

Das Streikverbot der deutschen Beamten im Spannungsfeld zwischen Grundgesetz und Europäischer Menschenrechtskonvention – Handlungsbedarf nach dem Steikrechtsurteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 2014

Ulrich Widmaier und Siegbert Alber*

Inhalt

A.	Vorbemerkungen zum Streikrecht allgemein	508
I.	Die Rechtslage in Deutschland	508
II.	Die Rechtslage auf der Ebene des Europarats	509
III.	Die Rechtslage in der Europäischen Union	510
B.	Ausgangslage des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts	510
C.	Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts im Überblick	512
D.	Umsetzung der neueren EGMR-Rechtsprechung in das deutsche Recht – Diskutierte Lösungswege	514
I.	Auslegung von Art. 33 Abs. 5 GG im Sinne von Art. 11 der EMRK – Konventionskonforme Auslegung?	514
II.	Die Bedeutung der Fortentwicklungsklausel des Art. 33 Abs. 5 GG	516
III.	Beibehaltung des beamtenrechtlichen Streikverbots auch in Kenntnis der Rechtsprechung des EGMR?	520
IV.	Erweiterung der Beteiligungsrechte der Gewerkschaften? – Verhandlungsmodell	521
V.	Verhandlungs- und Schlichtungsmodell unter paritätischer Beteiligung der Gewerkschaften in der Art des „Dritten Wegs“?	523
VI.	Verknüpfung tarifautonomer Gestaltung des Beamtenrechts mit Dienstvereinbarungen?	525
VII.	Beamtenstreikrecht und Abschluss von Tarifverträgen?	526
VIII.	Aufhebung des absoluten Beamtenstreikverbots durch das Bundesverfassungsgericht?	528
E.	Gesetzgeberischer Handlungsbedarf	530
F.	Politischer Lösungsansatz	531
G.	Unionsrechtliche Aspekte des Streikrechts	532

* Dr. iur. Ulrich Widmaier war Richter am Bundesverwaltungsgericht; er ist Honorarprofessor an der Universität Halle/Wittenberg. Siegbert Alber war Generalanwalt am EuGH; er ist Honorarprofessor am Europa-Institut der Universität des Saarlandes.

H. Ausblick	535
I. Gesamtkodifikation des Streikrechts sinnvoll	535
II. Kein Rezeptionshindernis für die Übernahme der EGMR-Judikate	536
III. Die Öffnung des Beamtentums auch für Ausländer?	537
IV. Brauchen wir noch Beamte?	539
I. Zusammenfassung	540

A. Vorbemerkungen zum Streikrecht allgemein

I. Die Rechtslage in Deutschland

Weder das Streikrecht der Arbeitnehmer bzw. der Gewerkschaften¹ allgemein, noch ein eventuelles Streikrecht der Beamten – oder besser gesagt deren Streikverbot – sind in Deutschland gesetzlich ausdrücklich geregelt. Das Wort „Streik“ kommt in Gesetzestexten insoweit nicht vor. Die relevanten Festhaltungen beruhen auf der Rechtsprechung verschiedener Gerichte. Ein wichtiges Urteil dazu ist dasjenige des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) vom 27. Februar 2014,² auf das nachfolgend besonders eingegangen werden soll.

Das allgemeine Recht zu streiken leitet die deutsche Gerichtsbarkeit aus Art. 9 GG ab, der die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit betrifft, und wozu das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) sagt:

„Arbeitskampfmaßnahmen werden jedenfalls insoweit von der Koalitionsfreiheit erfasst, als sie erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen. Dazu gehört auch der Streik“.³

Das Streikverbot für Beamte stützt die deutsche (Verwaltungs-)Gerichtsbarkeit auf die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“, wie sie in Art. 33 Abs. 5 GG⁴ erwähnt sind.

Dieses Streikverbot für Beamte wurde auch vom BVerfG mehrfach bestätigt.⁵

1 In Deutschland wird das Streikrecht nur Koalitionen (und nicht Individuen) zugestanden, so *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 4, Europäische Grundrechte, 2009, Rdnr. 3714.

2 BVerwG, Urt. v. 27.2.2014 – 2C 1.13, PersR 2014, 269.

3 BVerfGE 88, 114.

4 Art. 33 Abs. 5 GG lautet wie folgt: „Das Recht des öffentlichen Dienstes ist unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln.“ In Abs. 5 wurden – durch das im Zusammenhang mit der Föderalismusreform erlassene Gesetz zur Änderung des GG v. 28.8.2006, BGBl. 2006 I, 2034 – die Worte „und fortzuentwickeln“ angefügt. Mit diesem Gesetz, das am 1.9.2006 in Kraft trat, wurden 25 Artikel des Grundgesetzes geändert oder ergänzt, unter ihnen auch Art. 33 GG, der durch die sog. Fortentwicklungsklausel erweitert wurde.

5 Siehe u.a. BVerfGE 8,17; 44, 264; 119, 247.

II. Die Rechtslage auf der Ebene des Europarats

Auch auf der Ebene des Europarats gibt es keine Rechtsakte, die spezielle Regelungen des Streikrechts enthalten. Zwar wird in der Europäischen Sozialcharta,⁶ die am 18. Oktober 1961 von den Mitgliedstaaten des Europarats – also nicht von diesem selbst – in Turin unterzeichnet worden ist, das Streikrecht sogar namentlich erwähnt. Es wird dort in Art. 6 Nr. 4 ausgeführt, dass die Unterzeichnerstaaten „das Recht der Arbeitnehmer und Arbeitgeber auf kollektive Maßnahmen einschließlich des Streikrechts“ anerkennen. Da hieraus jedoch weder auf ein Streikrecht auch für Beamte, noch auf deren Streikverbot geschlossen werden kann, soll auf diese Charta nicht weiter eingegangen werden.

Die entscheidenden Aussagen oder besser gesagt Folgerungen zum Streikrecht ergeben sich auf der Ebene des Europarats aus der Rechtsprechung seines Gerichtshofs, also dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR). Dieser Gerichtshof geht im Grundsatz von einem Streikrecht auch für Beamte aus.⁷ Er stützt diese Auffassung auf den Wortlaut von Art. 11 EMRK.⁸ Allerdings kann das Streikrecht von Beamten, die in Bereichen des Militärs, der Polizei oder der eigentlichen Hoheitsverwaltung tätig sind, beschränkt werden.⁹

Zu den maßgeblichen EGMR-Urteilen *Demir und Baykara/Türkei* sowie *Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei* haben deren Bearbeiter *Meyer-Ladewig* und *Petzold* mehrere Leitsätze zusammengefasst.¹⁰ Sie führen in der Rechtssache *Demir und Baykara* aus, dass die Einschränkungen, die den drei in Art. 11 EMRK genannten Personengruppen (Angehörige der Streikkräfte, der Polizei und der Staatsverwaltung) auferlegt werden können, eng ausgelegt werden müssen und das Recht nicht in seinem Wesensgehalt antasten dürfen. Außerdem müssten sie verhältnismäßig sein (Leitsatz 3).

Zur Rechtssache *Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei* stellen sie fest, dass die Konvention die Vertragsstaaten verpflichtet, es Gewerkschaften zu ermöglichen, sich für die Durchsetzung der Rechte ihrer Mitglieder einzusetzen. Der Streik sei dabei ein wesentliches Element. Ein Streikverbot sei ein Eingriff in die in Art. 11 EMRK garantierten Rechte und bedürfe der Rechtfertigung (Leitsatz 1). Im dritten Leitsatz führen sie aus:

6 Europarat-SEV Nr. 035.

7 Siehe dazu EGMR, Nr. 34503/93, *Demir und Baykara/Türkei*, NZA 2010, 1425; sowie EGMR, Nr. 68959/01, *Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei*, NZA 2010, 1423.

8 Art. 11 EMRK lautet – unter der Überschrift Versammlungsfreiheit – wie folgt: „1. Jede Person hat das Recht, sich frei mit anderen zusammenzuschließen; dazu gehört auch das Recht, zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten. 2. Die Ausübung dieser Rechte darf nur Einschränkungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale oder öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Dieser Artikel steht rechtmäßigen Einschränkungen der Ausübung dieser Rechte für Angehörige der Streitkräfte, der Polizei oder der Staatsverwaltung nicht entgegen.“

9 Siehe Fn. 7.

10 *Meyer-Ladewig/Petzold*, NZA 2010, 1425.

„Das Streikrecht ist nicht absolut und kann beschränkt werden. Es ist mit der Konvention vereinbar, Streiks von Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu verbieten, die im Namen des Staates Hoheitsgewalt ausüben. Ein allgemeines Streikverbot für Angehörige des öffentlichen Dienstes ist unverhältnismäßig und entspricht keinem dringenden sozialen Bedürfnis. Deswegen verstößt es gegen Art. 11 EMRK.“

In seiner Entscheidung *Demir und Baykara/Türkei* hob der EGMR seine bisherige Rechtsprechung auf, was einen grundsätzlichen Wandel des Verständnisses der Vereinigungsfreiheit nach Art. 11 EMRK einleitete. Das Recht auf Kollektivverhandlungen und auf Streik ist nunmehr als integraler Bestandteil der Vereinigungsfreiheit anerkannt.¹¹

III. Die Rechtslage in der Europäischen Union

Auf der Ebene des Unionsrechts wird das Streikrecht dagegen sogar namentlich genannt und zwar in Art. 28 GRCh.¹²

Erwähnenswert in diesem Zusammenhang ist auch Art. 45 AEUV, der die Freizügigkeit der Arbeitnehmer betrifft. Er bestimmt allerdings in seinem Abs. 4, dass er „keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“ findet.

Näheres zu Art. 28 GRCh und Art. 45 AEUV folgt unter den unionsrechtlichen Aspekten des Streikrechts (G.).

B. Ausgangslage des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts

Die durch die Entscheidungen *Demir und Baykara/Türkei* sowie *Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei* des EGMR aus den Jahren 2008 und 2009 und durch mehrere Entscheidungen deutscher Verwaltungsgerichte¹³ aus den Jahren 2010, 2011 und 2012 ausgelöste Diskussion, ob auch deutsche Beamte streiken dürfen, ist nunmehr durch das Urteil des obersten deutschen Verwaltungsgerichts vom 24. Februar 2014 fortgesetzt worden. Dadurch erhält das Thema erneut Aktualität, zumal es um die Kollision zwischen Art. 11 EMRK und Art. 33 Abs. 5 GG geht. Im besagten Fall vor dem BVerwG ging es um eine beamtete Lehrerin, die an einem Streik teilnahm und deshalb disziplinarisch belangt wurde. Dem Revisionsverfahren vor dem BVerwG lag das Beru-

11 Zu diesem Paradigmenwechsel siehe *Pärli*, Die Bedeutung von Art. 11 EMRK für die Gewerkschaftsrechte, in: Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, 2014, S. 435 ff.

12 Art. 28 GRCh lautet – unter der Überschrift Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen: „Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber oder ihre jeweiligen Organisationen haben nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten das Recht, Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln und zu schließen sowie bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen, einschließlich Streiks, zu ergreifen.“

13 Hierzu *Widmaier/Alber*, Menschenrecht auf Streik auch für deutsche Beamte?, ZEuS 2012, S. 387.

fungsurteil des OVG Münster vom 7. März 2012 zugrunde,¹⁴ dem die Gewerkschaft Verdi vorhielt, es habe es sich

„zu einfach gemacht, wenn es glaubte, durch seitenlanges Wiederholen der Literatur und Rechtsprechung der vergangenen Jahrzehnte die neueren Entwicklungen einfach vom Tisch wischen zu können“.¹⁵

Da mit der Entscheidung des BVerwG noch kein Schlusspunkt in der Debatte gesetzt ist, sondern die anhaltende Diskussion weiterhin kontrovers geführt, und der Streit möglicherweise erst durch den EGMR in Jahren entschieden wird,¹⁶ soll im Folgenden das Urteil des BVerwG und dessen Lösungsansatz im Mittelpunkt stehen. Insbesondere geht es darum, aufzuzeigen, wie sich das Gericht eine Lösung des Konflikts zwischen Art. 33 Abs. 5 GG und Art. 11 EMRK vorstellt, und ob die von ihm in Betracht gezogenen weiteren Möglichkeiten zur Auflösung der Kollisionslage einer kritischen Überprüfung standhalten.

Dass im übrigen Handlungsbedarf besteht, zeigt auch der Vorschlag, in einen „Dialog“ zwischen BVerfG und EGMR einzutreten, um eine mit der Konvention übereinstimmende nationale Lösung zu finden.¹⁷

Nicht übersehen werden sollte in der allzu deutsch geprägten Diskussion mit Schlussfolgerungen aus der „spezifisch deutschen Brille“, dass auch die Parlamentarische Versammlung des Europarats und ihre Ausschüsse über den Schutz des Rechts auf Kollektivverhandlungen und auf Streik debattieren. Wie dort Art. 11 EMRK und die Rechtsprechung des EGMR zu den aktuellen Fragen bewertet wird, zeigt zum Beispiel ein Blick auf die Entschließung des Ausschusses für Sozialordnung, Gesundheit und nachhaltige Entwicklung, in der der Berichterstatter über Deutschland unter anderem ausführte:¹⁸

„Das Streikrecht in Deutschland leitet sich aus Gerichtsentscheidungen ab, da das Grundgesetz ein solches Recht nicht ausdrücklich vorsieht. Auch der EGMR hat in mehreren Entscheidungen klargestellt, dass das Streikverbot für Beamte gegen Art. 11 EMRK verstößt, da nur bestimmte, nach funktionalen Kriterien ausgewählte Kategorien vom Recht

14 Ibid., S. 388.

15 Verdi, Fachbereiche Bildung, Wissenschaft u. Forschung (5) sowie Bund u. Länder (6) NRW, http://bund-laender.nrw.verdi.de/tarif_recht/streik/streikrecht-beamte (9.9.2015).

16 So wurde z.B. gegen zwei Urteile des OVG Lüneburg v. 12.6.2012 – 20BD 7/11 und 20BD 8/11, in welchen das OVG Disziplinarverfügungen gegenüber beamteten Lehrkräften auch in zweiter Instanz bestätigt hatte, Verfassungsbeschwerde zum BVerfG eingelegt, siehe hierzu *Schröder/Schaad*, Streikrecht beamteter Lehrkräfte, PersR 2012, S. 494. Die GEW hat bereits angekündigt, im Falle des Unterliegens vor dem BVerfG den Rechtsweg zum EGMR zu beschreiten.

17 Vgl. *Nußberger*, Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf das deutsche Arbeitsrecht, RdA 2012, S. 273; siehe hierzu auch *Zimmermann*, Das „Protokoll des Dialogs“ – Gedanken zum Vorab-Gutachtenverfahren gemäß dem 16. Zusatzprotokoll (ZP) zur EMRK, EuGRZ 2015, S. 153, der in diesem Zusammenhang den Präsidenten des EGMR *Spielmann* zitiert, der das 16. ZP bei mehreren Anlässen als „Protokoll des Dialogs“ bezeichnet hat.

18 Parlamentarische Versammlung des Europarats, Schutz des Rechts auf Kollektivverhandlungen, einschließlich des Streikrechts, Dezember 2014, Berichterstatter *Andrej Hunko*, B. 3.2.1.

auf Tarifverhandlungen, einschließlich des Rechts zu streiken, ausgeschlossen werden sollten. Art. 33 Abs. 5 des Grundgesetzes sieht kein generelles Streikverbot für Beamte vor, kann aber ihre Rechte in der Praxis einschränken. Die deutschen Gerichte und der Gesetzgeber sollten daher den völkerrechtlichen Garantien für das Streikrecht besser Rechnung tragen und der Überwindung der Nicht-Konformität mit den internationalen Verpflichtungen höhere Priorität beimessen. In diesem Zusammenhang verweise ich auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 46 Abs. 1 der EMRK, die Deutschland verpflichtet, die Entscheidungen des EGMR im Prinzip auch dann zu befolgen, wenn sie gegenüber anderen Mitgliedstaaten ergehen¹⁹.

C. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts im Überblick

Das Urteil des BVerwG liegt teilweise auf der traditionellen Linie der Rechtsprechung des BVerfG, insoweit bringt es keine neuen juristischen Erkenntnisse. Angesichts des Umfangs dieser Ausführungen dürfte mancher Leser sogar gelangweilt sein. So gilt nach Auffassung des BVerwG²⁰ das beamtenrechtliche Verbot, an kollektiven Kampfmaßnahmen (Streiks) teilzunehmen, als hergebrachter Grundsatz nach Art. 33 Abs. 5 GG verfassungsunmittelbar für alle Beamten unabhängig von ihrem Aufgabenbereich. Ein umfassendes Recht auf Tarifverhandlungen und kollektive Kampfmaßnahmen sei daher mit tragenden Strukturprinzipien der durch Art. 33 Abs. 4²¹ und 5 GG gewährleisteten Institution des Berufsbeamtentums unvereinbar. Teilweise sprengt das Urteil aber den traditionellen Rahmen und folgt der neueren Rechtsprechung des EGMR zum Beamtenstreik und dem veränderten Verständnis des Art. 11 EMRK, was aus konventionsrechtlicher Sicht zu begrüßen ist.²² Letzterer Aspekt verdient die besondere Aufmerksamkeit, weil er grundsätzliche Rechtsfragen in dem nicht immer reibungslosen Verhältnis von BVerfG zum EGMR aufwirft, deren Klärung nicht länger auf die lange Bank geschoben werden sollte. In diesem Zusammenhang lässt die Aussage des BVerwG aufhorchen und kann geradezu als ein Meilenstein in Richtung auf ein neues Beamtenrecht bewertet werden, dass Art. 11 EMRK in seiner bindenden Auslegung durch den EGMR allen Angehörigen des öffentlichen Dienstes, die nicht

19 Abs. 46 Abs. 1 EMRK lautet – unter der Überschrift Verbindlichkeit und Durchführung der Urteile – allerdings: „Die Hohen Vertragsparteien verpflichten sich, in allen Rechts-sachen, in denen sie Partei sind, das endgültige Urteil des Gerichtshofs zu befolgen“.

20 BVerwG, Urt. v. 27.2.2014 – 2C 1.13, Rdnr. 23 ff.

21 Art. 33 Abs. 4 GG lautet wie folgt: „Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ist als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlichen-rechtlichen Dienst-und Treueverhältnis stehen“.

22 Nicht verständlich ist die Auffassung von *Schaks*, Anm. zu BVerwG, Urt. v. 27. 2. 2014 – 2C 1/13, NVwZ 2014, S. 743, der von der „unklaren Reichweite“ der Urteile *Demir und Baykara* sowie *Enerji Yapi-Yol Sen* spricht; zutreffend *Buchholtz*, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge, 2014, S. 301 und 455, dass das deutsche Beamtenstreikverbot den Vorgaben der neueren Rechtsprechung des EGMR nicht entspricht und die beiden EGMR-Entscheidungen inhaltlich dahingehend zu deuten sind, dass das deutsche Beamtenstreikverbot konventionswidrig ist.

in den Streitkräften, der Polizei und der „genuinen“ Hoheitsverwaltung²³ tätig sind, sowie ihren Gewerkschaften ein Recht auf Kollektivverhandlungen und darauf bezogene kollektive Kampfmaßnahmen gewährleistet. Das *statusbezogene* Verbot nach Art. 33 Abs. 5 GG und die *funktionsbezogenen* Gewährleistungen nach Art. 11 EMRK sind, so zu Recht das BVerwG in Bezug auf Beamte, die außerhalb der „genuinen“ Hoheitsverwaltung eingesetzt sind, inhaltlich miteinander unvereinbar. Es sei Aufgabe des Gesetzgebers, diese Kollisionslage aufzulösen und im Wege der praktischen Konkordanz einen Ausgleich herbeizuführen. Hervorzuheben ist der Hinweis von *Nußberger* – der deutschen Richterin am EGMR –, dass ein wichtiger Beitrag zur Erleichterung der Arbeit des EGMR darin bestehe, dessen Rechtsgrundsätze zur Auslegung der EMRK zu befolgen und nicht erst eine Verurteilung abzuwarten.²⁴ Für die Verfechter des traditionellen Beamtenbildes, die das überkommene Beamtenrecht und die Erhaltung des *status quo* verteidigen und für die es in Bezug auf die neuere Rechtsprechung des EGMR „um nicht mehr und nicht weniger als um die Grundfesten des insoweit bewährten deutschen Berufsbeamtentums“ geht, und für die das „beamtenrechtliche Koordinatensystem hier durch den Einfluss des Europarechts sachwidrig durcheinandergeraten“ ist,²⁵ sind solche Erkenntnisse des BVerwG, die für eine grundsätzliche Neugestaltung sprechen, sicherlich eine herbe Enttäuschung, wird doch die Erinnerung an die Diskussion um die Abkehr von der „Vergangenheitssicherungsklausel“ des Art. 33 Abs. 5 GG geweckt.²⁶ Aus Sicht der Autoren dieses Aufsatzes wäre es sinnvoll, sich weniger auf das Ideal des deutschen Berufsbeamtentums zu konzentrieren, sondern vielmehr Lösungsansätze zur Rezeption der neueren konventionsrechtlichen Rechtsprechung zu Art. 11 EMRK in das deutsche Recht zu unterbreiten und damit zu einer Reform des Beamtenrechts und zu mehr Akzeptanz der Rechtsprechung des EGMR und der durch ihn vorgenommenen Auslegung der EMRK beizutragen. Träger der Staatsgewalt sind die Beamten

23 An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die EGMR- und die EuGH-Rechtsprechung an den Begriff der „öffentlichen Verwaltung“ im Kern die gleichen Maßstäbe anlegen. Die Bereichsausnahme des Art. 45 Abs. 4 AEUV bedeutet im Ergebnis, dass die hoheitliche Tätigkeit den Kern einer Aufgabe ausmachen muss. Art. 45 Abs. 4 sagt, dass Art. 45, der die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet, „keine Anwendung auf die Beschäftigungen in der öffentlichen Verwaltung“ findet. Entsprechend der engen Auslegung des EuGH zählt zur „öffentlichen Verwaltung“ unzweifelhaft (nur) der Bereich der klassischen Eingriffsverwaltung, also Tätigkeiten von Justiz, Polizei, Militär und der Steuerverwaltung, sofern die konkrete Beschäftigungsposition unmittelbar mit der Ausübung von Hoheitsbefugnissen betraut ist. So schon *Franzen*, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 39 EGV, Rdnr. 152. Hier zeigt sich auch die Übereinstimmung mit der Auslegung des Begriffs „Staatsverwaltung“ in Art. 11 Abs. 2 Satz 2 EMRK; siehe auch *Bröbmer*, in: Dörr/Grote/Maruhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2013, Kap. 19, Rdnr. 110.

24 *Nußberger*, (Fn. 17), S. 273, Rdnr. 45.

25 Vgl. etwa *Günther*, Rezension des Buches von *Klaß*, Die Fortentwicklung des deutschen Beamtenrechts durch das europäische Recht, in der am traditionellen Bild des Beamten orientierten ZBR 2015, S. 107 f. In derselben Zeitschrift findet sich ein eher überspitzter Beitrag von *Summer*, Aussage durch Nichtaussage, ZBR 2003, S. 370 f., der zeigt, dass Diskussionen über die Rolle der Beamten in Deutschland oft eher emotional als sachlich geführt werden.

26 Hierzu *Bull*, Beamte – die vernachlässigten Hüter des Gemeinwohls?, DÖV 2007, S. 1038.

nicht.²⁷ Auch wenn manche Zitate im Urteil des BVerwG an „Ergebnisadressen“ erinnern,²⁸ insbesondere an *Nußberger*, *Schubert* und *Seifert*, und das Nichtzitieren kritischer Stimmen, die sich mit der methodisch fragwürdigen Orientierung der neueren EGMR-Rechtsprechung zu Art. 11 EMRK auseinandersetzen, wenig souverän wirkt, lässt sich dennoch mit Fug und Recht sagen, dass das Urteil des BVerwG beim Nachdenken über eine künftige Lösung einen wichtigen Anstoß in eine neue Richtung gibt und im Ergebnis auch die Chance einer Reform bieten kann, das deutsche Berufsbeamtentum europarechtskompatibel zu gestalten. Der Weg dorthin ist allerdings strittig, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, aber einen Konventionsverstoß in Kauf zu nehmen ist keine Lösung.²⁹

D. Umsetzung der neueren EGMR-Rechtsprechung in das deutsche Recht – Diskutierte Lösungswege

I. Auslegung von Art. 33 Abs. 5 GG im Sinne von Art. 11 der EMRK – Konventionskonforme Auslegung?

Uneingeschränkt zuzustimmen ist dem BVerwG, dass eine Anpassung an die Streikrechts-Rechtsprechung des EGMR durch die deutschen Fachgerichte im Wege einer konventionskonformen Auslegung des Art. 33 Abs. 5 GG ausscheidet.³⁰ Die sehr knappe Begründung verweist auf den Traditionsbestand der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, der nicht im Wege der Auslegung geändert werden dürfe.³¹ Zum besseren Verständnis ist ergänzend auf folgendes hinzuweisen: Der Begriff der „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ in Art. 33 Abs. 4 GG wird bisher nicht in einem engen Sinn verstanden. Auch ist das Beamtenstreikverbot ein nach der Rechtsprechung des BVerfG mit Verfassungsrang ausgestatteter hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums.³² Er wird aus der Treuepflicht, dem Alimentations- und dem Lebenszeitprinzip abgeleitet.³³ Eine Änderung des Streikverbots als ein Kernbestandteil beamtenverfassungsrechtlicher Strukturprinzipien ist mit Art. 33 Abs. 5 GG in seinem vom BVerfG festgestellten Gehalt nicht in Einklang zu bringen.

27 Ibid., S. 1031.

28 Vgl. hierzu *Rieble*, Der Richterkönig lebt, FAZ v. 27.5.2015, S. N4.

29 So aber *Di Fabio*, Das beamtenrechtliche Streikverbot – Das Streikverbot der Beamten als konstitutiver Bestandteil rechtsstaatlicher Demokratie, 2012, S. 59.

30 A.A. *Gooren*, Das Ende des Beamtenstreikverbots, ZBR 2011, S. 405. Siehe auch *Lörcher*, Beamtenstreikrecht zum ersten Mal grundsätzlich anerkannt, PersR 2011, S. 454; *Polakiewicz/Kessler*, Das Streikverbot für deutsche BeamtInnen, NVwZ 2012, S. 844; VG Kassel, UrT. v. 27.7.2011 – 28K574/10.KS.D, PersR 2011, 472; ähnlich *Pünder*, in: Ehlers, EuGR, 4. Aufl. 2014, § 17, Rdnr. 42, der der Auffassung ist, dass Art. 33 Abs. 5 GG hinreichend offen formuliert sei und sich konventionsfreundlich interpretieren lasse.

31 BVerwG, UrT. v. 27.2.2014 – 2C 1.13, Rdnr. 57.

32 BVerfG, UrT. v. 20.3.2007 – 2 BvL 11/04, ZBR 2007, 204; a.A. *Däubler*, Der Streik im öffentlichen Dienst, 1971, S. 105 ff.

33 Vgl. OVG Münster, UrT. v. 7.3.2012 – 3dA317/11.0, Rdnr. 130.

„Änderungen, die mit den Grundstrukturen des von Art. 33 Abs. 5 GG geschützten Leitbilds des deutschen Berufsbeamtentums nicht in Einklang gebracht werden können, verstoßen [...] gegen die Vorgaben der Verfassung“.³⁴

Demgegenüber hilft auch der Hinweis³⁵ auf die Entscheidung des BVerfG vom 21. Juli 2010³⁶ nicht weiter, in der es heißt:

„die Fachgerichte [sind] gehalten [...], im Rahmen der Rechtsanwendung die Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ausreichend zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 111, 307, 323 f.)“.

Aus dem „Görgülü“-Beschluss des BVerfG³⁷ ergibt sich, dass ein deutsches Fachgericht die „Einpassung“ der Streikrechtsentscheidung des EGMR in den betroffenen Beamtenbereich der nationalen Rechtsordnung nicht vornehmen darf, weil die Beachtung dieser Entscheidung(en) des EGMR eindeutig gegen eine deutsche Verfassungsbestimmung verstoßen würde. Weiterhin wird vor allem im Schrifttum zutreffend darauf hingewiesen, einer völkerrechtsfreundlichen, konventionskonformen Auslegung durch die Judikative stehe entgegen, dass die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, soweit sie das Streikverbot betreffen, Teil der Staatsorganisation seien, und dass das Streikverbot – anders als bei den grundrechtsgleichen Rechten des Beamten, die sich aus Art. 33 GG ergäben – die Rechtsposition des Beamten beschränke, um die Krisensicherheit des öffentlichen Dienstes zu gewährleisten.³⁸ Alle wichtigen Aufgabenbereiche des Staates sollen durch die Tätigkeit der Beamtenschaft in ihrer Struktur aufrechterhalten und vollfunktionsfähig bleiben.³⁹

Darüber hinaus würde eine funktionsbezogene Differenzierung, wie sie der EGMR in seinem (türkischen) „Streikrechts“-Urteil vom 21. April 2009⁴⁰ vornimmt, bei der Entscheidung über ein Beamtenstreikrecht in Deutschland gegen Art. 33 Abs. 5 GG verstoßen.⁴¹ Der Wesensgehalt des verfassungsrechtlich garantierten Berufsbeamtentums würde angetastet mit der Folge einer Neuorganisation des öffentlichen Dienstes, weshalb die Grenzen einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung überschritten wären. Das statusbezogene Streikverbot für deutsche Beamte lässt für eine Differenzierung nach der Art der wahrgenommenen Aufgaben („Kernbereichsbeamte“, „Randbereichsbeamte“) keinen Raum.⁴² In der „Pellegrin“-Entscheidung vom 8. Dezember

34 BVerfG, Urt. v. 19.9.2007, DVBl. 2007, 1359 (1364).

35 So Lörcher, (Fn. 30), S. 454.

36 BVerfG, Urt. v. 21.7.2010 – 1 BvR 420/09, Rdnr. 74.

37 BVerfGE 111, 307 (325 ff.) – *Görgülü*; siehe auch BVerfGE 128, 326 – *Sicherungsverwahrung*, wonach die Grenzen der völkerrechtsfreundlichen Auslegung sich aus dem GG ergeben.

38 Schubert, Das Streikverbot für Beamte und das Streikrecht aus Art. 11 EMRK im Konflikt, AöR 137 (2012), S. 115.

39 Vgl. BVerwGE 76, 193; OVG Münster, Urt. v. 7.3.2012 – 3dA 317/11.0, Rdnr. 130 f.; Heesen, Streikrecht für Lehrer?, ZfPR 2000, S. 162.

40 EGMR, Nr. 68959/01, *Enerji Yapi-Yol Sen*. Siehe dazu Fn. 7.

41 So zu Recht VG Osnabrück, Urt. v. 19.8.2011, ZBR 2011, S. 391.

42 Siehe z.B. BVerfGE 39, 334 – *Gesichtspunkt des Treueerfordernisses*.

1999⁴³ hatte der EGMR erstmals im Rahmen des Art. 6 EMRK klargestellt,⁴⁴ dass nicht der Status, sondern die Funktion entscheidet,⁴⁵ weshalb es unerheblich sei, ob der Bedienstete auf privat- oder öffentlich-rechtlicher Grundlage beschäftigt ist.⁴⁶ Das BVerfG hätte also die Möglichkeit gehabt, seine statusbezogene Auslegung in eine funktionsbezogene Auslegung des Beamtenverhältnisses umzuwandeln, und zwar zum Beispiel in seiner Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit von Teilzeiteinstellungen im Beamtenverhältnis,⁴⁷ was es aber gerade nicht tat.⁴⁸

II. Die Bedeutung der Fortentwicklungsklausel des Art. 33 Abs. 5 GG

Eine andere Sichtweise könnte sich durch die Fortentwicklungsklausel des Art. 33 Abs. 5 GG ergeben, die in ihrer Bedeutung mitunter verkannt wird. Das BVerwG stellt unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BVerfG⁴⁹ lapidar fest, die Aufnahme des Fortentwicklungsgebots in den Wortlaut des Art. 33 Abs. 5 GG durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28. August 2006⁵⁰ habe den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers nicht erweitert.⁵¹ Mehr wird hierzu nicht ausgeführt. Ein näheres Eingehen auf die Bedeutung dieser Klausel für eine Einpassung der EGMR-Vorgaben in das deutsche Recht sucht man vergebens, obgleich die Klausel mehr Beachtung verdient hätte als etwa die breit angelegte Darstellung des historisch – längst bekannten – abgeleiteten Beamtenstreikverbots,⁵² das ebenso kurz und prägnant hätte dargestellt werden können, wie dies zum Beispiel im Beschluss des Senats vom 21. Juni 2012⁵³ geschehen ist oder wie es etwa Köpp⁵⁴ getan hat. Schuppert⁵⁵ weist zutreffend darauf hin, dass die Rechtsprechung des EGMR und die sich aus ihr ergebende Konsequenz, dass Beamte, die keine Hoheitsfunktion wahrnehmen, streikberechtigt sind, geradezu als Fortentwicklungsauftrag in dem Sinne verstanden werden könne, den hergebrachten Grundsatz des beamtenrechtlichen Streikverbots zu mo-

43 EGMR, Nr. 28541/95, *Pellegrin/Frankreich*.

44 In Art. 6 EMRK geht es inhaltlich zwar um das Recht auf ein faires Verfahren und um die sich daraus ergebenden (prozessualen) Einzelrechte in Zivil- und Strafverfahren. Es wurde gerichtlich jedoch hervorgehoben, dass die einzelnen Rechte auch bei Klagen von Beamten gegen ihren Dienstherrn gelten.

45 Siehe hierzu auch *Schubert*, (Fn. 38), S. 104; *Widmaier*, Zur Bedeutung des EMRK – insbesondere aus der Sicht der Rechtsprechung des EGMR zu öffentlich Bediensteten, ZBR 2002, S. 247 f.

46 Der funktionale Ansatz findet sich auch wieder in den beiden türkischen EGMR-Urteilen – *Demir und Baykara/Türkei* sowie *Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei*.

47 BVerfG, Urt. v. 19.9.2007, DVBl. 2007, 359 ff.

48 Hierzu auch VG Osnabrück, Urt. v. 19.8.2011, ZBR 2011, 389 (391).

49 BVerfGE 119, 247 (273); 121, 205 (232); siehe auch *Geiger*, Strenger als das Grundgesetz, Stuttgarter Zeitung v. 20.6.2008.

50 BGBl. 2006 I, 2034.

51 BVerwG, Urt. v. 27.2.2014 – 2C 1.13, Rdnr. 28.

52 *Ibid.*, Rdnr. 31.

53 BVerwG, Beschl. v. 21.6.2012 – 2B 23.12, Rdnr. 14 und 17.

54 *Köpp*, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2003, III.A., Rdnr. 43.

55 *Schuppert*, Das beamtenrechtliche Streikverbot auf dem Prüfstand, Verfassungsrechtliches Gutachten, Februar 2014, Hans Böckler Stiftung, S. 66.

difizieren, wobei die Klausel aus ihrer „korsetthaft engen Auslegung“ befreit werden müsse. Anders ausgedrückt: Die Fortentwicklungsklausel lässt sich durchaus für eine völkerrechtsfreundliche Auslegung des Art. 33 Abs. 5 GG heranziehen, wenn das BVerfG insoweit seine restriktive Rechtsprechung kritisch hinterfragt und neu interpretiert. Hierzu bestünde Anlass, denn die bisherige Rechtsprechung des Gerichts, wonach allein das Recht des öffentlichen Dienstes, nicht aber der hierfür geltende Maßstab, also die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, fortzuentwickeln seien, ist auf berechtigte Kritik gestoßen, weil der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum in nicht nachvollziehbarer Weise eingeschränkt wird. Dass der verfassungsändernde Gesetzgeber mit der Fortentwicklungsklausel eine Erweiterung gesetzgeberischer Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich des öffentlichen Dienstrechts verfolgte, was auch die Modifizierung der hergebrachten Grundsätze nicht ausschloss, und er sich die Reform des Beamtenrechts in Bezug auf Art. 33 Abs. 5 GG anders vorgestellt hat, als sie in der Rechtsprechung des BVerfG zum Ausdruck kommt, soll nachstehend wegen der aktuellen Beamtenstreikdiskussion im gegebenen Kontext näher verdeutlicht werden.

In der in den zurückliegenden Jahren im Zuge der Föderalismusreform 2006⁵⁶ geführten Diskussion über die Fortentwicklungsklausel äußerten sich Experten gegenüber der Legislative zunächst dahingehend, die Klausel sei überflüssig und schädlich,⁵⁷ was sicherlich nicht im Interesse des reformorientierten Gesetzgebers lag. Überflüssig sei die Klausel, weil durch sie den Gesetzgebern nicht mehr Kompetenzen eingeräumt würden, als sie Art. 33 Abs. 5 GG jetzt schon gebe, und sie sei schädlich, weil sie die Gefahr des Missbrauchs impliziere; schon jetzt werde von Gewerkschaftsseite propagiert, die Einführung der Fortentwicklungsklausel bedeute den „Einstieg in den Ausstieg aus dem Beamtenrecht“.⁵⁸ Trotz dieser eindeutig ablehnenden Stellungnahmen hielt die Legislative an der Fortentwicklungsklausel fest, weil sie offenbar nicht der Auffassung war, wie sie von namhaften Beamtenrechtlern⁵⁹ vertreten wurde, aus der Fortentwicklungsklausel lasse sich keine Befugnis zu einer gegenüber der bisherigen Verfassungsrechtslage weiter gehenden „gesetzlichen Aufweichung“ der „hergebrachten Grundsätze“ ableiten. Diese den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum einschränkende Interpretation hatte ein Mitglied des BVerfG schon zuvor öffentlich in einem Zeitschriftenaufsatz⁶⁰ vertreten, in dem nachzulesen ist, dass die für das Beamtenrecht maßgebliche Verfassungsvorschrift des Art. 33 Abs. 5 GG nicht in ihrem Inhalt, sondern nur in ihrem Wortlaut geändert und die Neufassung somit „vornehmlich deklaratorischen Charakter“ habe.

56 Gesetz v. 28.8.2006, BGBl. 2006 I, 2034.

57 Vgl. *Battis*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung zum Thema „Föderalismusreform – Inneres“ des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages gemeinsam mit dem Bundesrat, ZBR 2006, S. 186 f.; *Summer*, Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der CDU/CSU und SPD, BT-Drs. 16/813, ZBR 2006, S. 187 f.

58 So *Battis*, (Fn. 57), S. 186.

59 *Pechstein*, Wie können die Länder ihre neuen beamtenrechtlichen Kompetenzen nutzen?, ZBR 2006, S. 286.

60 *Landau/Steinkühler*, Zur Zukunft des Berufsbeamtentums in Deutschland, DVBl. 2007, S. 133 ff.

Der harschen Kritik am verfassungsändernden Gesetzgeber ist entgegenzuhalten, dass dieser nicht zuletzt wegen der restriktiven beamtenrechtlichen Rechtsprechung des BVerfG im Jahre 2006 den Art. 33 Abs. 5 GG um die Formulierung „und fortzuentwickeln“ ergänzt hatte. Die Rechtsprechung des BVerfG und ihr folgend ein Teil der Lehre haben die durch die Entstehungsgeschichte des Art. 33 Abs. 5 GG begründete Zurückhaltung des Verfassungsgesetzgebers bei der Interpretation der Norm nicht zur Grundlage ihrer Auslegung gemacht.⁶¹ Das BVerfG unterscheidet entgegen dem insoweit eindeutigen Wortlaut des Art. 33 Abs. 5 GG zwischen „zu beachtenden“ und bloß „zu berücksichtigenden“ Grundsätzen. Auf der Grundlage der Rechtsprechung des BVerfG wurde die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit immer weiter eingeschränkt. Das Problem war nicht die Wortlautfassung, sondern die Auslegung der bloßen „Berücksichtigung“ (Art. 33 Abs. 5 GG), im Sinne einer strikten „Beachtung“ und die damit verbundene verfassungsrechtliche Konservierung eines tradierten Leitbildes des deutschen Berufsbeamtentums.⁶²

Die Fortentwicklungsklausel gibt nur dann einen Sinn, wenn mit der Verfassungsänderung der Gestaltungsspielraum der Gesetzgeber für eine Weiterentwicklung des Beamtenrechts ausgeweitet werden sollte, denn dem verfassungsändernden Gesetzgeber kann nach seinem Festhalten an der Klausel in Kenntnis der von *Battis* zuvor abgegebenen Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung zum Thema „Föderalismusreform – Inneres“ des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages gemeinsam mit dem Bundesrat⁶³ nicht unterstellt werden, lediglich eine inhaltsleere Formulierung festschreiben oder nur eine Kodifikation des bisher schon vom BVerfG zugelassenen Gestaltungsspielraumes vornehmen zu wollen. Man würde die Veränderung des Verfassungstextes leerlaufen lassen, wenn man der Einfügung der Fortentwicklungsklausel ausschließlich deklaratorischen Charakter beimessen würde und davon ausginge, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber „bloß symbolische Normsetzung“ betreibt und ein „überflüssiges Stück Verfassungsrhetorik“ in das Grundgesetz eingefügt hat.⁶⁴ Denn dem Gesetzgeber war bekannt, dass das BVerfG bereits vor der Ergänzung des Art. 33 Abs. 5 GG durch die Fortentwicklungsklausel einen gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum eröffnet hatte;⁶⁵ es betrachtete die hergebrachten Grundsätze als zugänglich für eine Fortentwicklung, die das einfachgesetzlich geregelte Beamtenrecht den sich verändernden Umständen anpassen sollte, ohne jedoch den garantierten Kernbereich in Frage zu stellen.⁶⁶ Eine bloße Verankerung dieses Gestaltungsspielraumes in Form einer Kodifikation wird weder den Verhandlungen über die Föderalismusreform noch der Gesetzesbegründung gerecht, wonach mit der Ergänzung um die Fortentwicklungsklausel die Notwendigkeit einer Modernisierung und Anpas-

61 *Koch*, Das öffentliche Dienstrecht nach der Föderalismusreform I, DVBl. 2008, S. 808.

62 *Ibid.*

63 *Battis*, (Fn. 57), S. 186.

64 *Höfling/Burkiczak*, Die Garantie der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums unter Fortentwicklungsvorbehalt, DÖV 2007, S. 334 m.w.N.

65 Vgl. BVerfGE 9, 268 (286); 64, 323 (351); 110, 353 (364 f.).

66 Vgl. BVerfGE 43, 154 (168); 97, 350 (376 f.); *Bumke/Voßkuhle*, Casebook Verfassungsrecht, 2008, Art. 33 GG, V., S. 368.

sung des öffentlichen Dienstes an sich ändernde Rahmenbedingungen hervorgehoben wird.⁶⁷

Die Fortentwicklungsklausel zielt somit auf eine Erweiterung der gesetzgeberischen Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich des öffentlichen Dienstrechts, sie weicht die mehr oder minder strikte Bindung des Beamtengesetzgebers an das tradierte Leitbild des Berufsbeamtentums auf.⁶⁸ Auch *Gerhardt*⁶⁹ befasst sich in seiner „Abweichenden Meinung“ zum Beschluss des 2. Senats des BVerfG vom 19. September 2007⁷⁰ überaus kritisch mit der Frage nach der Entwicklungsfähigkeit des Beamtenrechts und hält die Ausführungen der Senatsmehrheit, die trotz der Einfügung der Worte „und fortzuentwickeln“ von einem unveränderten Wortlaut der Bestimmung ausgehe, für verfehlt. Die Einfügung der Worte „und fortzuentwickeln“ könne kaum etwas anderes bedeuten als eine weitere Relativierung der Verbindlichkeit der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums,⁷¹ anderenfalls werde die Rechtsprechung dem an den Gesetzgeber gerichteten Verfassungsauftrag nicht gerecht.

In diesem Zusammenhang ist nun die Kritik aus dem Bereich der Legislative an der beamtenrechtlichen Rechtsprechung des BVerfG sehr aufschlussreich, weil sie zeigt, dass die Politik sich die Reform des Beamtenrechts in Bezug auf Art. 33 Abs. 5 GG anders vorgestellt hat, als sie in der Rechtsprechung des BVerfG zum Ausdruck kommt. So erklärte der damalige hessische Ministerpräsident *Koch*, die Änderung des Grundgesetzes durch die Föderalismusreform fordere den Gesetzgeber

„geradezu heraus, das Recht des öffentlichen Dienstes ständig neuen Herausforderungen anzupassen und nicht darauf zu warten, dass sich die Dinge von selbst entwickeln“.

Die Ansicht der Bundesverfassungsrichter, allein das Recht des öffentlichen Dienstes sei fortzuentwickeln, nicht aber die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums,

„verkennt, dass der Gesetzgeber diese Grundsätze gar nicht anders entwickeln kann als durch eine Reform des öffentlichen Dienstrechts“.⁷²

Die Auffassung des BVerfG, dass das Berufsbeamtentum einen ausgleichenden Faktor gegenüber den das Staatswesen gestaltenden politischen Kräften bilden soll und schon im Hinblick auf die wechselnde politische Ausrichtung der jeweiligen Staatsführung neutral sein müsse,⁷³ ist schlichtweg nicht mehr zeitgemäß und damit reformbedürftig; sie geht von einem tradierten, eigentlich vordemokratischen Leitbild des Berufsbeamtentums aus und verkennt die Bedeutung des modernen demokratischen Parteienstaates und die pluralistisch verfasste Demokratie der Bundesrepublik.⁷⁴

67 BT-Drs. 16/813, S. 10.

68 *Koch*, (Fn. 61), S. 809.

69 Abweichende Meinung des Richters *Gerhardt*, ZBR 2007, S. 389.

70 BVerfGE 119, 247.

71 *Gerhardt*, (Fn. 69), S. 392.

72 Karlsruhe stärkt Beamtenstellung, FAZ v. 20.6.2008; *Koch*, (Fn. 61), S. 807.

73 BVerfGE 119, 247, DVBl. 2007, 1359 (1364).

74 *Koch*, (Fn. 61), S. 809.

Aus alldem ergibt sich, dass die Fortentwicklungsklausel grundsätzlich einen Weg öffnet, um beamtenrechtliche Kollisionen mit europa- bzw. völkerrechtlichen Vorgaben zu lösen.

III. Beibehaltung des beamtenrechtlichen Streikverbots auch in Kenntnis der Rechtsprechung des EGMR?

Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, dass die aus der Rechtsprechung des EGMR gezogene Konsequenz, das Streikverbot könne nur noch für bestimmte Kategorien von Beamten aufrechterhalten werden, eine vorschnelle und vorauseilende Überinterpretation sei. Der EGMR stelle nicht auf die Gesamtheit der Beamten im Sinne des deutschen Beamtenrechts ab, sondern auf die Gesamtheit der Angehörigen des öffentlichen Dienstes, und halte lediglich ein Streikverbot, das undifferenziert für alle Angehörigen des öffentlichen Dienstes gelte, für konventionswidrig. In Deutschland sei aber nicht allen Angehörigen des öffentlichen Dienstes das Streikrecht vorenthalten, sondern nur den Beamten, die nicht einfach „*fonctionnaires publiques*“ gleichgesetzt werden dürften.⁷⁵ Ein Konflikt zwischen Konventionsrecht und deutschem Verfassungsrecht bestehe nicht. Diese Auffassung, die die Rechtsprechung des EGMR eher marginalisiert und die sich auf die funktionsbezogenen Gewährleistungen des Art. 11 EMRK erst gar nicht einlässt, und nach der Art. 11 EMRK das Streikverbot für Beamte in Deutschland nicht in Frage stellt, zieht ihre Schlussfolgerungen spezifisch aus der „deutschen Brille“. Die Annahme, das Streikverbot für Beamte stehe schon in keinem Widerspruch zu Art. 11 EMRK, kann nicht überzeugen.⁷⁶ Aus der Entscheidung *Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei*⁷⁷ geht hervor, dass das Streikrecht als wesentliches Element zur kollektiven Interessendurchsetzung von der Koalitionsfreiheit umfasst wird und damit dem Schutz von Art. 11 EMRK unterfällt. Zudem haben fast alle Mitgliedstaaten der EU ein duales System und unterscheiden zwischen Beamten und anderen öffentlichen Bediensteten.⁷⁸ Im Vordergrund der Argumentation von *Lindner* steht weniger die völkerrechtliche Dimension der neueren Rechtsprechung des EGMR, sondern allzu sehr die „besondere Funktion“ der deutschen Beamten „im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit des Rechtsstaats und die damit verbundene besondere Rechte- und Pflichtenstellung“, die „eine Herausnahme der Beamten (im Sinne des deutschen Beamtenrechts) aus dem von Art. 11 EMRK verbürgten Streik-

75 *Lindner*, Dürfen Beamte doch streiken?, DÖV 2011, S. 308; so auch z.B. OVG Münster, Ur. v. 7.3.2012 – 3dA 317/11.0.

76 *Klaß*, Die Fortentwicklung des deutschen Beamtenrechts durch das europäische Recht, 1. Aufl. 2014, S. 299; ebenso *Schröder*, Ist ein funktional differenziertes Streikrecht für Beamte i.S.v. Art. 11 EMRK mit dem Grundgesetz vereinbar?, AuR 2013, S. 280; ferner *Schröder/Schaad*, (Fn. 16), S. 494.

77 EGMR, Nr. 68959/01, *Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei*.

78 *Demmke*, Beamtenrechtsreformen in Europa – Aktuelle Entwicklungen und empirische Erfahrungen, ZBR 2010, S. 109 ff., 122; *Frenz*, (Fn. 1), Rdnr. 3714.

recht rechtfertigt“.⁷⁹ Das BVerwG hat diese Position zu Recht nicht aufgegriffen. Sie dürfte in der weiteren Diskussion nach den derzeit vorliegenden EGMR-Judikaten keine Rolle spielen.⁸⁰ Abgesehen davon, dass viel dafür spricht, dass der EGMR den französischen Begriff „*fonctionnaire*“ sehr wohl in der Übersetzung als Beamter verstanden wissen wollte,⁸¹ ist die Auffassung von *Lindner* auch aus folgendem Grund, auf den *Hebeler*⁸² aufmerksam macht, nicht weiterführend: Es könnte nämlich sein, dass bei einer Übersetzung der besagten Stelle der EGMR-Entscheidung mit „Angehörigen des öffentlichen Dienstes“ das deutsche Streikverbot deshalb zu weitreichend und somit konventionsrechtswidrig sei, weil in Deutschland bekanntlich Verbeamtungen auch in Bereichen stattfinden, in denen die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse zumindest fraglich sei.

IV. Erweiterung der Beteiligungsrechte der Gewerkschaften? – Verhandlungsmodell

Soweit das BVerwG zur Auflösung der Kollisionslage (Ausgleich der sich gegenseitig ausschließenden Rechtspositionen aus Art. 33 Abs. 5 GG und Art. 11 EMRK für die Beamten außerhalb der genuinen hoheitlichen Verwaltung) als Ausweg die Möglichkeit in Betracht zieht, die Beteiligungsrechte der Gewerkschaften in Richtung eines Verhandlungsmodells erheblich zu erweitern,⁸³ kann dem nicht zugestimmt werden. Es handelt sich hierbei zwar um eine bedenkenswerte, aber nicht erfolgversprechende Kompensationsvariante. Die derzeit eingeräumten Beteiligungsrechte nach § 118 Bundesbeamtengesetz (BBG) und § 53 Beamtenstatusgesetz (BeamtStG), so das BVerwG, genügen nicht. Dazu folgendes: Nach § 118 BBG sind die Spitzenorganisationen der zuständigen Gewerkschaften bei der Vorbereitung allgemeiner Regelungen der beamtenrechtlichen Verhältnisse zu beteiligen; und § 53 Satz 1 BeamStG legt

79 *Lindner*, (Fn. 75), S. 309. In diese Richtung geht wohl auch die Feststellung von *Wißmann*, in: Das Beste aus zwei Welten: Streikrecht für Beamte? – Zur Integration des deutschen Rechts im Mehrebenensystem, ZBR 2015, S. 294 ff., bei genauerer Ansicht der in Bezug genommenen Rechtsprechung des EGMR bestehe keine Veranlassung von einem unabwiesbaren Präjudiz in der Frage des Streikverbots für deutsche Beamte auszugehen, vielmehr sei geboten, die Eigenart des deutschen Dienstrechts in seiner Gesamtanlage zu würdigen.

80 Dies gilt übrigens auch für das immer wieder genannte Argument, der Beamte könne aus Art. 33 Abs. 5 GG auf eine amtsangemessene Alimentation oder geeignete Arbeitsbedingungen klagen. Hierbei handelt es sich aber um die Wahrnehmung subjektiver Rechte des Einzelnen, beim Streik hingegen um die gemeinschaftliche Interessenwahrnehmung, so zu treffend *Klaß*, (Fn. 76), S. 321. Dies verkennt *Schaks*, (Fn. 22), S. 743, wenn er ausführt: „Zwar besteht ein Streikverbot, dafür aber auch die Möglichkeit, die amtsangemessene Besoldung auf dem Rechtsweg einzufordern“.

81 *Widmaier/Alber*, (Fn. 13), S. 398; *Lörcher*, (Fn. 30), S. 453 m.w.N.; auch *Höfling*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 9, Rdnr. 134, bezieht die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK auf „Beamte“.

82 *Hebeler*, Noch einmal: Gibt es ein Streikrecht für Beamte? – Eine neuerliche Bestandsaufnahme auf Grundlage des Urteils des OVG Nordrhein-Westfalen vom 7.3.2012, ZBR 2012, S. 329.

83 BVerwG, Urt. v. 27.2.2014 – 2C 1.13, Rdnr. 64.

als bundesrechtliche Vorgabe für das Beamtenrecht in allen Bundesländern fest, dass bei der Vorbereitung gesetzlicher Regelungen der beamtenrechtlichen Verhältnisse durch die obersten Landesbehörden die Spitzenorganisationen der zuständigen Gewerkschaften und Berufsverbände zu beteiligen sind. Einen solchen Ausweg aus dem Streit um das Streikrecht deutscher Beamter kann sich *Battis*⁸⁴ vorstellen, wenn er ausführt, ein konsensorientierter Dialog zwischen dem BVerfG und dem EGMR könnte dadurch erleichtert werden, dass die Beteiligungsrechte der deutschen Beamten ausgebaut würden. Auch *Schubert*⁸⁵ favorisiert diesen Weg. Nach ihrem Ansatz gebietet Art. 11 Abs. 1 EMRK die Einführung eines Streikrechts für Beamte nur, wenn die Besonderheiten des nationalen Rechts keine abweichende Bewertung vorgäben. Allerdings müsse die Mitwirkung der Berufsverbände der deutschen Beamten an der Regelung der Arbeitsbedingungen im Sinne eines Verhandlungsmodells intensiviert werden, wolle man eine Verletzung des Art. 11 Abs. 1 EMRK vermeiden. Zurückhaltender äußert sich *Laubinger*,⁸⁶ der – angeregt durch die nicht ins Deutsche übersetzte *Concurring Opinion* zu *Demir und Baykara* der Richter *Spielmann*, *Bratza*, *Casadevall* und *Villiger*, die sich Gedanken darüber machen, was die Anerkennung des Rechts auf Kollektivverhandlungen bedeuten könnte – lediglich die Überlegung anstellt, ob es den Anforderungen von *Demir und Baykara*⁸⁷ möglicherweise genügen würde, wenn das in § 118 BBG und § 53 BeamtStG nur spärlich geregelte Beteiligungsverfahren weiter ausgebaut würde, aber zu keinem abschließenden Ergebnis kommt. Geht man davon aus, dass dem Ausgleich für das Fehlen der Tarifautonomie und des Streikrechts die von Art. 9 Abs. 3 GG gebotene Beteiligung der Beamtenkollektionen bei der Regelung der beamtenrechtlichen Verhältnisse gemäß § 118 BBG und § 53 BeamtStG dient,⁸⁸ so ist festzustellen, dass die Beteiligung bei der derzeitigen Ausgestaltung nicht in eine bindende Vereinbarung, aus der sich unmittelbar Rechte und Pflichten der Beamten ergeben, mündet. Selbst wenn ohne Verletzung verfassungsrechtlicher Grundsätze ein weiterer Ausbau dieser Beteiligungsrechte möglich wäre – wegen der Verantwortung der Gesetzgebungsorgane können die Spitzenorganisationen keine im Gesetzgebungsverfahren verbindlichen Vorschläge machen –, könnte das deutsche Beamtenrecht den Anforderungen des Art. 11 EMRK allenfalls „weiter angenähert werden“.⁸⁹ Vor dem Hintergrund des in der Rechtssache *Enerji Yapi-Yol Sen* durch den EGMR abgeleiteten Rechts der Gewerkschaft zum Streik ist nicht verständlich, weshalb dieses Kompensationsmodell, das den Vorgaben des EGMR nicht genügt, vorzugswürdiger sein soll als die Aufhebung des Streikver-

84 *Battis*, Streikverbot für Beamte, 2013, Zusammenfassung, Nr. 13.

85 *Schubert*, (Fn. 38), S. 107 ff.

86 *Laubinger*, Das Streikverbot für Beamte unter dem Anpassungsdruck des Europarechts, in: *Der Staat im Recht*, Festschrift für Eckart Klein, 2013, S. 1148.

87 EGMR, Nr. 34503/97, *Demir und Baykara/Türkei*.

88 *Laubinger*, (Fn. 86), S. 1162 mit Hinweis auf die Bundesregierung in ihrem Entwurf des Beamtenstatusgesetzes, BT-Drs. 16/4027 v. 12.1.2007, S. 35: „Diese Beteiligung ist als Ausgleich für die für Beamtinnen und Beamte nicht bestehende Tarifautonomie nach Artikel 9 Abs. 3 GG und das Streikverbot zu sehen.“

89 *Laubinger*, (Fn. 86), S. 1163.

bots.⁹⁰ Die Erweiterung von Beteiligungsrechten rechtfertigt nicht die Einschränkung des Streikrechts. Es besteht weder „Klarheit darüber, wie ein solches Beteiligungsmodell aussehen könnte, noch gibt es mit bisherigen Erfahrungen begründbare Aussichten, dass es auch funktionieren würde“,⁹¹ vor allem wird aber der rechtliche Widerspruch zwischen einem grundsätzlichen Streikrecht der Beamten nach Art. 11 Abs. 1 EMRK und dem absoluten Streikverbot nach Art. 33 Abs. 4 und 5 GG dadurch nicht aufgehoben.⁹²

V. Verhandlungs- und Schlichtungsmodell unter paritätischer Beteiligung der Gewerkschaften in der Art des „Dritten Wegs“?

Ebenfalls nicht zugestimmt werden kann dem BVerwG, wenn es zur Auflösung der Kollisionslage ein solches Modell, wie es das Bundesarbeitsgericht (BAG) für die Einrichtungen der Kirchen entwickelt hat, in Betracht zieht.⁹³ Das BVerwG führt dieses Modell ohne nähere Prüfung und Begründung in die Diskussion ein, zudem fehlt ein Hinweis darauf, dass gegen dieses Modell von der Gewerkschaft Verdi Verfassungsbeschwerde eingelegt wurde, die das BVerfG am 2. September 2015 aus formalen Gründen als unzulässig zurückgewiesen hat.⁹⁴ Aber auch dieser Variante, deren vermittelnder Lösungsansatz sich am kirchlichen Arbeitsrecht orientiert, ist aus der konventionsrechtlichen Perspektive eine Absage zu erteilen. Während Befürworter des Modells von einem „möglichen Königsweg“ zur Auflösung der widerstreitenden Zielvorgaben sprechen,⁹⁵ halten Skeptiker dieses Kompensationsmodell zu Recht eher für einen „Holzweg“, weil er das zu entscheidende Problem nicht löst, sondern nur in ein rechtlich und praktisch ungewisses Verhandlungsmodell verschiebt.⁹⁶ Der sogenannte „Dritte Weg“ – im Gegensatz zum zweiten Weg der Tarifverhandlungen –

90 In diesem Sinne auch *Klaß*, (Fn. 76), S. 292.

91 *Schuppert*, (Fn. 55), S. 61.

92 *Brinktrine*, Hat das grundgesetzliche Streikverbot für Beamte eine europäische Zukunft?, ZG 2013, S. 235.

93 BVerwG, Urt. v. 27.2.2014 – 2C 1.13, Rdnr. 64 unter Bezugnahme auf *Greiner* und das BAG.

94 BVerfG, Verfassungsbeschwerde gegen „Dritten Weg“ im kirchlichen Arbeitsrecht unzulässig, Pressemitteilung Nr. 64/2015 v. 9.2015.

95 So z.B. *Greiner*, EMRK, Beamtenstreik und Daseinsvorsorge – oder: Was der öffentliche Dienst vom kirchlichen Arbeitsrecht lernen kann, DÖV 2013, S. 625. Wenn *Greiner* meint, der Wesensgehalt des Art. 11 EMRK umfasse nicht das Streikrecht als solches, so ist ihm die Begründung des Streikrechts durch den EGMR in der Rechtssache *Enerji Yapi-Yol Sen* entgegenzuhalten: Der Streik gestatte es einer Gewerkschaft, sich Gehör zu verschaffen, und stelle ein wichtiges Mittel für die Mitglieder einer Gewerkschaft dar, ihre Interessen zu schützen. Es sei von den Kontrollorganen der IAO als untrennbarer Teil der von dem IAO-Übereinkommen 87 (Übereinkommen über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes) geschützten Koalitionsfreiheit (*droit d'association syndicale*) anerkannt worden. Auch die Europäische Sozialcharta (ESC) anerkenne das Streikrecht als ein Mittel, die wirksame Wahrnehmung des Rechts auf Kollektivverhandlungen zu sichern, vgl. EGMR, Nr. 68959/01, *Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei*, Rdnr. 24; speziell zu Art. 6 Nr. 4 ESC in der Anwendung des EGMR, siehe *Buchholtz*, (Fn. 22).

96 *Schuppert*, (Fn. 55), S. 19.

beruht auf einer Grundsatzentscheidung des BAG vom 20. November 2012,⁹⁷ in welcher das BAG das kirchenarbeitsrechtliche Arbeitskampfverbot bestätigt. Das BAG beschreibt den „Dritten Weg“ im Wesentlichen im Leitsatz wie folgt:

„Verfügt eine Religionsgesellschaft über ein am Leitbild der Dienstgemeinschaft ausgerichtetes Arbeitsrechtsregelungsverfahren, bei dem die Dienstnehmerseite und die Dienstgeberseite in einer paritätisch besetzten Kommission die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten gemeinsam aushandeln und einen Konflikt durch den neutralen Vorsitzenden einer Schlichtungskommission lösen (sog. Dritter Weg), dürfen Gewerkschaften nicht zu einem Streik aufrufen. Das gilt jedoch nur, soweit Gewerkschaften in dieses Verfahren organisatorisch eingebunden sind und das Verhandlungsergebnis für die Dienstgeberseite als Mindestarbeitsbedingung verbindlich ist.“

In der Konsequenz bedeutet dies, ohne auf weitere Einzelheiten eingehen zu können, dass damit das Streikrecht in kirchlichen Einrichtungen nicht in der Hand der Gewerkschaften sein soll, sondern fremdbestimmt und abhängig von kircheninternen Entscheidungen ist, an denen die Gewerkschaften nicht beteiligt sind.⁹⁸ Das BAG verkennt in seiner Entscheidung die völkerrechtliche Dimension, weil es völkerrechtliche Vorgaben außer Acht lässt. Die Zusammenschau der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK ergibt, dass das Streikrecht grundsätzlich auch in kirchlichen Einrichtungen besteht.⁹⁹ Dies belegt vor allem der Fall *Pastorul Cel Bun*.¹⁰⁰ Der EGMR billigte Kirchenbeschäftigten das Koalitionsbildungsrecht zu. Der von Art. 11 EMRK umfasste Schutz von Kollektivverhandlungen¹⁰¹ und des Streikrechts¹⁰² wirkt auch gegenüber der Religionsfreiheit des Art. 9 EMRK, wie der Entscheidung *Pastorul Cel Bun* zu entnehmen ist. Diese Überlegungen zeigen, dass das Völkerrecht in seiner Einflussnahme auf das Verhältnis des Streikrechts zum Selbstordnungsrecht der Kirchen nicht unterschätzt werden darf.

„Ein vollständiger Wegfall des Streikrechts, wie er im Urteil des BAG angelegt ist, ist nach der Rspr. des EGMR und nach Art. 11 EMRK nicht zulässig“.¹⁰³

Somit ist auch der „Dritte Weg“ keine ernsthafte Alternative zur Aufhebung des Beamtenstreikverbots. Die ihm zugrundeliegende richterrechtliche Rechtsprechung des BAG, die bislang ohnehin angesichts des ablehnenden Verhaltens der Gewerkschaft keine befriedende Wirkung im kirchlichen Bereich entfaltet hat, würde zu einem gegen den Willen der Gewerkschaft durchgesetzten Wegfall des Streikrechts (siehe Verfas-

97 BAG, Urt. v. 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448; gegen die Entscheidung hat die Gewerkschaft verdi Verfassungsbeschwerde beim BVerfG eingelegt, mit der sie geltend macht, das Urteil verletze ihr Grundrecht aus Art 9 Abs. 3 GG, siehe *Schubert/Wolter*, Fremdbestimmung des gewerkschaftlichen Streikrechts durch Kirchen – verfassungswidrig?, AuR 2013, S. 289.

98 Ibid., S. 286.

99 *Schubert/Wolter*, (Fn. 97), S. 288.

100 EGMR, Nr. 2330/09, *Pastorul Cel Bun/Rumänien*.

101 EGMR, Nr. 34503/97, *Demir und Baykara/Türkei*, NZA 2010, 1425.

102 EGMR, Nr. 68959/01, *Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei*, NZA 2010, 1423.

103 *Schubert/Wolter*, (Fn. 97), S. 289.

sungsbeschwerde) führen, was einer Verhandlungs- und Schlichtungslösung nicht förderlich wäre.

VI. Verknüpfung tarifautonomer Gestaltung des Beamtenrechts mit Dienstvereinbarungen?

Der Sinn der unter Bezugnahme auf *Seifert*¹⁰⁴ getroffenen Feststellung des BVerwG, „eine Öffnung des Beamtenrechts für eine tarifautonome Gestaltung komme für den Bereich der innerdienstlichen, sozialen und personellen Angelegenheiten der Beamten in Betracht, wenn und soweit diese auf der Dienststellenebene durch Dienstvereinbarungen mit dem Personalrat geregelt werden könnten“,¹⁰⁵ ist personalvertretungsrechtlich nicht nachvollziehbar, und die Aussage argumentativ defizitär. Die Verknüpfung mit einer personalvertretungsrechtlichen Dienstvereinbarung – sie wird durch Dienststelle und Personalrat gemeinsam beschlossen; Gewerkschaften können nicht Parteien einer Dienstvereinbarung sein – vermag nicht einzuleuchten. Hier besteht Erklärungsbedarf. Die relativ geringe Bedeutung von Dienstvereinbarungen im Bereich des Bundespersonalvertretungsgesetzes (BPersVG) ergibt sich im vorliegenden Zusammenhang insbesondere aus der absoluten Vorrangkompetenz der Tarifvertragsparteien. Die Koalitionen können durch den Abschluss von Tarifverträgen Normen setzen, an die die Personalverfassungsorgane gebunden sind, und die sie hindern, eigene Vereinbarungen zu treffen. Oder anders ausgedrückt: Haben Dienstherr oder Arbeitgeber aufgrund einer tarifvertraglichen Regelung selbst keine Gestaltungsmöglichkeit mehr, fehlt es an einem Ansatz für eine eigenständige Regelung durch Personalrat und Dienststelle.¹⁰⁶ Dienstvereinbarungen sind nur zulässig, soweit sie das BPersVG ausdrücklich vorsieht (§ 73 Abs. 1 Satz 1 BPersVG). Entsprechende ausdrückliche Vorschriften sind enthalten in § 75 Abs. 3 BPersVG und § 76 Abs. 2 BPersVG, in deren Eingangshalbsätzen es heißt, dass der Personalrat über die dort aufgeführten Angelegenheiten „gegebenenfalls durch Abschluss von Dienstvereinbarungen mitzubestimmen“ hat. Ohne das Vorliegen eines gesetzlichen Mitbestimmungstatbestands kommen einer Dienstvereinbarung im Geltungsbereich des BPersVG keine Rechtswirkungen zu. In den Personalangelegenheiten der Beamten¹⁰⁷ sieht der Bundesgesetzgeber ohnehin keine Dienstvereinbarungen vor, sie wären also unzulässig. Der doppelte Vorbehalt, unter dem Dienstvereinbarungen stehen, nämlich dem Vorrang von Tarifverträgen sowie der Sperre durch tarifliche oder ta-

104 *Seifert*, Recht auf Kollektivverhandlungen und Anmerkungen zur neuen Rechtsprechung des EGMR, KritV 2009, S. 373.

105 BVerwG, Urt. v. 27.2.2014 – 2C 1.13, Rdnr. 65.

106 *Altvater u.a.*, BPersVG, 8. Aufl. 2013, § 75, Rdnr. 113; *Ilbertz/Widmaier/Sommer*, BPersVG, 13. Aufl. 2014, § 75, Rdnr. 74.

107 § 76 Abs. 1 BPersVG; hier besteht die Besonderheit, dass Entscheidungen nicht denjenigen Stellen entzogen werden dürfen, die der Volksvertretung verantwortlich sind, § 104 Satz 3 BPersVG.

rifühliche Regelungen,¹⁰⁸ sollte daher dazu führen, dieses Rechtsinstrument als Argument für eine tarifautonome Regelung des Beamtenrechts nicht weiter zu verfolgen.

VII. Beamtenstreikrecht und Abschluss von Tarifverträgen?

Vorab ist festzustellen, dass die tarifrechtlichen Ausführungen des BVerwG aus dem Blickwinkel der neueren Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK auf den Leser insgesamt überschießend wirken. Dies deshalb, weil das Streikrecht nach der EGMR-Rechtsprechung ein Mittel zur kollektiven Interessenwahrnehmung darstellt, das sich nicht zwingend aus der Tarifautonomie ergibt.

Das BVerwG schließt sich unkritisch der Auffassung an, dass das Beamtenstreikrecht ausschließlich an den Abschluss eines Tarifvertrages gekoppelt ist,¹⁰⁹ ohne auf die gegen diese Auffassung bestehenden Bedenken einzugehen. Ist nämlich der Beamtenstreik konventionsrechtlich grundsätzlich zulässig, kann das Kriterium des BAG von der „tariffähigen“ Forderung nicht zu seiner Rechtswidrigkeit führen. Im Schrifttum wird nicht zu Unrecht die Ansicht vertreten, aus den Urteilen *Demir und Baykara* sowie *Enerji Yapi-Yol Sen* folge nicht, dass das Streikrecht zwangsläufig auf den Abschluss eines Tarifvertrages gerichtet sein müsse. Für die Einfügung des Streikrechts in das nationale Beamtenrecht solle hierauf verzichtet werden.¹¹⁰ Artikel 11 EMRK vermittele nach der Rechtsprechung des EGMR kein Recht auf die tarifautonome Gestaltung des Beamtenverhältnisses, sondern auf Kollektivverhandlungen bzw. kollektive Interessendurchsetzung. In anderen Konventionsstaaten sei das Streikrecht nicht an den Abschluss eines Tarifvertrages geknüpft. Bemerkenswert ist, dass *Laubinger* die deutsche Übersetzung von *Meyer-Ladewig* und *Petzold* mit „Tarifverhandlungen“¹¹¹ in diesem Punkt für zweifelhaft hält.¹¹² Die englische Fassung spricht von „*right to bargain collectively*“. Dieser Begriff, der in den Urteilsgründen des BVerwG nicht ausgelegt wird – auch die französische Fassung sucht man vergebens –, ist viel weiter gefasst als der der Tarifvertragsverhandlung und erfasst jede Art von kollektiver Interessenvertretung durch Gewerkschaften zur Aushandlung von Arbeitsbedingungen. In der französischen Fassung heißt es „*droit de négociation collective*“, was auch nur Kollektivverhandlungen bedeutet und worunter nicht zwangsläufig der Abschluss von Tarifverträgen zu verstehen ist.¹¹³ Selbst wenn im deutschen Recht (Art. 9 Abs. 3 GG) *collective bargaining* den Abschluss eines Tarif-

108 Siehe § 75 Abs. 5 BPersVG, dessen Zweck darin besteht, die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu gewährleisten, indem er den Tarifvertragsparteien den Vorrang zur Regelung von Arbeitsbedingungen einräumt. Die Regelungssperre soll sicherstellen, dass die durch Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich geschützte Tarifautonomie und gewerkschaftliche Betätigungsfreiheit durch kollektive Regelungen innerhalb der Dienststellen nicht beeinträchtigt oder ausgehöhlt werden, vgl. *Altwater u.a.*, (Fn. 106), § 75, Rdnr. 276; *Illbertz/Widmaier/Sommer*, (Fn. 106), § 75, Rdnr. 228 ff.

109 BVerwG, Urt. v. 27.2.2014 – 2C 1.13, Rdnr. 63, 65.

110 *Klaß*, (Fn. 76), S. 313.

111 *Meyer-Ladewig/Petzold*, NZA 2010, 1425.

112 *Laubinger*, (Fn. 86), S. 1146, Fn. 24.

113 *Klaß*, (Fn. 76), S. 289, Fn. 935.

vertrages mitbeinhaltet, weil Arbeitskampfmaßnahmen nur zulässig sind, wenn sie auf den Abschluss eines Tarifvertrages gerichtet sind, hätte es nahegelegen, dass das BVerwG begründet, weshalb es sich gerade für die Tarifvariante des *collective bargaining* entscheidet. Auf diese Weise wäre erkennbar geworden, dass die konventionsrechtliche Sicht bedacht worden wäre, der die Gegenauffassung zugrunde liegt, wonach die Tarifbezogenheit des Beamtenstreiks überwunden werden kann. Die unterschiedliche Bewertung solcher Auslegungsfragen macht zugleich deutlich, dass die Bundesrepublik nicht zögern sollte, das Protokoll Nr. 16 zur EMRK zu ratifizieren, das in Anlehnung an das Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 AEUV einen neuen Vorlagenmechanismus nationaler Höchstgerichte zum EGMR einführt.¹¹⁴

Der Vorschlag des BVerwG¹¹⁵ – bei weiterhin einseitiger Regelung der Besoldung durch den Gesetzgeber –, die Beamtenbesoldung in die Tarifverhandlungen für den öffentlichen Dienst einzubeziehen mit der Folge, „dass die Gewerkschaften der Beamten an den Tarifverhandlungen teilnehmen und sich die Beamten außerhalb der von Art. 33 Abs. 4 GG erfassten Bereiche der öffentlichen Verwaltung insoweit an kollektiven Kampfmaßnahmen beteiligen könnten“, stiftet rechtlich eher Verwirrung als dass er zur Rechtssicherheit beiträgt.¹¹⁶ Mit anderen Worten: Die Beamten sollen

„für die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes mitstreiken und von diesen profitieren, indem sie in den Geltungsbereich dadurch einbezogen werden, dass die Tarifabschlüsse als Vorgabe für die Amtsangemessenheit der Besoldung vom Gesetzgeber übernommen werden“.¹¹⁷

Abgesehen davon, dass es konventionsrechtlich keine Vorgabe gibt, dass das Streikrecht zwangsläufig auf den Abschluss eines Tarifvertrages gerichtet sein muss, stellt sich hier die – nicht beantwortete – Frage, ob dieser Vorschlag nicht zu einer unzulässigen Form der Vorabbindung des Gesetzgebers und einer Einschränkung seiner Entscheidungsfreiheit und damit zu einem Eingriff in das Demokratieprinzip führt.

114 Siehe auch *Breuer*, Streikverbot vor dem Bundesverwaltungsgericht: Auf dem Weg zur supranationalen EMRK?, Verfassungsblog v. 28.2.2014; ferner *Zimmermann*, Das „Protokoll des Dialogs“ – Gedanken zum Vorab-Gutachtenverfahren gemäß dem 16. Zusatzprotokoll zur EMRK, EuGRZ 2015, S. 156; *Hoffmann/Kollmar*, Ein Vorabentscheidungsverfahren beim EGMR, NVwZ 2014, S. 1269. Nach Art. 10 des 16. ZP bleibt es den Konventionsstaaten vorbehalten, den Kreis der für das Vorab-Gutachtenverfahren vorlageberechtigten nationalen Gerichte abzustecken. Neben den höchsten nationalen Gerichten können auch die höchsten Fachgerichte des jeweiligen Staates einbezogen werden.

115 BVerwG, Urt. v. 27.2.2014 – 2C 1.13, Rdnr. 68.

116 *Battis*, Anm. zu BVerwG v. 27.2.2014, ZBR 2014, S. 201 f. bezeichnet es als „schlicht unfassbar, dass ausgerechnet bei der Frage der amtsangemessenen Besoldung, den ‚Randbereichsbeamten‘ (Di Fabio) ein Streikrecht im Rahmen der Tarifabschlüsse für die Tarifbeschäftigten eingeräumt wird“.

117 *Klaß*, (Fn. 76), S. 313.

VIII. Aufhebung des absoluten Beamtenstreikverbots durch das Bundesverfassungsgericht?

Diese Frage dürfte wohl zu verneinen sein. Das BVerfG sieht ausschließlich gesetzgeberischen Handlungsbedarf, um die Kollision zwischen Art. 33 Abs. 5 GG und Art. 11 EMRK aufzulösen. Eine „Einpassung“ der EGMR-Vorgaben durch das BVerfG selbst im Wege einer konventionskonformen Auslegung von Art. 33 Abs. 4 und 5 GG erscheint in der Tat wenig wahrscheinlich, wenngleich nach Auffassung der beiden Autoren nicht gänzlich ausgeschlossen. Das BVerfG wäre aber gezwungen, den in erster Linie von ihm im Wege des Richterrechts geprägten Kernbestand beamtenrechtlicher Strukturprinzipien weitreichend zu korrigieren. *Schuppert*¹¹⁸ sieht das BVerfG als Konfliktlösungsinstanz zu Recht skeptisch, wenn er formuliert:

„Es müsste allerdings – dies ist allen Kundigen klar – über seinen Schatten springen, würde es sich der Position des EGMR annähern. Daher überwiegen auch hier eindeutig die Zweifel“.

Ähnlich äußert sich *Battis*:

„Ob das BVerfG dazu [zur Korrektur seiner bisherigen Rechtsprechung] bereit sein wird, hängt primär davon ab, welche Bedeutung es dem Streikverbot für das Berufsbeamtentum beimisst. Eine Selbstkorrektur seiner Rechtsprechung wäre zwar durchaus nicht einmalig, sie dürfte aber angesichts der Betonung der Bedeutung von Art. 33 Abs. 5 GG [...] nicht zuletzt angesichts der Stellungnahmen gegenwärtiger und ehemaliger Richter des BVerfG eher unwahrscheinlich sein“.¹¹⁹

An anderer Stelle wird *Battis* noch deutlicher:

„Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und Äußerungen von Mitgliedern des Gerichts legen es nahe, davon auszugehen, dass das Bundesverfassungsgericht ein Streikrecht für alle Beamte wegen ihres einheitlichen Status ablehnen wird. Ob das Bundesverfassungsgericht künftig mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des EGMR und im Anschluss an ältere und neuere Literaturstimmen eine funktionale Unterscheidung zuließe nach Beamten, die streiken dürfen, und solchen, die nicht streiken dürfen, ist eher zweifelhaft.“¹²⁰

Im Schrifttum wird zwar die Auffassung vertreten,¹²¹ das BVerfG selbst könne seine Rechtsprechung aufgeben, weil das Streikverbot kein eigener hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums sei, sondern dieses vom BVerfG als zentrale Ausprägung der hergebrachten Grundsätze der Treuepflicht und des Alimentationsprinzips abgeleitet werde. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass das BVerfG das Streikverbot selbst zu einem Grundsatz erhoben hat,¹²² auch ändert sich nichts am Verfassungsrang des

118 *Schuppert*, (Fn. 55), S. 21.

119 *Battis*, (Fn. 84), S. 34 f.

120 *Ibid.*, S. 42; siehe in diesem Zusammenhang auch *Kemtnner*, Sinn und Zweck der Garantie des hergebrachten Berufsbeamtentums, DVBl. 2007, S. 1321 ff.

121 *Klaß*, (Fn. 76), S. 323.

122 BVerfGE 8, 17; 44, 264.

Grundsatzes, wenn er sich als rechtliche Ausgestaltung von zwei hergebrachten Grundsätzen zu einem selbständigen Grundsatz in der Rechtsprechung des BVerfG entwickelt hat.

Einen ernsthaften Ansatz für eine Korrektur des Verbots durch das BVerfG bietet dagegen Köpp,¹²³ der schon vor vielen Jahren darauf aufmerksam gemacht hat, dass sich das Verbot des Beamtenstreiks aus dem GG nicht zwingend begründen lasse,

„denn schon ein Blick über die Grenzen zeigt, dass ein alle Beamten umfassendes Streikverbot weder zum ‚Wesen des Staatsdienstes‘ gehört noch den (in den westlichen Demokratien inhaltlich übereinstimmenden) Grundprinzipien der Verfassung immanent ist. Das Dienst- und Treueverhältnis des Beamten könnte (als ‚öffentlich-rechtliches‘) auch ein gesetzliches, allerdings zwecks Aufrechterhaltung der notwendigen Staatsfunktionen sicherlich nur eingeschränktes Streikrecht für Beamte vorsehen“.

Köpp denkt – aus heutiger Sicht sehr aktuell – ausgehend von der Tatsache, dass den Beamten das Streikrecht nur versagt wurde, weil sie hoheitliche Aufgaben erfüllen sollen, an eine differenzierte Neugestaltung des Streikrechts, die nicht auf den Status, sondern auf die ausgeübte Funktion abstellt.¹²⁴ Dieser, der neueren konventionsrechtlichen Entwicklung entsprechende Ansatz, der auf eine funktionsbezogene Auslegung des Art. 33 Abs. 4 GG und mit Blick auf Art. 11 Abs. 2 Satz 2 EMRK auf eine einschränkende Auslegung des Begriffs „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ hinausliefe mit der Folge, den Funktionsvorbehalt auf sogenannte Kernbereichsbeamte zu beschränken, könnte grundsätzlich dazu führen, dass das BVerfG den von ihm anerkannten hergebrachten Grundsatz des absoluten Beamtenstreikverbots zeit- und europarechtsgemäß im Sinne der neueren EGMR-Judikatur zu Art. 11 EMRK konkretisiert, zumal das BVerfG davon ausgeht, dass die hergebrachten Grundsätze so „elastisch“ sind, dass eine zeitgemäße Konkretisierung ihrer Inhalte sich nicht mehr selbst als hergebracht erweisen muss.¹²⁵ Allerdings sprechen gegen die Umsetzung dieses Lösungsansatzes einer Selbstkorrektur des BVerfG die bereits oben aufgeführten gewichtigen Zweifel. In diesem Zusammenhang soll vor allem an die Ansicht des ehemaligen Bundesverfassungsrichters *Di Fabio* erinnert werden, wonach „die Eröffnung eines Streikrechts für Beamte einer Auflösung des ausgewogenen Strukturprinzips von Rechten und Pflichten“ gleichkäme¹²⁶ oder an die Auffassung von *Landau* (Bundesverfassungsrichter) und *Trésoret*, dass die Rechtsprechung des EGMR den Besonderheiten des deutschen Berufsbeamtentums mit seinem ausgeprägten Synallagma aus Treue und Alimentation nicht Rechnung trage.¹²⁷

123 Köpp, (Fn. 54), III.A., Rdnr. 43.

124 Ibid., Rdnr. 47.

125 BVerfGE 43, 154 (168).

126 *Di Fabio*, (Fn. 29), S. 33.

127 *Landau/Trésoret*, Menschenrechtsschutz im Mehrebenensystem, DVBl. 2012, S. 1329.

E. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

Nach Auffassung des BVerwG ist es Sache des *einfachen Bundesgesetzgebers* darüber zu entscheiden, ob und inwieweit die verfassungsunmittelbare Geltung des statusbezogenen Verbots kollektiver Kampfmaßnahmen für Beamte im Hinblick auf die Gewährleistungen des Art. 11 EMRK eingeschränkt werden soll.¹²⁸ Der einfache Gesetzgeber müsse für die Beamten außerhalb der genuin hoheitlichen Verwaltung nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz einen Ausgleich der sich gegenseitig ausschließenden Rechtspositionen aus Art. 33 Abs. 5 GG und Art. 11 EMRK herbeiführen.¹²⁹ Das BVerwG vermag aber nicht zu begründen, weshalb es Aufgabe des einfachen Gesetzgebers und nicht des *verfassungsändernden Gesetzgebers* sein soll, diese Kollisionslage aufzulösen. Das BVerwG ignoriert mit seiner Behauptung die gegenteilige Auffassung. Wenn nämlich dem Streikverbot als einem hergebrachten Grundsatz im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG Verfassungsrang zukommt,¹³⁰ muss der einfache Gesetzgeber diesen Grundsatz berücksichtigen mit der Folge, dass das statusbezogene generelle Beamtenstreikverbot in Deutschland weder aufgehoben noch eingeschränkt werden kann. Die vom BVerwG favorisierte Lösung ist daher nicht realisierbar, weil sie im Ergebnis verfassungswidrig wäre. Der offenkundige Widerspruch in der Argumentation des BVerwG macht deutlich, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber am Zuge ist, das deutsche Recht an Art. 11 EMRK anzupassen,

„um so Konventionsrechtskonformität als eine völkerrechtliche Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland herzustellen“.¹³¹

Gesetzgeberische Möglichkeiten zur Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen Art. 11 EMRK und Art. 33 Abs. 4 und 5 GG sieht zum Beispiel *Brinktrine* in einer Verfassungsänderung des Art. 33 Abs. 4 GG; so könnte die Frage der „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ im Einklang mit der Schrankenregelung des Art. 11 Abs. 2 Satz 2 EMRK in einem einschränkenden Sinne geregelt werden.¹³²

Für ein Tätigwerden des verfassungsändernden Gesetzgebers kann insbesondere die Rechtsprechung des BVerfG und dessen Verständnis über den unantastbaren Kernbestand von Strukturprinzipien des deutschen Berufsbeamtentums mit seinem ausbalancierten System von Rechten und Pflichten des Beamten einerseits und dem Dienstherrn andererseits herangezogen werden, die dem einfachen Gesetzgeber den Weg zu tiefgreifenden strukturellen Veränderungen versperrt. Nach diesem Verständnis, das die Bedeutung des Berufsbeamtentums sehr nahe an der „Verfassungsidentität“ anzusiedeln scheint, würde mit der Gewährung eines Streikrechts das Wesen des deutschen Berufsbeamtentums angetastet, dem vom Grundgesetz die Aufgabe

128 BVerwG, Urt. v. 27.2.2014 – 2C 1.13, Rdnr. 59.

129 Ibid., Rdnr. 64.

130 Ibid., Rdnr. 31; siehe auch BVerwG v. 21.6.2012 – 2B 23.12.

131 *Hebeler*, (Fn. 82), S. 330; ebenso *Laubinger*, (Fn. 83), S. 1172; *Schubert*, (Fn. 38), S. 115; vgl. auch OVG Lüneburg v. 12.6.2012 – 20BD 7/11, NdsVBl. 2012, 266; siehe auch *Arndt/Engels*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, 2. Aufl. 2015, Art. 11, Rdnr. 56.

132 *Brinktrine*, (Fn. 92), S. 236.

zugewiesen sein soll, im politischen Kräftespiel eine stabile, gesetzestreue Verwaltung zu sichern.¹³³ Zu den Kernpflichten des Beamtenverhältnisses gehört, so das BVerfG, seit jeher die unteilbare Treuepflicht.¹³⁴ Der Beamte ist dem Allgemeinwohl und damit zur uneigennützigten Amtsführung verpflichtet und hat bei der Erfüllung der ihm anvertrauten Aufgaben seine eigenen Interessen zurückzustellen.

„Der Einsatz wirtschaftlicher Kampf- und Druckmittel zur Durchsetzung eigener Interessen, insbesondere auch kollektive Kampfmaßnahmen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG wie das Streikrecht, sind ihm verwehrt.“¹³⁵

Die Gestaltungsfreiheit des einfachen Gesetzgebers wird daher durch das Beamtenstreikverbot als Teil des überlieferten Kernbestands von Strukturprinzipien, die das Bild des Beamtentums in seiner überkommenen Gestalt und Funktion insgesamt prägen, beschränkt.¹³⁶ Zwar ist in der Pflicht zur „Berücksichtigung“ (Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze in Art. 33 Abs. 5 GG) eine Entwicklungs Offenheit angelegt, die den einfachen Gesetzgeber in die Lage versetzt, die Ausgestaltung des Dienstrechts den jeweiligen Entwicklungen der Staatlichkeit anzupassen und das Beamtenrecht damit „in die Zeit“ zu stellen; Art. 33 Abs. 5 GG steht aber einer Weiterentwicklung des Beamtenrechts dann entgegen, wenn der einfache Gesetzgeber eine strukturelle Veränderung an den für Erscheinungsbild und Funktion des Berufsbeamtentums wesentlichen Regelungen vornehmen würde.¹³⁷

F. Politischer Lösungsansatz

Bei den bisherigen Lösungsansätzen lag der Schwerpunkt auf der Einpassung der EMRK-Vorgaben in das deutsche Recht. Ausgehend von der Prämisse, dass die Übernahme der funktionalen Betrachtungsweise des EGMR in das deutsche Recht zu einer funktionsbezogenen Differenzierung des Streikverbots¹³⁸ führt und dazu, dass das Streikrecht nur für Beamte (Beamtengruppen), die mit hoheitsrechtlichen Befugnissen ausgestattet sind, wozu Lehrer nicht gehören,¹³⁹ ausgeschlossen werden kann, könnte man folgende politische Lösungsmöglichkeit in Erwägung ziehen: Soweit die Dienstherrn Tätigkeiten außerhalb des Bereichs der hoheitlichen Verwaltung übertragen, müssen keine Beamte zum Einsatz kommen, wobei der strittige Begriff der hoheit-

133 St. Rspr. des BVerfG, vgl. etwa BVerfGE 7, 155 (155 ff.).

134 Vgl. BVerfGE 39, 334 (346).

135 BVerfG v. 19.9.2007 – 2 BvF 3/02, ZBR 2007, 381 (385); BVerfGE 8, 1 (17).

136 Vgl. BVerfGE 114, 258 (286); 106, 225 (232).

137 Vgl. BVerfG v. 19.9.2007 – 2 BvF 3/02, ZBR 2007, 381 (384); BVerfG v. 20.3.2007 – 2 BvL 11/04, ZBR 2007, 204.

138 Vgl. *Schuppert*, (Fn. 55), S. 65.

139 BVerfG v. 19.9.2007 – 2 BvF 3/02, ZBR 2007, 381 (385); BVerfGE 130, 263 (297). Der Deutsche Beamtenbund ist dagegen der Auffassung, dass auch Lehrer hoheitliche Aufgaben wahrnehmen, siehe etwa ZfPR online 6/2014, S. 23.

lichen Befugnisse noch gesetzlich zu klären wäre.¹⁴⁰ Daher können Dienstherrn, wie das BVerwG zutreffend feststellt, die Kollisionslage zwischen dem Verbot des Art. 33 Abs. 5 GG und den Gewährleistungen des Art. 11 EMRK dadurch auflösen, dass sie für diese Verwaltungsbereiche künftig nur noch Tarifbeschäftigte einstellen, gegebenenfalls könnte man auch an ein Wahlrecht für bereits ernannte Beamte, in diesem Status zu bleiben oder in ein Tarifbeschäftigtenverhältnis zu wechseln, denken.¹⁴¹ Diese politische Lösungsmöglichkeit¹⁴² wird erst auf längere Sicht zu einer Auflösung der Kollisionslage führen, dürfte aber den Vorgaben des EGMR entsprechen. Dass sie möglicherweise mit gravierenden Veränderungen des Beschäftigungsfeldes der Beamten verbunden ist,¹⁴³ steht auf einem anderen Blatt.

G. Unionsrechtliche Aspekte des Streikrechts

Wie oben einleitend erwähnt, wird im Unionsrecht – im Gegensatz zu anderen Rechtsquellen – das Streikrecht wörtlich genannt und zwar in Art. 28 GRCh.¹⁴⁴ Ob dieser Artikel Art. 11 EMRK entspricht, oder ob dies Art. 12 CRCh¹⁴⁵ ist, was in der Literatur strittig ist,¹⁴⁶ sei hier dahingestellt.

Allerdings gilt die Charta ausweislich ihres Art. 51¹⁴⁷ nur für die Organe usw. der Union und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union.

140 Hierzu *Widmaier/Alber*, (Fn. 13), S. 410. Das BVerfG hält die Einstellung von Lehrern im Angestelltenverhältnis für vereinbar mit den Vorgaben des Art. 33 Abs. 4 GG, BVerfGE 119, 247 (267).

141 BVerwG, Urt. v. 27.2.2014 – 2C 1.13, Rdnr. 62.

142 Es soll nicht verkannt werden, dass bzgl. der Gruppe der beamteten Lehrer z.B. zu klären wäre, ob und ggf. welche Grenzen dem Streikrecht zu ziehen sind.

143 *Klaß*, (Fn. 76), S. 297.

144 Zum Wortlaut von Art. 28 GRCh, siehe Fn. 11.

145 Art. 12 CRCh lautet in seinem relevanten Abs. 1 wie folgt: „Jede Person hat das Recht sich insbesondere im politischen, gewerkschaftlichen und zivilgesellschaftlichen Bereich auf allen Ebenen frei und friedlich mit anderen zu versammeln und frei mit anderen zusammenzuschließen, was das Recht jeder Person umfasst, zum Schutz ihrer Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten.“

146 *Frenz*, (Fn. 1), Rdnr. 3722 f.

147 Art. 51 GRCh lautet – zum Anwendungsbereich – wie folgt: „(1) Diese Charta gilt für Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. Dementsprechend achten sie die Rechte, halten sie sich an die Grundsätze und fördern sie deren Anwendung entsprechend ihren jeweiligen Zuständigkeiten und unter Achtung der Grenzen der Zuständigkeiten, die der Union in den Verträgen übertragen werden. (2) Diese Charta dehnt den Geltungsbereich des Unionsrechts nicht über die Zuständigkeiten der Union hinaus aus und begründet weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Union, noch ändert sie die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben.“

Zur Durchführung auf Unionsebene ist im Hinblick auf die europäischen Beamten auf das „Statut der Beamten der Europäischen Gemeinschaften“¹⁴⁸ hinzuweisen, das in seinem Art. 24b¹⁴⁹ den europäischen Beamten die Vereinigungsfreiheit mit den entsprechenden Konsequenzen gewährt. Aus dieser Bestimmung wird für die europäischen Beamten (mittelbar) auch ein Streikrecht abgeleitet, doch kann daraus keine Verpflichtung zur Gewährung eines solchen Rechts auch für deutsche Beamte hergeleitet werden. Wohl aber kann dies als eine Empfehlung für eine deutsche Regelung herangezogen werden, wie auch entsprechende Regelungen in anderen Mitgliedstaaten der Union, die ein Streikrecht für Beamte kennen.¹⁵⁰

Für die Mitgliedstaaten dagegen gilt, wie eben erwähnt, die Charta

„ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“.

Entsprechend durchzuführendes Unionsrecht im Hinblick auf das Streikrecht der Beamten gibt es jedoch nicht. Wenn es aber um Grundrechte geht, die mit mitgliedstaatlichen Grundrechten vergleichbar sind, kann deren Beachtungspflicht der Durchführung von Unionsrecht gleichgesetzt werden. Auf jeden Fall sind sie dem Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts nicht entzogen. Dazu heißt es in der Rdnr. 95 des EuGH-Urteils *Laval*,¹⁵¹ dass der Grundrechtscharakter des Rechts auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme eine derartige Maßnahme im Rahmen einer länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen nicht dem Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts zu entziehen vermag. In Rdnr. 91 wird weiter ausgeführt, dass das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme zwar

„als Grundrecht anzuerkennen [ist], das fester Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ist, deren Beachtung der Gerichtshof sicherstellt, doch kann seine Ausübung bestimmten Beschränkungen unterworfen werden. Denn wie in Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union erneut bekräftigt wird, wird es nach dem Gemeinschaftsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten geschützt“.

Praktisch gleich – nur mit Einbeziehung des Streikrechts – lautet der zweite Leitsatz im Urteil der Rechtssache *Viking*.¹⁵²

Auch *Frenz*¹⁵³ führt dazu aus:

148 VO (EWG, Euratom, EGKS) Nr. 259/68 des Rates v. 29.2.1968 zur Festlegung des Statuts der Beamten der Europäischen Gemeinschaften, ABl. L 56 v. 4.3.1968, S. 1, zuletzt geändert durch VO (EU, Euratom) Nr. 1023/2013 des EP und des Rates, ABl. L 287 v. 29.10.2013, S. 15.

149 Art. 24b lautet: „Die Beamten haben Vereinigungsfreiheit; sie können insbesondere Gewerkschaften oder Berufsverbände der europäischen Beamten angehören“.

150 Näheres zu den verschiedenen mitgliedstaatlichen Regelungen siehe *Frenz*, (Fn. 1), Rdnr. 3686 ff.; *Demmke*, (Fn. 78), S. 109 ff.

151 EuGH, Rs. C-341/05, *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809.

152 EuGH, Rs. C-438/05, *International Transport Workers Federation und Finish Seamen's Union gegen Viking Line ABP und OÜ Viking Line Festi*, ECLI:EU:C:2007:772.

153 *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Europäische Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2012, Rdnr. 262 mit Rechtsprechungs- und Literaturnachweisen.

„Die Bindung der Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung von Unionsrecht [...] hat zu unterschiedlichen Ansichten [...] geführt, ob eine Einschränkung der Grundfreiheiten noch als Durchführung von Unionsrecht [...] betrachtet werden kann. Bisher wurde diese Konstellation [...] als Anwendungsfall des Europarechts bezeichnet und als solche an den Grundrechten gemessen“.

Allerdings verweist Art. 28 GRCh auf die „einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“, in deren Rahmen die kollektiven Maßnahmen ergriffen werden können, sodass von daher das Streikverbot für deutsche Beamten nicht zu beanstanden ist.¹⁵⁴

Im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union wird das Streikrecht zwar namentlich in Art. 153 Abs. 5 AEUV genannt. Allerdings gilt Art. 153, der unterstützende Maßnahmen im Bereich der Sozialpolitik betrifft, demnach gerade nicht für das Streikrecht, so dass diese Bestimmung fallbezogen hier übergangen werden kann.

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang noch Art. 45 AEUV, der die unionsweite Freizügigkeit der Arbeitnehmer vorsieht, und der in seinem Abs. 4 besagt, dass Art. 45 „keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“ findet. Das heißt jedoch nur, dass kein Mitgliedstaat verpflichtet ist, die Freizügigkeit auch für Beschäftigte in der öffentlichen Verwaltung zu gewähren; „freiwillig“ kann er dies jedoch tun.¹⁵⁵ Vergleichbar mit Art. 45 Abs. 4 AEUV hält auch Art. 52 AEUV fest, dass getroffene Maßnahmen, die das Niederlassungsrecht beschränken

„nicht die Anwendbarkeit der Rechts- und Verwaltungsvorschriften [beeinträchtigen], die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind“.

Beide Bestimmungen besagen aber nur, dass gegenüber Ausländern Beschränkungen europarechtlich möglich sind, dass sie jedoch nicht getroffen werden müssen. Aus der bloßen Möglichkeit kann also nicht auf ein nötiges Verbot geschlossen werden. Daher kann aus diesen Bestimmungen auch nicht auf ein zwingendes Streikverbot geschlossen werden.

Zur bestehenden Regelung in Art. 45 Abs. 4 AEUV sei noch hinzugefügt, dass die EU-Kommission schon 1988 angeregt hatte, die Arbeitnehmerfreizügigkeit auch auf gewisse Stellen in der öffentlichen Verwaltung auszuweiten, die auf Grund von Art. 48 Abs. 4 EWG-Vertrag – inzwischen Art. 45 Abs. 4 AEUV – von der Freizügigkeit der Arbeitnehmer ausgenommen werden dürfen. In ihrer damaligen Aktions-Mitteilung¹⁵⁶ sprach die Kommission davon, dass sich

„die Aufgaben und Zuständigkeiten, die für bestimmte Stellen in einigen nationalen Verwaltungsbereichen kennzeichnend sind, so weit von den spezifischen Tätigkeiten der öf-

154 Sie dazu auch *Frenz*, (Fn. 1), Rdnr. 3751 f.

155 So auch *Franzen*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 45, Rdnr. 153.

156 Europäische Kommission, Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Zugang zur Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung der Mitgliedstaaten – Aktion der Kommission auf dem Gebiet der Anwendung von Artikel 48 Absatz 4 EWG-Vertrag, ABl. C 72 v. 18.3.1988, S. 2.

fentlichen Verwaltung [...] entfernt [hätten], da[ss] sie nur in außergewöhnlichen Fällen unter die Ausnahmen nach Art. 48 Abs. 4 EWG-Vertrag fallen“.

Die Kommission listete dazu folgende Bereiche auf:

- Einrichtungen, die mit der Verwaltung und Erbringung kommerzieller Dienstleistungen betraut sind;
- Einrichtungen des öffentlichen Gesundheitswesens;
- der Unterricht an staatlichen Bildungseinrichtungen;
- die zivile Forschung in staatlichen Forschungsanstalten;

Weiter heißt es dazu in der Aktionsmitteilung:

„In der Tat können all diese Tätigkeiten sowohl im privaten Bereich, für den Art. 48 Abs. 4 nicht gilt, als auch im öffentlichen Bereich, ohne da[ss] die Voraussetzung des Besitzes der Staatsangehörigkeit erfüllt sein müsste, ausgeübt werden.“¹⁵⁷

Die infrage kommenden Personen können also trotz fehlender deutscher oder gleichzustellender Staatsangehörigkeit in diesen Bereichen als Angestellte beschäftigt werden. Ein Anspruch auf eine Verbeamtung ergibt sich daraus allerdings nicht. Selbst wenn die Tätigkeit partiell mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse verbunden ist, soll Art. 45 Abs. 4 AEUV nicht gelten, sofern diese hoheitlichen Tätigkeiten nicht regelmäßig ausgeübt werden und nur einen sehr geringen Teil der Tätigkeiten ausmachen.¹⁵⁸

H. Ausblick

I. Gesamtkodifikation des Streikrechts sinnvoll

Der Lokführerstreik, der Pilotenstreik sowie der Poststreik und der „Kita-Streik“ der vergangenen Wochen haben vor allem in der Bevölkerung zu Unmut und Unverständnis geführt, weil die Auswirkungen praktisch nicht in erster Linie die jeweiligen Arbeitgeber getroffen haben, sondern mehr noch die Allgemeinheit. Vielfach wurde deshalb nicht nur die Beibehaltung des Streikverbots für Beamte gefordert, sondern die Schaffung neuer Stellen für Beamte oder gar die Umwandlung bestehender Mitarbeiterposten in Beamtenstellen. Politisch dürfte dies jedoch nicht leicht möglich bzw. gar nicht gewollt sein. Auch die Anordnung von vorübergehender Mitarbeit von Beamten (als sogenannte Streikbrecher) beim Streik der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst ist nicht möglich, da dies das BVerfG „mangels erforderlicher gesetzlicher Regelung verneint hat.“¹⁵⁹ Dies scheint allerdings nur zu gelten, wenn diese Beamte an-

157 Siehe dazu auch insbesondere EuGH, Rs. 66/85, *Lawrie-Blum*, ECLI:EU:C:1986:284; EuGH, Rs. C-4/91, *Bleis*, ECLI:EU:C:1991:448. Siehe auch *Frenz*, (Fn. 153), Rdnr. 1635 ff. mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen.

158 *Franzen*, (Fn. 155), Art. 45, Rdnr. 149. Zur Bereichsausnahme von Art. 45 Abs. 4 AEUV siehe auch *Bröhmer*, (Fn. 23), Kap. 19, Rdnr. 110.

159 So *Battis*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 33, Rdnr. 53 unter Hinweis auf BVerfGE 84, 212 und weiteren Literaturnachweisen.

deren Bereichen angehören als den bestreikten. *Kunig*¹⁶⁰ würde es wohl begrüßen, wenn die Dienstherrn auf Grund verfassungsrechtlicher Verpflichtung von vornherein eine Personalstruktur schaffen würden, die genügend (nicht zum Streik berechnete) Beamte

„zur Erfüllung elementarer staatlicher Aufgaben vorhält, welche in die von Arbeitskämpfen geschlagenen Versorgungslücken treten können“.

Ob dies allerdings bei dem Trend, immer weniger Stellen mit einem Beamtenstatus zu versehen, eine Lösung wäre, sei dahingestellt. Zudem wird ja das Streikrecht auch für Beamte immer weiter ausgedehnt. Ein Streikverbot wird allenfalls nur noch für Beamte im Militär-, Polizei- und im eigentlichen Hoheitsverwaltungsbereich akzeptiert. Für Bereiche der Daseinsvorsorge soll insoweit – weil überwiegend wirtschaftlich orientiert – kein Streikverbot gelten. Besser wäre es daher wohl, das (Tarif- und Streikrecht generell – und nicht nur in Einzelfällen (wie z.B. im Tarifeinheitsgesetz) – zu kodifizieren. Dabei sollten dann allerdings Regelungen getroffen werden, die auch – zumindest im Bereich der Daseinsvorsorge – die Rechte der Allgemeinheit berücksichtigen, wie zum Beispiel eine frühzeitige Information über die Streiks, die verkürzte Dauer der Streiks im Sinne einer Verhältnismäßigkeit, die Schaffung ausreichender Ausweichmöglichkeiten, die Verbindlichkeit von Schlichtungsempfehlungen bis hin zu eventuellen Haftungsregelungen.

II. Kein Rezeptionshindernis für die Übernahme der EGMR-Judikate

Was nun die künftige Übernahme der EGMR-Urteile anbelangt, so ist – als Ergebnis der bisherigen Ausführungen – ein Rezeptionshindernis nicht gegeben. Ebenso wenig wird man auch den von *Battis* unter Hinweis auf *Peters* in die Debatte gebrachten globalen „Trend zu einem Verfassungsvorbehalt“¹⁶¹ nicht als durchgreifend ansehen können. Das Verbot des Beamtenstreiks findet sich nicht ausdrücklich im Grundgesetz, sondern entspricht – wie schon oben unter A. erwähnt – der richterrechtlichen Position des BVerfG.

„Verfassungsrecht steht immer im Lichte des Verfassungswandels und folgerichtig haben Verfassungsauslegung und Verfassungsanwendung stets auch Prozesse wie Inhalte des Verfassungswandels zu berücksichtigen“.¹⁶²

Man kann nicht sagen, um in der Sprache von *Battis* und *Peters* zu bleiben, deren Kritik an der Rechtsprechung des EGMR ohnehin generellen Charakter hat, dass hier durch die funktionelle Auslegung des Art. 11 EMRK die deutsche Rechtsordnung „desintegriert“ wird und an ihre Stelle eine „instabile“ und „wolkige Struktur“ tritt. Ganz

160 *Kunig*, in: Schmidt-Aßmann/Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2008, 6. Kap., Rdnr. 189.

161 *Battis*, Streikrecht für Beamte?, ZBR 2011, S. 399; *Peters*, Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung, Zur Neubestimmung der Verhältnisse, ZÖR 2010, S. 59.

162 *Scholz*, Verfassungsgerichtsbarkeit im gewaltenteiligen Rechtsstaat, in: Karpen (Hrsg.), Der Richter als Ersatzgesetzgeber, 2002, S. 23.

im Gegenteil, die Garantie des deutschen Berufsbeamtentums wird als eine funktionsgebundene Garantie mit eng auszulegendem Funktionsvorbehalt zu verstehen sein, ein Verständnis, das, wie *Schuppert* es formuliert, der Entstehungsgeschichte von Art. 33 Abs. 4 und 5 GG gerecht wird.¹⁶³ Das Beamtentum als solches würde also nicht überflüssig. Die Beschränkung auf hoheitliche Kernbereiche stünde zudem im Einklang mit einer in Europa zu beobachtenden Tendenz.¹⁶⁴

III. Die Öffnung des Beamtentums auch für Ausländer?

Ursprünglich konnten nur deutsche Staatsbürger Beamte werden. Ab 1993 wurde dies auch für Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union möglich. Mit dem Dienstrechtsneuordnungsgesetz vom 5. Februar 2009 wurde der Kreis nochmals erweitert.¹⁶⁵ Danach können gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 BBG¹⁶⁶ jetzt außer Deutschen auch Personen Beamte werden, die die Staatsangehörigkeit eines anderen Unionsstaates oder diejenige eines Vertragsstaates des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) bzw. sogar eine solche eines Drittstaats besitzen, mit dem Deutschland entsprechende Anerkennungsansprüche vereinbart hat. Nach § 7 Abs. 3 BBG kann das Bundesinnenministerium davon sogar abweichen, wenn für die Verbeamtung ein „dringendes dienstliches Bedürfnis besteht“, sodass in diesen Fällen selbst Staatsangehörige von Drittstaaten, mit denen kein Abkommen besteht, deutsche Beamte werden können; zu denken wäre dabei vor allem an Wissenschaftler oder Hochschullehrer.¹⁶⁷

Allerdings müssen die Ausländer – neben den entsprechenden Fachkenntnissen – gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 2 BBG die Gewähr dafür bieten, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes einzutreten. Davon kann ausgegangen werden, denn es ist schwerlich anzunehmen, dass Ausländer von vorn-

163 *Schuppert*, (Fn. 55), S. 65.

164 *Demmke*, (Fn. 78), S. 122.

165 Siehe zu den Gesetzestexten *Auerbach*, Das neue Bundesbeamtengesetz, Synopse mit Kurzerläuterungen zu den Änderungen im BBG, 2009.

166 § 7 BBG hat – unter der Überschrift Voraussetzungen des Beamtenverhältnisses – folgenden Wortlaut: „(1) In das Beamtenverhältnis darf berufen werden, wer 1. Deutsche oder Deutscher im Sinne des Artikels 116 Absatz 1 des Grundgesetzes ist oder die Staatsangehörigkeit a) eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union oder b) eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder c) eines Drittstaates, dem die Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Union vertraglich einen entsprechenden Anspruch auf Anerkennung der Berufsqualifikationen eingeräumt haben, besitzt, 2. die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes einzutreten, und 3.a) die für die entsprechende Laufbahn vorgeschriebene Vorbildung besitzt oder b) die erforderliche Befähigung durch Lebens- und Berufserfahrung erworben hat. (2) Wenn die Aufgaben es erfordern, darf nur eine Deutsche oder ein Deutscher im Sinne des Artikels 116 des Grundgesetzes in ein Beamtenverhältnis berufen werden. (3) Das Bundesministerium des Innern kann Ausnahmen von Absatz 1 Nr. 1 und Absatz 2 zulassen, wenn für die Berufung der Beamtin oder des Beamten ein dringendes dienstliches Bedürfnis besteht.“

167 So z.B. *Peters/Grünwald/Lösch*, in: *Lenders/Peters/Weber u.a.* (Hrsg.), Das Dienstrecht des Bundes, 2. Aufl. 2013.

herein in Loyalitätskonflikte bei der Ausführung ihrer Aufgaben geraten oder es an Verfassungstreue und der Treue zur demokratischen Grundordnung fehlen lassen oder die Staatssicherheit bedrohen würden.¹⁶⁸ Das Nicht-Festhalten an der deutschen Staatsangehörigkeit zeigt aber zugleich, dass diese nicht ein solch entscheidender Grundsatz des Berufsbeamtentums sein muss, wie immer behauptet wurde.

Die Öffnung des deutschen Beamtenstatus für bestimmte Ausländer ist auch sinnvoll. Nicht nur die fortschreitende europäische Integration erfordert eine solche Einrichtung. Auch die Fakten des täglichen Lebens und der Umstände bedingen sie. So halten sich zum Beispiel durch Gastarbeiter oder Touristen immer mehr Personen bei uns auf, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind. Schon von daher gesehen ist es zweckmäßig beispielsweise Ausländer als Polizisten – oder in anderen relevanten Berufen – einzustellen, die die entsprechenden Sprachkenntnisse oder Kenntnisse der anderen Mentalitäten haben.

Im neuen Abs. 2 von § 7 BBG wird die Öffnung des Beamtenstatus für Ausländer allerdings wieder eingeschränkt, heißt es doch dort, dass dann, wenn es die Aufgaben erfordern, nur eine Deutsche oder ein Deutscher in ein Beamtenverhältnis berufen werden darf. Es sind jedoch unseres Erachtens eigentlich keine Aufgaben (mehr) ersichtlich, die die deutsche Staatsangehörigkeit erforderlich machen – nicht einmal Spitzenpositionen in obersten Behörden –, von einigen (eher politischen) Wahlämtern und den damit verbundenen Aufgaben vielleicht abgesehen, doch hat dies mit dem Beamtenrecht im engeren Sinne nichts zu tun.

Im Zusammenhang mit der Öffnung des Beamtentums auch für Ausländer sei nochmals auf Art. 45 AEUV eingegangen, der die unionsweite Freizügigkeit der Arbeitnehmer betrifft. Wie bereits oben unter E. bei den unionsrechtlichen Aspekten des Streikrechts erwähnt, gilt die Freizügigkeitsregelung des Art. 45 Abs. 4 AEUV nicht für Beschäftigte in der öffentlichen Verwaltung, es sei denn, die Mitgliedstaaten gewähren sie freiwillig. Ob diese europarechtliche Bestimmung infolge der Weiterentwicklung der mitgliedstaatlichen Beamtenrechte (zumindest langfristig) so beibehalten werden kann, erscheint fraglich. Zwar betrifft in der Praxis die Zulassung von Ausländern zum Beamtentum wohl überwiegend solche Ausländer, die bereits im relevanten Staat leben, also keine solchen, die sich aus einem anderen Staat heraus um eine Beamtenstelle bewerben (mit Ausnahme eventuell von bestimmten Wissenschaftlern oder Technikern, die jedoch nicht unbedingt in der öffentlichen Verwaltung im engeren Sinne tätig werden wollen). Doch könnte sich dies schnell ändern. Bisherige Austauschprogramme bzw. Abordnungen (in der öffentlichen Verwaltung) weisen in eine andere Richtung, auch wenn solche Projekte bislang nur auf Zeit angelegt sind. Um aber für alle Möglichkeiten „gewappnet“ zu sein, sollte Art. 45 Abs. 4 AEUV gestrichen bzw. zumindest entsprechend angepasst werden.

168 *Demmke*, Die Europäisierung der öffentlichen Dienste – zwischen nationaler Souveränität und Rechtsangleichung, ZTR 2005, S. 9; *Kämmerer*, Europäisierung des öffentlichen Dienstes, EuR 2001, S. 27 ff.

IV. Brauchen wir noch Beamte?

Gleich vorab sei zu dieser Frage gesagt, dass die Antwort eine rein politische ist. Von Rechts wegen ist sowohl die Beibehaltung der Trennung zwischen Beamten und Arbeitnehmern möglich wie auch deren Aufhebung. Verständlich, dass die Gewerkschaften für die Aufhebung des Beamtentums eintreten, während der Deutsche Beamtenbund für die Beibehaltung des Berufsbeamtentums kämpft.

Doch die eben genannte Öffnung des Beamtentums für Ausländer könnte eine Zäsur für das Berufsbeamtentum zur Folge haben und jedenfalls langfristig eine Diskussion über die Legitimation des Berufsbeamtentums auslösen. Da hoheitsrechtliche Befugnisse in Deutschland nicht nur auf Beamte, sondern unter Beachtung der Regel des Art. 33 Abs. 4 GG auch – als Abweichung vom Regelfall – auf Arbeitnehmer übertragen werden dürfen, wird mit zunehmender Öffnung des öffentlichen Dienstes für Staatsangehörige aus anderen Mitgliedstaaten das Nebeneinander von Arbeitnehmern und Beamten, zumal in identischen Funktionen, politisch immer schwerer vertretbar sein.¹⁶⁹ Diese Inkonsequenz stellt die Legitimation eines spezifischen Beamtentums und den Beamtenvorbehalt immer weiter in Frage.¹⁷⁰ Ohnehin stellt sich generell die Frage, ob es einen allgemeinen Funktionsvorbehalt in dem Sinne geben muss, dass Beamten zwingend die Ausübung von hoheitlichen Befugnissen zu übertragen wäre.¹⁷¹ Eine ganze Reihe europäischer Beamtengesetze enthält Ausnahmeklauseln, wonach in spezifischen Situationen Vertragsbedienstete hoheitliche Tätigkeiten ausüben können.¹⁷² Das Beamtenrecht deutscher Prägung wird sich auf Dauer weder einer weiteren Öffnung für die europäische Entwicklung noch den Herausforderungen des internationalen Arbeitsrechts verschließen können. Die Unterschiede zwischen Beamten einerseits und Vertragsbediensteten (Tarifpersonal) andererseits scheinen in Deutschland am deutlichsten ausgeprägt zu sein.¹⁷³ Aber eine 200-jährige Tradition des Berufsbeamtentums kann nicht als Begründung dafür herangezogen werden, an diesen Strukturen unverändert festzuhalten. Eine dem internationalen Trend Rechnung tragende Angleichung der Rechtspositionen von Beamten und Arbeitnehmern, ausgerichtet an der jeweiligen konkreten Aufgabenstellung der Bediensteten, erscheint dringlicher denn je. Die Auffassung, dass der deutsche Beamtenstatus einmal „Leitbildfunktion“ erlangen könnte,¹⁷⁴ stützt sich auf eine ausschließlich nationale Betrachtungsweise und entspricht eher einem Wunsch als der gegenwärtigen dienstrechtlichen Entwicklung auf europäischer Ebene. Das deutsche Beamtentum und seine hergebrachten Grundsätze können für die Zukunft nur bei Flexibilität auch

169 *Wölker/Grill*, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, 6. Aufl. 2003, Art. 39 EG, Rdnr. 168.

170 *Demmke*, (Fn. 78), S. 113.

171 *Ibid.* verweist z.B. auf Österreich, das einen solchen allgemeinen Funktionsvorbehalt nicht kennt.

172 *Ibid.*

173 Siehe etwa *Büchner/Gramlich*, Das Beamtenrecht im Internationalen, vor allem Europäischen Kontext, RiA 1992, S. 120.

174 Vgl. *Battis*, Entwicklung des Beamtenrechts im Jahre 1989, NJW 1990, S. 1214 ff.; PersV 1990, 193 (198 f.).

gegenüber der europäischen Entwicklung, wie sie in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ihren Ausdruck findet, erhalten werden.¹⁷⁵ Ob das deutsche Berufsbeamtentum auf lange Sicht in dem Spannungsfeld zwischen Europarecht und nationalem öffentlichen Dienstrecht Bestand haben wird, ist also nicht so sicher. Immerhin kam *Kämmerer* für Deutschland zu dem Ergebnis, dass das „Gemeinschaftsrecht die Ersetzung von Berufsbeamten durch Angestellte faktisch fördert“ und auf die Entwicklung eines einheitlichen nationalen Dienstrechts beschleunigend einwirkt.¹⁷⁶ *Wolff*¹⁷⁷ weist im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des Beamtenstatusgesetzes (BeamtStG) völlig zu Recht darauf hin, dass dort jegliche Angabe zu Sinn und Ratio des Berufsbeamtentums fehle. Die Chance, dem Beamtenrecht eine neue Richtung zu geben, sei nicht wahrgenommen worden, dem Gesetz sei jede visionäre Vorgabe und jede Legitimitätssteigerung fremd. Die Frage, weshalb der Staat Beamte für die Aufgaben im Sinne von § 3 Abs. 2 BeamStG benötige, sei nicht aufgenommen, nicht einmal die allgemeine Formel des BVerfG über die Funktion des Berufsbeamtentums eingearbeitet worden, und man frage sich nach der Konstruktion des BeamStG, weshalb Deutschland das Berufsbeamtentum eigentlich noch benötige. Wenn auch die in dem Gesetz

„fortgeführte Angleichung des Beamtenverhältnisses an das Angestelltenverhältnis so weitergeht, ist ab einem gewissen Punkt das Prinzip des Gesetzesvorbehalts im Beamtenrecht sachlich nicht mehr gerechtfertigt“.¹⁷⁸

Die Frage, ob noch Beamte gebraucht werden, gilt selbst für die Bereiche des Militärs, der Polizei und der genuinen Hoheitsverwaltung, für deren ständiges Funktionieren angeblich nicht streikberechtigte Beamte nötig seien. Doch könnte man durch entsprechende Dienstverpflichtungen, die normativ zu regeln wären, das gleiche Ergebnis im Hinblick auf die Treuepflicht erreichen. Auch die Alimentationspflicht des Staates und das Lebenszeitprinzip haben sich den Regelungen für Angestellte so angenähert, dass auch insoweit keine getrennten Statusregelungen mehr begründet werden können.

I. Zusammenfassung

Die jüngste EGMR-Rechtsprechung zum Streikrecht von Beamten hat in Deutschland eine lebhafte Debatte ausgelöst. Das Streikrecht wird ausgiebig thematisiert. Rechtsprechung und rechtswissenschaftliches Schrifttum streiten darüber, ob die Aufhebung des absoluten Beamtenstreikverbots auch auf das deutsche Recht anwendbar ist, dass das Streikverbot zu den durch Art. 33 Abs. 5 GG mit Verfassungsrang ausgestatteten hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums zählt. Dass

175 *Everling*, Zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs über die Beschäftigung von EG-Ausländern in der öffentlichen Verwaltung, DVBl. 1990, S. 231.

176 *Kämmerer*, Das deutsche Berufsbeamtentum im Gravitationsfeld des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Die Verwaltung 2004, S. 375.

177 *Wolff*, Der zweite Schritt zur Föderalisierung des Beamtenrechts, DÖV 2007, S. 506.

178 *Ibid.*

in der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit ein Umdenkungsprozess eingetreten und die völkerrechtliche Dimension der Problematik zutreffend erkannt worden ist, zeigt das Urteil des BVerwG vom 27. Februar 2014 in besonderer Weise. Im Unterschied zur Vorinstanz, dem OVG Münster, werden die Rechtsprechung des EGMR und die Wirkungskraft der EMRK ernst genommen und nicht marginalisiert.¹⁷⁹ Aus konventionsrechtlicher Sicht zu begrüßen ist die Kernaussage des BVerwG, dass das statusbezogene Streikverbot nach Art. 33 Abs. 5 GG und die funktionsbezogenen Gewährleistungen nach Art. 11 EMRK in Bezug auf Beamte, die außerhalb der genuine Hoheitsverwaltung eingesetzt sind, inhaltlich miteinander unvereinbar sind, und dass es Aufgabe des Gesetzgebers ist, diese Kollisionslage aufzulösen und im Wege der praktischen Konkordanz einen Ausgleich herbeizuführen. Wie der Konflikt praktisch zu lösen ist, darüber gehen die Meinungen allerdings auseinander. Zu diesem Fragenkomplex zeigt das Urteil des BVerwG mehrere Möglichkeiten auf, mit denen sich dieser Beitrag jeweils im Einzelnen kritisch auseinandersetzt und hierbei eine eigene Bewertung und Einordnung vornimmt. Danach lässt sich folgendes festhalten, wobei zweifellos auch ein „Dialog der Gerichte“, hier zwischen EGMR und BVerfG, nützlich wäre, in welchem dem EGMR zum Beispiel die methodischen Schwächen seiner beiden neueren Entscheidungen¹⁸⁰ aufgezeigt werden. Ob dies den EGMR zu einer Beschränkung seiner Rechtsprechung etwa unter Bezugnahme auf einen „weiten“ *margin of appreciation* veranlassen könnte, wird erst die ferne Zukunft ergeben. Zusammenfassend kann festgehalten werden:

- Das BVerwG führt zutreffend aus, dass eine konventionskonforme (völkerrechtskonforme) Auslegung des Art. 33 Abs. 5 GG ausscheidet, weil die Einpassung der Streikrechtsentscheidung des EGMR gegen eine deutsche Verfassungsbestimmung verstoßen würde.
- Dem BVerwG ist weiterhin im Ergebnis darin zuzustimmen, dass die Fortentwicklungsklausel des Art. 33 Abs. 5 GG in ihrer durch das BVerfG vorgenommenen Auslegung keine Lösungsmöglichkeit bietet. Das BVerwG hätte hier aber tiefer einsteigen müssen, denn die Fortentwicklungsklausel könnte durchaus für eine völkerrechtsfreundliche Auslegung herangezogen werden, wenn das BVerfG seine restriktive Rechtsprechung korrigiert. Die Klausel gibt nämlich nur dann einen Sinn, wenn mit der damaligen Verfassungsänderung der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, was auch die Modifizierung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums nicht ausschließt, ausgeweitet werden sollte.
- Das BVerwG hat zu Recht die Auffassung nicht aufgegriffen, dass der EGMR lediglich ein Streikverbot für konventionswidrig halte, das undifferenziert für alle Angehörigen des öffentlichen Dienstes gelte. Diese Position argumentiert allzu sehr aus der deutschen Sicht und setzt sich mit den funktionsbezogenen Gewährleistungen des Art. 11 EMRK nicht näher auseinander.
- Nicht zugestimmt werden kann dem BVerwG, soweit es zur Auflösung der Kollisionslage ein sogenanntes Verhandlungsmodell (Kompensationsmodell) mit Er-

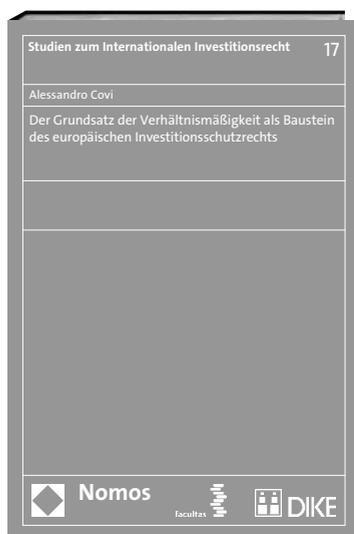
179 Zutreffend *Battis*, (Fn. 116), S. 201.

180 Vgl. *Widmaier/Alber*, (Fn. 13), S. 408 ff.

weiterung der Beteiligungsrechte der Gewerkschaften in Betracht zieht. Wie ein solches Beteiligungsmodell aussehen könnte, ist unklar. Zudem hätte es kein solches Gewicht, wie das vom EGMR aus Art. 11 EMRK abgeleitete Recht der Gewerkschaften zum Streik.

- Auch das vom BVerwG erwähnte Verhandlungs- und Schlichtungsmodell unter paritätischer Beteiligung der Gewerkschaften in der Art des „Dritten Wegs“ stellt für die Gewerkschaften keine wirksame Alternative dar, da der Wesensgehalt des Art. 11 EMRK das Streikrecht als solches erfasst. Im Schrifttum wird zu Recht bemängelt, dass das dem „Dritten Weg“ zugrundeliegende Urteil des BAG (Bestätigung des kirchenarbeitsrechtlichen Arbeitskampfverbots) völkerrechtliche Vorgaben des EGMR zum Streikrecht in kirchlichen Einrichtungen außer Acht lässt.
- Die vom BVerwG erwogene Verknüpfung von tarifautonomer Gestaltung des Beamtenrechts mit personalvertretungsrechtlichen Dienstvereinbarungen, die zwischen Dienststellenleiter und Personalrat abgeschlossen werden, vermag wegen der Vorrangkompetenz der Tarifvertragsparteien nicht einzuleuchten.
- Soweit das BVerwG das Beamtenstreikverbot ausschließlich an den Abschluss eines Tarifvertrages koppelt, ist dem entgegenzuhalten, dass sich aus den EGMR-Urteilen *Demir und Baykara* sowie *Enerji Yapi-Yol Sen* zu Art. 11 EMRK nicht zwingend ein Recht auf die tarifautonome Gestaltung des Beamtenverhältnisses ergibt.
- Eine Aufhebung des absoluten Beamtenstreikverbots durch das BVerfG selbst ist – entgegen der Ansicht des BVerwG – nicht gänzlich ausgeschlossen, um den vom BVerfG anerkannten hergebrachten Grundsatz zeit- und europarechtsgemäß im Sinne des Art. 11 Abs. 2 Satz 2 EMRK zu konkretisieren (einschränkende Auslegung des Begriffs „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“). Allerdings überwiegen im Hinblick auf die dem Art. 33 Abs. 5 GG durch das BVerfG beigemessene nationale Bedeutung die Zweifel an einer solchen Möglichkeit.
- Es besteht gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Es ist aber nicht Aufgabe des einfachen Bundesgesetzgebers, wie das BVerwG meint, sondern des verfassungsändernden Gesetzgebers, um das deutsche Recht als eine völkerrechtliche Verpflichtung an Art. 11 EMRK anzupassen. Hierfür kann auch die Rechtsprechung des BVerfG und dessen Verständnis über den unantastbaren Kernbestand von Strukturprinzipien des deutschen Berufsbeamtentums herangezogen werden.
- Eine politische Lösungsmöglichkeit, die erst auf längere Sicht zu einer Auflösung der Kollisionslage, aber auch zu Veränderungen bei der Beschäftigung von Beamten, führen würde, könnte darin bestehen, dass Dienstherrn außerhalb des Bereichs der hoheitlichen Verwaltung künftig nur noch Tarifbeschäftigte einstellen, gegebenenfalls könnte man auch, so das BVerwG, an ein Wahlrecht für bereits ernannte Beamte, in diesem Status zu bleiben oder in ein Tarifbeschäftigtenverhältnis zu wechseln, denken.

Internationales Investitionsrecht



Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Baustein des europäischen Investitionsschutzrechts

Von RA Dr. Alessandro Covi

2015, ca. 260 S., brosch., ca. 68,-€

ISBN 978-3-8487-2293-8

(Studien zum Internationalen
Investitionsrecht, Bd. 17)

Erscheint ca. Dezember 2015

www.nomos-shop.de/24731

Mit dem internationalen Investitionsschutzrecht stehen staatliche Regulierungsmaßnahmen und der materielle Schutz ausländischer Investoren in einem natürlichen Spannungsverhältnis. Mit Hilfe der rechtstheoretischen Grundlagen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zeigt die Arbeit, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung Investor-Staat-Schiedsgerichten eine Struktur vorgibt, welche sie auf Tatbestandsebene zu einer umfassenden Würdigung der gegenläufigen Interessen zwingt. Im Einzelfall kann auf dieser Grundlage eine

rationale Vorrangentscheidung zwischen den jeweiligen Interessen getroffen werden, weshalb der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit prozedural einen Interessenausgleich schafft. Die Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung könnte daher im europäischen Investitionsschutzrecht die Voraussehbarkeit der Investor-Staat-Rechtsprechung durch Schiedsgerichte erhöhen. Dies würde einen Beitrag dazu leisten, die Legitimität der Investor-Staat-Rechtsprechung im europäischen Investitionsschutzrecht zu fördern.

Bestellen Sie jetzt telefonisch unter 07221/2104-37.
Portofreie Buch-Bestellungen unter www.nomos-shop.de

Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



Nomos

Zum 80. Geburtstages von Georg Ress



Europa und die Welt

Kolloquium zu aktuellen europa-,
völker- und menschenrechtlichen Themen
aus Anlass des 80. Geburtstages von
Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Georg Ress

Herausgegeben von Prof. Dr. Jürgen Bröhmer

2015, ca. 230 S., geb., ca. 59,- €

ISBN 978-3-8487-2657-8

(Schriften des Europa-Instituts der Universität
des Saarlandes - Rechtswissenschaft, Bd. 99)

Erscheint ca. Dezember 2015

www.nomos-shop.de/26126

Am Europa-Institut der Universität des Saarlandes fand im Januar 2015 anlässlich des 80. Geburtstages von Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Georg Ress, dem langjährigem Direktor des Europa-Instituts und ehemaligen deutschen Richter am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg, ein wissenschaftliches Kolloquium statt. Die in diesem Rahmen gehaltenen Vorträge der Schüler des Jubilars befassen sich mit aktuellen Fragestellungen innerhalb des Europäischen Wirtschaftsrechts,

der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, des Völkerrechts, der Menschenrechte sowie des Europäischen Verfassungsrechts.

Mit Beiträgen von:

Prof. Dr. Stefan Weber | Dr. Sabine Altmeyer | Prof. Dr. Ulrich Nußbaum | Prof. Dr. Christian Calliess | Prof. Dr. Joachim Wolf | Prof. Dr. Pascal Hector | Prof. Dr. Christine Langenfeld | Prof. Dr. Jürgen Bröhmer | Dr. Jörg Ukrow | Prof. Dr. Roland Bieber

Bestellen Sie jetzt telefonisch unter 07221/2104-37.
Portofreie Buch-Bestellungen unter www.nomos-shop.de
Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



Nomos

Die größtmögliche Freiheit



The Greatest Possible Freedom

Interpretive formulas and their spin
in free movement case law

Von Prof. Dr. Thomas Burri, LL.M. (Bruges)

2015, 606 S., geb., 129,- €

ISBN 978-3-8487-2391-1

www.nomos-shop.de/25185

Das Buch erzählt die Geschichte natürlicher Personen im Binnenmarkt. Der erste Teil enthält eine dichte, chronologische Beschreibung des Fallrechts des Gerichtshofes der Europäischen Union zur Freizügigkeit der Personen und Dienstleistungen, inkl. der bisher weitgehend vernachlässigten Koordination der Sozialversicherungen. In diesem über 1400 Entscheidungen umfassenden Fallrecht zeichnet das Buch sodann die Entwicklung und den Spin gewisser Interpretationsformeln nach. Weitere For-

meln wie *the greatest possible freedom* oder koordinierende Formeln wie *simple coordination* werden so untersucht und ihre fast unheimliche Kraft tritt zu Tage.

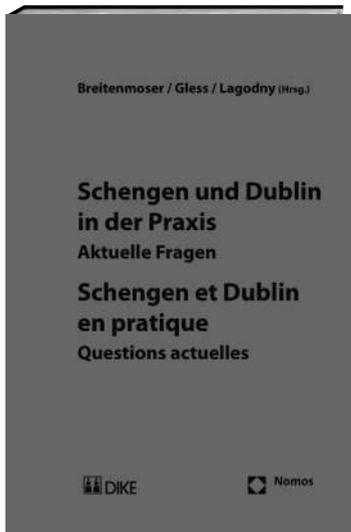
Sowohl für Praktiker, die Klienten im Binnenmarkt vertreten, wie für Akademiker, die sich für den Binnenmarkt oder Interpretation im Allgemeinen interessieren, ist das Buch eine unentbehrliche Lektüre sein.

Bestellen Sie jetzt telefonisch unter 07221/2104-37.
Portofreie Buch-Bestellungen unter www.nomos-shop.de
Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



Nomos

Aktuelle Fragen zu Politik und Recht – Dublin und Schengen



Schengen und Dublin in der Praxis | Schengen et Dublin en pratique

Aktuelle Fragen | Questions actuelles

Herausgegeben von

Prof. Dr. Stephan Breitenmoser, Prof. Dr. Sabine
Gless und Prof. Dr. Otto Lagodny

2015, 451 S., brosch., 84,- €

ISBN 978-3-8487-2724-7

www.nomos-shop.de/26473

Die aktuellen Problemfelder des sich rasant entwickelnden Schengener und Dubliner Rechts standen im Mittelpunkt zweier im Juni 2014 an der Juristischen Fakultät der Universität Basel durchgeführten Tagungen («Schengen in der Praxis – aktuelle Fragen» und «Dublin in der Praxis – aktuelle Fragen»). In den schriftlichen Fassungen ihrer Refe-

rate erörtern 18 ausgewiesene Fachleute die schwierigen und mitunter drängenden Rechtsfragen rund um das Schengener Polizei- und Kooperationsrecht sowie die Dubliner Asyl-Zusammenarbeit auf übersichtliche und verständliche Art und Weise. Sie berücksichtigen dabei auch die zwischenzeitlich neu erfolgten Rechtsentwicklungen.

Bestellen Sie jetzt telefonisch unter 07221/2104-37.
Portofreie Buch-Bestellungen unter www.nomos-shop.de
Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



Nomos