993, BVerfGE 88, 103). In der Praxis spielt diese Frage keine große Rolle, da der Einsatz von „dienstbereiten“ Beamten auf kampfbedingte unbesetzten Dienstposten zulässig ist (Dietrich, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Art. 9 GG, Randnr. 155).

### **Auswirkungen des Streiks auf das Arbeitsverhältnis**

Ein Streik führt nicht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Vielmehr bleibt der Bestand grundsätzlich erhalten. Die Teilnahme an einem rechtmäßigen Streik führt zu einem Ruhen der Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis. Die Arbeitnehmer sind daher zur Erbringung der Arbeitsleistung nicht verpflichtet. Der Arbeitgeber hat für die Zeit des Streiks keine Vergütung zu zahlen.

Zu den Hauptpflichten von Lehrkräften gehört nicht nur die Erteilung des Unterrichts, sondern ebenso die Vor- und Nachbereitung des Unterrichts, Vorbereiten und Korrektur von Klassenarbeiten, Teilnahme an Prüfungen, Teilnahme an Sitzungen schulischer Gremien, etc. Während des Streiks sind daher grundsätzlich auch diese Aufgaben nicht wahrzunehmen.

Eine Ausnahme kann sich aus der Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ergeben. Das Bundesverwaltungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung für die Durchführung von Arbeitskämpfen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit betont. Dabei geht es darum, ob, bezogen auf ein vorgegebenes Kampfziel, Kampfmittel und Kampfmaßnahmen geeignet, erforderlich und angemessen eingesetzt werden (BAG vom 10. Juni 2008 in APGG Art. 9, Arbeitskampf Nr. 65; bestätigt durch BVerfG in BVerfGE 92, S. 365).

Aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird abgeleitet, dass der Streik nicht auf die Existenzvernichtung der Gegenseite abzielen darf, dieser also nicht in den Ruin getrieben werden soll. Diese Einschränkung scheidet beim Arbeitgeber Land Berlin schon aus tatsächlichen Gründen aus.

Aus dem Verbot des ruinösen Arbeitskampfes folgt, dass auch während des Arbeitskampfes solche Arbeiten zu leisten sind, die eine Fortführung nach Abschluss des Arbeitskampfes sicherstellen sollen (Schaub, Handbuch Arbeitsrecht, § 194 Randnr. 34). Hierbei handelt es sich um Arbeiten zur existenziellen Daseinsvorsorge (Notstandsarbeiten) sowie Erhaltungsarbeiten. Unter Notstandsarbeiten bzw. Arbeiten zur existenziellen

Daseinsvorsorge werden solche Arbeiten verstanden, die die Versorgung der Bevölkerung mit lebensnotwendigen Diensten und Gütern während des Arbeitskampfes sicherstellen sollen (BAG vom 30. März 1982, AP 74 zu Art. 9 GG Arbeitskampf). Bei Erhaltungsarbeiten handelt es sich um die Sicherung der betrieblichen Mittel, die eine Fortführung des Betriebes nach Ende der Streikarbeit gewährleisten sollen. Hierbei dürfen Anlagen, Rohstoffe und Produkte, also die Substanz der sächlichen Betriebsmittel, nicht zerstört werden, so dass die Arbeit nach Beendigung des Streiks weitergeführt werden kann. Die zur Erhaltung der Substanz erforderlichen Arbeiten müssen trotz Streik durchgeführt werden (vergl. Dietrich in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Anmerkung 180 zu Art. 9 GG).

Dass der Streik für den Arbeitgeber zu empfindlichen Einschränkungen führt, liegt in der Natur des Arbeitskampfes. Der Zweck des Arbeitskampfes liegt darin, den Kampfgegner – das Land Berlin – zur Bewilligung besserer Arbeitsbedingungen zu veranlassen und danach die Arbeit wieder fortzusetzen.

Ausgehend von diesen Grundsätzen lassen sich die Fragen beantworten.

1.

Aus § 46 SchulG ergibt sich eine Schulbesuchspflicht der SchülerInnen und eine Teilnahmepflicht an allen schulischen Veranstaltungen. Die Schulbesuchspflicht korrespondiert mit der Verpflichtung, das entsprechende Unterrichtsangebot zur Verfügung zu stellen und dafür zu sorgen, dass die vorgegebenen Lernziele innerhalb der dazu zur Verfügung stehenden Zeit grundsätzlich geschafft werden können.

Die Auswirkungen des Streiks sind im Wesentlichen „höhere Gewalt“, für deren Folgen unmittelbar niemand rechtlich verantwortlich gemacht werden kann.

Hinsichtlich der Vermittlung der Lerninhalte und der Lernziele kann, bezogen auf die Streikzeiten – ein erheblicher Unterschied zwischen den Schulen gegeben sein, die im Wesentlichen Beamte beschäftigen, und den Schulen, in denen der Unterricht aufgrund von angestellten Lehrkräften ausfällt. Diese Ungleichheiten müssen genauso hingenommen werden, wie Unterrichtsausfälle durch längere Erkrankung einer Lehrkraft, Probleme in der Organisation des Vertretungsunterrichts, etc.

Aus dem in § 2 SchulG geregelten Recht auf Bildung kann kein Recht auf lückenlosen Unterricht entsprechend den Stundentafeln abgeleitet werden. Zwar ist der Staat grundsätzlich verpflichtet, den Unterricht entsprechend den Stundentafeln anzubieten, doch

ist die Rechtsprechung zurückhaltend hinsichtlich des individuellen Anspruchs auf tatsächliche Durchführung des in den Stundentafeln festgelegten Unterrichts. Das tatsächlich Machbare überwiegt das rechtliche Interesse. Es besteht lediglich die Verpflichtung, den Unterrichtsausfall so gering wie möglich zu halten und – soweit möglich – auszugleichen (vergl. dazu Stuhr, Recht auf unverkürzten Unterricht in RBB JB 1986, S. 282, Brückner, Schulrecht Berlin, Seite 8).

2.

Beim längeren Streik kann es zu einer Unterschreitung der Mindestzahl der vorgeschriebenen Klassenarbeiten sowohl in der Sekundarstufe I als auch in der Sekundarstufe II kommen. Tatsächlich wird dies der Ausnahmefall bleiben, wenn tatsächlich ein so langer Streik gegeben ist, dass eine sinnvolle Vorbereitung, Durchführung und Korrektur der Klassenarbeiten nicht mehr möglich ist. Wird der Streik wochenweise und mit erheblichen Unterbrechungen durchgeführt, so führt die Unterrichtszeit zwischen den Streiktagen in der Regel zu einer Arbeitsintensivierung und Arbeitsverdichtung. Die Arbeiten, die ansonsten über einen längeren Zeitraum verteilt worden wären, können daher in einem kürzeren Zeitraum zusammengefasst werden, sofern die dann gegebene zusätzliche Belastung auf die SchülerInnen noch zumutbar und mit den entsprechenden rechtlichen Regelungen vereinbar ist.

Fällt der Unterricht in einem Fach aufgrund von Streik (oder anderen Gründen) während eines Schuljahrs zu mehr als 50% aus, so kann eine sachgerechte Beurteilung nicht mehr möglich sein. In diesen Fällen ist es nötig, eine Benotung zu unterlassen oder im Rahmen eines „Nachteilsausgleichs“ nach pädagogischen Gesichtspunkten eine Leistung „fortzuschreiben“.

3.

Grundsätzlich sind Lehrkräfte verpflichtet, eine Aufgabenstellung für die Klausur vorzubereiten, auch wenn der Klausurtag in eine Streikperiode fällt. Die Aufgabenstellung für eine Klausur steht in der Regel mindestens einen Tag vor der Klausur fest. Im Übrigen kann die Klausur auch nach Beendigung des Streiks geschrieben werden.

Ist die Klausur geschrieben, so besteht während der Zeit des Streiks grundsätzlich keine Verpflichtung, die Klausur zu korrigieren. Die Arbeitsleistung der Lehrkräfte beschränkt sich nicht in der Vorbereitung und Durchführung des Unterrichts, sondern umfasst die Verpflichtung zur Korrektur der Arbeiten, Teilnahme an Gremiensitzungen, etc. Da dies zu

den Hauptpflichten gehört und die Hauptpflichten während des Streiks suspendiert sind, brauchen diese Arbeiten während des Streiks nicht verrichtet zu werden.

b)

Die Lehrkraft könnte dann nicht verpflichtet werden, die Klausur vorzubereiten, wenn feststeht, dass der Streik kontinuierlich über einen Zeitraum von mehreren Wochen geht. Während der Streikzeit kann der Betroffene nicht verpflichtet werden, die Klausur vorzubereiten und zu bewerten bzw. am Tag der Klausur anwesend zu sein. Dabei ist es irrelevant, ob es sich bei dem Nachschreibetermin um einen Wochentag oder Samstag handelt.

c)

Zwar ist eine Lehrkraft grundsätzlich verpflichtet, die Klausur unverzüglich zu korrigieren, doch gilt dies nicht während der Streikzeit. Da in der Streikzeit die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis – Dienstleistungs- und Arbeitsleistungspflicht – ruht, braucht während des Streiks die Korrektur nicht vorgenommen zu werden. Die Korrektur kann vielmehr nach Beendigung des Streiks durchgeführt werden.

Faktisch führt dies dazu, dass während der Zeiten, in denen nicht gestreikt wird, eine Verdichtung der Arbeitsleistung erfolgt. Während dieser Zeit würden Arbeiter, die während der Streikzeit nicht verrichtet werden konnten, nachgeholt. Die Problematik der Festlegung der Arbeitszeit der Lehrkräfte führt hier strukturell zu einer Verschlechterung der Ausgangssituation und Verdichtung. Ein Industriearbeiter, der bestimmte Arbeitszeiten nicht erbracht hat, kann und braucht diese nicht nachzuholen.

4.

Die Frage, ob eine Lehrkraft die Vorbereitung einer Bildungsgangempfehlung gemäß § 24 GrundschulVO verweigern kann, stellt sich erst dann, wenn der Streik kontinuierlich und ohne Unterbrechung bis zum Ablauf der Anmeldefrist zum Übergang in die Sekundarstufe 1 laufen würde.

Bei der Jahresplanung der Schule wurde nicht davon ausgegangen, dass es zu Streiks kommen werde. Aufgrund der Streiks kann sich die Notwendigkeit der Verschiebung der Klassenkonferenz ergeben.

Ist die Klassenkonferenz wegen Streikteilnahme mehrerer Lehrkräfte nicht beschlussfähig, so kann sie keinen entsprechenden Beschluss fassen. Ein möglicherweise rechtswidrig

gefasster Beschluss kann von der Schulleitung aufgehoben werden. Er ist von den SchülerInnen bzw. den Erziehungsberechtigten individuell anfechtbar.

Grundsätzlich ist ein neuer Termin so anzuberaumen, dass die von der Verordnung vorgegebenen Fristen eingehalten werden. Nach der bisherigen Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass es sich bei der entsprechenden Tätigkeit nicht um „Notstandsarbeiten“ handelt. Als solche werden nur die Arbeiten angesehen, die die Versorgung der Bevölkerung mit lebensnotwendigen Diensten und Gütern während des Arbeitskampfes sicherstellen sollen. Die Defizite, die sich für die Verwaltung ergeben, können in anderer Form intern ausgeglichen werden.

Zwar mag nachvollziehbar sein, dass bei einzelnen Lehrkräften aufgrund der pädagogischen Verantwortung gegenüber den SchülerInnen eine Zurückhaltung gegeben ist, doch ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Mittel des Arbeitskampfes bei rechtmäßigen Streiks durchaus so eingesetzt werden können und dürfen, um den Forderungen wirksamen Nachdruck zu geben.