POLEDNA RC

Einschreiben
Lehrerinnen- und Lehrerverein Baselland (LVB)
z.Hd.v. Michael Weiss
Sonnenweg 4
4133 Pratteln

Zürich, 16. Mai 2018

Gutachten zur Frage der Zulässigkeit von Arbeitskampfmassnahmen bei öffentlich-rechtlich Angestellten im Kanton Basel-Landschaft

erstattet von

Prof. Dr. iur. Tomas Poledna, Rechtsanwalt
Dr. iur. Ralph Trümpler, Rechtsanwalt

Poledna RC AG Zürich
Limmatquai 58
CH-8001 Zürich
+41 43 233 40 33

Poledna RC AG Basel
Missionsstrasse 13
CH-4055 Basel
+41 61 681 00 30

www.poledna.legal

MwSt.-Nr. CHE-410.716.527
Eingetragen im kantonalen Anwaltsregister

Inhaltsverzeichnis

I. Ausgangslage und Fragestellung 4

II. Literatur und Materialien 5

III. Vorbemerkungen zur gutachterlichen Aufgabe 7

IV. Rechtliches 8

A. Rechtliche Verortung der Koalitionsfreiheit und der dazugehörigen Arbeitskampffreiheiten Streik und Aussperrung 8

1. Überblick über die rechtlichen Grundlagen 8
2. Koalitionsfreiheit als Sonderfall der Vereinsfreiheit 9
3. Koalitions- und Streikfreiheit als kollektiv auszuübendes Individualrecht 10

B. Koalitionsfreiheit und Arbeitskampffreiheiten im öffentlichen Dienst 12

1. Besondere Legitimation der Arbeitskampffreiheiten Streik und Aussperrung und Rückschlüsse für den öffentlichen Dienst 12
2. Streikfreiheit des öffentlich-rechtlichen Personals 14
   - 2.1 Grundrechtscharakter des rechtmässigen Streiks und Relevanz des Konzepts von Art. 35 BV 14
   - 2.2 Einschränkungen des persönlichen Schutzbereichs gemäss Art. 28 Abs. 4 BV 16
   - 2.3 Weitere Einschränkungen und Vorgaben durch das öffentliche Personalrecht? 17
3. Das Demokratieprinzip als Grundrechtsschranke? 17
   - 3.1 Ausgangsproblematik 17
   - 3.2 Streik gegen den Staat als Hoheitsträger und/oder Arbeitgeber? 18

C. Zu den einzelnen Voraussetzungen eines rechtmässigen Streiks des Personals des öffentlichen Dienstes und deren Erfüllung in casu 21

1. Zu den Voraussetzungen 21
2. Zur Erfüllung der Voraussetzungen in casu 22
   - 2.1 Konnex zu Arbeitsbeziehungen vs. politischer Streik? 22
   - 2.2 Gesetzliches Streikverbot? 24
   - 2.3 Handeln durch glaubwürdigen Interessenvertreter? 24

2.4 Verhältnismässigkeit? 24

2.5 Verpflichtung, den Arbeitsfrieden zu wahren oder Schlichtungsverhandlungen zu führen? 25

V. Schlussfolgerungen 25

A. Gutachterliche Erkenntnisse und Klarstellungen 25

B. Beantwortung der Fragestellung 27

I. Ausgangslage und Fragestellung

1 Mit elektronischen Nachrichten insbesondere vom 3. April 2018 und 20. April 2018 wandte sich der Lehrerinnen- und Lehrerverein Basellandschaft (LVB) an den erstunterzeichnenden Rechtsanwalt, wobei POLEDNA RC um eine gutachterliche Beurteilung des im Folgenden wiedergegebenen Sachverhaltes gebeten wurde.

2 Zum zweiten Mal in kurzer Folge seien die Staatsangestellten des Kantons Basel-Landschaft mit einem einschneidenden Abbau bei den Pensionskassenleistungen konfrontiert. Dieser Abbau könnte sich je nach den weiteren politischen Entscheiden auf Rentenverluste von bis zu 30% kumulieren. Aufgrund dessen seien Kampfmassnahmen zu einem ernsthaften Thema geworden. Es stelle sich nun die Frage, ob ein allfälliger Streik zulässig erscheine. Im Kanton Basel-Landschaft würde sich eine solche Arbeitskampfmassnahme namentlich gegen das sog. Pensionskassendekret des Parlaments richten müssen, welches nicht der Möglichkeit des Referendums untersteht.

3 Bis anhin wurden die Mitglieder des kantonalen Parlaments (Landrat) und die Kantonsregierung in verschiedenen Aktionen für das Anliegen des LVB sensibilisiert. Es fanden etwa Protestaktionen an Sitzungen des Landrats statt, wobei Betroffene still, d.h. durch ihre blosse Anwesenheit auf der Zuschauertribüne, protestierten. An einer durch die Arbeitsgemeinschaft Basellandschaftlicher Personalverbände (ABP) organisierten Protestveranstaltung im November 2017 nahmen gegen 600 Personen teil – die meisten davon kamen aus der Lehrerschaft. Ferner wurde mit Flugblättern auf die Anliegen der Arbeitnehmerschaft aufmerksam gemacht (sog. „Denkzettel" für die Landräte). Die Aktionen wurden teilweise von den Medien begleitet bzw. wurde darüber insbesondere im lokalen Fernsehen Tele Basel berichtet.

4 Aufgrund der Publizität wären Kampfmassnahmen nicht nur ein Thema der Lehrpersonen sondern auch des übrigen Staatspersonals einschliesslich der Polizei. Neben den erwähnten Arbeitsniederlegungen wären auch andere partielle (und in jedem Fall ebenfalls zeitlich begrenzte) Formen der Arbeitsverweigerung denkbar wie verweigerter Publikumsverkehr, eingeschränkte Arbeitserfüllung, Verbreitung von Botschaften während des Dienstes.

5 Bezüglich der Anstellungssituation der Lehrerschaft sei zu erwähnen, dass die Primar- und Musikschullehrkräfte vom Kanton administriert würden und dem kantonalen Personalgesetz unterstünden, die Gehälter jedoch der Kanton jeweils von den Gemeinden zurückfordere. Der Lehrerinnen- und Lehrerverein Baselland umfasse indessen Lehrkräfte aller Stufen.

6 Bis Mitte Mai 2018 soll nun gutachterlich die Frage geklärt werden, ob ein allfälliger Streik der Lehrkräfte im Kanton Basel-Landschaft vor dem geschilderten Hintergrund zulässig erscheine. Die nachstehenden Ausführungen behandeln in einem ersten Schritt die grundlegenden, sich aus dem öffentlichen Recht ergebenden Rechte und Pflichten des staatlichen Arbeitgebers und der Arbeitnehmerschaft mit Blick auf die Koalitions- und Streikfreiheit

wie sie sich in erster Linie aus Art. 28 BV ergeben. Mit den gewonnen Erkenntnissen kann dann in einem zweiten Schritt die konkrete Situation im Kanton Basel-Landschaft betrachtet werden.

II. Literatur und Materialien

7 Die Abkürzungen werden gemäss den Gepflogenheiten des Bundesgerichts verwendet. Die für die Erstattung des Gutachtens verwendete Literatur, Judikatur und die Erlasse werden im Text oder in den Fussnoten näher aufgeführt. Für die Beantwortung der Gutachtensfragen wurde unter anderem folgende Literatur beigezogen (selbst wenn sie im einzelnen nicht zitiert wird):

- AUBERT-PIGUET BÉATRICE, L'exercice du droit de grève, in: AJP 12/1996, S. 1497 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007
- DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL/MATTHEY FANNY/RUSSO ALFIO, Studie zum Schutz bei rechtmässigem Streit erstellt auf Anfrage und im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) und des Bundesamts für Justiz (BJ), Antworten und allgemeine Zusammenfassung (Teil IV der Studie) vom 11. April 2016
- EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar BV, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016
- HÄNNI PETER, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2008 (zit. Dienstrecht)
- HÄNNI PETER, Personalrecht des Bundes, in: SBVR Band I/2, 3. Aufl., Zürich 2017 (zit. SBVR Band I/2)
- HENNEBERGER FRED/SUDJANA SARAH, Öffentlicher Dienst im Wandel: Zur Entwicklung der kollektiven und individuellen Rechte und Pflichten des Bundespersonals, ZBl 108 (2007) 57 ff.
- HOFSTETTER DAVID, Das Verhältnismässigkeitsprinzips als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV) – Ausgewählte Aspekte, Zürich 2014
- HOTTELIER MICHEL, Entscheidungsbesprechungen, Urteil des Bundesgerichts vom 24. September 2012 (6B_758/2011), in: AJP 3/2013. S. 450 ff.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013
- KOLLER HEINRICH, Der Einleitungstitel und die Grundrechte in der neuen Bundesverfassung, in: AJP 6/1999, S. 656 ff.
- KUSTER ZÜRCHER SUSANNE, Streik und Aussperrung – Vom Verbot zum Recht, Das Recht auf Streik und Aussperrung nach Art. 28 Abs. 2-4 BV, Zürich 2004
- MARTI MICHÈLE, Arbeitskampffreiheit im öffentlichen Dienst, Basel 2010
- POLEDNA TOMAS, Annäherungen ans Obligationenrecht, in: Helbling/Poledna (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 209 ff.

- PORTMANN WOLFGANG, Das Streikrecht – Recht des Individuums oder des Verbandes?, in: AJP 3/2007, S. 352 ff.
- PORTMANN WOLFGANG/UHLMANN FELIX (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar (SHK) zum Bundespersonalgesetz (BPG), Bern 2013
- REHBINDER MANFRED, Formen des Arbeitskampfes, in: Ekonomi Münir/Rehbinder Manfred, Recht und Arbeitskampf, Bern, 1980, S. 15 ff.
- RHINOW RENÉ, Grundfragen des öffentlichen Personalrechts, in: Schriftenreihe des Eidg. Personalamtes (Hrsg.), Modernisierung im öffentlichen Personalrecht, Band 13, Bern 2000
- RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011
- RICHLI PAUL, Öffentliches Dienstrecht im Zeichen des New Public Management, Bern 1996
- STÄHELIN SALOME, Das Streikrecht in unerlässlichen Diensten, Basel 2001
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012
- WENGER SARAH, Zulässige Mittel im Arbeitskampf, Bern 2006

8 Folgende Erlasse und Materialien wurden berücksichtigt:

- EMRK (SR 0.101)
- UNO-Pakt I und II (SR 0.103.1 und 0.103.2)
- Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes (ILO-Übereinkommen Nr. 87; SR 0.822.719.7)
- Übereinkommen Nr. 151 über den Schutz des Vereinigungsrechtes und über Verfahren zur Festsetzung der Beschäftigungsbedingungen im öffentlichen Dienst (ILO-Übereinkommen Nr. 151; SR 0.822.725.1)
- Bundesverfassung (BV; 101)
- Bundespersonalgesetz (BPG; SR 172.220.1)
- Verfassung des Kantons Basel-Landschaft (KV BL)
- Personalgesetzgebung des Kantons Basel-Landschaft; insbesondere Personalgesetz (PG BL), Dekret zum Personalgesetz (Personaldekret BL), Verordnung zum Personalgesetz (Personalverordnung BL)
- Bildungsgesetz des Kantons Basel-Landschaft
- Verordnung über das Mitberichtsverfahren und das Vernehmlassungsverfahren des Kantons Basel-Landschaft

- Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1
- Änderung des Pensionskassendekrets / Massnahmen des Kantons Basel-Landschaft in Folge der Reduktion des technischen Zinssatzes und des Umwandlungssatzes – Vorlage an den Landrat vom 5. Dezember 2017, LRV 2017/625

III. Vorbemerkungen zur gutachterlichen Aufgabe

9 Steht man vor der Aufgabe, das sich aus Art. 28 BV ausnehmende Recht des Arbeitskampfes spezifisch in Bezug auf das Personal des öffentlichen Dienstes zu umschreiben, tut man gut daran, die folgende Anekdote von Nils Bohr vorwegzuschicken. Der Physiker und Nobelpreisträger Nils Bohr, der bereits zu Lebzeiten u.a. auch von Albert Einstein als Genie betrachtet wurde, stand im Winter 1933 vor der folgenden Aufgabe: Auf einer Almhütte nach verzehrtem Abendmahl und am Ende eines ausgiebigen und anstrengenden Skitages musste er das dreckige Geschirr der dort versammelten Gesellschaft abwaschen. Bei dieser für den Physiker wohl sicherlich eher ungewohnten Tätigkeit, fiel dem wachsamen Wissenschaftler etwas auf: „Wir haben schmutziges Spülwasser und schmutzige Küchentücher, und doch gelingt es, damit die Teller und Gläser schliesslich sauberzumachen". Aus dieser Erkenntnis leitete Bohr sodann ab: „So haben wir in der Sprache unklare Begriffe und eine in ihrem Anwendungsbereich in unbekannter Weise eingeschränkte Logik, und doch gelingt es, damit Klarheit in unser Verständnis der Natur zu bringen"[1].

10 Nicht viel anders als beim Tellerwäscher und Naturwissenschaftler verhält es sich beim Rechtswissenschaftler, der sich mit der Frage auseinandersetzt, ob das in Berufung auf Art. 28 BV streikende Personal des öffentlichen Dienstes rechtmässig handelt oder nicht. Es treffen hier unter anderem eine unscharfe Dogmatik einer einmal als individuell und dann wieder als kollektiv bezeichneten Koalitionsfreiheit und eine etwas unwegsame Entstehungsgeschichte des Wortlautes von Art. 28 Abs. 3 BV auf die Annahme eines erhöhten Stellenwerts des Demokratieprinzips in der Schweiz, die allerdings wiederum differenziert betrachtet werden kann oder gar muss, wenn sich insbesondere das Parlament in einer Doppelrolle als Arbeitgeber und Verordnungs- oder Gesetzgeber wiederfindet. Wie bei Bohrs schmutzigem Wasser und Tuch findet man auch hier in den einzelnen zu betrachtenden Komponenten nicht die erwünschte Klarheit. Diese stellt sich erst in der Gesamtbetrachtung und mit Zusammenführen der verschiedenen Komponenten ein.

---

1 Nach einer Erzählung von Werner Heisenberg wiedergegeben in dessen Autobiografie, vgl. ERNST PETER FISCHER, „Noch wichtiger als das Wissen ist die Phantasie", 3. Aufl., München 2016, S. 91.

IV. Rechtliches

A. Rechtliche Verortung der Koalitionsfreiheit und der dazugehörigen Arbeitskampffreiheiten Streik und Aussperrung

1. Überblick über die rechtlichen Grundlagen

11 Die im Verlaufe der Zeit unter unterschiedlichen Titeln wie Vereinsfreiheit, Vereinigungsfreiheit, Arbeitsfreiheit oder Koalitionsfreiheit dem Einzelnen eingeräumte Garantie, sich in seiner Rolle als Arbeitnehmer oder als Arbeitgeber zum Schutz seiner Interessen mit anderen Arbeitnehmern oder Arbeitgebern zusammenzuschliessen oder entsprechenden bereits bestehenden Interessenvereinigungen beizutreten oder diesen fernzubleiben, findet ihre Grundlage gleichermassen im internationalen Recht wie auch im nationalen Recht höchster Stufe.

12 Gleiches gilt auch für die Freiheit des Einzelnen, im Rahmen der vorerwähnten Garantie zu handeln und im sog. Arbeitskampf den Partner der Arbeitsbeziehung zum Kontrahenten zu machen. Gerade hierbei fällt auf, dass sowohl die einst angeführten Grundlagen der alten Bundesverfassung, welche der Herleitung der sog. Arbeitskampffreiheiten dienten – die damalige Vereinsfreiheit (Art. 56 aBV) und das Prinzip der Arbeitsfreiheit (Art. 34ter aBV)[2] –, als auch die entsprechende grundrechtliche Normierung der neuen Bundesverfassung – d.h. die Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV) und die Koalitionsfreiheit (Art. 28 BV) – durch Regelungen des internationalen Rechts überlagert werden. So ist die Vereinsfreiheit etwa durch Art. 11 EMRK und Art. 22 UNO-Pakt II garantiert und die als Sonderfall dazu zu bezeichnende Koalitionsfreiheit wird zusätzlich und präziser noch in Art. 8 UNO-Pakt I und Art. 3 des ILO-Übereinkommens Nr. 87 und ebenso im ILO-Übereinkommen Nr. 151 umschrieben. Die praktische Relevanz der letztgenannten Übereinkommen für die Auslegung von Art. 28 BV erweist sich aber aufgrund der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung und Lehre, welche daraus keine subjektiven und justiziablen Rechte des Einzelnen ableiten können, als gering[3].

13 Die Tragweite und Relevanz des weiter genannten internationalen Rechts insbesondere mit Blick auf das Zulassen von Arbeitskampfmassnahmen in der Schweiz hat das Bundesgericht einst offen gelassen[4]. Es ist indes bemerkenswert, dass gerade der UNO-Pakt I in Art. 8 Abs. 1 lit. d ausdrücklich ein „Streikrecht" garantiert und das Bundesgericht beachtliche Gründe dafür sieht, „der betreffenden Bestimmung self-executing-Charakter zuzubil-

---

2 Vgl. dazu MARTI, S. 56 f., welche zusätzlich die Auffassung von J.P. Müller erwähnt, der das Streikrecht als ungeschriebenes Grundrecht der Bundesverfassung verstanden haben wollte.

3 Vgl. die Urteile des Bundesgerichts 4C.422/2004 vom 13. September 2005, E. 3.3, sowie 6B_758/2011 vom 24. September 2012, E. 1.3.3; zur herrschenden Lehre vgl. MARTI, S. 137 mit den entsprechenden Hinweisen; PORTMANN, S. 354 ff.; a.M. KUSTER ZÜRCHER, S. 151.

4 Vgl. BGE 125 III 277, E. 2e.

ligen"[5]. Damit wären die Vertragsstaaten zur Gewährleistung eines Streikrechts verpflichtet, ohne dass eine landesrechtliche Umsetzung dieser – von der Schweiz durch die vorbehaltlose Unterzeichnung und Ratifikation des UNO-Paktes I anerkannten – Freiheit zwingend erforderlich wäre.

14 Die sich aus dem internationalen Recht ergebenden Garantien erweisen sich heute mit Blick auf die sich bereits aus dem nationalen Recht aus Art. 28 BV ergebenden Freiheiten von untergeordneter Bedeutung. Das internationale Recht hatte indessen massgebenden Einfluss darauf, dass die Koalitionsfreiheit in der heute vorliegenden Formulierung im Verfassungsrecht festgeschrieben wurde[6]. Insbesondere wurde vom Verfassungsgeber erkannt, dass ein – einst auf Bundesebene und in verschiedenen Kantonen vorgesehenes – generelles Streikverbot für Personen im öffentlichen Dienst nicht mehr mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar gewesen wäre[7]. Dies berücksichtigte der Verfassungsgeber bei der Formulierung der heutigen Art. 28 Abs. 3 und 4 BV.

2. Koalitionsfreiheit als Sonderfall der Vereinsfreiheit

15 Der Grundrechtskatalog der Bundesverfassung führt in Art. 28 Abs. 1 BV unter dem Titel Koalitionsfreiheit die in Art. 23 BV gewährleistete Vereinigungsfreiheit mit Blick auf Arbeitsbeziehungen weiter aus. In der Lehre wird die Koalitionsfreiheit als „Schwester" oder „Tochter" der Vereinsfreiheit bezeichnet[8]. Das Bundesgericht spricht von einem „Sonderfall der allgemeinen Vereinigungsfreiheit"[9], was sachlich gerechtfertigt erscheint. Noch unter der alten Bundesverfassung war die Koalitionsfreiheit implizit im Rahmen der damals in Art. 56 aBV statuierten Vereinsfreiheit gewährleistet[10].

16 Die Rechtslehre und das Bundesgericht erkannten schon unter Geltung der alten Bundesverfassung an, dass mit Gewährleistung der Vereins- bzw. Koalitionsfreiheit in der Schweiz auch eine „Verpflichtung des Staates" einhergeht, den sog. Arbeitskampf zuzulassen[11]. Vor diesem Hintergrund ist es für die verfassungsrechtliche Gewährleistung der sog. Streikfreiheit nicht ausschlaggebend, dass neben der damals unbestrittenen Normierung von Vereinigungsfreiheit in Art. 23 BV und – wichtiger – der Koalitionsfreiheit in Art. 28 Abs. 1 BV in der neuen Bundesverfassung auch noch die Zulässigkeit von Streik und Aussperrung in Art. 28 Abs. 3 BV explizit Erwähnung fanden. Freilich ist darin eine nicht zu unterschätzen-

---

5 BGE 125 II 177, E. 2d und 2d/bb.

6 Vgl. hier HENNEBERGER/SUDJANA, S. 64 ff., insbes. S. 67.

7 Vgl. BBl 1997 I 1, 178; MARTI, S. 140 f.; HENNEBERGER/SUDJANA, S. 67.

8 VALLENDER/HETTICH, St.Galler-Komm. zu Art. 28, N 1; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 28, Rz. 1 und 7.

9 Urteil des Bundesgerichts 6B_758/2011 vom 24 September 2012, E. 1.3.2 („un cas spécial de la liberté générale d'association").

10 Vgl. BBl 1997 I 1, 177; BGE 124 I 107, E. 4.

11 BGE 125 III 177, E. 2c mit zahlreichen Hinweisen.

de Verdeutlichung und Hervorhebung[12] der sich bereits aus Art. 28 Abs. 1 BV ergebenden Arbeitskampffreiheiten des Streiks und der Aussperrung zu sehen, welchen anderen Formen des Arbeitskampfes nicht zuteil wurde (vgl. dazu hinten Rz. 21 ff.). Dies ändert indessen nichts daran, dass Streik und Aussperrung ihre Grundlage in Art. 28 Abs. 1 BV finden und die herrschende Lehre heute von der Streikfreiheit als einem „Aspekt"[13] oder einem „Teilgehalt"[14] der Koalitionsfreiheit spricht. Im Übrigen lässt sich solches indirekt auch aus der Botschaft zur neuen Bundesverfassung ableiten, dort nämlich, wo das Streikrecht und das Recht auf Aussperrung als „direkte Folgen der Koalitionsfreiheit"[15] bezeichnet werden.

3. Koalitions- und Streikfreiheit als kollektiv auszuübendes Individualrecht

17 Rechtsprechung und Lehre teilen Art. 28 BV in eine „individuelle" und eine „kollektive" Koalitionsfreiheit ein. Demgemäss soll die Koalitionsfreiheit als Individualrecht den Einzelpersonen das Recht geben, zur Gründung einer Gewerkschaft beizutragen, einer bestehenden Gewerkschaft beizutreten oder an ihrer Tätigkeit teilzunehmen (positive Koalitionsfreiheit), sowie das Recht, ihr nicht beizutreten oder sie zu verlassen (negative Koalitionsfreiheit), ohne auf staatliche Hindernisse zu stossen. Die Koalitionsfreiheit als kollektives Recht soll demgegenüber einer im Sinne von Art. 28 Abs. 1 BV gegründeten Vereinigung die Möglichkeit garantieren, zu existieren und zu handeln, d.h. die Interessen ihrer Mitglieder zu verteidigen. Daraus ergebe sich ein (Grund-)Recht der entsprechenden Vereinigungen selbst, in dem Sinne verstanden, dass diese ihre Aktivitäten (z.B. Teilnahme an Tarifverhandlungen, Abschluss von Tarifverträgen) ohne staatliche Hinderungen ausüben können[16].

18 Die von Lehre und Rechtsprechung hervorgebrachte Unterscheidung eines individuellen und kollektiven Rechts führt zwar zu einer etwas gehobener Dogmatik dieses Grundrechts und nimmt berechtigterweise auch Bezug darauf, dass Art. 28 Abs. 1 BV den betreffenden Organisationen selbst „Rechte" einräumen möchte, doch verleitet es gleichzeitig zur unzutreffenden Annahme, dass Art. 28 BV wegen des (stets) vorhandenen kollektiven Moments, sich nur teilweise als ein verfassungsmässiges Individualrecht ausnimmt. Zu kritisieren ist in diesem Zusammenhang der Vorhalt des Bundesgerichts in BGE 125 III 177, die dannzumal zum Urteilszeitpunkt noch nicht in Kraft getretene Bestimmung von Art. 28 Abs. 3 BV normiere den Streik „nicht als verfassungsmässiges Individualrecht"[17]. Diese Annahme greift

---

12 KOLLER, S. 663, sprach in Bezug auf Art. 28 Abs. 3 BV von „Präzisierungen" beim Streikrecht im Artikel über die Koalitionsfreiheit.

13 BSK BV-SCHIESS RÜTIMANN, Art. 28 N 3.

14 BIAGGINI, Komm. BV, Art. 28, Rz. 17.

15 So explizit BBl 1997 I 1, 179.

16 BGE 140 I 257, E. 5.1; vgl. ferner VALLENDER/HETTICH, St. Galler-Komm. zu Art. 28, N 19 f.; BSK BV-SCHIESS RÜTIMANN, Art. 28 N 10 ff.

17 BGE 125 III 177, E. 3a *in fine*.

zu kurz – ebenso wie die in der Lehre verbreitete Aussage, dem Individuum stehe das Streikrecht erst gar nicht zu[18].

19 Dass um die Formulierung von Art. 28 Abs. 3 BV emotional in den damaligen parlamentarischen Beratungen gerungen wurde und diese Norm letztlich – im Wortlaut – eine Kompromisslösung darstellte, war und ist allseits bekannt[19], ändert aber nichts daran, dass die Koalitionsfreiheit in allererster Linie schon zuvor – und mit der Normierung in vier Absätzen in Art. 28 der neuen Bundesverfassung danach erst recht – eine staatlich garantierte Freiheit des Einzelnen darstellt, welche ihren individualrechtlichen Charakter auch hinsichtlich jenen Teilgehalten behält, bei denen die Anrufung bzw. Ausübung nur im Verbund mit anderen und in Beachtung gewisser Voraussetzungen möglich ist.

20 Dass mit anderen Worten der Arbeitskampfmassnahme des Streiks ein kollektives Moment anhaftet, macht die Koalitions- bzw. Streikfreiheit nicht – wie es VALLENDER/HETTICH ausdrücken – zu einem „Kollektivrecht"[20]. Streik und Aussperrung sind *direkte Folgen* des durch die Verfassung in Art. 28 Abs. 1 BV gewährleisteten Individualrechts der Koalitionsfreiheit[21] und dürfen mithin nicht als zusätzlich oder separat zu Art. 28 Abs. 1 BV eingeräumte Freiheiten eines eigenständig grundrechtsberechtigten Kollektivs angesehen werden. Die Streikfreiheit gewährleistet nicht dem Kollektiv, sondern den einzelnen Personen als individuell wahrnehmbare Grundrechtsadressaten die Niederlegung ihrer Arbeit unter gewissen Voraussetzungen. Es ist letztlich auch die Arbeit des Grundrechtsadressaten und nicht diejenige des Kollektivs, die bei Ausübung der Streikfreiheit darniederliegt. Dass die jeweils individuellen Akte der Arbeitsniederlegung für die rechtmässige Anrufung der Streikfreiheit allenfalls zu koordinieren sind, ist eine logische Folge der in Art. 28 Abs. 3 BV statuierten Voraussetzungen. Die Streikfreiheit ist deshalb aber nicht weniger als Teilgehalt eines kollektiv auszuübenden Individualrechts zu sehen. Ein Teil der Lehre spricht hier denn auch zu Recht von der Streikfreiheit als einem „kollektivbezogenen" Individualrecht[22]. Ein anderer Teil fügt an, dass die Streikfreiheit sich im vertikalen Verhältnis ohnehin als Individualgrundrecht ausnimmt, da sich der Einzelne dann jeweils auf diese Freiheit berufen können müsse, wenn ihm etwa aufgrund der Teilnahme an einem Streik persönliche Nachteile drohen[23].

---

18 Exemplarisch PETER HELBLING, in: Portmann/Uhlmann, (Hrsg.), SHK zum BPG, Art. 24 N 29, wobei dieser Autor dann wiederum präzisierend festhält „der individuelle Streik ist nicht zulässig".

19 Vgl. VALLENDER/HETTICH, St. Galler-Komm. zu Art. 28, N 25 mit weiteren Hinweisen; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 28, Rz. 14; BSK BV-SCHIESS RÜTIMANN, Art. 28 N 1 ff., welche hierzu den Titel „Komplizierte Entstehung" wählte.

20 Vgl. VALLENDER/HETTICH, St. Galler-Komm. zu Art. 28, N 31; kritisch auch BIAGGINI, Komm. BV, Art. 28, Rz. 17.

21 Vgl. BBl 1997 I 1, 179.

22 In diesem Sinne auch BIAGGINI, Komm. BV, Art. 28, Rz. 17; MARTI, S. 75.

23 Vgl. hier BSK BV-SCHIESS RÜTIMANN, Art. 28 N 16.

B. Koalitionsfreiheit und Arbeitskampffreiheiten im öffentlichen Dienst

1. Besondere Legitimation der Arbeitskampffreiheiten Streik und Aussperrung und Rückschlüsse für den öffentlichen Dienst

21 Unter den Begriff der Arbeitskampffreiheit fallen in erster Linie der Streik und die Aussperrung. Diese Formen werden von der Bundesverfassung mit Art. 28 Abs. 1 vorausgesetzt, sind aber zusätzlich in Art. 28 Abs. 3 – im Gegensatz zu anderen Mitteln des Arbeitskampfes – mit gewissen einzuhaltenden Voraussetzungen explizit als zulässig bezeichnet. Ferner werden diese Formen der Arbeitskampffreiheit – namentlich als Folge von Art. 28 Abs. 4 BV – in Gesetzeserlassen ausgeführt[24]. Es ist mithin davon auszugehen, dass der kollektiven, temporären Arbeitsniederlegung von Arbeitnehmern (Streik) und dem vom Arbeitgeber veranlassten Ausschluss der Belegschaft von Arbeit und Entlöhnung (Aussperrung) eine spezifische Legitimation zukommt, welche anderen Mitteln des Arbeitskampfes abgeht. Entscheidend ist hier, dass – zusätzlich zur Grundlage in Art. 28 Abs. 1 BV – eine Erwähnung dieser Mittel in Verfassung und Gesetz bzw. die explizite Bezeichnung erfolgt, dass solche Formen des Arbeitskampfes unter Einhaltung der aufgeführten Voraussetzungen zulässig sind[25].

22 Im Gegensatz zum Streik und der Aussperrung, sind weitere Formen des Arbeitskampfes zwangsläufig durch Auslegung zu ermitteln. Der Behauptung der Zulässigkeit anderer Mittel und Formen bzw. Rechte des Arbeitskampfes wird denn auch teilweise skeptisch begegnet. Das Bundesgericht hat etwa in diesem Sinne ausgeführt, dass die Koalitionsfreiheit Berufsverbänden des öffentlichen Dienstes keinen Rechtsanspruch auf Mitwirkung am Gesetzgebungsverfahren betreffend das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis verleiht[26]. Ferner hat es den Zugang von Gewerkschaften zu privaten Unternehmen zur Verteilung von Flugblättern oder anderen Publikationen als unzulässiges Mittel des Arbeitskampfes bezeichnet[27]. Entsprechend weite Auslegungen von Art. 28 BV hat es mithin abgelehnt. Insbesondere hielt das Bundesgericht in letzterem Fall fest, dass der geforderte und aus Art. 28 BV abgeleitete Zugang zu Unternehmen nicht als unverzichtbarer Bestandteil der Koalitionsfreiheit angesehen werden könne („...ne s'interprète pas comme étant une composante indispensable de la liberté syndicale..."), wobei es anfügte, dass dies zumindest

---

24 Vgl. etwa Art. 24 Abs. 1 BPG.

25 Die rechtliche Würdigung von anderen Formen des Arbeitskampfes ist in der Schweiz nach wie vor offen; vgl. immerhin BGE 132 III 122, E. 4.3, zu den Kriterien für die Bestimmung, ob ein Mittel des Arbeitskampfes vorliegt oder nicht. Für einen Überblick über die auftretenden Formen und Mittel im Arbeitskampf vgl. WENGER, passim, und REHBINDER, passim.

26 Vgl. BGE 129 I 113, E. 3 und Regeste.

27 Urteil des Bundesgerichts 6B_758/2011 vom 24. September 2012, E. 1.3.4.

einmal ausserhalb des Rahmens eines rechtmässigen Streiks so gelte („...tout du moins hors du contexte d'une grève licite").[28]

23 Es ist mithin zu erkennen, dass Streik und Aussperrung als den explizit von der Verfassung genannten Mitteln des Arbeitskampfes, eine besondere Legitimation zukommt. Gerade bei der Arbeit des Staatspersonals, bei welcher sich die Handlungen der Arbeitnehmerschaft als Handlungen des Staates ausnehmen, ist es nun vor dem geschilderten Hintergrund schwer vorstellbar, dass sich weitere Formen des Arbeitskampfes, welche eben gerade nicht in Verfassung oder Gesetz als zulässig angeführt werden und mit entsprechenden Voraussetzungen ausgeführt sind, als „unverzichtbarer Bestandteil der Koalitionsfreiheit" ausnehmen können.

24 Als These sei an dieser Stelle deshalb formuliert, dass die dem Personal des öffentlichen Dienstes zur Verfügung stehenden Formen des Arbeitskampfes in tatsächlicher Hinsicht diejenigen sind, die diesem heute von der Verfassung und dem Gesetz explizit zugesprochen werden. Andere Formen könnten zwar grundsätzlich durch Auslegung aus der Garantie der Koalitionsfreiheit abgeleitet werden, doch besteht hier die Vermutung einer restriktiven Praxis des Bundesgerichts. Namentlich geht es um den zu erwartenden Fall, dass das Gericht weitere Formen des Arbeitskampfes (auch in Zukunft) nur dann zulässt, wenn diese als zur Ausübung dieses Freiheitsrechts im Bereich des öffentlichen Dienstes als unverzichtbar angesehen werden können. Solches wäre u.E. im vornherein nicht bei jenen Formen des Arbeitskampfes im öffentlichen Dienst erfüllt, welche zwangsläufig einerseits mit einer Verletzung der Dienst- und Treuepflicht des Personals des öffentlichen Dienstes einhergingen und andererseits gleichzeitig zur Folge hätten, dass das objektive Recht absichtlich (durch fehlende oder fehlerhafte Handlungen des Personals) nicht verwirklicht wird. Abgesehen vom nationalen und internationalen Schaden für das Ansehen des Staates in diesen Fällen, würde ein entsprechendes Verhalten durch die den Staat repräsentierenden Personen des öffentlichen Diensts die Rechtsanwendung und -durchsetzung verhindern und sich damit nicht in erster Linie gegen den Arbeitgeber, sondern gegen das Wesen des Staates als solches richten. Es besteht hier ein gewichtiger Unterschied zum privatrechtlichen Verhältnis von Arbeitnehmer und Arbeitgeber, da sich dort die gleichen Handlungen „lediglich" als Verletzung der persönlichen Arbeitspflicht des Arbeitnehmers ausnehmen[29].

25 Mithin besteht u.E. beim Personal des öffentlichen Dienstes kaum Raum für nicht explizit durch Verfassung und Gesetz legitimierte Formen des Arbeitskampfes, da die meisten Formen stets mit einer gegen das Wesen des Staates als solchen gerichteten Haltung verbunden sind, was eben einer speziell legitimierenden Form bedürfte. Namentlich trifft dies

---

28 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_758/2011 vom 24. September 2012, E. 1.3.4 *in fine*; vgl. zum Ganzen auch HOTTELIER, passim.

29 Vgl. STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, Komm. zu Art. 321 N 8: „Die Erfüllung seiner vertraglichen Funktion darf [der Arbeitnehmer] aber nicht verweigern, ohne selber Streikender zu werden und darum allenfalls mit den entsprechenden Sanktionen rechnen zu müssen".

auf all jene Fälle zu, in denen etwa absichtlich schlechte oder ungenügende Arbeit mit dem Ziel verrichtet wird, dass die Rechtsanwendung und/oder Rechtsdurchsetzung verhindert oder behindert wird (z.B. verweigert der öffentliche Dienst den Publikumsverkehr, fügt dem Staat absichtlich finanziellen Schaden zu oder setzt das Recht absichtlich mangelhaft durch bzw. wendet es absichtlich fehlerhaft an).

26 Mit Blick darauf, dass dem Staatspersonal vor diesem Hintergrund kaum alternativ zum Streik weitere Formen und Mittel des Arbeitskampfes zur Verfügung stehen, kommt den von Verfassung und Gesetz explizit garantierten Mitteln eine umso bedeutendere Rolle zu. Deshalb erscheint auch die Einschränkung des Streikrechts des öffentlich-rechtlich angestellten Personals nur aus zwingenden Gründen möglich – nichts anderes ergibt sich aber auch aus Art. 28 Abs. 1 und 4 BV, welche heute einem generellen Streikverbot entgegenstehen[30].

2. Streikfreiheit des öffentlich-rechtlichen Personals

2.1 Grundrechtscharakter des rechtmässigen Streiks und Relevanz des Konzepts von Art. 35 BV

27 Der Streik und die Aussperrung als Formen des Arbeitskampfes werden zuweilen als eigenständiges „Recht" bezeichnet, was im Kontext von Art. 28 BV zumindest unpräzise ist, weil die in Art. 28 Abs. 3 und 4 BV vorgesehene Zulassung von Streik und Aussperrung letztlich eine materielle Folge der Einräumung des Rechtes gemäss Art. 28 Abs. 1 BV, d.h. der Koalitionsfreiheit, ist (dazu aber bereits Rz. 20). Wie die Normierung von Art. 28 Abs. 3 und 4 BV beweist, stand es dem Verfassungsgeber nicht im Sinn, den Arbeitskampf etwa durch Formen der Zwangsschlichtung funktionsfähig zu machen – auch nicht beim Staatspersonal.

28 Im Hinblick auf die besondere Stellung des Staatspersonals als Grundrechtsadressaten einerseits und als Arbeitnehmer des Staates andererseits und – aus anderer Optik – im Hinblick auf die entsprechend besondere Doppelrolle des Staates als Hoheitsträger, Gesetzgeber und Gewährleister der Grundrechte einerseits und als Arbeitgeber andererseits, erstaunt es nicht, dass in der Schweiz einst klare Verhältnisse bevorzugt wurden und es öffentlich-rechtlich angestellten Personen häufig per Gesetz komplett verboten war, zu streiken. Die Unzulässigkeit eines solchen generellen Streikverbotes für öffentlich-rechtlich angestellte Personen (dazu auch Rz. 31) ist heute aber ebenso unbestritten, wie es der

30 Vgl. auch MARTI, S. 80 mit Hinweisen auf Materialien der Verfassungsreform. Die öffentlichen Bediensteten sollten sich „regelmässig auf die Streikfreiheit berufen können, und nur ausnahmsweise sollte ihnen dieses Recht versagt bleiben".

Grundrechtscharakter des rechtmässigen Streiks (auch beim öffentlich-rechtlichen Personal) ist[31].

29 Hinsichtlich der erwähnten Doppelrolle des Staates als Hoheitsträger bzw. Gesetzgeber und als Arbeitgeber, gilt es sodann in Erinnerung zu rufen, was Art. 35 BV postuliert. Die Überschrift dieser Bestimmung lautet „Verwirklichung der Grundrechte", was bereits darauf schliessen lässt, dass es beim kurz vor den Voraussetzungen der Grundrechtseinschränkung in der Bundesverfassung platzierten Artikel nicht einzig um die *Bindung* des Staates an die Grundrechte geht. Der Norm kommt in erster Linie ein eher programmatischer Charakter zu, was insbesondere dort zutrifft, wo Art. 35 BV davon ausgeht, dass Grundrechte „in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen" sollen und dass, wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, „an die Grundrechte gebunden und verpflichtet [ist], zu ihrer Verwirklichung beizutragen" bzw. die Behörden dafür sorgen müssen, „dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden". Trotz des programmatischen Charakters leitet die Lehre gerade aus dem zweiten Teilsatz von Art. 35 Abs. 2 BV *einen Auftrag* zur tatsächlichen Verwirklichung der grundrechtlich geschützten Rechte und Freiheiten ab. Der Wortlaut der Bestimmung (zur Verwirklichung „beitragen") lasse indessen nicht auf einen umfassenden oder absolut wirkenden Verwirklichungsauftrag der Verfassung schliessen[32]. Anerkannt ist aber, dass insbesondere *den rechtsetzenden Behörden* aufgrund von Art. 35 BV aufgetragen ist, Erlasse *möglichst freiheitlich und rechtsgleich* zu gestalten[33].

30 Hinsichtlich der vorliegend zu betrachtenden Doppelrolle des Staates, bei welcher der Staat durch sein handelndes Organ zugleich als Arbeitgeber und Verordnungs- oder Gesetzgeber auftritt, ist Art. 35 BV demnach von Relevanz. Zum einen kann gesagt werden, dass die Arbeitsbedingungen des öffentlich-rechtlichen Personals in Gesetzen und Verordnungen in Nachachtung des Grundrechtsverwirklichungsauftrages festzulegen sind[34]. Zum

---

31 Vgl. hierzu etwa MARTI, S. 63-68; vgl. BIAGGINI, Komm. BV, Art. 28, Rz. 14, der schon im Jahre 2007 feststellte, dass die Rechtslehre von einer „Grundrechtsqualität" des Streiks und der Aussperrung ausgeht.

32 Vgl. dazu BSK BV-WALDMANN, Art. 35 Rz. 35 f.

33 So etwa explizit KIENER/KÄLIN, S. 42, die aus Art. 35 BV „objektiv-rechtliche Gestaltungsprinzipien" ableiten, welche Wirkung im Bereich der Rechtsetzung zeigen würden, wo der Gesetzgeber insbesondere aufgefordert sei, „bei der Ausgestaltung der Rechtsordnung die Grundrechtsdimension der gesetzlichen Regelungen stets mitzubedenken, möglichst freiheitliche und rechtsgleiche Regelungen zu schaffen und dabei gleichzeitig den grundrechtlichen Schutzpflichten Rechnung zu tragen". Rechtsprechung und Lehre anerkennen sodann, dass den Staat neben dem Beitrag zur Verwirklichung auch eine Pflicht trifft, mit positiven Massnahmen die grundrechtlichen Freiheiten und Rechte der Einzelnen vor Verletzungen und Gefährdungen zu schützen, die nicht von ihm, sondern von Dritten ausgehen (sog. Schutzpflichten); vgl. hierzu etwa BGE 126 II 300, E. 5 oder BSK BV-WALDMANN, Art. 35 Rz. 40 ff.; weiterführend zur Dogmatik KIENER/KÄLIN, S. 37 ff.

34 Wie RHINOW, S. 22 f., es ausgedrückt hat, ist die öffentliche Hand kein „gewöhnlicher" Arbeitgeber – der Staat bleibe Staat, auch wenn er als Arbeitgeber auftrete, sodass er auch bei der sog. Personalbeschaffung, den rechtsstaatlichen Bindungen und Verpflichtungen unterworfen bleibe.

anderen leuchtet es nicht ein, dass der Arbeitnehmerseite gerade dort ihre grundrechtlichen Freiheiten nicht zustehen sollen, wo der Staat als Gesetz- oder Verordnungsgeber in Nachachtung von Art. 35 BV tätig werden müsste. Wenn beispielsweise der Staat nun in seiner Rolle als Verordnungs- oder Gesetzgeber seinen Pflichten gemäss Art. 35 BV nicht nachkommt und in erster Linie Entscheidungen über neue Arbeitsbedingungen des Personals aufgrund politischer Überlegungen trifft[35], anstelle dies in Nachachtung des Grundrechtsverwirklichungsauftrages von Art. 35 BV zu tun, so wäre es stossend, den betroffenen Arbeitnehmern die Berufung auf die ihnen per Verfassung zustehenden Freiheiten des Arbeitskampfes (d.h. Art. 28 Abs. 3 BV) zu versagen. Dies im Übrigen auch vor dem Hintergrund, dass Art. 35 BV – auch nach der hier vertretenen Auffassung – (für sich alleine) noch keine zwingend zu beachtenden Vorgaben für die Gesetzgebung aufstellt und der Rechtsanwendung bzw. der Kontrolle der Rechtsanwendung mit dem Instrument der verfassungs- bzw. grundrechtskonformen Auslegung des Rechts zumindest ein Korrektiv für den Fall zur Verfügung steht, dass der Gesetzgeber seinem Auftrag gemäss Art. 35 BV nicht oder nicht genügend nachkommen sollte[36].

2.2 Einschränkungen des persönlichen Schutzbereichs gemäss Art. 28 Abs. 4 BV

31 Einschränkungen des Streikrechts beim öffentlich-rechtlichen Personal sind in gewissem Rahmen durch den Gesetzgeber möglich, aber nicht zwingend. Regelmässig werden nur die sog. unerlässlichen Dienste von gesetzgeberischen Ausnahmen erfasst[37]. Ein generelles Streikverbot für das Staatspersonal, wie es früher der Bund und die Kantone Bern, Luzern, Fribourg, Graubünden, Wallis und Neuenburg in ihren Personalgesetzen festgeschrieben hatten[38], wäre heute verfassungswidrig[39]. Die Koalitionsfreiheit ist aber auch nicht geradezu schrankenlos gewährleistet – was auch die völkerrechtlichen Vorgaben zeigen, wonach sowohl die EMRK (in Art. 11 Ziff. 2 und Art. 16 f.) als auch der UNO-Pakt II (in Art. 22 Abs. 2) ausdrücklich die Möglichkeit vorsehen, die Ausübung der Vereinigungsfreiheit gewissen Schranken zu unterwerfen.

---

35 Was durchaus oft der Fall sein kann und die Umsetzung von Art. 35 BV per se erschwert, vgl. PHILIPP HÄSLER, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Bern 2005, S. 137.

36 Gleiches gilt auch hinsichtlich der Rechtsprechung des Bundesgericht, die den Richter dazu anhält, „der Verfassung zum Durchbruch zu verhelfen"; vgl. BGE 123 I 56, E. 3c.

37 Hierzu STÄHELIN, passim. Vgl. hier etwa Art. 24 Abs. 1 BPG, wonach der Bundesrat das Streikrecht für bestimmte Kategorien von Angestellten beschränken oder aufheben kann, „soweit es für die Staatssicherheit, für die Wahrung von wichtigen Interessen in auswärtigen Angelegenheiten oder für die Sicherstellung der Landesversorgung mit lebensnotwendigen Gütern und Dienstleistungen erforderlich ist".

38 Vgl. die Nachweise bei AUBERT-PIGUET, S. 1502.

39 BIAGGINI, Komm. BV, Art. 28, Rz. 20.

2.3 Weitere Einschränkungen und Vorgaben durch das öffentliche Personalrecht?

32 Im Bereich des Personalrechts bestehen ganz grundsätzlich differenzierte Regelungen, welche der öffentlichen Hand oder einzelnen Institutionen bei Ausgestaltung ihrer Arbeitsverhältnisse einen sehr weiten Spielraum einräumen. Aufgrund des übergeordneten Bundesverfassungsrechts und den völkerrechtlichen Vorgaben, besteht indessen ein bloss eingeschränkter Spielraum hinsichtlich jener gesetzlichen Regelungen, welche die Koalitionsfreiheit im Bereich der Streik- und Aussperrungsfreiheit einschränken könnten. Mit Blick darauf, dass der Verfassungsgeber beschlossen hat, die „Hauptbedingungen des Streikrechts auf Verfassungsstufe zu verankern, um die rechtmässige Ausübung dieses Rechts klar festzuschreiben"[40], sind die in Art. 28 Abs. 3 BV aufgeführten Voraussetzungen als abschliessend zu betrachten und sind u.E. keine zusätzlichen oder im einzelnen weitergehenden Voraussetzungen in Erlassen des Bundes oder der Kantone möglich[41]. Anders sieht es hinsichtlich der Einschränkung von anderen Aspekten der Koalitionsfreiheit aus; hier gelten die Voraussetzungen von Art. 36 BV.

3. Das Demokratieprinzip als Grundrechtsschranke?

3.1 Ausgangsproblematik

33 Im Arbeitskampf werden die Partner der Arbeitsbeziehung zu Kontrahenten. Hierbei ist auch dem öffentlich-rechtlich angestellten Personal die Streikfreiheit garantiert – wie die Bestimmungen von Art. 28 Abs. 3 und 4 BV verdeutlichen und vorstehend gezeigt wurde.

34 Da der Staat je nach handelndem Organ in verschiedenen Rollen bzw. mit verschiedenen Hüten auftritt, ist es möglich, sich den Staat als Kontrahenten des Personals des öffentlichen Dienstes im Arbeitskampf verschieden zu denken: Er kann entweder in erster Linie als Arbeitgeber gesehen oder überwiegend in der Rolle des Verordnungsgebers oder Gesetzgebers wahrgenommen werden. Die verschiedenen Hüte, tragen demnach entweder die Exekutive, das Parlament oder das Volk. Aufgrund der entsprechenden Kompetenzregelungen bestimmt sich, wer für die Festlegung von Arbeitsbedingungen des öffentlich-rechtlich angestellten Personals verantwortlich zeichnet. Denkbar ist namentlich

- die Zuständigkeit der Exekutive durch Erlass entsprechender Verordnungen;
- die Zuständigkeit der Exekutive durch Erlass entsprechender Verordnungen mit Verordnungsvorbehalt der Legislative;
- die Zuständigkeit der Legislative durch Erlass entsprechender Verordnungen bzw. Dekrete;
- die Zuständigkeit der Legislative durch Erlass entsprechender Gesetze.

---

40 BBl 1997 I 1, 179.

41 Die Aussagen hierzu bei BSK BV-SCHIESS RÜTIMANN, Art. 28 N 20, sind nicht eindeutig, da für Einschränkungen (auch) der Streikfreiheit pauschal auf Art. 36 BV verwiesen wird.

35 Je nach staatlicher Zuständigkeit und Streikziel wird im Falle einer kollektiven, temporären Arbeitsniederlegung von Arbeitnehmern ein Konflikt darin erkannt, dass diese nicht (zulässigerweise) gegen ihren Arbeitgeber, sondern (unzulässigerweise) gegen die Behörden als solche vorgehen. Hintergrund ist hier, dass Art. 28 Abs. 3 BV nur jenen Streik als rechtmässig erklärt, der „Arbeitsbeziehungen" betrifft. Eine Arbeitsniederlegung aus anderen, insbesondere politischen Motiven wird als unzulässig erkannt. Der politische Streik ist gemeinhin dadurch definiert, dass die Forderungen der Streikenden nicht vom Arbeitgeber erfüllt werden können und daher mittels eines angehobenen Streikes Druck auf Behörden ausgeübt werden soll[42]. Mit anderen Worten geht es bei einem (unzulässigen) politischen Streik um die Bereinigung von politischen Differenzen und nicht um die Austragung eines Konfliktes, der (lediglich) mit einer konkreten Arbeitsbeziehung in Verbindung steht. Mithin wird hier in der Lehre postuliert, dass die „politischen Kämpfe" nicht mit den Mitteln des Arbeitskampfes, sondern mit demokratischen Mitteln ausgetragen werden müssen[43].

36 Eine Problematik besteht nun dahingehend, dass Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes zwangsläufig ihre Streikbotschaften an ihren Arbeitgeber richten müssen, aber dieser gleichzeitig auch als der verpönte Empfänger von Botschaften eines unzulässigen, politischen Streikes erkannt werden kann. Die Problematik verschärft sich dadurch, dass der als unzulässig qualifizierte politische Streik einseitig aus einer zivilrechtlichen Optik, d.h. im Hinblick auf ein Horizontalverhältnis, definiert ist[44]. Darauf gilt es sogleich einzugehen.

3.2 Streik gegen den Staat als Hoheitsträger und/oder Arbeitgeber?

37 Die soeben dargestellte Bezeichnung des politischen Streiks, ist bei öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen differenzierter zu betrachten, weil heute einerseits die einst vor Jahrzehnten vertretenen, zu pauschalen Auffassungen, dass Streik und politischer Kampf einzig nach dem Kriterium des Streikadressaten abzugrenzen seien und mithin der Beamtenstreik stets politischen Charakter besitze, mit Blick auf die rechtlichen Entwicklungen seit dieser Zeit schlicht nicht mehr haltbar sind[45]. Andererseits greift die bisherige Definition des politischen Streiks im Hinblick auf die Doppelrolle des Staates als Arbeitgeber und Verordnungs- oder Gesetzgeber nicht respektive erweist sie sich gar auf den ersten Blick als paradox: Es kann nicht der Streik, der sich gegen den Arbeitgeber richtet, zulässig sein und derjenige Streik unzulässig, mit welchem Druck auf Behörden ausgeübt wird, wenn die entsprechenden Behörden- und Arbeitgebereigenschaften in ein und demselben staatlichen Organ vereint sind.

---

42 Vgl. BBl 1997 I 1, 179; vgl. auch BSK BV-SCHIESS RÜTIMANN, Art. 28 N 31 mit Hinweis auf BGE 132 III 122, E. 4.4.2.

43 Vgl. MARTI, S. 82 m.w.H.

44 BIAGGINI, Komm. BV, Art. 28, Rz. 18.

45 Vgl. hier MARTI, S. 82 mit entsprechenden Hinweisen.

38 Einen eingängig einfachen Ansatz vertritt hierzu SCHIESS RÜTIMANN: „Streiken Arbeitnehmer aus dem öffentlichen Dienst für höhere Löhne, die Vereinbarkeit mit Betreuungspflichten oder bessere Leistungen der beruflichen Vorsorge etc., so richten sie sich zwangsläufig an den Gesetz- oder Verordnungsgeber (sog. Doppelfunktion des Staates als Hoheitsträger und Arbeitgeber). Streiks mit solchen Forderungen sind durch die Streikfreiheit geschützt. Sie sind zudem rechtmässig i.S.v. Art. 28 Abs. 3 [BV], weil sie Arbeitsbeziehungen betreffen und sich an den Arbeitgeber richten."[46] Die von SCHIESS RÜTIMANN nicht weiter begründete Schlussfolgerung ist u.E. im Grundsatz richtig, bedarf aber der Präzisierung und Erläuterung. Hierfür ist auf das bisher Ausgeführte Bezug zu nehmen.

39 Vor dem Hintergrund, dass...

- von Verfassungs wegen beim öffentlich-rechtlichen Personal die grundsätzliche Pflicht des Staates besteht, die Anrufung und Ausübung der Streikfreiheit als kollektivbezogenes Individualrecht zuzulassen (Art. 28 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 und 4 BV; dazu vorne Rz. 19 f.),
- die Arbeitskampffreiheiten Streik und Aussperrung über eine besondere verfassungsrechtliche Legitimation verfügen, welche anderen Formen des Arbeitskampfes abgeht (Rz. 21 ff.). und
- der Verordnungs- und Gesetzgeber darüber hinaus mit Blick auf das Konzept von Art. 35 BV (besonders) in der Pflicht steht, die Grundrechte und mithin auch Art. 28 BV zu verwirklichen (Rz. 27 ff.)

...muss im Bereich öffentlich-rechtlicher Anstellungsverhältnisse auf eine angepasste, adäquate Art und Weise zwischen zulässigen, die Arbeitsbeziehung betreffenden Streiks und unzulässigen, politischen Streiks unterschieden werden[47]. Ungeeignet erscheint uns hier eine Grenzziehung, die sich an den Möglichkeiten der demokratischen Mitwirkung bei den Streikadressaten orientiert[48]. Ein solches Vorgehen orientierte sich nämlich zwangsweise an der u.E. unzutreffenden Vorstellung, dass insbesondere die Mitwirkung des Volkes über allem steht oder sich Betroffene mit rechtsstaatlichen Mitteln nicht gegen die politische Gemeinschaft zur Wehr setzen können. Die Vorstellung, dass sobald das Gemeinwesen durch das Volk handelt (bzw. „mithandelt"), zwangsläufig der politische Weg beschritten werden muss, weil das Demokratieprinzip als eine Art Grundrechtsschranke funktioniert[49], ist nicht mit Art. 35 Abs. 2 BV und nicht mit der nun mehr lang anhaltenden Rechtspre-

---

46 BSK BV-SCHIESS RÜTIMANN, Art. 28 N 31.

47 Zu einem ähnlichen Schluss kommt auch BIAGGINI, Komm. BV, Art. 28, Rz. 18.

48 So aber MARTI, S. 84 und 156 f., welche die Ansicht vertritt, dass ein Streik dann Arbeitsbeziehungen betrifft und als zulässig anzusehen ist, wenn die Streikforderung vom Streikadressaten „ohne die besonderen Instrumente des politischen Prozesses, insbesondere der Gesetzgebung, erfüllt werden kann". Ziele aber der Streik auf die Verankerung von Arbeitsbedingungen im formellen Gesetz ab, könne dies – quasi systembedingt – nur im demokratisch legitimierten Gesetzgebungsverfahren geschehen.

49 Vgl. so die Quintessenz der Ausführungen von MARTI, S. 156 im Vergleich zu S. 158.

chung des Bundesgerichts zum Konflikt von Demokratie und Rechtsstaat bei Einbürgerungsentscheiden zu vereinen[50].

40 Beim beschriebenen Fokus auf das Demokratieprinzip verliert man zusätzlich aus den Augen, dass die vordergründig hochgehaltene Demokratie gar nicht bedroht ist, wenn Betroffene sich mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln des Rechtsstaates gegen eine sich als staatlichen Arbeitgeber ausnehmende Behörde zur Wehr setzen. Zum einen werden im Falle der gesetzlichen Verankerung eines durch Streikmassnahmen erzielten Kompromisses die Volksrechte nicht beschnitten, weil gegen das auf diesem Wege allenfalls zu Stande gekommene Gesetz noch immer das Referendum ergriffen werden kann. Zum anderen kann es beim zulässigen Streik auch nur um solche Forderungen gehen, die eine geplante, neue Regelung der Arbeitsbeziehung betreffen (z.B. betreffend tiefere Löhne oder schlechtere Leistungen der beruflichen Vorsorge) und es somit auch klarerweise nicht darum geht, (unzulässigerweise) bestehende Rechtsansprüche auf diesem Weg durchzusetzen[51] oder bestehendes Recht mit undemokratischen Mitteln umzustossen[52]. Wird die Anrufung der Streikfreiheit in solchen Fällen mit dem Argument abgelehnt, es liege eine in der schweizerischen Tradition als unzulässig zu erachtende Einflussnahme auf die staatliche, demokratische Willensbildung vor, weil für die Arbeitnehmerschaft auch hier die Möglichkeit zur demokratischen Mitwirkung – zumindest theoretisch – bestünde[53], handelt es sich u.E. um eine Art Überbordung des Demokratieprinzips, welche zu einer unrechtmässigen, nicht mehr von Art. 28 Abs. 3 BV gedeckten Ausdehnung des Begriffs des politischen Streiks führt. Eine solche Argumentation ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht haltbar, weil damit letztlich das – ebenso der schweizerischen Tradition entsprechende – Rechtsstaatsprinzip ausser Acht gelassen wird, welches mit Art. 28 BV auch den öffentlichrechtlichen Angestellten den Arbeitskampf mit dem Mittel des Streiks erlaubt.

41 Es sind u.E. hinsichtlich der Abgrenzung des zulässigen Streiks im Vergleich zum unzulässigen, politischen Streik im öffentlichen Dienst folgende Punkte entscheidend:

- Betreffen die Forderungen des streikenden Personals ausschliesslich die Arbeitsbeziehung?
- Richtet sich der Streik gegen bestehendes Recht bzw. ein bestehendes System oder werden damit lediglich neue Regelungen oder Bedingungen der Arbeitsbeziehung bekämpft?
- Gegen wen richtet sich der Streik? Adressiert dieser die zuständige Behörde, welche die (neuen) Regelungen der Arbeitsbeziehung in erster Linie erlässt?

---

50 Vgl. hierzu BGE 129 I 217; 129 I 232; 131 I 18; 132 I 167; 134 I 49; 134 I 56; 135 I 49.

51 Vgl. hierzu BBl 1997 I 1, 179 *in fine*; HENNEBERGER/SUDJANA, S. 62.

52 Vgl. MARTI, S. 84.

53 Vgl. MARTI, S. 156.

42 Wenn nach Prüfung dieser Fragestellungen klar ist, dass sich das Anrufen der Streikfreiheit bzw. die mit dem Streik verbundene Forderung der Arbeitnehmerschaft im konkreten Fall einzig auf die Arbeitsbeziehung zu einer bestimmten Behörde bezieht, welche zudem im konkreten Einzelfall den zu adressierenden staatlichen Arbeitgeber repräsentiert, und sich das streikende Personal nicht gegen ein bestehendes System, sondern lediglich gegen einzelne neu diktierte Arbeitsbedingungen oder neue Bedingungen, die im Einflussbereich des Arbeitgebers liegen, stellt, so ist darin von vornherein kein unzulässiger politischer Streik zu sehen. Der Streik ist in solchen Fällen verfassungsrechtlich zulässig und zwar u.E. und in Übereinstimmung mit SCHIESS RÜTIMANN unabhängig davon, gegen welchen Adressaten er sich richtet und welche demokratischen Mittel der Arbeitnehmerschaft (theoretisch) zur Verfügung stehen. Da in solchen Fällen bei Ausübung des verfassungsrechtlich zugestanden Streikrechts nicht ersichtlich ist, weshalb dadurch die Demokratie in Gefahr steht, ist diesbezüglich auch nicht von einer in der Lehre zuweilen behaupteten „entweder-oder-Situation" auszugehen[54].

C. Zu den einzelnen Voraussetzungen eines rechtmässigen Streiks des Personals des öffentlichen Dienstes und deren Erfüllung in casu

1. Zu den Voraussetzungen

43 Für die Frage der Zulässigkeit des Streikes des Personals des öffentlichen Dienstes, ist entscheidend, ob im Einzelfall der von Art. 28 Abs. 3 BV geforderte Konnex des Streikes zu Arbeitsbeziehungen besteht und es sich mithin um eine zulässige Anrufung der Streikfreiheit handelt oder im Gegenteil ein unzulässiger politischer Streik vorliegt. Daneben müssen grundsätzlich aber auch die weiteren von Art. 28 Abs. 2 und 3 BV postulierten und teilweise ungeschriebenen Voraussetzungen im Auge behalten werden. So ist ein Streik mithin dann zulässig, wenn er nicht nur Arbeitsbeziehungen betrifft, sondern er gleichzeitig auch...

- keiner Verpflichtung entgegensteht, den Arbeitsfrieden zu wahren oder Schlichtungsverhandlungen zu führen,
- er verhältnismässig ist und mithin nach dem Ultima-Ratio-Prinzip angehoben wird,
- er grundsätzlich von einem glaubwürdigen Interessenvertreter des betroffenen öffentlichen-rechtlichen Personals ausgeht[55] bzw. von einem solchen getragen wird,
- kein gesetzliches Streikverbot besteht[56].

---

54 In diesem Sinne MARTI, S. 84 und S. 156.

55 Vgl. hier MARTI, S. 95, welche die Modifikation der Voraussetzung einer „tariffähigen Organisation" hin zu einem „glaubwürdigen Interessenvertreter" im öffentlichen Dienst korrekt und nachvollziehbar darlegt; ferner grundlegend das Kriterium in Frage stellend DUNAND/MAHON/MATTHEY/RUSSO, S. 3 ff.

56 Vgl. grundlegend zu allen Voraussetzungen etwa BIAGGINI, Komm. BV, Art. 28, Rz. 14 ff.; BSK BV-SCHIESS RÜTIMANN, Art. 28 N 42 ff.; VALLENDER/HETTICH, St.Galler-Komm. zu Art. 28, N 29 ff.; AUBERT-PIGUET, 1498 ff.

2. Zur Erfüllung der Voraussetzungen in casu

2.1 Konnex zu Arbeitsbeziehungen vs. politischer Streit?

44 Der Landrat beschliesst über die vom Kanton Basel-Landschaft ausgerichteten Besoldungen, Pensionen und Ruhegehälter und mithin auch über einen allfälligen jährlichen Umlagebeitrag bei Pensionskassenansprüchen seiner Angestellten in einem nicht referendumsfähigen Dekret (sog. Pensionskassendekret). Hintergrund ist die vom Kanton Basel-Landschaft per Verfassung bestimmte Kompetenzordnung im personalrechtlichen Bereich, welche sich insbesondere und im vorliegend zu betrachtenden Fall aus § 67 Abs. 1 lit. d KV BL ergibt. Diese – hinsichtlich des Umfangs der Regelung nicht eingeschränkte – Kompetenz steht dem Parlament sowohl in Abgrenzung zum Volk als auch gegenüber dem Regierungsrat zu. Von einem solchen Dekret sind alle Lehrerinnen und Lehrer des Kantons betroffen. Gemäss den Materialien der Vorlage gehören dazu auch alle Kindergarten-, Primar- und Musikschullehrpersonen, welche auf Gemeindestufe unterrichten. Diese Personen sind zusammen mit den anderen Kantonsangestellten im Vorsorgewerk „Kanton" versichert[57] und fallen damit – nach dem Verständnis des Kantons – in den Kompetenzbereich gemäss § 67 Abs. 1 lit. d KV BL. Auch wenn die Senkung des technischen Zinssatzes sowie des Umwandlungssatzes durch die Basellandschaftliche Pensionskasse (BLPK) autonom festgelegt werden bzw. wurden, so hat es beim Vorsorgewerk „Kanton" der Landrat (der sich mit Blick auf § 67 Abs. 1 lit. d KV BL hier in der Rolle des Arbeitgebers befindet) in der Hand, dem Personal einen jährlichen Umlagebeitrag zu leisten, sodass keine Pensionierungsverluste zulasten der aktiven Versicherten entstehen.

45 Es stellt sich nun hinsichtlich der ersten zu prüfenden Voraussetzung die Frage, ob das Streiken des Personals in Zusammenhang mit neuen Bedingungen bei den Pensionskassenansprüchen als zulässig angesehen werden kann oder ob auf eine gewisse Weise hier doch ein unzulässiger politischer Streik vorliegt, weil eine Einflussnahme auf die staatliche, demokratische Willensbildung anzunehmen ist. Letzteres kann mit Blick auf die oben gemachten grundlegenden Ausführungen im Grundsatz bereits ausgeschlossen werden und in der vorliegenden Konstellation erst recht, wo es um relevante Handlungen des Arbeitgebers per parlamentarischem Dekret geht. Es gilt nämlich zu beachten, dass die Rechtssetzungsform des Dekrets es mit sich bringt, dass Betroffene, welche sich mit den ihnen vorgesetzten Bedingungen bei den Pensionskassenansprüchen und den diesbezüglichen Entscheidungen des Arbeitgebers nicht einverstanden erklären können, sich zum einen nicht mit demokratischen Mitteln gegen das Volk – d.h. die politische Gemeinschaft als solche – zur Wehr setzen würden, sondern mit ihren diesbezüglichen Forderungen und den entsprechenden Arbeitskampfmassnahmen klarerweise (nur) ihren Arbeitgeber adressieren. Und zum anderen muss erkannt werden, dass die Mitwirkung des Volkes bzw. die entsprechenden demokratischen Partizipationsmöglichkeiten mit Blick auf das in Frage

---

57 Vgl. Vorlage an den Landrat vom 5. Dezember 2017, LRV 2017/625, S. 6 und dort Fn 2 sowie S. 7; für die Kindergarten-, Primar- und Musikschullehrpersonen wird in der Vorlage der Kanton als Arbeitgeber bezeichnet.

stehende parlamentarische Dekret gar nicht bestehen. Namentlich stehen die Referendums- noch Initiativmöglichkeiten den Betroffenen in dieser Angelegenheit nicht zur Verfügung.

46 Die Referendumsmöglichkeit ist in solchen Fällen bereits gemäss § 63 Abs. 3 Satz 2 KV BL ausgeschlossen[58]. Die Möglichkeit einer Gesetzes- oder Verfassungsinitiative gemäss § 28 KV BL steht bei genauerem Hinsehen ebenfalls nicht zur Verfügung, da sich zum einen die Volksinitiative auf Änderung der Verfassung höchstens gegen die bisherige Kompetenzordnung, d.h. gegen § 67 Abs. 1 lit. d KV BL, richten könnte, was mit den konkret in Frage stehenden neuen Regelungen und Ansprüchen aber nichts zu tun hätte. Die Gesetzesinitiative zum anderen, mit welcher der Erlass einer bestimmten Gesetzesregelung betreffend die geforderte Handhabung bei den Pensionskassenansprüche verlangt würde, wäre verfassungswidrig und müsste in Anwendung von § 29 Abs. 1 KV BL ungültig erklärt werden. Die Erklärung ist hier relativ einfach: Wenn wie vorliegend bereits auf Verfassungsstufe dem Landrat die Kompetenz für die Regelung der Besoldung etc. zugesprochen ist, so ist diese Ermächtigung zu wahren und darf nicht über den Umweg des Gesetzes ausgehöhlt werden. Könnte mit anderen Worten die Besoldung etc. per Gesetzesinitiative durch eine Regelung im Personalgesetz festgelegt werden, so würde die Kompetenzregelung in § 67 Abs. 1 lit. d KV BL ihres Sinns beraubt: Nicht mehr der Landrat, sondern das Personalgesetz würde die Besoldung etc. bestimmen. Eine solche Möglichkeit zulassen zu wollen, hiesse gleichzeitig der Regelung von § 67 Abs. 1 lit. d KV BL im Kompetenzkatalog keinerlei Berechtigung zuzuerkennen.

47 Da sich die weiteren demokratischen Mittel auf Anhörungsrechte beschränken[59] und noch nicht einmal eine Pflicht zur Durchführung einer Vernehmlassung besteht, wenn der Regierungsrat dem Landrat gemäss § 74 Abs. 1 KV BL Entwürfe zu Dekreten vorlegt[60], bestünde in der vorliegenden Konstellation gar keine reelle Möglichkeit den Kampf mit demokratischen Mitteln zu führen.

48 Im Übrigen sprechen vorliegend auch die oben aufgeführten und einzelfallweise zu beachtenden Punkte dafür, dass der gemäss Art. 28 Abs. 3 BV geforderte Konnex zu Arbeitsbeziehungen bestünde. Es handelte sich m.a.W. nicht um einen politischen Streik, weil...

- die Forderungen des allenfalls streikenden Lehrpersonals die infolge der Senkung des technischen Zinssatzes sowie des Umwandlungssatzes neu drohenden Pensionierungsverluste betreffen würden und sich zu Recht an den Landrat als Arbeitgeber

---

58 Regelungen über Besoldungen oder weitere Ansprüche des Personals befinden sich oft nicht in Personalgesetzen, sondern in Verordnungen der Parlamente oder der Regierungen, weshalb es sich in diesem Sinne bei vorliegender Regelung um eine gängige Ausnahme vom Demokratieprinzip handelt; vgl. hierzu POLEDNA, S. 216.

59 Vgl. § 34 Abs. 1 Satz 2 KV BL; vgl. ferner die Aufgaben des sog. Bildungsrates gemäss § 85 Bildungsgesetzes.

60 Vgl. § 7 der Verordnung über das Mitberichtsverfahren und das Vernehmlassungsverfahren.

richteten, der hier mit Blick auf § 67 Abs. 1 lit. d KV BL einen jährlichen Umlagebeitrag beschliessen kann, um die (neu eintretenden) Verluste zu verhindern – entsprechend ist die Arbeitsbeziehung tangiert;

- ein allfälliger Streik sich nicht gegen eine bestehende Regelung bei den Pensionskassenansprüchen richtete, sondern gegen neue Regelungen bzw. neu eintretende Bedingungen in der Arbeitsbeziehung, die im Einflussbereich des Arbeitgebers liegen;
- ein allfälliger Streik gegen den Landrat gerichtet wäre, der im Hinblick auf § 67 Abs. 1 lit. d KV BL als zuständige Behörde über die vom Kanton ausgerichteten Besoldungen etc. befindet und mithin in dieser Hinsicht die Rolle des Arbeitgebers in der zu betrachtenden Arbeitsbeziehung vertritt.

2.2 Gesetzliches Streikverbot?

49 Dass der Streik für Lehrerinnen und Lehrer – oder auch für das andere Personal der kantonalen Verwaltung – im Kanton Basel-Landschaft in Anwendung von Art. 28 Abs. 4 BV gesetzlich ausgeschlossen worden sein soll, ist nicht ersichtlich. Im Gegensatz etwa zum Petitionsrecht, dass der Arbeitnehmerschaft sowie deren Personalverbände in § 49 Abs. 4 PG BL gesetzlich zugestanden wird, ist die Koalitions- und Streikfreiheit im kantonalen Gesetzesrecht nicht erwähnt. Dass mit Blick auf den Streik weder Verbot noch Freiheit im Kanton Basel-Landschaft gesetzlich erfasst wurden, könnte eine Folge der Inkraftsetzung des Personalgesetzes zur Zeit der Geltung der alten Bundesverfassung sein, als es den entsprechenden Art. 28 BV eben noch nicht gab.

2.3 Handeln durch glaubwürdigen Interessenvertreter?

50 Der Streikbeschluss kann grundsätzlich nur durch einen glaubwürdigen Interessenvertreter der öffentlich-rechtlich angestellten Personen gefasst werden und nicht durch spontan gebildete Gruppen bzw. ad hoc-Streikkomitees. Der Lehrerinnen- und Lehrerverein Baselland (LVB), welcher kantonal alle Lehrkräfte aller Stufen umfasst (also auch die Primar- und Musikschullehrkräfte) und entsprechend eine genügende Grösse aufweist (vgl. hier auch § 50 PG BL), erfüllt ohne Weiteres die entsprechenden Anforderungen. Er befindet sich in der vom kantonalen Recht bezeichneten Rolle eines Personalverbandes, wonach er denn auch für die betreffenden Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter das Mitspracherecht wahrnehmen kann (vgl. § 49 Abs. 1 PG BL).

2.4 Verhältnismässigkeit?

51 Gemäss der dritten Zulässigkeitsvoraussetzung müssen Streik und Aussperrung verhältnismässig sein[61]. Dieses Erfordernis ist festgehalten in Art. 28 Abs. 2 BV, demgemäss Streitigkeiten nach Möglichkeit durch Verhandlung oder Vermittlung beizulegen sind. Es wird von einem Vorverständnis des Verfassungs- und Gesetzgebers ausgegangen, welches sich

---

61 Vgl. anstatt vieler BGE 132 III 122, E. 4.4 f.

ebenfalls in Art. 28 Abs. 2 BV ausdrücken soll[62], wonach die Kampfmassnahme des Streiks nur als Ultima Ratio eingesetzt werden darf. Bei der Vorstellung, dass Streikmassnahmen nur der letzte Ausweg sind und mithin erst zulässig sein können, wenn Verhandlungen und Vermittlung gescheitert sind, handelt es sich letztlich im Wesentlichen um die Frage, ab welchem Zeitpunkt gestreikt werden darf[63].

52 Mit Blick auf die vorliegende Situation, ist zu konstatieren, dass sich die betroffene Arbeitnehmerseite und die Arbeitgeberseite – insbesondere bei Letzterer, der zum Entscheid berufene Landrat – in einem länger schon anhaltenden Diskurs zu den besagten Themen stehen. So wurden die Mitglieder des kantonalen Parlaments und auch jene der Kantonsregierung in verschiedenen Aktionen für das Anliegen des LVB sensibilisiert. Insbesondere fanden Protestaktionen an Sitzungen des Landrats statt, wurden Flugblätter an die Landräte verteilt und organisierte die Arbeitsgemeinschaft Basellandschaftlicher Personalverbände (ABP) eine (Protest-)Veranstaltung im November 2017, bei welcher auch sämtliche Regierungsmitglieder anwesend waren. Der Diskurs führte bis anhin zu keiner friedlichen Lösung oder zu konkreten Signalen des Arbeitgebers. In einer solchen Situation kann mit guten Gründen davon ausgegangen werden, dass die zahlreichen Verständigungsversuche nicht zur erwünschten friedlichen Lösung führen werden und mithin weitere solche Verständigung unzweckmässig erscheinen. Allerdings besteht darüber bis zum betreffenden Beschluss des Landrates keine Gewissheit. Die Zulässigkeit des Streiks nach dem Beschluss über das Dekret ist u.E. unter den dann gegebenen Umständen zu bejahen, wenn namentlich Klarheit besteht, dass die verschiedenen Verständigungsversuche mit dem Arbeitgeber tatsächlich nichts bewirkt haben. Eine Zulässigkeit des Streikes vor dem Beschluss über das Dekret wäre höchstens mit vorliegen entsprechend deutlicher Signale der Ablehnung seitens des Landrates zu bejahen.

2.5 Verpflichtung, den Arbeitsfrieden zu wahren oder Schlichtungsverhandlungen zu führen?

53 Gemäss Art. 28 Abs. 3 BV sind Verpflichtungen, mit welchen der Arbeitsfrieden zu wahren oder eine Schlichtungsverhandlung zu führen ist, einzuhalten. Dies ist vor allem der Fall, wenn die Koalitionspartner einen GAV geschlossen haben und deshalb spezielle Friedens- oder Schlichtungspflichten bestehen[64]. Solches ist vorliegend nicht ersichtlich.

V. Schlussfolgerungen

A. Gutachterliche Erkenntnisse und Klarstellungen

54 Wie in den Vorbemerkungen zu diesem Gutachten vorweggenommen (Rz. 9 f.), finden sich in Bezug auf die Streikfreiheit im öffentlichen Dienst auf den ersten Blick zahlreiche Unklar-

---

62 Vgl. BSK BV-SCHIESS RÜTIMANN, Art. 28 N 50 mit entsprechenden Hinweisen auf die Ratsdebatten.

63 BSK BV-SCHIESS RÜTIMANN, Art. 28 N 52.

64 Vgl. hierzu nur BSK BV-SCHIESS RÜTIMANN, Art. 28 N 48 f. mit Hiweis auf Art. 351a OR.

heiten. Diese ergeben sich zum einen aus einer unscharfen Dogmatik und einer teilweise unwegsamen Entstehungsgeschichte des Wortlautes von Art. 28 BV. Zum anderen besteht die Vorstellung von einem erhöhten Stellenwert des Demokratieprinzips, welches demgemäss und auch hier geradezu als Grundrechtsschranke funktionieren soll. Das Personal des öffentlichen Dienstes sieht sich sodann bei der Ausübung der verfasssungsmässig zugestandenen Streikfreiheit scheinbar einer paradoxen Doppelrolle des Staates gegenübergestellt – zumindest wenn Arbeitgeber und Verordnungs- oder Gesetzgeber in ein und demselben staatlichen Organ vereint sind. Diese Situation passt wiederum nicht zur entsprechenden Dogmatik des unzulässigen sog. politischen Streiks.

55 Wie eingangs ebenfalls schon erwähnt, ist es nun das Zusammenfügen der verschiedenen relevanten Elemente, welche die notwendige Klarheit bringt. Was bei Niels Bohr namentlich das schmutzige Wasser und Tuch war (vgl. zur entsprechenden Anekdote vorne Rz. 9), sind für die Streikfreiheit des öffentlich-rechtlich angestellten Personals folgende Aspekte, welche zum eindeutigen Verständnis des Bestehens dieses grundrechtlichen Anspruchs führen:

- die Streikfreiheit ist kein „Kollektivrecht", sondern ein kollektiv auszuübendes Individualrecht, dass sich aus Art. 28 Abs. 1 BV ableitet – dies auch beim Personal des öffentlichen Dienstes (dazu Rz. 15 ff. und 17 ff.);
- die Arbeitskampfmassnahmen Streik und Aussperrung besitzen aufgrund der Verdeutlichung und Hervorhebung durch die Verfassung eine besondere Legitimation – im Gegensatz zu anderen Arbeitskampfmassnahmen (dazu Rz. 21 ff.);
- die Ausübung der Streikfreiheit steht dem Personal des öffentlichen Dienstes als Arbeitskampfmassnahme tatsächlich zur Verfügung (, – dies im Gegensatz zu anderen Formen des Arbeitskampfes, welche die besondere verfassungsrechtliche Legitimation nicht besitzen und sich zwangsläufig auch gegen das Wesen des Staates als solches richten und damit unzulässig erscheinen (zur entsprechenden These vgl. Rz. 24);
- das Konzept von Art. 35 BV ist von Relevanz, wenn der Arbeitgeber sich zugleich auch als Gesetz- oder Verordnungsgeber betätigt – es wäre vor diesem Hintergrund stossend, wenn sich Betroffene im öffentlichen Dienst nicht auf ihnen zustehende grundrechtliche Ansprüche berufen könnten (dazu Rz. 27 ff.);
- das Demokratieprinzip stellt – in diesem Zusammenhang – keine Grundrechtsschranke dar (dazu ausführlich Rz. 33 ff.).

56 Als Quintessenz kann daher gesagt werden, dass die Berufung auf die Streikfreiheit durch das Personal des öffentlichen Dienstes gegenüber jedem Arbeitgeber möglich sein muss und dies erst recht dann gilt, wenn die demokratischen Mittel wie Referendum und Initiative im Konflikt mit dem Arbeitgeber gar nicht (zum Kampf) zur Verfügung stehen. Die Streikfreiheit kann vom Personal des öffentlichen Dienstes angerufen werden, wenn...

- der Anrufung der Streikfreiheit kein gesetzliches Streikverbot oder eine Verpflichtung entgegensteht, den Arbeitsfrieden zu wahren oder Schlichtungsverhandlungen zu führen;
- sich die Anrufung der Streikfreiheit als verhältnismässig erweist und der Streik mithin nach dem Ultima-Ratio-Prinzip angehoben wird;
- der Streik grundsätzlich von einem glaubwürdigen Interessenvertreter des betroffenen öffentlichen-rechtlichen Personals getragen ist.

57 Bei der Beurteilung dieser Aspekte helfen die folgenden Fragestellungen:

- Betreffen die Forderungen des streikenden Personals ausschliesslich die Arbeitsbeziehung?
- Richtet sich der Streik gegen bestehendes Recht bzw. ein bestehendes System oder werden damit lediglich neue Regelungen oder Bedingungen der Arbeitsbeziehung bekämpft?
- Gegen wen richtet sich der Streik? Adressiert dieser die zuständige Behörde, welche die (neuen) Regelungen der Arbeitsbeziehung in erster Linie erlässt?

58 Ergibt sich in der Folge, dass die von Art. 28 Abs. 2 und 3 BV postulierten und teilweise ungeschriebenen Voraussetzungen erfüllt sind, ist der Streik des öffentlich-rechtlich angestellten Personals rechtmässig, weil zulässig im Sinne von Art. 28 Abs. 3 BV.

B. Beantwortung der Fragestellung

59 Vor dem Hintergrund der dargelegten gutachterlichen Erkenntnisse und Klarstellungen und den im Gutachten geprüften Voraussetzungen in casu (vgl. Rz. 44 ff.), kommen wir zu folgender Antwort auf die Fragestellung des Gutachtens:

> *Die Anrufung der Streikfreiheit ist möglich und ein gegen den Landrat angehobener Streik von Lehrerinnen und Lehrern des Kantons Basel-Landschaft in Zusammenhang mit den neuen Bedingungen bei den Pensionskassenansprüchen ist zulässig im Sinne von Art. 28 Abs. 3 BV.*

Für Lehrerinnen und Lehrer besteht kein Streikverbot und auch keine anderweitige Verpflichtung den Arbeitsfrieden zu wahren. Der Lehrerinnen- und Lehrerverein Baselland (LVB) stellt einen glaubwürdigen Interessenvertreter dar. Der Streik richtet sich gegen neue Arbeitsbedingungen, die im Einflussbereich des Arbeitgebers liegen, wobei sich die Forderungen auf diese Arbeitsbedingungen bzw. die Arbeitsbeziehung beschränken. Es handelte sich in casu um ein verhältnismässiges Vorgehen, wenn der Streik im Zeitpunkt der klar geäusserten, die Forderungen der Arbeitnehmerschaft ablehnenden Haltung des Landrates angehoben würde. Vor diesem Hintergrund ist die Arbeitskampfmassnahme des Streikes als zulässig zu erachten – was aber aus im Gutachten dargelegten Gründen nicht für weitere Arbeitskampfmassnahmen gesagt werden kann (dazu Rz. 25). Die hier im Gut-

achten für die Lehrerinnen und Lehrer überprüften einzelnen Voraussetzungen eines rechtmässigen Streiks gelten auch für weitere Kategorien des öffentlich-rechtlich angestellten Personals. Ob diese jedoch dort im Einzelfall erfüllt sind, müsste gesondert geprüft werden.

Prof. Dr. iur. Tomas Poledna

Dr. iur. Ralph Trümpler