

## **Streikverbot für Beamte – sowohl verfassungs- als auch konventionsgemäß?**

Kritische Anmerkungen zum Urteil des BVerfG vom 12.6.2018

### **Abstract**

*This article critically approaches the recent decision of the German Federal Constitutional Court regarding the ban on strikes for civil servants. It shows that the judgment cannot be seen as a decision committed to international public law, as some scholars suggest. By once more adopting a material understanding of Art. 33 para. 5 Basic Law and thereby not only confirming the constitutionality, but in particular the constitutional status of the ban on strikes for civil servants, the court holds on to the absolute primacy of the Basic Law that is not to be undermined by the ECHR or the jurisprudence of the ECtHR as a means of interpretation. The reference to the need to contextualize the jurisprudence of the ECtHR as well as the emphasis on the national particularity of the Federal Republic of Germany clearly indicate that, by developing a state-centred principle of commitment to public international law, the court does not seek to align and harmonize the requirements of the ECHR and the Basic Law by developing a state-centred principle of commitment to public international law but rather to achieve a delimitation of competences between the spheres of the ECtHR and the Federal Constitutional Court.*

### **Résumé**

*La contribution suivante analyse sous un angle critique la récente décision du Tribunal constitutionnel fédéral concernant l'interdiction du droit de grève faite aux fonctionnaires. Elle démontre que cette décision ne peut pas être considérée comme étant conciliable avec le droit international public, contrairement à ce qui est parfois soutenu. Le Tribunal constitutionnel fédéral s'appuie sur une interprétation matérielle de l'article 33, al. 5 de la Loi Fondamentale, confirmant ainsi non seulement la constitutionnalité mais encore le rang constitutionnel de l'interdiction du droit de grève faite aux fonctionnaires. Ainsi il affirme de façon constante la priorité absolue de la Loi Fondamentale dont le rôle prépondérant ne saurait être entravé par le recours, à titre de facteurs d'interprétation, à la Convention européenne des droits de l'homme et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Autant le renvoi à la nécessité d'une contextualisation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que la mise en avant d'une particularité nationale de la République Fédérale, confirme clairement que le Tribunal constitutionnel fédéral, dans son effort de mise en oeuvre d'un principe de conciliabilité du niveau étatique avec celui du droit international public, ne recherche pas la concordance et l'harmonisation des contenus des objectifs respectifs de la Cour européenne des droits de l'homme et de la*

*Loi Fondamentale, mais s'efforce plutôt de reconnaître une démarcation des compétences entre le domaine d'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme et celui du Tribunal constitutionnel fédéral.*

## I. Einleitung

Mit seinem Urteil vom 12.6.2018<sup>1</sup> bestätigte das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit des Streikverbots für Beamte. Dabei wurde einerseits festgestellt, dass das Streikverbot für Beamte einen eigenständigen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG darstelle und daher vom Gesetzgeber zu beachten sei. Darüber hinaus wurde andererseits darauf hingewiesen, dass das deutsche Beamtenstreikverbot, das statusbezogen ist und insofern keine funktionsbezogene Differenzierung kennt, doch mit den Gewährleistungen der EMRK im Einklang stehe. Während der erste Hinweis schon im Hinblick auf die ständige Rechtsprechung des BVerfG sowie die ganz herrschende Meinung im Schrifttum durchaus naheliegt, scheint der zweite überraschend, weil er – anders als die weit verbreitete Ansicht – daran festhält, zwischen Art. 33 Abs. 5 GG und Art. 11 EMRK bestehe von vornherein keine Normenkollision. Gerade aus dieser Annahme ergibt sich, dass weder die Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes noch die Notwendigkeit einer konventionskonformen Auslegung des Grundgesetzes diskutiert zu werden brauchen: Ist das deutsche statusbezogene Streikverbot ohne weiteres mit Art. 11 EMRK in seiner Auslegung durch den EGMR vereinbar, so besteht „für eine konventionskonforme Auslegung oder Gesetzgebung oder Verfassungsgesetzgebung“ überhaupt kein Anlass.<sup>2</sup> Damit bietet das BVerfG für das seit Jahren heftig debattierte Problem eine scheinbar perfekte Lösung an: Das deutsche beamtenrechtliche Streikverbot sei nicht nur verfassungs-, sondern auch konventionsgemäß. Es diene nicht nur dazu, eine der wichtigsten deutschen Eigentümlichkeiten und Traditionen aufrechtzuerhalten, sondern erweise sich als völkerrechtsfreundlich.

Ob die Begründung des BVerfG überzeugt, scheint beim näheren Hinsehen doch fragwürdig. Bereits in der Hinsicht, dass die jüngste Rechtsprechung des EGMR zur Vereinigungsfreiheit im Sinne des Art. 11 EMRK ein generelles, nämlich statusbezogenes Beamtenstreikverbot für konventionswidrig erklärt, drängt sich die Frage auf, wie das deutsche statusbezogene Streikverbot für Beamte noch als konventionsgemäß erachtet werden könnte. In der hier besprochenen Entscheidung wurde nicht lediglich zur „Kontextualisierung“ der EGMR-Rechtsprechung aufgerufen, sondern darüber hinaus immer wieder die deutsche Besonderheit im Zusammenhang mit dem den Vertragsstaaten der EMRK eingeräumten „Beurteilungsspielraums“ (*margin of appreciation*) herangezogen. Doch lässt sich der potentielle Konventionsverstoß wirklich dadurch vermeiden oder beseitigen? Spricht die Heranziehung des Kontextualisierungsarguments und der nationalen Besonderheit wirklich für die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, indem sie nicht die Interpretationsoffenheit des deutschen

1 BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121.

2 So auch *A.-B. Kaiser*, Streikrecht für Beamte – Folge einer Fehlrezeption?, AöR 142 (2017), S. 417 (440).

Rechts, sondern die institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums im Sinne des Grundgesetzes zugrunde legt?

## II. Hintergrund und Begründung des Urteils

### 1. Die neuere Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK und ihre Auswirkungen auf Deutschland

Die in jüngster Zeit noch vehement geführte Debatte, ob und inwiefern das deutsche Streikverbot für Beamte mit den Vorgaben der EMRK kollidiert, geht vor allem auf die neue Auslegung des Art. 11 EMRK durch den EGMR zurück.<sup>3</sup> In Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung zog der EGMR in seinem Urteil vom 12.11.2008 in der Rechtssache *Demir und Baykara/Türkei*<sup>4</sup> die Entwicklungen im internationalen und einzelstaatlichen Arbeitsrecht in Betracht und anerkannte daher das Recht auf Tarifverhandlungen als ein wesentliches Element des in Art. 11 EMRK garantierten Rechts.<sup>5</sup> Unter Verweis darauf, dass die Einschränkungen dieses Rechts, die den drei in Art. 11 EMRK genannten Personengruppen auferlegt werden können, „eng ausgelegt werden [müssen]“,<sup>6</sup> betonte der Gerichtshof: „Angehörige des öffentlichen Dienstes müssen, von ganz besonderen Fällen abgesehen, wie andere Arbeitnehmer diese Rechte haben, unbeschadet von ‚rechtmäßigen Einschränkungen‘, die den ‚Angehörigen der Staatsverwaltung‘ im Sinne von Art. 11 EMRK auferlegt werden können [...]“.<sup>7</sup> Zu den „Schranken-Schranken“ der Vereinigungsfreiheit einschließlich des Streikrechts, das mithin ebenfalls als „ein wesentliches Element“ der in Art. 11 EMRK garantierten Vereinigungsfreiheit gilt, führte der EGMR in der Entscheidung vom 21.4.2009 in der Rechtssache *Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei*<sup>8</sup> weiterhin aus:

„Das Streikrecht ist nicht absolut. Es kann von Voraussetzungen abhängig gemacht und beschränkt werden. So kann es mit der Gewerkschaftsfreiheit vereinbar sein, Streiks von Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu verbieten, die im Namen des Staates Hoheitsgewalt ausüben. Ein Streikverbot kann also bestimmte Gruppen von Angehörigen des öffentlichen Dienstes betreffen, aber nicht insgesamt für den öffentlichen Dienst ausgesprochen werden [...]. Vorschriften über das Streikrecht müssen so eindeutig und begrenzt wie möglich die Gruppen der betroffenen Angestellten des öffentlichen Dienstes bestimmen.“<sup>9</sup>

3 Vgl. dazu den Überblick bei A. Seifert, Recht auf Kollektivverhandlungen und Streikrecht für Beamte – Anmerkungen zur neuen Rechtsprechung des EGMR zur Vereinigungsfreiheit –, KritV 92 (2009), S. 357 (358 ff.); C. Schubert, Das Streikverbot für Beamte und das Streikrecht aus Art. 11 EMRK im Konflikt, AöR 137 (2012), S. 92; C. Traulsen, Das Beamtensstreikverbot zwischen Menschenrechtskonvention und Grundgesetz, JZ 2013, S. 65.

4 EGMR, Urteil vom 12.11.2008, NZA 2010, 1425.

5 Vgl. EGMR, Urteil vom 12.11.2008, NZA 2010, 1425 (1430 f. Rn. 147 ff.).

6 Vgl. EGMR, Urteil vom 12.11.2008, NZA 2010, 1425 (1429 Rn. 97).

7 EGMR, Urteil vom 12.11.2008, NZA 2010, 1425 (1431 Rn. 154).

8 EGMR, Urteil vom 21.4.2009, NZA 2010, 1423.

9 EGMR, Urteil vom 21.4.2009, NZA 2010, 1423 (1424 f. Rn. 32).

Bereits diese Aussagen machen deutlich, dass nach Ansicht des EGMR ein Streikverbot für Angehörige des öffentlichen Dienstes nur dann zulässig ist, wenn es einerseits gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist (Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK) und sich andererseits auf eine bestimmte, aufgrund einer funktionsbezogenen Differenzierung und entsprechend einem Verhältnismäßigkeitsfordernis möglichst eng gefasste Personengruppe beschränkt (Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK).<sup>10</sup> Insofern steht also fest, dass die in Art. 11 Abs. 2 EMRK vorgesehenen Voraussetzungen für die Einschränkungen des Streikrechts nicht jeweils isoliert zu betrachten sind,<sup>11</sup> so dass ein ausnahmsloses Streikverbot, das sich auch auf diejenigen Beamte erstreckt, die keine staatliche Hoheitsgewalt ausüben, unverhältnismäßig und daher konventionswidrig wäre.<sup>12</sup>

Anlässlich der vorgenannten Entscheidungen des EGMR sind vermehrt Zweifel geäußert worden, ob das deutsche Beamtenstreikverbot, das statusbezogen ist und daher für alle Beamtinnen und Beamte unabhängig von ihrem Tätigkeitsbereich gilt, noch mit Art. 11 EMRK vereinbar sein könnte. Sowohl in Rechtsprechung als auch in Schrifttum herrscht die Meinung vor, das generelle Streikverbot für Beamte in Deutschland sei in Art. 33 Abs. 5 GG bzw. den dort garantierten „hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums“ verankert. Demzufolge sei nach der neueren Rechtsprechung des EGMR eine Normenkollision zwischen Art. 11 EMRK und Art. 33 Abs. 5 GG festzustellen.<sup>13</sup> Streitig bleibe nur, wie man auf diese Kollisionslage reagieren sollte. Selbst bei den Verwaltungsgerichten werden verschiedene Stel-

- 
- 10 Vgl. auch *H. H. Wolff*, Die Unionalisierung des Beamtenrechts, ZBR 2014, S. 1 (7); *A. Leisner-Egensperger*, Das Recht des öffentlichen Dienstes – Grundlagen und neuere Entwicklungen, Die Verwaltung 51 (2018), S. 1 (30, 33 f.); *H. Schröder*, Ist ein funktional differenziertes Streikrecht für Beamte iSv. Art. 11 EMRK mit dem Grundgesetz vereinbar?, AuR 2013, S. 280 (280 f.); *S. Greiner*, EMRK, Beamtenstreik und Daseinsvorsorge – oder: Was der öffentliche Dienst vom kirchlichen Arbeitsrecht lernen kann –, DÖV 2013, S. 623 (627, 629 f.); *T. v. Roettenken*, Kein Streikrecht für Beamtinnen und Beamte?, ZBR 2018, S. 292 (299).
- 11 Vgl. insofern auch BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1135 Rn. 184): „Nach Auffassung des EGMR handelt es sich bei dieser Ausnahmebestimmung [des Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK] weder um eine Bereichsausnahme noch um einen eigenständigen Rechtfertigungsgrund, sondern um eine Ergänzung zu Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK, bei der insbesondere auch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen ist.“ Vgl. auch *G. Klahn*, Streikrecht für verbeamtete Lehrer/innen? Der Konflikt zwischen BVerfG und EMRK und mögliche Lösungswege, in: M. Klatt (Hrsg.), Jurisdiktionskonflikte, 2015, S. 267 (274), wonach die Einschränkungen nach Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK „rechtmäßig, insbesondere verhältnismäßig“ sein müssten.
- 12 Vgl. aber *Kaiser* (Fn. 2), S. 427; *B. Daiber*, in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. v. Raumer (Hrsg.), EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 11 Rn. 57 ff., wonach Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK als eigenständiger Rechtfertigungsgrund aufzufassen ist.
- 13 Vgl. etwa *A. Nußberger*, Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf das deutsche Arbeitsrecht, RdA 2012, 270 (272 f.); *Schröder* (Fn. 10), S. 281; *Schubert* (Fn. 3), S. 115 f.; *Seifert* (Fn. 3), S. 372 ff.; *P. Gooren*, Das Ende des Beamtenstreikverbots, ZBR 2011, S. 400 (402 ff.); *R. v. Steinau-Steinrück/S. Sura*, (Noch) kein Streikrecht für Beamte – Der öffentliche Dienst im Spannungsfeld zwischen Verfassungsrecht und EMRK, NZA 2014, S. 580 (581); *J. Lorse*, Das Streikverbot für Beamte im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Artikel 11

lungnahmen vertreten.<sup>14</sup> Die einen rücken die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes in den Vordergrund und plädieren daher entweder für eine konventionskonforme Auslegung<sup>15</sup> oder für die Verfassungsänderung.<sup>16</sup> Die anderen heben hingegen sowohl den unantastbaren Wesensgehalt als auch den Vorrang des Grundgesetzes gegenüber der EMRK hervor und halten infolgedessen am beamtenrechtlichen Streikverbot fest.<sup>17</sup> Auch die viel diskutierte Entscheidung des BVerwG vom 27.2.2014,<sup>18</sup> die zum Gegenstand der Verfassungsbeschwerde gemacht wurde, über die das hier besprochene Urteil des BVerfG entschied, geht von der Feststellung einer Normenkollision zwischen der EMRK und dem deutschen Verfassungsrecht aus. Auf dieser Grundlage weist das BVerwG aber weder auf die konventionskonforme Auslegung des Grundgesetzes noch auf die Verfassungsänderung hin, sondern darauf, die vorgenannte Normenkollision lasse sich nur vom einfachen Gesetzgeber beseitigen.<sup>19</sup> In der Literatur wird zwar gelegentlich die Meinung vertreten, dass die vorgenannten Entscheidungen des EGMR, die zum türkischen Recht ergangen sind, nichts zum deutschen Berufsbeamtentum bzw. Beamtenstreikverbot aussagten.<sup>20</sup> Außerdem wird an der Übersetzung des Begriffs der „Angehörigen des öffentlichen Dienstes“ als „Beamte“ wiederholt Kritik geübt, da gerade mit dieser irreführenden Übersetzung der Umstand verkannt werde, dass auch in Deutschland das Streikverbot „nicht für den gesamten öffentlichen Dienst, sondern *nur* für Beamte“ gelte.<sup>21</sup> Es wird allerdings im Allgemeinen angenommen, dass das deutsche Beamtenstreikverbot, das überwie-

---

EMRK, ZBR 2015, S. 109; S.-P. Hwang, „Auslegungshilfe“ ernst genommen: Zum Spannungsverhältnis zwischen der EMRK und dem GG am Beispiel des beamtenrechtlichen Streikverbots, *VerwArch* 108 (2017), S. 366 (370 ff.). Vgl. aber OVG Münster, Beschluss vom 23.4.2012, NVwZ 2012, 890 (896 ff.), wonach weder aus der EMRK noch aus der Rechtsprechung des EGMR sich ein Streikrecht für deutsche Beamte ableiten lässt; sowie VG Schleswig, Urteil vom 8.8.2012, BeckRS 2015, 43475, wonach das deutsche Beamtenstreikverbot deshalb nicht gegen Art. 11 EMRK verstößt, weil die „Gruppe der Beamten“ eine „formale, gesetzlich abgrenzbare Gruppe der Angehörigen des öffentlichen Dienstes“ ist.

- 14 Vgl. nur den Überblick bei U. Di Fabio, Das beamtenrechtliche Streikverbot. Das Streikverbot der Beamte als konstitutiver Bestandteil rechtsstaatlicher Demokratie, 2012, S. 11 ff.; R. Scholz, Öffentlicher Dienst und Daseinsvorsorge: Verfassungsimmanente Schranken des Arbeitskampfes, in: FS U. Battis, 2014, S. 577 (579).
- 15 Vgl. VG Kassel, Urteil vom 27.7.2011, BeckRS 2011, 53790.
- 16 Vgl. VG Düsseldorf, Urteil vom 15.12.2010, BeckRS 2010, 56864.
- 17 Vgl. OVG Münster, Beschluss vom 23.4.2012, NVwZ 2012, 890 (892 ff., 898 f.); VG Osnaabrück, Urteil vom 19.8.2011, NVwZ-RR 2012, 323 (325 ff.).
- 18 BVerwG, Urteil vom 27.2.2014, NVwZ 2014, 736.
- 19 BVerwG, Urteil vom 27.2.2014, NVwZ 2014, 736 (741 f. Rn. 57 ff.). Vgl. auch Vgl. BVerwG, Beschluss vom 26.2.2015, NVwZ 2015, 811 (812 Rn. 7 f.), wo das Gericht beim Festhalten an dem verfassungsunmittelbaren Streikverbot für Beamte erneut betont, es sei Aufgabe des einfachen Bundesgesetzgebers, einen Ausgleich zwischen den inhaltlich unvereinbaren Anforderungen des Art. 33 Abs. 5 GG und des Art. 11 EMRK herzustellen.
- 20 Vgl. z. B. Kaiser (Fn. 2), S. 433, 440; J. F. Lindner, Dürfen Beamte doch streiken?, DÖV 2011, S. 305 (309); H. Wißmann, Das Beste aus zwei Welten: Streikrecht für Beamte? – Zur Integration des deutschen Rechts im Mehrebenensystem, ZBR 2015, S. 294 (299).
- 21 Kaiser (Fn. 2), S. 435 (Hervorhebung durch Verf.). Zur Kritik an der ungenauen Übersetzung vgl. auch Lindner (Fn. 20), S. 307 ff.; Lorse (Fn. 13), S. 114.

gend für verfassungsrechtlich zwingend gehalten wird, wegen der neueren Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK unter Anpassungsdruck steht.

## 2. Die Strategie des BVerfG im Umgang mit Art. 11 EMRK in seiner Auslegung durch den EGMR

Vor dem voranstehend erläuterten Hintergrund liegt es nahe, dass die hier besprochene Entscheidung des BVerfG deshalb Aufmerksamkeit verdient, weil es sich hierbei nicht lediglich um den heftigen Streit um die Zulässigkeit des beamtenrechtlichen Streikverbots, sondern darüber hinaus um die Grundsatzfrage nach dem Verhältnis zwischen der EMRK und dem Grundgesetz handelt. Denn: Liegt beim Festhalten am Streikverbot für Beamte ein Konventionsverstoß vor, so taucht die Frage nach den Grenzen einer völkerrechtsfreundlichen bzw. konventionskonformen Auslegung des Grundgesetzes zwangsläufig auf. Das BVerfG müsste sich dann erneut mit der Frage beschäftigen, ob oder inwiefern der EMRK als „Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes“<sup>22</sup> eine bindende Bedeutung auch gegenüber dem nationalen Verfassungsrecht zuzuerkennen ist.<sup>23</sup> Im vorliegenden Fall geht es also um den heiklen Umstand, dass das BVerfG einerseits vom Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit ausgehen, andererseits aber an der Unantastbarkeit des „Kerngehalts der Verfassungsidentität“ festhalten muss.

Im Umgang mit der Zulässigkeit des Beamtenstreikverbots stellt das BVerfG in seinem Urteil vom 12.6.2018 zunächst fest, dass das Streikverbot für Beamte einen eigenständigen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG darstelle. Damit gehöre es zu dem Kernbestand von Strukturprinzipien des Berufsbeamtentums und daher auch zu denjenigen Regelungen, „die das Bild des Berufsbeamtentums in seiner überkommenen Gestalt maßgeblich prägen, so dass ihre Beseitigung das Berufsbeamtentum als solches antasten würde“.<sup>24</sup> Unter anderem lägen ihm die Strukturmerkmale wie die Treuepflicht und das Alimentationsprinzip zu-

22 Vgl. BVerfGE 111, 307 (317).

23 Wengleich nach ganz herrschender Meinung der EMRK im deutschen Rechtssystem der Rang eines einfachen Bundesgesetzes zukommt, bleibt umstritten, ob und inwiefern die EMRK als internationale Menschenrechtskonvention ihre Bindungskraft auch gegenüber dem nationalen Verfassungsrecht entfaltet. Zu dieser Debatte vgl. nur *Hwang* (Fn. 13), S. 374 ff.; *S.-P. Hwang*, Die EMRK im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG: Die Entwicklung eines Grundrechtsp pluralismus zur Überwindung des Gegensatzes von Monismus und Dualismus?, *EuR* 2017, S. 512 (523 ff.); *S. Werres*, Der Einfluss der Menschenrechtskonvention auf das Beamtenrecht – Aktuelle Bestandsaufnahme unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, *DÖV* 2011, S. 873 (874); *Wißmann* (Fn. 20), S. 297 ff.; *J. Polakiewicz/A. Kessler*, Das Streikverbot für deutsche BeamtInnen. Die Bedeutung der Rechtsprechung des EGMR für deutsche Gerichte, *NVwZ* 2012, S. 841 (843 ff.); *M. Niedobitek*, Denationalisierung des Streikrechts – auch für Beamte? – Tendenzen im europäischen und im internationalen Recht, *ZBR* 2010, S. 361 (363, 365).

24 Vgl. BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, *NVwZ* 2018, 1121 (1123 Rn. 119).

grunde, die als Kern der institutionellen Garantie aus Art. 33 Abs. 5 GG vom Gesetzgeber zu beachten seien.<sup>25</sup> Konkret heißt das:

„Der Beamte ist dem Allgemeinwohl und damit zur uneigennützigsten 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, lassen sich mit der Treupflicht des Beamten nicht vereinbaren. Die Gewährleistung einer rechtlich und wirtschaftlich gesicherten Position soll ihn dabei in die Lage versetzen, seiner Treupflicht zu genügen.“<sup>26</sup>

„Die Besoldung des Beamten stellt kein Entgelt für bestimmte konkrete Dienstleistungen dar, sondern ist eine ‚Gegenleistung‘ des Dienstherrn dafür, dass sich der Beamte ihm mit seiner ganzen Persönlichkeit zur Verfügung stellt. Sie bildet die Voraussetzung dafür, dass sich der Beamte ganz dem öffentlichen Dienst als Lebensberuf widmen und die ihm im Staatsleben zufallende Funktion, eine stabile Verwaltung zu sichern und damit einen ausgleichenden Faktor gegenüber den das Staatsleben gestaltenden politischen Kräften zu bilden, erfüllen kann.“<sup>27</sup>

Während das BVerfG seiner eigenen ständigen Rechtsprechung folgt und den Verfassungsrang des Beamtenstreikverbots erneut bestätigt, weist es doch mit Nachdruck darauf hin, die Bestimmungen des Grundgesetzes seien völkerrechtsfreundlich ausulegen. Wie immer betont das Gericht, dass die EMRK einerseits innerstaatlich im Rang eines Bundesgesetzes stehe, andererseits doch als Auslegungshilfe für die Bestimmungen des Grundgesetzes diene, wobei aber „Ähnlichkeiten im Normtext nicht über Unterschiede, die sich aus dem Kontext der Rechtsordnungen ergeben, hinwegtäuschen dürfen“.<sup>28</sup> In diesem Zusammenhang sei trotz Anerkennung der verfassungsrechtlichen Bedeutung der EMRK eine Kontextualisierung der Rechtsprechung des EGMR in den Blick zu nehmen: „Bei der Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR sind der konkrete Sachverhalt des entschiedenen Falls und sein (rechtskultureller) Hintergrund ebenso mit einzustellen wie mögliche spezifische Besonderheiten der deutschen Rechtsordnung, die einer undifferenzierten Übertragung im Sinne einer bloßen ‚Begriffsparellisierung‘ entgegenstehen.“<sup>29</sup> Gerade im Lichte einer Kontextualisierung, die die Orientierungs- und Leitfunktion der Rechtsprechung des EGMR einschränkt, erweise sich das deutsche Streikverbot für Beamte als konventionsgemäß. Das Gericht weist darauf hin, „dass der EGMR [...] eine Aussage in einem konkret-individuell zu entscheidenden Verfahren getroffen hat. Unmittelbare Rechtskraftwirkung begründet das gegenüber der Türkei ergangene Urteil [...] für die Bundesrepublik Deutschland daher nicht.“<sup>30</sup> Die Berücksichtigung der Leit- und Orientie-

25 Vgl. dazu BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1123 f. Rn. 120 ff.; 1129 f. Rn. 149 ff.).

26 BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1124 Rn. 121).

27 BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1124 Rn. 123).

28 BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1126 Rn. 131).

29 BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1126 Rn. 132).

30 BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1133 Rn. 173).

rungswirkung der EMRK in ihrer Auslegung durch den EGMR beschränke sich daher auf dessen Aussagen zu Grundwertungen der Konvention, denen auch das deutsche Recht entspreche:

„In Deutschland wird, soweit es um die Repräsentation von Beamtinnen und Beamten geht, den Spitzenorganisationen der zuständigen Gewerkschaften kein Streikrecht, sondern ein Beteiligungsrecht bei der Vorbereitung allgemeiner Regelungen der beamtenrechtlichen Verhältnisse eingeräumt. Auch wenn dieses Verfahren nicht die einem Arbeitskampf immanente Drucksituation aufbaut und angesichts der fehlenden Tarifbindung auch nicht aufbauen kann, ermöglicht es den Gewerkschaften im Sinne einer Kompensations- oder Ausgleichsmaßnahme, mit ihrer Stimme gehört zu werden.“<sup>31</sup>

Besonderes Gewicht legt das BVerfG auf die Rechtfertigung des deutschen Beamtenstreikverbots auch am Maßstab des Art. 11 Abs. 2 EMRK. Das Gericht legt dar, dass das Streikverbot für Beamte in Deutschland sowohl „gesetzlich vorgesehen“ als auch „notwendig in einer demokratischen Gesellschaft“ sei. Dabei hebt das Gericht vor, dass der den Vertragsstaaten eingeräumte Beurteilungsspielraum im vorliegenden Fall deshalb weit anzuerkennen sei, weil es sich hierbei eher um einen „Unterstützungstreik“ handle, der „nicht den Kernbereich der Vereinigungsfreiheit betreffe, sondern lediglich einen Nebenaspekt darstelle“.<sup>32</sup>

„Dieses Verhalten [der Beschwerdeführer], das (jedenfalls auch) zur Unterstützung eines auf den Abschluss eines Tarifvertrags gerichteten Streiks gedacht war und eine gewisse Nähe zum Unterstützungstreik aufweist, fällt damit nicht in den Kernbereich der Gewährleistungen des Art. 11 EMRK. Der der Bundesrepublik Deutschland daher im Grundsatz zukommende weitere Beurteilungsspielraum ist vorliegend auch nicht überschritten. Denn das für Teile des öffentlichen Dienstes geltende und als Verfassungstradition anerkannte Streikverbot ist nicht Ausdruck der privilegierten Stellung von Beamtinnen und Beamten [...] und rechtfertigt sich auch nicht alleine aus ihrer Funktion für die Aufrechterhaltung der Verwaltung und den Schutz der Rechte Dritter. Maßgeblich ist vielmehr der Umstand, dass im System des deutschen Beamtenrechts mit dem Beamtenstatus aufeinander abgestimmte Rechte und Pflichten einhergehen und Ausweitungen oder Beschränkungen auf der einen Seite in der Regel auch Veränderungen auf der anderen Seite des Beamtenverhältnisses zeitigen. Insbesondere die Zuerkennung eines Streikrechts für Beamte wäre [...] unvereinbar mit der Beibehaltung grundlegender beamtenrechtlicher Prinzipien, die während eines längeren, traditionsbildenden Raums als verbindlich anerkannt und gewahrt worden sind und die wegen ihres Verfassungsgrades nicht zur Disposition des einfachen Gesetzgebers stehen.“<sup>33</sup>

Auch hinsichtlich des in Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK vorgesehenen Rechtfertigungsgrundes stellt das BVerfG fest, dass verbeamtete Lehrerinnen und Lehrer in Deutsch-

31 BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1134 Rn. 175).

32 Vgl. BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1134 Rn. 180).

33 BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1135 Rn. 181).

land als „Angehörige der Staatsverwaltung“ im Sinne von Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK anzusehen seien. Zwar räumt das Gericht ein, dass die Einschränkungen, die den in Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK genannten Personengruppen auferlegt werden können, „eng auszulegen“ sind, wobei ein Aspekt für die Zuordnung zum Begriff der Staatsverwaltung „die Ausübung hoheitlicher Befugnisse im Namen des Staates“ sein könnte,<sup>34</sup> und dass Lehrer „nicht schwerpunktmäßig hoheitlich geprägte Aufgaben“ wahrnehmen.<sup>35</sup> Im Hinblick darauf, dass in Deutschland nicht alle Beschäftigten des öffentlichen Dienstes dem Bereich der Staatsverwaltung zugeordnet sind,<sup>36</sup> und dass die Beschäftigung von angestellten Lehrerinnen und Lehrern „nicht ihrer Funktion oder den von ihnen wahrgenommenen Aufgaben, sondern regelmäßig besonderen Sachgründen geschuldet [ist]“,<sup>37</sup> hält das Gericht doch daran fest, dass „allein wegen der faktischen Aufspaltung der Beschäftigungsverhältnisse für Lehrer in Deutschland [sich] die Zugehörigkeit beamteter Lehrkräfte zur Staatsverwaltung im Sinne von Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK nicht verneinen [lässt]“.<sup>38</sup> Wie das Gericht ausführt: „Lehrerinnen und Lehrer üben vielmehr so bedeutsame Aufgaben aus, dass die Entscheidung über eine Verbeamtung dem Staat vorbehalten bleiben muss.“<sup>39</sup>

Insgesamt betrachtet steht fest, dass das BVerfG im vorliegenden Fall versucht hat, Art. 33 Abs. 5 GG im Lichte der Gewährleistungen der EMRK auszulegen und sich insbesondere mit der Rechtsprechung des EGMR auseinanderzusetzen. Dabei verzichtet das Gericht aber nicht darauf, das Streikverbot für Beamte als verfassungsrechtlich zwingendes Strukturmerkmal des Berufsbeamtentums einzustufen. Vielmehr hebt das Gericht hervor, diese zwingende Bestimmung des Grundgesetzes sei mit der EMRK vereinbar, so dass die Frage nach den Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes „nicht entscheidungserheblich“ werde. Um eine Kollisionslage zu vermeiden, verweist das Gericht einerseits auf die Notwendigkeit einer Kontextualisierung der Rechtsprechung des EGMR und andererseits auf das System des deutschen Beamtenrechts als Ausdruck der nationalen Besonderheit der Bundesrepublik Deutschland. In diesem Zusammenhang lässt sich sagen, dass im vorliegenden Fall die Heranziehung der deutschen Besonderheit nicht der Relativierung oder Einschränkung des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes dient, sondern im Gegenteil gerade dazu beiträgt, das in Art. 33 Abs. 5 GG verankerte Beamtenstreikverbot mit der Gewährleistung des Art. 11 EMRK in Einklang zu bringen. Insofern stellt für eine konventionsfreundliche Auslegung des Grundgesetzes die nationale Besonderheit der Bundesrepublik Deutschland kein Hindernis, sondern vielmehr eine Anregung dar.

34 Vgl. BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1135 Rn. 185).

35 Vgl. BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1136 Rn. 188).

36 Vgl. BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1136 Rn. 187).

37 Vgl. BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1136 Rn. 188).

38 BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1136 Rn. 188).

39 BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1136 Rn. 188).

### III. Ist das deutsche Streikverbot für Beamte mit Art. 11 EMRK vereinbar?

#### 1. Kontextualisierung als Argument?

Wie dargelegt, trägt in der hier besprochenen Entscheidung zunächst die sogenannte Kontextualisierungsthese zur „Harmonisierung“ von Grundgesetz und EMRK bei, indem selbst der Verweis auf die Kontextualisierung für die Einschränkung der Bindungswirkung der EGMR-Rechtsprechung einerseits und die Erweiterung der vertragsstaatlichen Beurteilungsspielräume andererseits spricht. Im Wege einer Kontextualisierung wird nicht nur betont, dass die vorgenannten Entscheidungen des EGMR zum Arbeitskampfrecht, die gegenüber der Türkei ergangen waren, keine unmittelbare Rechtskraftwirkung für die Bundesrepublik Deutschland begründeten, sondern ferner darauf hingewiesen, dass sich die Leit- bzw. Orientierungswirkung der EGMR-Rechtsprechung auf deren allgemeingültige Grundaussagen beschränke, die im vorliegenden Fall jedenfalls nicht das Erfordernis umfassten, auch den Beamtinnen und Beamten sei ohne weiteres das Recht auf Streik zuzuerkennen. „Speziell mit Blick auf das Streikrecht hat der EGMR [...] die verallgemeinerungsfähige Auslegungsmaxime formuliert, dass der Streik eine Möglichkeit der Gewerkschaften darstelle, sich Gehör zu verschaffen und dadurch ihre Interessen zu schützen. Auch zu dieser Wertung steht das deutsche Recht nicht in Widerspruch.“<sup>40</sup> Bereits in diesem Zusammenhang wird deutlich, dass es sich hierbei sowohl um die Kontextualisierung des tatbestandlichen Sachverhalts als auch um die Kontextualisierung der allgemeingültigen Aussagen des EGMR zum Streikrecht für Beamte handelt. Gerade in dieser Hinsicht lasse sich ein Konventionsverstoß des deutschen Beamtenstreikverbots auch im Hinblick auf die EGMR-Rechtsprechung nicht feststellen. Vielmehr sei angesichts der konkreten Fall- und Rechtskonstellation der vorgenannten Entscheidungen des EGMR darauf hinzuweisen, dass auch die Gewährleistung eines Streikrechts für Angehörige des öffentlichen Dienstes nach Art. 11 EMRK nicht gegen das statusbezogene Streikverbot für Beamte in Deutschland spreche.

Während das BVerfG wiederholt von Kontextualisierung spricht und unterstreicht, „dass Aussagen inter partes zu einem bestimmten Fall vor dem Hintergrund des jeweils maßgeblichen Rechtssystems getroffen wurden und dass begriffliche Ähnlichkeiten nicht über Unterschiede, die sich aus dem Kontext der Rechtsordnungen ergeben, hinwegtäuschen dürfen“,<sup>41</sup> fragt es sich, ob hierbei wirklich eine Kontextualisierung im Sinne von „*distinguishing*“<sup>42</sup> vorgenommen wurde. Denn die Behauptung, die Aussage einer gegenüber der Türkei ergangenen Entscheidung des EGMR lasse sich nicht unreflektiert auf die deutsche Rechtsordnung übertragen, reicht allein nicht aus, um denjenigen Unterschied zwischen Deutschland und der Türkei zu verdeutlichen

40 BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1134 Rn. 175).

41 BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1133 Rn. 173).

42 Zu diesem Aspekt der Kontextualisierungsthese, die insofern den Lösungsansatz des Case Method des Common Law rezipiert, vgl. z. B. O. Lepsius, Die maßstabsetzende Gewalt, in: M. Jestaedt/O. Lepsius/C. Möllers/C. Schönberger, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011, S. 159 (237 ff., 259 ff.); Kaiser (Fn. 2), S. 433; ähnlich *Wißmann* (Fn. 20), S. 299.

chen, der eine begrenzte, nämlich kontextualisierte Rezeption der EGMR-Rechtsprechung rechtfertigen würde. Der im Schrifttum gelegentlich vorgeschlagene Denkanatz, der sich vor allem für die tatsächliche Frage interessiert, „ob ein Fall, der die Inanspruchnahme politischer Rechte durch kommunale Bedienstete in der Türkei betrifft, sich normativ zu einem Streikrecht für Beamte in Deutschland fortinterpretieren lässt“,<sup>43</sup> findet in der hier besprochenen Entscheidung keine Anwendung. Vielmehr hält das BVerfG daran fest, dass der vorliegende Fall nicht in den Anwendungsbereich des Art. 46 EMRK fällt, weswegen „die konkreten Umstände des Falls im Sinne einer Kontextualisierung in besonderem Maße in den Blick zu nehmen [sind]“, ohne zu erklären, wodurch sich die vorliegende deutsche Fallkonstellation von den vorgenannten, vom EGMR behandelten türkischen Fällen unterscheidet und folglich eine unterschiedliche Bewertung verdient. Vereinfacht lässt sich sagen: Im vorliegenden Fall findet keine kontextualisierte Rezeption der EGMR-Rechtsprechung, sondern eine Nicht-Rezeption gemäß Art. 46 EMRK statt.

Was die angebliche Leit- und Orientierungsfunktion der EGMR-Rechtsprechung jenseits des Anwendungsbereichs des Art. 46 EMRK angeht, bleibt weiterhin unklar, inwiefern und wie das BVerfG bei der Orientierung an der Rechtsprechung des EGMR dessen Aussagen zu Grundwertungen der Konvention identifiziert und sich hiermit auseinandergesetzt hat. Aus der Feststellung des EGMR, dass „der Streik eine Möglichkeit der Gewerkschaften darstelle, sich Gehör zu verschaffen und dadurch ihre Interessen zu schützen“,<sup>44</sup> folgt jedenfalls nicht, dass das fehlende Streikrecht für Beamte sich durch die Einräumung eines Beteiligungsrechts hinreichend kompensieren lässt. Vor allem ist die Begründung des BVerfG deshalb zu beanstanden, weil sie bei der Identifizierung und Auseinandersetzung mit den Grundaussagen des EGMR zur Vereinigungsfreiheit der Angehörigen des öffentlichen Dienstes an der Tatsache vorbeigeht, dass die verallgemeinerungsfähige Stellungnahme des EGMR vor allen Dingen darauf hinweist, ein statusbezogenes allgemeines Streikverbot ohne Rücksicht auf die mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu differenzierenden Aufgaben der unterschiedlichen Personengruppen im öffentlichen Dienst sei mit Art. 11 EMRK nicht vereinbar. Die Annahme des BVerfG, dass der EGMR bisher weder die Zugehörigkeit des Streikrechts zu den „Kerngewährleistungen des Art. 11 EMRK“<sup>45</sup> noch die Zuordnung der Lehrkräfte an öffentlichen Schulen in Deutschland zum Bereich der Staatsverwaltung im Sinne von Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK<sup>46</sup> festgestellt hat, lässt die Frage unbeantwortet, ob oder wie das deutsche Streikverbot, das auch für

43 So *O. Lepsius*, Grundrechtspluralismus in Europa, in: J. Masing/M. Jestaedt/D. Capitani/A. Le Divellec (Hrsg.), Strukturfragen des Grundrechtsschutzes in Europa, 2015, S. 45 (64). Ähnlich *Kaiser* (Fn. 2), S. 433 f.

44 Vgl. wiederum BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1134 Rn. 175).

45 Vgl. dazu BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1134 Rn. 180). Unter Heranziehung der Rechtsprechung des EGMR stellt das BVerfG also fest, dass Deutschland im vorliegenden Fall ein weiterer Beurteilungsspielraum einzuräumen sei.

46 Vgl. BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1135 f. Rn. 185 f.). Das BVerfG betont, dass die Ausübung hoheitlicher Befugnisse im Namen des Staates lediglich „ein Aspekt für die Zuordnung zum Begriff der Staatsverwaltung sein [könnte]“. Im Schrifttum wird hingegen darauf hingewiesen, dass – nach Ansicht des EGMR – die Ausübung hoheitlicher Befugnisse ein entscheidendes Kriterium ist. Vgl. etwa *L. O. Michaelis*, JA 2015, S. 121 (123); *G. Buchholtz*, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge, 2014, S. 264,

diesjenigen Beamten gilt, die keine staatliche Hoheitsgewalt ausüben, noch mit dem Erfordernis einer funktionsbezogenen Differenzierung im Einklang stehen könnte. Insofern liegt die Schlussfolgerung nahe, dass sich das BVerfG im Namen einer kontextualisierten Rezeption der EGMR-Rechtsprechung der substantiellen Auseinandersetzung mit dem EGMR entzieht, indem gerade durch eine Kontextualisierung die Grundaussagen des EGMR auf das beschränkt werden, was die Vereinbarkeit des deutschen Beamtenstreikverbots mit den Gewährleistungen der EMRK ohnehin nicht in Frage stellen würde. Mit anderen Worten: Im vorliegenden Fall dient die Kontextualisierung der Grundaussagen des EGMR nicht dem konstruktiven Dialog zwischen dem EGMR und dem BVerfG, sondern der Relativierung der Leit- und Orientierungsfunktion der EGMR-Rechtsprechung.

## 2. Deutsche Besonderheit als Argument?

Die Überzeugung des BVerfG, dass Deutschland bei der Einschränkung des Beamtenstreikrechts über einen weiteren Beurteilungsspielraum verfüge, geht letztlich auf die Grundannahme zurück, beim Streikverbot für Beamte gehe es um die Besonderheit des deutschen Berufsbeamtentums im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG. Das BVerfG geht davon aus, dass mit dem Streikverbot für Beamte der Kernbereich der Gewährleistungen des Art. 11 EMRK nicht berührt werde, so dass dem betroffenen Staat ein relativ weiterer Beurteilungsspielraum (*margin of appreciation*) zugestehen sei.<sup>47</sup> Vor diesem Hintergrund stellt das Gericht fest, das deutsche beamtenrechtliche Streikverbot lasse sich „wegen der Besonderheiten des deutschen Systems des Berufsbeamtentums“ nach Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK rechtfertigen.<sup>48</sup> Dabei fällt auf, dass nicht die in Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK vorgesehenen Rechtfertigungsgründe,<sup>49</sup> sondern immer wieder die deutschen Besonderheiten im Mittelpunkt stehen. Auch abgesehen von der Frage, ob Deutschland im vorliegenden Fall, wobei es nach Ansicht des BVerfG in gewissem Maße um einen Unterstützungsstreik geht, wirklich ein weiter Beurteilungsspielraum einzuräumen ist, ist diese Vorgehensweise deshalb zu beanstanden, weil das BVerfG sich überwiegend darum bemüht, das deutsche Berufsbeamtentum als ein verfassungsrangiges und zwar inhaltsfestes System ineinandergreifender Mechanismen darzustellen, ohne darzulegen, warum sich das deutsche Streikverbot für Beamte als „notwendig in einer demokratischen Gesellschaft“ erweisen könnte. Wie das Gericht ausführt: „Die Zuerkennung eines Streikrechts für Beamte würde das System des deutschen Beamtenrechts im Grundsatz verändern und damit infrage stellen. Bei diesem System handelt es sich um eine nationale Besonderheit der Bundesrepu-

301; G.A. Neuhäuser/P. C. Otto, Kein generelles Streikverbot für Beamte!, DVBl. 2016, S. 393 (394); v. Roetteken (Fn. 10), S. 299. Vgl. auch C. Grabenwarter, European Convention on Human Rights – Commentary, 2014, Art. 11 Rn. 32.

47 Vgl. wiederum BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1134 f. Rn. 180 f.).

48 Vgl. BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1134 Rn. 179; 1135 Rn. 181).

49 Vgl. BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1134 Rn. 179). In Betracht kommt etwa, ob die in Rede stehende Einschränkung der Vereinigungsfreiheit „ein dringendes soziales bzw. gesellschaftliches Bedürfnis“ voraussetzt, und ob die Einschränkung verhältnismäßig ist.

blik Deutschland, die dem Umstand geschuldet ist, dass sich die Staaten in Europa kulturell und historisch sehr unterschiedlich entwickelt haben.“<sup>50</sup> Demzufolge liegt die Vermutung nahe, dass das BVerfG die nationale Besonderheit heranzieht, um den dem betroffenen Staat weit einzuräumenden Beurteilungsspielraum zu begründen und dadurch das deutsche Beamtenstreikverbot ohne weiteres zu rechtfertigen.<sup>51</sup> Insofern trägt die Heranziehung der nationalen Besonderheit dazu bei, das deutsche Beamtenstreikverbot mit den Gewährleistungen der EMRK in Einklang zu bringen, indem sie ohne weiteres auf den vertragsstaatlichen Beurteilungsspielraum hinweist. Nach Ansicht des BVerfG ist das deutsche Streikverbot für Beamte also nicht deshalb mit der EMRK vereinbar, weil es den Verhältnismäßigkeitsanforderungen des Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK entspricht, sondern deshalb, weil es als Ausdruck einer deutschen Besonderheit keiner Verhältnismäßigkeitsprüfung am Maßstab des Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK unterliegt.

Dass das BVerfG unter Heranziehung der nationalen Besonderheit ohne weiteres an der Unvereinbarkeit zwischen dem deutschen Beamtenstreikverbot und den Vorgaben der EMRK vorbeigeht, zeigt sich auch bei der Aussage des Gerichts zur Interpretation der Angehörige der Staatsverwaltung im Sinne des Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK. Das BVerfG erkennt zwar an, dass im Lichte der EGMR-Rechtsprechung die in Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK genannten Personengruppen eng auszulegen sind, wobei sich der Begriff der Staatsverwaltung auf „die Ausübung hoheitlicher Befugnisse im Namen des Staates“ bezieht. Auf dieser Erkenntnisgrundlage stellt das Gericht aber fest, dass beamtete Lehrerinnen und Lehrer in Deutschland als Angehörige der Staatsverwaltung im Sinne von Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK anzusehen seien, obgleich Lehrer/innen „in der Regel nicht schwerpunktmäßig hoheitlich geprägte Aufgaben [wahrnehmen]“, die „der besonderen Absicherung durch den Beamtenstatus bedürften“.<sup>52</sup> Dies wird damit begründet, dass Lehrerinnen und Lehrer „so bedeutsame Aufgaben [ausüben], so dass die Entscheidung über eine Verbeamtung dem Staat vorbehalten bleiben muss“.<sup>53</sup> Dieser Aussage liegt gewissermaßen die Annahme zugrunde, dass die Entscheidung über die Lehrer-Verbeamtung von den Eigentümlichkeiten der einzelnen Staaten abhängt und daher von diesen selbst innerhalb der ihnen zustehenden Beurteilungsspielräume zu treffen sei. Doch die Unvereinbarkeit der Interpretation der Angehörigen der Staatsverwaltung im Sinne von Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK durch das BVerfG mit dem Auslegungsansatz des EGMR wird durch die Herausstellung der nationalen Besonderheit und der Beurteilungsspielräume der Vertragsstaaten offenbar nicht beseitigt, sondern nur außer Acht gelassen.

Insgesamt ist festzustellen, dass im vorliegenden Fall das Streikverbot für Beamte als Ausdruck einer nationalen Besonderheit in den Beurteilungsspielraum fällt, inner-

50 BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1135 Rn. 181).

51 Für eine Heranziehung der nationalen Besonderheit zur Begründung eines Beurteilungsspielraums zugunsten der Vertragsstaaten plädieren auch *U. Battis*, Streikrecht für Beamte?, ZBR 2011, S. 397 (400); *U. Widmaier/S. Alber*, Menschenrecht auf Streik auch für deutsche Beamte?, ZEuS 2012, S. 387 (412 ff.); *Lorse* (Fn. 13), S. 120; *Kaiser* (Fn. 2), S. 440.

52 Vgl. BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1136 Rn. 188); sowie BVerfGE 119, 247 (267). Aus diesem Grund wurde festgestellt, dass die Einstellung der Lehrer im Angestelltenverhältnis auch mit den Vorgaben des Art. 33 Abs. 4 GG vereinbar sei.

53 Vgl. BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1136 Rn. 188).

halb dessen nicht die Vorgaben der EMRK in ihrer Auslegung durch den EGMR, sondern die kulturellen, historischen und gesellschaftlichen Eigenheiten des betroffenen Vertragsstaates von maßgeblicher Bedeutung sein sollten. Gerade in dieser Hinsicht geht es vorliegend aber weder um die Verkörperung des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit noch um den Versuch einer substantiellen Harmonisierung zwischen dem Grundgesetz und der EMRK im Wege einer konventionskonformen Auslegung, sondern überwiegend darum, den eigenständigen Kompetenzbereich der Bundesrepublik Deutschland vom Entscheidungsbereich des EGMR auszuschließen. Mit anderen Worten: Auf den Umstand, dass eine Kollision zwischen dem im Grundgesetz verankerten Streikverbot für Beamte und der von der EMRK geforderten Beschränkung der Auferlegung eines Streikverbots auf sonstige Staatsbedienstete, die vorwiegend hoheitliche Aufgaben wahrnehmen, in der Tat vorliegt, hat das BVerfG nicht mit dem ausdrücklichen Festhalten an dem absoluten Vorrang des Grundgesetzes gegenüber der EMRK reagiert. Unter Heranziehung der nationalen Besonderheit und der *margin of appreciation*-Doktrin hebt es vielmehr hervor, ein Konventionsverstoß des deutschen Beamtenstreikverbots lasse sich nicht feststellen. Doch insofern ist zwangsläufig eine paradoxe Schlussfolgerung zu ziehen: Die Annahme, dass das deutsche verfassungsrangige Streikverbot für Beamte mit der Gewährleistung des Art. 11 EMRK vereinbar ist, stützt sich letztlich auf den Verweis auf die deutsche Besonderheit und daher gerade auf die Feststellung eines Gegensatzes zwischen der deutschspezifischen Tradition und des gemeineuropäischen Trends, der unter anderem durch die neuere Rechtsprechung des EGMR bestätigt worden ist.<sup>54</sup>

### 3. Wie lässt sich ein Konventionsverstoß vermeiden? – Plädoyer für eine konventionsfreundliche bzw. -konforme Auslegung des Art. 33 Abs. 5 GG

In der Hinsicht, dass die Heranziehung einer „*margin of appreciation*“-Doktrin, die zur Ausleichung zwischen Effektivität und Subsidiarität der EMRK entwickelt worden ist,<sup>55</sup> im Grunde genommen gerade das Vorliegen einer (mindestens potentiellen) Diskrepanz zwischen den Vorgaben der EMRK und dem nationalen Recht voraussetzt,<sup>56</sup> liegt der Verdacht nahe, dass auch das BVerfG von der Kollisionslage zwischen seiner eigenen Rechtsprechung und der Stellungnahme des EGMR ausgeht. Es

54 Vgl. insofern auch *Klahn* (Fn. 11), S. 284 („Die Rechtsprechung des EGMR [...] stärkt die neuere Entwicklung, Tarifautonomie im Bereich des Beamtentums einzuführen.“). Mit seinem generellen Beamtenstreikverbot ist Deutschland im europäischen Vergleich durchaus in der Minderheit. Vgl. dazu *K. Lörcher*, Das Menschenrecht auf Kollektivverhandlung und Streik – auch für Beamte, AuR 2009, S. 229 (242); *Buchholtz* (Fn. 46), S. 65; *Leisner-Egensperger* (Fn. 10), S. 26.

55 Vgl. nur *M. Kuijer*, The Margin-of-Appreciation Doctrine and the Strengthening of the Principle of Subsidiarity in the Recent Negotiations, Human Rights Law Journal, Vol. 36 No. 7-12, 2016, 339 (342);.

56 Zu Definition und Entwicklung der *margin of appreciation*-Doktrin vgl. statt vieler *U. Prepeluh*, Die Entwicklung der *Margin of Appreciation*-Doktrin im Hinblick auf die Pressefreiheit, ZaöRV 2001, S. 771 (772 ff.); *V. Behrendt*, Die Margin of Appreciation – der Beurteilungsspielraum der konventionsstaatlichen Organe am Beispiel des Burka-Urteils, in: M. Klatt (Hrsg.), Jurisdiktionskonflikte, 2015, S. 225 (229 ff.).

versucht nur, sich unter Heranziehung der deutschen Besonderheit dem Umgang mit dieser Kollisionslage zu entziehen. Vor diesem Hintergrund wird in der hier besprochenen Entscheidung der Verweis auf einen weiten Beurteilungsspielraum der Bundesrepublik Deutschland nicht genau am Maßstab der einzelnen Kriterien zur Bestimmung der Reichweite des vertragsstaatlichen *margin of appreciation*<sup>57</sup> begründet, sondern im Hinblick auf die deutsche Besonderheit als selbstverständlich vorausgesetzt.<sup>58</sup> Unbegründet bleibt zudem die Notwendigkeit eines generellen Streikverbots für Beamte nach Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK. Das BVerfG betont nämlich, dass das Beamtenstreikverbot sich nicht allein aus der Beamtenfunktion für die Aufrechterhaltung der Verwaltung und den Schutz der Rechte anderer rechtfertige. „Maßgeblich ist vielmehr der Umstand, dass im System des deutschen Beamtenrechts mit dem Beamtenstatus aufeinander abgestimmte Rechte und Pflichten einhergehen und Ausweitungen oder Beschränkungen auf der einen Seite in der Regel auch Veränderungen auf der anderen Seite des Beamtenverhältnisses zeitigen.“<sup>59</sup> Diese Aussage weist wiederum deutlich darauf hin, dass bei der Rechtfertigung des deutschen Streikverbots für Beamte nicht die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Sinne von Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK, wobei die Abwägung der Bedeutung des Eingriffsziels im Verhältnis zur Schwere des Eingriffs eine zentrale Rolle spielt,<sup>60</sup> sondern letztendlich die dem Beamtenstreikverbot zugrunde liegende deutsche Verfassungstradition und -besonderheit im Mittelpunkt steht. Insofern zeigt sich, dass in der vorliegenden Entscheidung die Hervorhebung der deutschen Besonderheit gerade zum Festhalten am absoluten Vorrang des Grundgesetzes dient, dessen wesentliche Inhalte daher nicht durch die Heranziehung der EMRK als Auslegungshilfe beeinflusst oder verändert werden dürften. Auch aus dieser Perspektive wird verständlich, warum sich die vorliegende Entscheidung überhaupt nicht mit der Rechtsprechung des EGMR zur Definition und Reichweite des Begriffs der Angehörige der Staatsverwaltung im Sinne von Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK auseinandersetzt, sondern unter Heranziehung der nationalen Eigenheiten ohne weiteres an der Einstufung der verbeamteten Lehrerinnen und Lehrer als Angehörige der Staatsverwaltung und infolgedessen an der Konventionskonformität des deutschen Streikverbots für verbeamtete Lehrerinnen und Lehrer festhält. Wird davon ausgegangen, dass das Streikverbot für verbeamtete Lehrerinnen und Lehrer als herge-

57 Wesentliche Kriterien sind unter anderem der gemeinsame europäische Konsens, die Widerspruchsfreiheit des vertragsstaatlichen Handelns, die Bedeutung des eingeschränkten Grundrechts, die politische Relevanz des Menschenrechtsgebrauchs, das Eingriffsziel und das Gewicht der vertragsstaatlichen Entscheidungskompetenz. Vgl. dazu näher *Prepeluh* (Fn. 56), S. 774 ff.; *Behrendt* (Fn. 56), S. 232 ff.

58 Zur einseitigen Herausstellung der nationalen Besonderheit als Argument für die Anwendung der *margin of appreciation*-Doktrin vgl. auch *Kaiser* (Fn. 2), S. 440; *Battis* (Fn. 51), S. 400. Demgegenüber stellt die Rechtsprechung des EGMR klar, dass bei der Beurteilung der Anwendbarkeit der *margin of appreciation*-Doktrin die nationale Besonderheit nur eine von mehreren Gesichtspunkten darstellt. Wie der EGMR ausführt: „Sich auf eine Tradition zu berufen, kann aber keinen Konventionsstaat von seiner Pflicht entbinden, die in der Konvention und ihren Protokollen garantierten Rechte zu achten.“ EGMR, Urteil von 18.3.2011 – 30814/06 (Lautsi u. a. /Italien), NVwZ 2011, 737 (740 Rn. 68).

59 Vgl. wiederum BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1135 Rn. 181).

60 Zur Notwendigkeit einer Abwägung der widerstreitenden Interessen im Lichte von Art. 9 Abs. 3 GG, Art. 33 Abs. 5 GG und Art. 11 EMRK vgl. *Klahn* (Fn. 11), S. 273 ff.

brachter Grundsatz des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG jedenfalls aufrechtzuerhalten ist, so ist im Kollisionsfall nicht auf eine substantielle Auseinandersetzung mit dem EGMR, sondern vor allen Dingen auf die wesentliche Bedeutung des Streikverbots als Ausdruck der deutschen Besonderheit und Bestandteil der inhaltsfesten tragenden Grundsätze der deutschen Verfassung hinzuweisen.

In dem Maße, dass die Heranziehung der deutschen Besonderheit vorliegend gerade zur Verankerung der unabänderlichen hergebrachten Grundsätze des deutschen Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG und folglich zur Verankerung des Vorrangs des Grundgesetzes gegenüber der EMRK beiträgt, lässt sich feststellen, dass das BVerfG nach wie vor an seinem bisherigen Verständnis des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit<sup>61</sup> festhält, wonach sich das Grundgesetz nur unter der Voraussetzung völkerrechtsfreundlich auszulegen sei, dass die in Rede stehenden Vorgaben des Grundgesetzes mit den einschlägigen völkerrechtlichen Bestimmungen ohnehin im Einklang stünden. Liege hingegen eine Kollision zwischen dem deutschen Verfassungsrecht und dem Völkerrecht vor, so ergäben sich hieraus die Grenzen einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung.<sup>62</sup> So gesehen hätte das BVerfG in der vorliegenden Entscheidung auf einen Jurisdiktionskonflikt hingewiesen,<sup>63</sup> zumal in der Hinsicht, dass der EGMR mit seiner neueren Rechtsprechung zur Reichweite der in Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK vorgesehenen Personengruppen bereits klare Stellung genommen hat. Damit hätte das Gericht überzeugender begründen können, warum Deutschland trotz oder gerade wegen des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit nicht auf ein generelles Beamtenstreikverbot verzichten kann.

Gleichzeitig lässt sich doch nicht verleugnen, dass die angebliche Kollisionslage zwischen Art. 33 Abs. 5 GG und Art. 11 EMRK letztlich darauf zurückzuführen ist, dass das BVerfG nach wie vor von einem materiellen Verständnis der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG ausgeht. Gerade mit diesem Verständnis hält das BVerfG entgegen der ausdrücklichen Bestimmung in Art. 33 Abs. 5 GG ständig daran fest, dass die in Art. 33 Abs. 5 GG gewährleisteten hergebrachten Grundsätze notwendigerweise ein generelles Streikverbot für Beamte einschließen, und dass diese hergebrachten Grundsätze vom Gesetzgeber nicht nur berücksichtigt, sondern auch beachtet werden müssten.<sup>64</sup> Wie aber schon vielfältig

61 Zur Entwicklung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG vgl. nur den Überblick bei *M. Herdegen*, in: T. Maunz/G. Dürig (Begr.), Grundgesetz-Kommentar, 78. EL (Sep. 2016), GG Art. 25 Rn. 6f.; *F. Schorkopf*, Völkerrechtsfreundlichkeit und Völkerrechtsskepsis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: T. Giegerich (Hrsg.), Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren, 2010, S. 131 (133 ff.); *D. Knop*, Völker- und Europarechtsfreundlichkeit als Verfassungsgrundsätze, 2013, S. 201 ff.

62 Vgl. dazu kritisch *Hwang* (Fn. 23), S. 521 f.; *S.-P. Hwang*, Trägt die (begrenzte) Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip zum Ausgleich zwischen internationaler Zusammenarbeit und nationaler Souveränität bei? Zugleich Anmerkung zur „Treaty Override“-Entscheidung des BVerfG, AVR 55 (2017), S. 349 (365 ff.).

63 Vgl. insofern auch *M. Wienbracke*, Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 12.6.2018, EuZW 2018, S. 652 (654).

64 Vgl. dazu nur BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, NVwZ 2018, 1121 (1123 Rn. 119).

kritisiert wurde,<sup>65</sup> ist dieses Verständnis keineswegs zwingend, sondern beruht im Grunde genommen auf der durch die klassische Vorstellung einer institutionellen Garantie geprägten Überzeugung, der Kernbestand von Strukturprinzipien der in Art. 33 Abs. 5 GG verankerten Institution des Berufsbeamtentums müsse gegen tiefgreifende strukturelle Veränderungen durch den einfachen Gesetzgeber geschützt werden.<sup>66</sup> Dabei wird allerdings nicht nur verkannt, dass nach dem Wortlaut des Art. 33 Abs. 5 GG dem einfachen Gesetzgeber lediglich eine Berücksichtigungspflicht auferlegt wird, sondern ferner außer Acht gelassen, dass gerade ein solches materielles Verständnis, wonach die grundgesetzlichen Vorgaben immer wieder als von deutschspezifischen Traditionen geprägte und daher inhaltsfeste Vorbestimmungen interpretiert werden, den Weg zu einer völkerrechts- und insbesondere menschenrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes von vornherein versperren würde.<sup>67</sup> In diesem Zusammenhang ist entgegen ständiger Rechtsprechung des BVerfG darauf hinzuweisen, dass der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit besonders dort eine konstruktive Rolle spielt und spielen soll, wo die neuen Entwicklungen im Völkerrecht, die der deutschen Rechtslage nicht (mehr) entsprechen und sich doch zugunsten der Menschenrechte auswirken, zum Nachdenken darüber veranlassen, inwieweit eine Anpassung des deutschen (Verfassungs-)Rechts an den internationalen Trend erforderlich ist, und wie diese Anpassung vorzunehmen ist. In der Tat steht selbst Art. 33 Abs. 5 GG die Fortentwicklung des Rechts des öffentlichen Dienstes nicht entgegen. Vielmehr fordert er, dass diese Fortentwicklung die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums in Betracht zu ziehen hat. Selbst wenn man unterstellt, dass die hier gemeinten hergebrachten Grundsätze unter anderem das Treue- und das Alimentationsprinzip umfassten, woraus sich folgerichtig das Beamtenstreikverbot ergäbe, sollte man nicht übersehen, dass die Berücksichtigungspflicht des einfachen Gesetzgebers im Lichte des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit gewissermaßen relativiert werden

65 Vgl. etwa *T. Klein*, Eine andere Verfassungsinterpretation ist möglich, AuR 2018, S. 130 (133 f.); *Buchholtz* (Fn. 46), S. 323 ff.; *Gooren* (Fn. 13), S. 403; *Leisner-Egensperger* (Fn. 10), S. 24 f.; *R. Buschmann*, Anmerkung zur Entscheidung des VG Kassel vom 31.8.2011, 28 K 574/10.KS.D und Az.: 28 K 1208/10.KS.D, AuR 2012, S. 36 (39); *Schröder* (Fn. 10), S. 281; *Nußberger* (Fn. 13), S. 273; *Polakiewicz/Kessler* (Fn. 23), S. 844; *L. Budjarek*, Die Neukategorisierung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums nach dem Maß ihrer institutsprägenden Wirkung, ZBR 2010, S. 229; *M. Kutscha*, Beamtenrechtsdogma und Menschenrechte – der Spagat des BVerfG, AuR 2014, S. 408 (409). Vgl. auch *Lindner* (Fn. 20), S. 306, der einerseits ohne weiteres daran festhält, das Streikverbot für Beamte sei „verfassungsrechtlich zwingend“, andererseits beim Verständnis des Art. 11 EMRK doch strikt vom Wortlaut des Konventionstextes ausgeht („Weder im ursprünglichen Text der EMRK noch in den Zusatzprotokollen ist ein Streikrecht als Grund- oder Menschenrecht ausdrücklich genannt.“).

66 Zu dieser traditionellen und bis heute noch herrschenden Auffassung vgl. nur *M. Jachmann-Michael/A.-B. Kaiser*, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 33 Rn. 40 ff.; *U. Battis*, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 33 Fn. 67 ff.; *Di Fabio* (Fn. 14), S. 33 ff.; *Widmaier/Alber* (Fn. 51), S. 401 f.

67 Vgl. auch *Buchholtz* (Fn. 46), S. 319 ff.; *Buschmann* (Fn. 65), S. 39; *Klein* (Fn. 65), S. 133 f.

müsste.<sup>68</sup> So verstanden spricht der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit und einer völkerrechtskonformen Auslegung eher dafür, dass Art. 33 Abs. 5 GG unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des EGMR zu interpretieren ist, wobei vor allem in Betracht kommt, dass verbeamtete Lehrerinnen und Lehrer in Deutschland keine hoheitlichen Aufgaben wahrnehmen, so dass ein für sie geltendes absolutes Streikverbot nicht nur mit Art. 11 EMRK, sondern auch mit Art. 9 Abs. 3 GG unvereinbar wäre.

#### IV. Schlussbemerkung

Der vorliegende Beitrag hat gezeigt, dass sich das hier besprochene Urteil des BVerfG nicht als eine völkerrechtsfreundliche Entscheidung ansehen lässt. Im Gegenteil. Indem das BVerfG erneut von einem materiellen Verständnis des Art. 33 Abs. 5 GG ausgeht und auf dieser Grundlage nicht nur die Verfassungsmäßigkeit, sondern auch und insbesondere den Verfassungsrang des Beamtenstreikverbots bestätigt, hält es nach wie vor an dem absoluten Vorrang des Grundgesetzes fest, dessen maßgebliche Rolle daher keineswegs durch die Heranziehung der EMRK bzw. der EGMR-Rechtsprechung als Auslegungshilfe ausgehöhlt werden dürfe. Sowohl der Verweis auf die Notwendigkeit einer Kontextualisierung der Rechtsprechung des EGMR als auch die Hervorhebung der nationalen Besonderheit der Bundesrepublik Deutschland sprechen eindeutig dafür, dass das Gericht sich in Ausgestaltung eines staatszentrierten Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit nicht um die inhaltliche Abstimmung und Harmonisierung zwischen den Vorgaben der EMRK und des Grundgesetzes, sondern eher um die kompetenzielle Abgrenzung zwischen den Entscheidungsbereichen des EGMR und des BVerfG bemüht. Gerade dieses Bemühen um eine Abgrenzung bringt unverkennbar den Versuch zum Ausdruck, im Zeitalter der Europäisierung den absoluten Vorrang des inhaltsbestimmten, gegebenenfalls inhaltsfesten Grundgesetzes vor der EMRK aufrechtzuerhalten. Doch gleichzeitig deutet diese Abgrenzungsthese darauf hin, dass auch das BVerfG sich über die immer verstärkte Bindungswirkung der EMRK gegenüber der nationalen Verfassungsordnung nicht mehr hinwegsetzen kann. Genau deswegen wird in diesem Zusammenhang ein Beurteilungsspielraum zugunsten des Vertragsstaates herangezogen. Gleichwohl kann weder die Vorrangs- noch die Abgrenzungsthese über den völkerrechtsunfreundlichen Tenor der hier besprochenen Entscheidung hinwegtäuschen. Denn: Geht man ohne weiteres davon aus, dass die Vorgaben des Grundgesetzes besonders beim Vorliegen einer Kollisionslage unberührt bleiben müssen, so kann man die angeblich als Auslegungshilfe bezeichnete EMRK nur als rhetorische Figur in der Verfassungsinterpretation, nicht aber als methodologischen Wegweiser zur Vermeidung eines Völkerrechts- bzw. Menschenrechtsverstößes verstehen. Doch mit diesem Verständnis der Funktion der EMRK würde das grundgesetzliche Bekenntnis zur Völkerrechtsfreundlichkeit und besonders zu den Menschen-

68 Vgl. insofern auch *Klahn* (Fn. 11), S. 280 f., 286; *Schröder* (Fn. 10), S. 282 ff.; *M. Schlachter*, Beamtenstreik im Mehrebenensystem, RdA 2011, S. 341 (347 f.); *Werres* (Fn. 23), S. 880; v. *Roetteken* (Fn. 10), S. 297 f.; *F. Klafß*, Die Fortentwicklung des deutschen Beamtenrechts durch das europäische Recht, 2014, S. 74 ff., 434 ff.

rechten (Art. 1 Abs. 2 GG) ins Leere laufen, denn unter anderem soll es im Wege gegenseitiger inhaltlicher Abstimmung von Menschenrechtsvorgaben unterschiedlicher Rechtsebenen gerade zum optimalen Menschenrechtsschutz in der internationalen Rechtsgemeinschaft beitragen.<sup>69</sup> In dieser Hinsicht steht fest: Die Schlussfolgerung des BVerfG, das in Art. 33 Abs. 5 GG verankerte beamtenrechtliche Streikverbot sei mit der EMRK vereinbar, ergibt sich aus der gegenseitigen Abgrenzung zwischen dem Grundgesetz und der EMRK und insofern gerade aus der Ablehnung einer völkerrechtsfreundlichen Verfassungskonstruktion.

---

69 Zur menschenrechtsfördernden Dimension des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit vgl. auch *Seifert* (Fn. 3), S. 372; *Schröder* (Fn. 10), S. 281; *Hwang* (Fn. 13), S. 378 ff.