

## Recht auf Kollektivverhandlungen und Streikrecht für Beamte

– Anmerkungen zur neuen Rechtsprechung des EGMR zur Vereinigungsfreiheit –

### A. Die Rechtsprechung des EGMR im Wandel

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zum Koalitionsrecht, das als besondere Ausprägung des Grundrechts der Vereinigungsfreiheit durch Art. 11 EMRK gewährleistet ist, hat seit den ersten Entscheidungen des Gerichtshofs zu dieser Grundrechtsnorm in den siebziger Jahren des letzten Jahrhunderts eine bemerkenswerte Entwicklung durchlaufen.<sup>1</sup> Das gilt vor allem für die Frage, ob Art. 11 EMRK auch ein Recht auf Kollektivverhandlungen und das Streikrecht garantiert.

In einer ersten Phase war die Rechtsprechung des Gerichtshofes von grosser Zurückhaltung und dem Bestreben geprägt, den Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit nicht zu weit auszudehnen: Sie lehnte deshalb sowohl ein Grundrecht auf Kollektivverhandlungen als auch ein Streikrecht im Rahmen von Art. 11 EMRK rundweg ab. Die Grundrechtsnorm gewährleiste weder Gewerkschaften noch ihren Mitgliedern eine bestimmte Behandlung durch den Staat und überlasse den Vertragsstaaten die Auswahl der Mittel, um Koalitionen zu ermöglichen, die Interessen ihrer Mitglieder zu wahren. Nur Betätigungen, die für die Koalitionsfreiheit unerlässlich seien, hätten Teil an der grundrechtlichen Gewährleistung des Art. 11 EMRK.<sup>2</sup> Mit dieser sehr knappen Begründung lehnte der EGMR in zwei Urteilen vom 6. Februar 1976<sup>3</sup> in der Rechtssache *Schwedische Lokomotivführergewerkschaft/Schweden* und in der Rechtssache *Schmidt & Dahlström/Schweden*<sup>4</sup> das Recht einer Gewerkschaft aus Art. 11 EMRK ab, mit dem Staat für die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes einen Kollektivvertrag abzuschliessen. In der Rechtssache *Schmidt & Dahlström/Schweden* entschied der Gerichtshof zugleich, dass Art. 11 EMRK ebenso wenig das Streikrecht als unabdingbaren Bestandteil des Koalitionsrechts schütze. Diese Zurückhaltung des Gerichtshofs bei der Bestimmung des Schutzbereichs von Art. 11 EMRK dürfte ihren Grund vor allem darin gehabt haben, dass der EGMR in erster Linie den liberalen Abwehrcharakter der Koalitionsfreiheit als Teil der Vereinigungsfreiheit betonen und die grundrechtliche Dimension positiver

1 Einen prägnanten Abriss der Rechtsprechung des EGMR zum Grundrecht der Vereinigungsfreiheit gibt *Sudre*, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9. Auflage (2008), Rn. 252 m. w. N. Vgl. auch *Marauhn*, *RabelsZ* Bd. 63 (1999), 537 (541 ff.).

2 Grundlegend für dieses Verständnis der Koalitionsfreiheit in Art. 11 EMRK: EGMR [Grosse Kammer], Urt. v. 27. 10. 1975, *Nationale Gewerkschaft der belgischen Polizei/Belgien*, Nr. 4464/70, Serie A Nr. 19.

3 EGMR, Nr. 5614/72, Serie A Nr. 21.

4 EGMR, Nr. 5589/72. Ebenso auf dieser Linie sich bewegend EGMR [Grosse Kammer], Urt. v. 28. 3. 1996, *Gustafsson/Schweden*, Nr. 18/1995/524/610, Rn. 45 ff.

Handlungspflichten der Vertragsstaaten zur Effektivierung dieses Grundrechts der als *lex specialis* für den Bereich der Sozialordnung angesehenen ESC überlassen wollte.<sup>5</sup>

Erste Andeutungen eines Rechtsprechungswechsels enthielten mehrere Entscheidungen der letzten Jahre. So hat der EGMR in der Rechtssache *Wilson, National Journalist Union u. a./Vereinigtes Königreich* jedenfalls zwischen den Zeilen zu verstehen gegeben, dass Art. 11 EMRK auch ein Recht auf Kollektivverhandlungen gewährleiste, wenn er dem beteiligten Vertragsstaat die Pflicht auferlegt, dafür zu sorgen, dass gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer nicht daran gehindert werden, mithilfe ihrer Gewerkschaft ihre Beziehungen zu ihren Arbeitgebern regeln.<sup>6</sup> In seinem Urteil vom 17. Oktober 2008 in der Rechtssache *Dilek u. a./Türkei* ist die 2. Sektion des EGMR erstmals sogar so weit gegangen, implizit ein Streikrecht im Rahmen von Art. 11 EMRK anzuerkennen.<sup>7</sup>

Den vorläufigen Höhepunkt dieser Rechtsentwicklung bilden die Entscheidung der Grossen Kammer vom 12. November 2008 in der Rechtssache *Demir und Baykara/Türkei* sowie die Entscheidung der 3. Sektion des EGMR vom 21. April 2009 in der Rechtssache *Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei*. Die beiden Entscheidungen, die in Deutschland bislang erst wenig wahrgenommen worden sind,<sup>8</sup> betreffen den Schutz der Vereinigungsfreiheit im öffentlichen Dienst. Während die Grosse Kammer des EGMR die Frage zu entscheiden hatte, ob Art. 11 EMRK auch ein Recht auf Kollektivverhandlungen für Beamten schützt,<sup>9</sup> hatte die Entscheidung der 3. Sektion zum Gegenstand, ob Art. 11 EMRK als Form der Gewerkschaftstätigkeit auch das Beamtenstreikrecht einschliesst.<sup>10</sup> Die Entscheidungen bilden bereits wegen des nationalen Kontextes eine Einheit, in den sie sich einfügen.<sup>11</sup> Sie sind aber auch deswegen untrennbar miteinander verbunden, weil die Entscheidung der 3. Sektion vom 21. April 2009 in weiten Teilen auf die Entscheidungsgründe der Grossen Kammer Bezug nimmt. In ihrer Entscheidung

5 Diese Vorstellung vom Verhältnis von EMRK und ESC klingt in mehreren Entscheidungen des EGMR deutlich an: siehe z.B. EGMR [Grosse Kammer], Ur t. v. 27. 10. 1975, *Nationale Gewerkschaft der belgischen Polizei/Belgien*, Serie A Nr. 19, Rn. 19 und Ur t. v. 6. 2. 1976, *Schwedische Lokomotivführergewerkschaft/Schweden*, Serie A Nr. 21, Rn. 21. Zur Entwicklung des Verhältnisses der beiden Instrumente des Europarates instruktiv *Larralde*, *Charte Sociale et Convention Européenne*, in: Akandji-Kombé/Leclerc (Hrsg.), *La Charte Sociale Européenne*, Brüssel 2001, 123 (136 f.).

6 EGMR, Ur t. v. 2. 7. 2002, Nr. 30668/96 u. a., RJD 2002-V, Rn. 46.

7 EGMR, Nr. 74611/01 u. a., Rn. 46.

8 Eine Ausnahme bildet insoweit *Lörcher*, *ArbuR* 2009, 229-242, dessen Beitrag bislang die einzige Auseinandersetzung mit der neuen Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK darstellt.

9 EGMR [Grosse Kammer], Ur t. v. 12. 11. 2008, Nr. 34503/97, *ArbuR* 2009, 269-274.

10 EGMR, Ur t. v. 21. 4. 2009, Nr. 68959/01, *ArbuR* 2009, 274-275.

11 Die Rechtsstellung Türkischer Beamten im Hinblick auf Art. 11 EMRK hat den EGMR in den vergangenen Jahren wiederholt beschäftigt: vgl. EGMR, Ur t. v. 21. 2. 2006, *Tüm Haber Sen & Çinar/Türkei*, Nr. 28602/95, RJD 2006-II, in dem es um die Vereinbarkeit der Auflösung einer Gewerkschaft der Beamten im Bereich der Telekommunikation (*Tüm Haber Sen*) durch staatliche Entscheidung ging; unter dem Gesichtspunkt der Versammlungsfreiheit hatte sich der EGMR in seinem Ur t. v. 2. 6. 2008, *Nurettin Aldemir u. a./Türkei*, Nr. 32124/02 u. a. mit der Zulässigkeit einer Demonstration auseinandersetzen, die von einer Gewerkschaft aus Anlass einer Reform des Türkischen Gewerkschaftsgesetzes organisiert worden war und bei der mehrere ihrer Mitglieder durch einen Polizeieinsatz verletzt worden waren.

vom 12. November 2008 erkannte die Grosse Kammer des EGMR erstmals ein Recht auf Kollektivverhandlungen im Rahmen von Art. 11 EMRK an, das grundsätzlich auch Beamten zugute komme. Die 3. Sektion des Gerichtshofs setzte mit ihrer Entscheidung vom 21. April 2009 diesen Weg fort und entschied zum ersten Mal ausdrücklich, dass das Streikrecht von Art. 11 EMRK geschützt sei, und zwar auch das Streikrecht für Beamte.

Beide Entscheidungen des EGMR weiten somit den Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit in Art. 11 EMRK beträchtlich aus und dürften sich außer auf die verfahrensbeteiligte Türkei auch auf eine Reihe anderer Vertragsstaaten auswirken. Auch für das deutsche Recht stellt sich die Frage, ob die hoheitliche (gesetzliche) Gestaltung des Beamtenverhältnisses und das generelle Verbot des Beamtenstreiks mit Blick auf diese neue Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK noch Bestand haben können. Schon diese möglichen Folgen sind bereits Anlass genug, die beiden Entscheidungen einer genaueren Analyse zu unterziehen. Dabei soll zunächst ein kurzer Blick auf die den beiden Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalte und ihre Entscheidungsgründe geworfen werden (B.). Die im Folgenden vorzunehmende Würdigung (C.) hat beim methodischen Fundament, auf dem die neue Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 11 EMRK ruht, anzusetzen (I.), um daran anschliessend die Folgen der beiden Entscheidungen für die Grundrechtsdogmatik des Art. 11 EMRK und für das deutsche Beamtenrecht näher zu beleuchten (II.).

## *B. Zugrunde liegende Sachverhalte und Gründe der Entscheidungen des EGMR*

### *I. Rechtssache Demir & Baykara/Türkei*

In dem Rechtsstreit, welcher dem Urteil der Großen Kammer vom 21. November 2006 in der Rechtssache *Demir und Baykara/Türkei* zugrunde gelegen hat, ging es um die Frage, ob das in der Türkei bestehende gesetzliche Verbot von Kollektivverhandlungen mit Verbänden der Beamten mit Art. 11 EMRK vereinbar ist.

Die Gewerkschaft *Tüm Bel Sen*, eine im Jahre 1990 gegründete Gewerkschaft von Beamten verschiedener Türkischer Gemeinden, schloss im Jahre 1993 mit der Gemeinde Gaziantep einen Kollektivvertrag. Als die Gemeinde verschiedene ihr aus dem Kollektivvertrag obliegende Pflichten nicht erfüllte, erhob der Beschwerdeführer *Demir* im Namen der Gewerkschaft Klage vor den Zivilgerichten. Während das Gericht von Gaziantep der Klage stattgab, hob der Kassationshof die Entscheidungen mit der Begründung auf, dass die Gewerkschaft nicht befugt gewesen sei, einen Kollektivvertrag abzuschliessen. Das erneut damit befasste Gericht in Gaziantep hielt daraufhin an seiner ursprünglichen Entscheidung unter Berufung auf Normen des internationalen Rechts fest. Der in der Folge wiederum angerufene Kassationshof hob erneut das Urteil des Instanzgerichts auf. Tragendes Argument war nunmehr, dass zum Zeitpunkt der Gründung der Gewerkschaft *Tüm Bel Sen* das Gesetz Beamten nicht das Recht einräumte, Gewerkschaften zu gründen. Ihr fehle somit die zum Abschluss von Kollektivverträgen erforderliche Rechtsfähigkeit. In der Folge mussten die Mitglieder der Gewerkschaft den Differenzbetrag zwischen dem gesetzlichen und kollektivvertraglich von *Tüm Bel Sen* und Gaziantep vereinbarten Arbeitsentgelt zurückzahlen.

In ihrem Urteil vom 21. November 2006<sup>12</sup> stellte die 2. Sektion des EGMR fest, dass die Türkei Art. 11 EMRK verletzt hat, indem ihre Gerichte den zwischen der Gewerkschaft *Tüm Bel Sen* und der Gemeinde Gaziantep geschlossenen Kollektivvertrag für nichtig erklärten. Sie sah es jedenfalls für den zu entscheidenden Sachverhalt als erwiesen an, dass die weitere Geltung des streitgegenständlichen Kollektivvertrags ein unerlässlicher Teil der Vereinigungsfreiheit der Beschwerdeführer aus Art. 11 EMRK sei.

Die von der Türkei daraufhin nach Art. 43 EMRK angerufene Große Kammer des EGMR nahm die Sache zur Entscheidung an und entschied einstimmig (!) durch Urteil vom 12. November 2008. Ebenso wie die 2. Sektion sah sie im streitgegenständlichen Verhalten der Türkischen Regierung einen Verstoß gegen Art. 11 EMRK. In den Entscheidungsgründen wird zunächst in einem längeren ersten Abschnitt (Rn. 60-86) ausführlich begründet, dass die Konvention und damit auch Art. 11 EMRK im Lichte anderer Instrumente des internationalen Rechts auszulegen sei, und zwar unter Berücksichtigung der zuständigen Organe des internationalen Rechts. Die Übereinstimmung dieser Instrumente sowie die Praxis der Vertragsstaaten seien ein wichtiges Element bei der Auslegung der EMRK. Dabei solle es nicht darauf ankommen, dass der beklagte Vertragsstaat sämtliche der zur Auslegung herangezogenen Normen des internationalen Rechts ratifiziert hat: Ausreichend sei vielmehr, dass das internationale Recht oder das innerstaatliche Recht der Mehrheit der Vertragsstaaten der EMRK eine gemeinsame Betrachtungsweise in den modernen Gesellschaften zum Ausdruck bringe (Rn. 86).

Im zweiten Abschnitt der Entscheidungsgründe (Rn. 87-127) prüft die Grosse Kammer, ob die durch die Entscheidung des Türkischen Kassationshofs erfolgte Aberkennung der Rechtsfähigkeit der Gewerkschaft mit dem in Art. 11 EMRK verankerten Recht der Koalitionsgründung vereinbar ist. Sie geht dabei zunächst von der gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofs aus, wonach Art. 11 EMRK auch für Beamte grundsätzlich gilt und Einschränkungen auf der Grundlage von Art. 11 Abs. 2 EMRK nur in engen Grenzen zulässig sind. Zur Bekräftigung zieht die Grosse Kammer das internationale Recht (insbesondere IAO-Übereinkommen Nr. 87 in der Auslegung des Sachverständigenausschusses, Art. 5 ESC, Art. 12 Abs. 1 EUGrCh) sowie die Praxis der europäischen Staaten heran (Rn. 98-108). Auf dieser Grundlage gelangt sie zu dem Ergebnis, dass die Türkei durch die mit Urteil des Türkischen Kassationshofes erfolgte Aberkennung der Rechtsfähigkeit der Gewerkschaft *Tüm Bel Sen* das Recht der Beschwerdeführer aus Art. 11 EMRK verletzt hat.

Der dritte Abschnitt der Entscheidung, auf dem ganz klar der Schwerpunkt liegt, ist im Wesentlichen (Rn. 128-170) der Frage gewidmet, ob die Nichtigklärung des streitgegenständlichen Kollektivvertrags mit Art. 11 EMRK vereinbar ist. Auch hier holt die Grosse Kammer zur Bestimmung des Schutzbereichs der Vereinigungsfreiheit weit aus und nimmt Bezug auf die Entwicklung des internationalen Rechts: Namentlich Art. 6 des IAO-Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechts und des Rechts zu Kollektivverhandlungen (1949) in der Auslegung des Sachverständigenausschusses, wonach ausschliesslich Beamte mit hoheitlichen Aufgaben vom System der Kollektivverhandlungen ausgeschlossen werden dürfen, das IAO-Übereinkommen Nr. 151 über den Schutz des Vereinigungsrechts und über Verfahren

---

12 Nr. 34503/97.

zur Festsetzung von Beschäftigungsbedingungen im öffentlichen Dienst (1978), Art. 6 Nr. 2 ESC in der Auslegung des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte sowie das in Art. 28 EUGrCh gewährleistete Recht auf Kollektivverhandlungen bilden die normative Grundlage für ein Recht auf Kollektivverhandlungen. Zu demselben Schluss gelange man nach einer Analyse der Rechtsordnungen der Mehrzahl der europäischen Staaten. Vor dem Hintergrund dieses normativen Befundes gibt die Grosse Kammer ausdrücklich ihre bisherige zurückhaltende Rechtsprechung zum Recht auf Kollektivverhandlungen auf (Rn. 153-154). In Anwendung dieser Grundsätze sieht sie in der Nichtigerklärung des streitgegenständlichen Kollektivvertrags durch den Türkischen Kassationshof einen Eingriff in das Recht der Gewerkschaft auf Kollektivverhandlungen (Rn. 155-158) und stellt fest, dass die Türkische Regierung die Notwendigkeit der mit dieser Massnahme verbundenen Einschränkung der Vereinigungsfreiheit nicht rechtfertigen konnte (Rn. 162-169). Die Grosse Kammer gelangt somit zu dem Ergebnis, dass die Nichtigerklärung des Kollektivvertrags eine Verletzung des Rechts der Beschwerdeführer auf Vereinigungsfreiheit darstelle (Rn. 170).

## II. *Rechtssache Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei*

In der Rechtssache *Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei* ging es nicht um den Schutz eines Rechts auf Kollektivverhandlungen im Rahmen von Art. 11 EMRK, sondern um die Frage, ob das Streikrecht im Allgemeinen und das Streikrecht von Beamten im Besonderen ebenfalls vom Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit umfasst ist.

Beschwerdeführer war eine im Jahre 1992 gegründete Türkische Gewerkschaft (*Enerji Yapi-Yol Sen*), die Beamte vertritt, welche im Bereich des Katasterwesens, der Energie, der Infrastrukturdienstleistungen und des Autobahnbaus beschäftigt sind. Im Jahre 1996 gab es politische Auseinandersetzungen um das Recht der Beamten auf Kollektivverhandlungen, in deren Rahmen es auch zu kürzeren Arbeitsniederlegungen von Beamten kam. In einem Runderlass vom 13. April 1996 erklärte die Allgemeine Personalleitung beim Türkischen Ministerpräsidenten, dass die geplanten Streikmassnahmen für die Anerkennung des Rechts von Beamten auf Kollektivverhandlungen gegen das gesetzliche Verbot des Beamtenstreiks verstiesse und Beamte, die sich an solchen Streiks beteiligen, disziplinarisch belangt werden würden. Am 18. April 1996 rief die Gewerkschaft zu einem nationalen Streiktag auf, um die Anerkennung des Rechts auf Kollektivverhandlungen für Beamte zu erreichen. Mehrere Mitglieder des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin wurden daraufhin von ihrem Dienstherrn disziplinarisch belangt. Eine Klage der Beschwerdeführerin gegen den streitgegenständlichen Runderlass vor Türkischen Gerichten blieb ohne Erfolg.

Die Entscheidungsgründe sind im Vergleich zum Urteil der Grossen Kammer in der Rechtssache *Demir & Baykara/Türkei* denkbar knapp gefasst. Die 3. Sektion bezieht sich aber immer wieder auf die Gründe in der Rechtssache *Demir & Baykara/Türkei*, so dass die eigentliche dogmatische Grundlage die Entscheidung der Grossen Kammer vom 12. November 2008 ist.

In einem ersten Schritt (Rn. 19-24) bejaht der EGMR den Eingriffscharakter des Runderlasses der Allgemeinen Personalleitung. Mit knappen Worten wird auf das IAO-Übereinkommen Nr. 87 und auf die ESC (Art. 6 Nr. 4 wird noch nicht einmal ausdrück-

lich zitiert!) sowie auf die Ausführungen der Grossen Kammer zur Berücksichtigung von Normen und Grundsätzen des internationalen Rechts verwiesen, ohne dass ein Streikrecht im Rahmen des Art. 11 EMRK ausführlicher hergeleitet wird.

Der Schwerpunkt der Ausführungen des EGMR liegt indessen auf der Rechtfertigungsebene (Rn. 25-34). Der Gerichtshof bejaht den von Art. 11 Abs. 2 EMRK für zulässige Eingriffe in die Vereinigungsfreiheit verlangte Gesetzescharakter des Runderlasses; insoweit knüpft er an seiner gefestigten Rechtsprechung an, wonach auch untergesetzliche Rechtsnormen Gesetze im Sinne von Art. 11 Abs. 2 EMRK sein können. Ob der Eingriff in die Vereinigungsfreiheit durch den Runderlass der Verfolgung eines legitimen Zieles diene, lässt der Gerichtshof offen. Die Notwendigkeit des Eingriffes in die Vereinigungsfreiheit wird vom EGMR hingegen verneint. Der Gerichtshof unterstreicht, dass das Streikrecht einzelner Gruppen von Beamten, die hoheitliche Befugnisse ausüben, eingeschränkt werden kann. Ein genereller Ausschluss des Streikrechts von Beamten wie im zu entscheidenden Fall sei indessen nicht notwendig in einer demokratischen Gesellschaft und deshalb mit Art. 11 EMRK unvereinbar.

### C. Würdigung

#### I. Methodische Probleme der Entscheidungen

Zentrale Bedeutung kommt dem methodischen Fundament der beiden Entscheidungen zu. Es ist im Urteil der Grossen Kammer in der Rechtssache *Demir & Baykara/Türkei* eingehend ausgeführt, während die 2. Sektion des EGMR in der Rechtssache *Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei* nur noch pauschal auf die Ausführungen der Grossen Kammer verweist und keine eigene Begründungsleistung erbringt. Der EGMR stützt die Annahme eines Rechts auf Kollektivverhandlungen und eines Streikrechts im Wesentlichen auf die Rezeption von Vorschriften und Grundsätzen des internationalen Arbeitsrechts, die eine gemeinsame Betrachtungsweise in den modernen Gesellschaften zum Ausdruck bringen sollen. Normativer Ausgangspunkt für dieses methodische Vorgehen sind die Regeln des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (WVK), insbesondere die die Auslegung völkerrechtliche Verträge behandelnden Art. 31 ff. WVK. Im Vordergrund der Praxis des Gerichtshofs steht dabei die Regel des Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK, wonach jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbarer einschlägiger Völkerrechtssatz bei der Auslegung der EMRK zu berücksichtigen ist.

Diese Methode ist durchaus nicht neu, sondern gehört schon seit Jahren zum festen Bestand der Straßburger Rechtsprechung. Der Gerichtshof betont schon seit langem, dass die EMRK ein „lebendes Instrument“ sei, das im Lichte heutiger Bedingungen auszulegen sei.<sup>13</sup> Zur Bewältigung dieser ihm aus Art. 32 Abs. 1 EMRK erwachsenden Anpassungsaufgabe greift er immer wieder auf Rechtsquellen des internationalen Rechts zurück.<sup>14</sup> Daran ist grundsätzlich auch nichts auszusetzen. Die Entscheidung der Grossen Kammer – und in der Folge auch die Entscheidung der 2. Sektion vom

13 Siehe z.B. EGMR [Plenum], Urte. v. 13. 6. 1979, *Marckx/Belgien*, Rn. 58, Nr. 6833/74, Serie A Nr. 31.

14 Dazu im Überblick *Sudre*, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Rn. 160 m. w. N.

21. April 2009 – gehen bei der Öffnung des Konventionsrechts zugunsten des internationalen Rechts jedoch zu weit, wenn sie auch die Auslegungs- und Spruchpraxis der Sachverständigenausschüsse der IAO und der ESC zentral bei der Bestimmung des Schutzbereichs von Art. 11 EMRK berücksichtigen (1.) und eine Rezeption von Normen des internationalen Rechts auch dann zulassen, wenn der beklagte Vertragsstaat die ihnen zugrunde liegenden völkerrechtlichen Verträge nicht ratifiziert hat (2.). Doch auch der rechtsvergleichende Rekurs des Gerichtshofs auf die Praxis in der Mehrheit der Vertragsstaaten ist jedenfalls in der vorliegenden Form problembehaftet (3.).

### 1. Verbindlichkeit der Spruchpraxis von Sachverständigenausschüssen?

Eine nicht unwesentliche Rolle in den Gründen der beiden Entscheidungen des EGMR spielt die Bezugnahme auf die Auslegungspraxis der Überwachungsorgane der IAO zum Grundsatz der Vereinigungsfreiheit und des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte zu Art. 5 und Art. 6 ESC. Dieser Rückgriff des Gerichtshofes auf die Arbeit von Sachverständigenausschüssen ist nicht ganz neu: Sie findet sich am Rande bereits in der Rechtssache *Wilson, National Journalist Union u. a./Vereinigtes Königreich*<sup>15</sup> sowie in der Rechtssache *Tüm Haber Sen & Çinar/Türkei/Türkei*.<sup>16</sup> Neu ist allerdings, dass der EGMR diesen Sachverständigenausschüssen ein grösseres Gewicht bei der Auslegung der Konventionsgrundrechte als bisher einräumt. Obgleich dieses Vorgehen durchaus problematisch ist, haben die Kommentatoren der *Demir & Baykara*-Entscheidung es gar nicht oder nur am Rande kritisiert.<sup>17</sup>

#### a) Der Sachverständigenausschuss der IAO

In der Rechtssache *Demir & Baykara/Türkei* nimmt die Grosse Kammer die Auslegungspraxis des Sachverständigenausschusses der IAO für die Anwendung der Übereinkommen und Empfehlungen<sup>18</sup> zu Art. 6 Übereinkommen Nr. 98 in Bezug, wonach das Recht auf Kollektivverhandlungen nicht für die öffentliche Verwaltung im Ganzen, sondern lediglich für die Beamten ausgeschlossen sein soll, die hoheitliche Aufgaben erfüllen. Entsprechend ist wohl auch der Verweis der 3. Sektion auf das Streikrecht in IAO-Übereinkommen Nr. 87 zu verstehen: Da dieses Übereinkommen an keiner Stelle ausdrücklich das Streikrecht gewährleistet, dieses vielmehr nach der langjährigen aber

15 EGMR, Urt. v. 2. 10. 2002, Nr. 30668/96 u. a., RJD 2002-V, Rn. 37 u. Rn. 48 zum Ausschuss für Vereinigungsfreiheit der IAO.

16 EGMR, Urt. v. 21. 2. 2006, Nr. 28602/95, RJD 2006-II, Rn. 39 zur Berücksichtigung der Auslegungspraxis des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte zu Art. 5 ESC.

17 So z.B. *Lörcher*, ArbuR 2009, 229 ff.; *Sudre*, Semaine Juridique – Edition Générale, Nr. 5, II 10018; andeutungsweise aber *van Drooghenbroeck*, Revue trimestrielle des droits de l'homme (79/2009), 811 (818 f.) sowie *Flauss*, Actualité Juridique – Droit Administratif 2009, 872 ff.

18 Zu Aufgaben und Organisation des Sachverständigenausschusses siehe *Wagner*, Internationaler Schutz sozialer Rechte – Die Kontrolltätigkeit des Sachverständigenausschusses der IAO, Baden-Baden 2002, 53 ff. m. w. N.

äußerst umstrittenen<sup>19</sup> Praxis des Sachverständigenausschusses durch dessen Art. 3 garantiert sein soll,<sup>20</sup> muss man dem EGMR insoweit eine stillschweigende Bezugnahme auf diese Auslegungspraxis unterstellen.

Beim IAO-Sachverständigenausschuss für die Anwendung der Übereinkommen und Empfehlungen handelt es sich um ein Gremium, das vom Verwaltungsrat der IAO aus Gründen der Zweckmäßigkeit und der Arbeitsentlastung errichtet worden ist und in der IAO-Verfassung nicht vorgesehen ist.<sup>21</sup> Er ist eingebettet in das in den Art. 22-23 IAO-Verfassung vorgesehene und der Normenüberwachung dienende Berichtsverfahren.<sup>22</sup>

Problematisch ist der Rückgriff auf die Auslegungspraxis des Sachverständigenausschusses insofern, als der Sachverständigenausschuss für die Anwendung der Übereinkommen und Empfehlungen nicht zu einer für die Mitgliedstaaten verbindlichen authentischen Auslegung der IAO-Verfassung und des auf ihrer Grundlage erlassenen sekundären IAO-Rechts berufen ist:<sup>23</sup> Art. 37 Abs. 1 IAO-Verfassung weist die Kompetenz, bei Auslegungstreitigkeiten letztverbindlich zu entscheiden, dem IGH zu, der

- 
- 19 Ablehnend zu einem Streikrecht im Rahmen von Art. 3 Übereinkommen Nr. 87 insbesondere *Wisskirchen*, in: Weltfriede durch soziale Gerechtigkeit, 65 (72 f.); vgl. auch *ders.*, ZfA 2003, 691 (726 ff.). Ausführlicher zum Streit um das Streikrecht im Rahmen von Übereinkommen Nr. 87 *Weiss/Seifert*, Der Streik im Recht der Internationalen Arbeitsorganisation, in: Dietrich/Le Friant/Nogler (Hrsg.), Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht – Gedächtnisschrift für Ulrich Zichert, Baden-Baden 2009 (*im Erscheinen*).
  - 20 Die Auslegungs- und Spruchpraxis der beiden Ausschüsse zum Streikrecht ist zusammengefasst in: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, 5. Auflage, Genf 2006, Rn. 520-676; der Digest ist über die Website der IAO abrufbar: <http://www.ilo.org/ilolex/english/digestq.htm> (Stand: 20. 11. 2009). Einen Überblick über dieses “*case law*” geben *Gernigon/Odero/Horacio*, ILO principles concerning the right to strike, in: International Labour Review (ILR) Vol. 137 (1998), 441 ff.; siehe auch *Hodges-Aeberhard/Odero de Dios*, Principles of the Committee on Freedom of Association concerning strikes, in: ILR Vol. 126 (1987), 543 ff. sowie *Ben-Israel*, International Labour standards: the case of freedom to strike, 93 ff.
  - 21 Zu den Hintergründen für die Errichtung des Sachverständigenausschusses für die Anwendung der Übereinkommen und Empfehlungen siehe Wagner, Internationaler Schutz sozialer Rechte, 54 ff. Zur Entstehungsgeschichte des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit instruktiv *Alberto Odero/Maria Marta Travieso*, Le comité de la liberté syndicale (I): origines et genèse, in: Javillier/Gernigon (Hrsg.), Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l’avenir – Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos, Genf 2004, 159 ff. m. w. N.
  - 22 Zum Ablauf des Berichtsverfahrens ausführlich *Böhmert*, Das Recht der ILO und sein Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration, 83 ff. m. w. N.
  - 23 So auch *Wisskirchen*, in: Weltfriede durch soziale Gerechtigkeit, 65 (69 f.); vgl. auch *ders.*, ZfA 2003, 691 (711 ff.); *Böhmert*, Das Recht der ILO und sein Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Intergration, 87 und 91; *Wagner*, Internationaler Schutz sozialer Rechte, 208 ff. *Servais*, International Labour Law, The Hague 2005, Rn. 145. Wohl auch *Körner-Dammann*, Bedeutung und faktische Wirkung von ILO-Standards – dargestellt am Beispiel Südafrika, Baden-Baden 1991, 49. A. A., allerdings ohne nähere Begründung *Ben-Israel*, International Labour standards: the case of freedom to strike, Deventer u. a. 1988, 57; *Lörcher*, ArbuR 1991, 97 (102 ff.); *ders.*, WSI-Mitteilungen 1987, 227 (230). Ausführlich zu den Rechtswirkungen der Arbeit des Sachverständigenausschusses *Weiss/Seifert*, Gedächtnisschrift für Ulrich Zichert (*im Erscheinen*).

bislang jedoch kein einziges Mal angerufen worden ist.<sup>24</sup> Ferner ermächtigt Art. 37 Abs. 2 IAO-Verfassung die Internationale Arbeitskonferenz (IAK), ein eigenes Gericht für Auslegungstreitigkeiten zu errichten, was ebenfalls bislang nicht geschehen ist. Die Befugnis zur authentischen Auslegung der Normen der IAO obliegt somit jedenfalls nicht dem Sachverständigenausschuss für die Anwendung der Übereinkommen und Empfehlungen. Die Anerkennung seiner Auslegungspraxis speist sich in erster Linie aus der sachlichen Autorität, die den Sachverständigen bei der Anwendung der Normen der IAO zukommt.

## b) Der Europäische Ausschuss für Soziale Rechte

Nichts Anderes gilt auch für den Rückgriff der Grossen Kammer des EGMR auf die Auslegungspraxis des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte zum Grundrecht der Vereinigungsfreiheit in Art. 5 und Art. 6 ESC.<sup>25</sup> Auch dieses Sachverständigen-gremium hat in seiner Spruchpraxis Beamten ein Recht auf Kollektivverhandlungen (Art. 5 ESC) sowie ein Streikrecht zugestanden (Art. 6 Nr. 4 ESC).<sup>26</sup>

Dieser Ausschuss ist – ebenso wie der Sachverständigenausschuss der IAO – ein Instrument der Normenüberwachung, das die von den Vertragsstaaten der ESC regelmäßig vorzulegenden Länderberichte zur Anwendung der Grundrechte der ESC kontrolliert.<sup>27</sup> Dabei ist der Ausschuss oftmals gezwungen, die nur sehr allgemein formulierten Gewährleistungen der ESC zu konkretisieren und auszulegen. Gerade weil das Gremium ausschließlich aus Sachverständigen besteht, kommt seiner Auslegungspraxis eine hohe Autorität zu. Sowohl die Beratende Versammlung des Europarates als auch das Ministerkomitee schließen sich den Beurteilungen des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte regelmäßig an.

Doch auch die Auslegungspraxis des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte kann nicht für sich in Anspruch nehmen, die sozialen Grundrechte der ESC authentisch und damit letztverbindlich für die Unterzeichnerstaaten auszulegen.<sup>28</sup> Der Bericht des Ausschusses über die Umsetzung der ESC in den Vertragsstaaten bildet lediglich die Grundlage für die Debatten innerhalb des Ministerkomitees des Europarates und dessen Entscheidung darüber, an einzelne Vertragsstaaten die notwendigen Empfehlungen zu

24 Allerdings wurde der Vorläufer des IGH, der Ständige IGH, im Jahre 1929 aufgrund dieser Vorschrift angerufen: In dem vom Ständigen IGH auf Anfrage der IAO erstatteten Rechtsgutachten ging es um die Anwendbarkeit von Übereinkommen Nr. 4 (1919) über Nacharbeit von Frauen in Führungspositionen; dazu näher *Servais*, Normes Internationales du Travail, Paris 2004, Rn. 141.

25 Die Auslegungspraxis des Ausschusses zu Art. 5 und Art. 6 ESC ist zusammengefasst im Digest of the Case law of the European Committee of Social Rights (2008), 49 ff. u. 53 ff. abrufbar unter: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestSept2008\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestSept2008_en.pdf) (Stand: 20. 11. 2009).

26 Siehe Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights (2008), 56.

27 Zu Aufgaben, Zusammensetzung und Tätigkeit des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte siehe Art. 24-26 ESC. Ausführlich zur Arbeit dieses Kontrollausschusses *Świątkowski*, Charter of Social Rights of the Council of Europe (2007), 377 ff. m. w. N.

28 Siehe *Świątkowski*, Charter of Social Rights of the Council of Europe, 383.

richten (Art. 29 ESC). Bei seiner Entscheidung ist er aber nicht an die Rechtsauffassungen des Ausschusses gebunden.

## 2. Verzicht auf Ratifikation von Normen des internationalen Rechts

Ein weiteres methodisches Problem der beiden Entscheidungen des EGMR ist, dass die Rezeption internationalen Arbeitsrechts erfolgt, ohne dass es auf die Ratifizierung der rezipierten Übereinkommen und Verträge durch den verfahrensbeteiligten Vertragsstaat ankommen soll. Ausreichend soll sein, dass die Normen die gemeinsame Auffassung in den modernen Gesellschaften widerspiegeln.

Dies war im Verfahren *Demir & Baykara/Türkei* nicht ohne Bedeutung. So berief sich beispielsweise die Türkei in den beiden Verfahren vor dem Gerichtshof darauf, dass sie weder das Grundrecht auf Kollektivverhandlungen in Art. 5 ESC noch das Recht auf kollektive Massnahmen in Art. 6 ESC ratifiziert hatte. Auch die Bundesrepublik Deutschland kann von diesem Vorgehen im Bereich der Kollektivverhandlungen betroffen sein. Immerhin hat sie das ebenfalls vom EGMR herangezogene IAO-Übereinkommen Nr. 151 über den Schutz des Vereinigungsrechts und über Verfahren zur Festsetzung der Beschäftigungsbedingungen im öffentlichen Dienst (1978) bislang nicht ratifiziert<sup>29</sup> und die Ratifizierung von Art. 6 ESC mit der Erklärung an die Unterzeichnerstaaten der ESC verbunden, dass sie davon ausgehe, das allgemeine Streikverbot für Beamten in Deutschland sei von der Norm nicht berührt.<sup>30</sup> Die Rezeption von Instrumenten des internationalen Rechts durch den Straßburger Gerichtshof kann somit zur Folge haben, dass der verfahrensbeteiligte Vertragsstaat konventionsrechtlich an Grundsätze gebunden wird, denen er eine völkerrechtliche Verbindlichkeit mangels Ratifizierung gerade versagen wollte.

Im Falle der beklagten Türkei hat der EGMR durch die Heranziehung des von der Türkei nicht ratifizierten Art. 6 ESC indirekt letztlich Art. 20 Abs. 1 ESC aus den Angeln gehoben, der es den Unterzeichnerstaaten der ESC erlaubt, nicht die ESC im Ganzen, sondern ein Minimum von fünf aus sieben besonders wichtigen sozialen Grundrechten der ESC für sich als bindend anzusehen.

Mit dieser methodischen Vorgehensweise sprengt der Strassburger Gerichtshof ganz klar den Rahmen des zwischen den Vertragsstaaten geltenden Völkerrechts im Sinne von Art. 31 Abs. 1 lit. c VVK.

## 3. Fragwürdigkeit der rechtsvergleichenden Methode

Schliesslich beruft sich die Grosse Kammer auch auf das innerstaatliche Recht der Mehrheit der Vertragsstaaten der EMRK, um eine Fortbildung der Dogmatik der Ver-

29 Zu den Motiven für die nicht erfolgte Ratifizierung von Übereinkommen Nr. 151 siehe die Stellungnahme der Bundesregierung, in: BT-Drs. 10/2123.

30 Zu dieser Deklaration der Bundesregierung zu Art. 6 Nr. 4 ESC ausführlich *Mitscherlich*, Das Arbeitskämpfrecht der Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Sozialcharta, Konstanz 1977, 116-117; vgl. auch *Świątkowski*, Charter of Social Rights of the Council of Europe (2007), 231.

einigungsfreiheit zu rechtfertigen. Ebenso wie der EuGH in ständiger Rechtsprechung auf die Methode wertender Rechtsvergleichung zurückgreift, um die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten, die nach Art. 6 Abs. 2 EUV Bestandteil des Gemeinschaftsrechts sind,<sup>31</sup> und die den Mitgliedstaaten gemeinsamen allgemeinen Rechtsgrundsätze der ausservertraglichen Haftung (Art. 288 Abs. 2 EG) zu entfalten, greift auch der EGMR in ständiger Rechtsprechung auf die rechtsvergleichende Methode zurück. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass die Auslegung der Konvention auch um gemeinsame Wertüberzeugungen anzureichern ist, die ihren Ausdruck in der Praxis der Vertragsstaaten finden („*pratique des Etats Européens reflétant leurs valeurs communes*“).<sup>32</sup>

Die Grosse Kammer des Gerichtshofs misst der Rechtsvergleichung allerdings in den Entscheidungsgründen gegenüber der Rezeption des internationalen Rechts nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Das lässt sich bereits an der Dürre der Ausführungen zum Recht auf Kollektivverhandlungen in den Rechtsordnungen der Vertragsstaaten (Rn. 106 und 151) ablesen. Die hierzu gemachten Ausführungen lassen jegliche Auseinandersetzung mit dem Recht einzelner Vertragsstaaten vermissen: In eine eingehendere Analyse, die dem Anspruch einer ernsthaften rechtsvergleichenden Betrachtung gerecht werden könnte, tritt der Gerichtshof gar nicht erst ein. Schon deshalb kann das rechtsvergleichende Argument in der Entscheidung der Grossen Kammer nur eine sehr geringe Plausibilität für die Bestimmung des Schutzbereichs von Art. 11 EMRK beanspruchen. Bei näherem Hinsehen erweist sich der rechtsvergleichende Ansatz im Hinblick auf das Bestehen eines Rechts auf Kollektivverhandlungen sogar als problematisch. Immerhin gibt es eine Reihe von Mitgliedstaaten des Europarates, in denen die Beschäftigungsbedingungen der Beamten hoheitlich geregelt und nicht erstreikt werden können: Neben der Türkei sind dies beispielsweise die Bundesrepublik Deutschland (dazu ausführlich unten), Bulgarien,<sup>33</sup> Estland<sup>34</sup> Polen<sup>35</sup> und Dänemark.<sup>36</sup>

31 Zur rechtsvergleichenden Methode in der Rechtsprechung des EuGH siehe insbesondere *Bleckmann*, ZVglRWiss 1975, 106-123 sowie *Pescatore*, Revue Internationale de Droit Comparé (RIDL), 1980, 337-359, jeweils m. w. N.

32 So ausdrücklich EGMR [Grosse Kammer], Urte. v. 12. 11. 2008, *Demir & Baykara/Türkei*, Rn. 85.

33 Die Bulgarischen Gewerkschaftsverbände haben gegen das Streikverbot der Beamten kollektive Beschwerde nach dem Zusatzprotokoll zur ESC vom 9. 11. 1995 über ein kollektives Beschwerdeverfahren eingelegt (Beschwerde-Nr. 32/2005), welcher der Europäische Ausschuss für Soziale Rechte durch Entscheidung vom 16. 10. 2006 stattgegeben hat. Die Entscheidung ist abrufbar unter: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/CC32Merits\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/CC32Merits_fr.pdf) (Stand: 20. 11. 2009).

34 Siehe dazu die Schlussfolgerungen des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte zu Estland vom 30. 6. 2006, abrufbar unter: [http://hudoc.esc.coe.int/esc1doc/escfsec/doc/200834/2006\\_conclusions\\_volume\\_1\\_fr/00000092.doc](http://hudoc.esc.coe.int/esc1doc/escfsec/doc/200834/2006_conclusions_volume_1_fr/00000092.doc) (Stand: 20. 11. 2009).

35 Zum Verbot des Beamtenstreiks in Polen siehe European Industrial Relations Observatory (EIRO), unter: [http://www.eurofound.europa.eu/eiro/studies/tn0611028s/tn0611028s\\_7.htm](http://www.eurofound.europa.eu/eiro/studies/tn0611028s/tn0611028s_7.htm) (Stand: 20. 11. 2009).

36 Zur Rechtslage in Dänemark siehe Ausschuss für Vereinigungsfreiheit der IAO, Fall Nr. 1950 (*Dänische Lehrgewerkschaft und Angestellten [DUT] und Beamtenbund [FTF] /Regierung Dänemark*), abrufbar unter: <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/libsynd/index.cfm?Lang=FR&hdroff=1> (Stand: 20. 11. 2009).

Diese mangelnde Einheitlichkeit des Rechts der Vertragsstaaten der EMRK in der Frage eines Rechts auf Kollektivverhandlungen und eines Streikrechts der Beamten verweist indessen auf ein grundsätzlicheres Problem, das mit dem freihändigen Umgang des EGMR mit der rechtsvergleichenden Methode verbunden ist. Im Unterschied zum EuGH, der nach den allen Mitgliedstaaten *gemeinsamen* Verfassungsüberlieferungen und Rechtsgrundsätzen sucht, will es die Grosse Kammer des EGMR für die Auslegung der Grundrechte der EMRK ausreichen lassen, wie das innerstaatliche Recht der Mehrheit der Vertragsstaaten mit der Frage umgeht. Von einem Konsens zwischen den Vertragsstaaten kann somit keine Rede sein. Eine solche Rechtsvergleiche, die ihre Schlussfolgerungen für die Auslegung internationaler Normen nach dem Mehrheitsprinzip trifft, kann zur Folge haben, dass ein vorherrschendes Modell auf die Ebene des Konventionsrechts gehoben wird, ohne dass dies durch die Praxis sämtlicher Vertragsstaaten als Ausdruck gemeinsamer Werte legitimiert wäre. Dies hat indessen nichts mehr mit der ursprünglichen Idee dieser Auslegungsmethode zu tun, den Inhalt der Konventionsnormen um gemeinsame Werte der Vertragsstaaten anzureichern, die im Wege der Rechtsvergleiche zu ermitteln sind.

## II. Folgen der neuen Rechtsprechung zu Art. 11 EMRK

Gleichviel, wie man zu diesen Methoden der Rechtsgewinnung des EGMR stehen mag, sind das Recht auf Kollektivverhandlungen sowie das Streikrecht – und zwar auch zugunsten von Beamten – als konventionsrechtliche Rahmendaten des Grundrechts der Vereinigungsfreiheit von den Vertragsstaaten hinzunehmen. Dies gilt umso mehr, als jedenfalls das Recht auf Kollektivverhandlungen sowie die Rezeption der Grundsätze der Vereinigungsfreiheit, wie sie von den Sachverständigenausschüssen von IAO und ESC entwickelt worden sind, von der Grossen Kammer des EGMR „abgesegnet“ worden sind und damit von demjenigen Spruchkörper des Gerichtshofs, der in Fragen von grundsätzlicher Bedeutung für das Konventionsrecht entscheidet.<sup>37</sup>

Auf einer zweiten Ebene stellt sich deshalb die für die Vertragsstaaten wichtige Frage nach den Folgen der neuen Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 11 EMRK. Dabei sind zwei Ebenen zu unterscheiden. Zum einen stellen die beiden Entscheidungen einen Wendepunkt in der Bestimmung des Schutzbereichs von Art. 11 EMRK dar: Die Anerkennung eines Rechts auf Kollektivverhandlungen und des Streikrechts im Rahmen von Art. 11 EMRK wirft die Frage nach den Folgen für die weitere Entwicklung der Dogmatik zum Grundrecht der Vereinigungsfreiheit auf (1.). Zum anderen hat insbesondere die Entscheidung der 2. Sektion in der Rechtssache *Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei* Folgen für das deutsche Recht: Sie stellt die gesamte bestehende Ordnung der Festlegung der Beschäftigungsbedingungen der Beamten grundsätzlich in Frage; auf der Analyse der Folgen für die Rechtsstellung der deutschen Beamten soll deshalb der Schwerpunkt der Überlegungen liegen (2.).

37 Nach Art. 43 Abs. 2 EMRK nimmt ein Ausschuss von fünf Richtern der Grossen Kammer einen Antrag auf Verweisung an die Grosse Kammer nur dann an, wenn die Rechtssache eine schwerwiegende Frage der Auslegung oder Anwendung der Konvention oder eine schwerwiegende Frage von allgemeiner Bedeutung aufwirft.

## 1. Folgen für die Bestimmung des Schutzbereichs von Art. 11 EMRK

Es ist bereits eingangs angedeutet worden, dass die Entscheidung der Grossen Kammer in der Rechtssache *Demir & Baykara/Türkei* einen Wandel im Verständnis der durch Art. 11 EMRK gewährleisteten Koalitionsfreiheit zur Folge hat. Der Schutzbereich dieser Grundrechtsnorm ist durch die Anerkennung eines Rechts auf Kollektivverhandlungen beträchtlich ausgeweitet worden. Die Unterschiede zwischen Art. 5 und Art. 6 ESC einerseits und Art. 11 EMRK andererseits dürften in Zukunft jedenfalls insoweit eingeebnet werden, als die Auslegung der Vereinigungsfreiheit durch den Europäischen Ausschuss für Soziale Rechte mit anderen internationalen Rechtsquellen der Vereinigungsfreiheit, insbesondere denjenigen der IAO, in Einklang steht.

Vor diesem Hintergrund ist die gesamte bisherige Rechtsprechung des Strassburger Gerichtshofs zur Vereinigungsfreiheit zu überdenken. Die von der Grossen Kammer verfolgte Methode der Rezeption internationalen Arbeitsrechts gibt Raum für weitere Ausweitungen des Schutzbereichs von Art. 11 EMRK. Insbesondere die Anerkennung des Streikrechts in der Rechtssache *Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei* dürfte den Gerichtshof in Folgeentscheidungen noch stark beschäftigen. Gerade die Anknüpfung an der Auslegungspraxis des Sachverständigenausschusses der IAO und des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte lässt es nicht als ausgeschlossen erscheinen, dass neben der Zulassung des Beamtenstreiks auch andere Fragen des Arbeitskammerrechts im Sinne der beiden Gremien entschieden werden. Ein signifikantes Beispiel mag an dieser Stelle genügen. So ist denkbar, dass der EGMR das Streikrecht nicht wie im deutschen Recht auf Gewerkschaften beschränkt, sondern auch – in Übereinstimmung mit dem Sachverständigenausschuss der IAO<sup>38</sup> und der Spruchpraxis des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte<sup>39</sup> – nichtgewerkschaftliche „wilde“ Streiks zulassen wird.

Ob nunmehr auch andere Arbeitskammerformen der Arbeitnehmerseite wie beispielsweise der *go-slow*, der Dienst nach Vorschrift oder die Betriebsblockade unter den sachlichen Schutzbereich des Art. 11 EMRK fallen, ist indessen ungewiss: Auch wenn diese Aktionsformen der Arbeitnehmerseite von den Überwachungsorganen der IAO als zulässig anerkannt sind,<sup>40</sup> fehlt es insoweit bislang noch an entsprechendem Fallmaterial des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte.<sup>41</sup>

Unklarheit besteht ebenfalls, ob nunmehr auch von einem Schutz politischer Porteststreiks durch Art. 11 EMRK auszugehen ist. Die Überwachungsorgane der IAO sehen immerhin den politischen Proteststreik als vom Grundsatz der Vereinigungsfreiheit ge-

38 Siehe Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Rn. 538 m. N.

39 Siehe Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights (2008), 53; vgl. auch *Świątkowski*, Charter of Social Rights of the Council of Europe, 228 f. Durch Beschluss vom 4. 2. 1998 (Empfehlung Nr. R ChS [98]) empfahl das Ministerkomitee des Europarats der Bundesrepublik Deutschland, den Schlussfolgerungen des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte Beachtung zu schenken und die Beschränkung des Streikrechts auf tariffähige Arbeitnehmervereinigungen aufzuheben.

40 Siehe Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, 5. Auflage (2006), Rn. 545 m. w. N.

41 So auch *Kovács*, CLLPJ 26 (2006), 445 (448).

schützt an.<sup>42</sup> Der Europäische Ausschuss für Soziale Rechte hat bislang nur sehr knapp festgestellt, dass politische Streiks unzulässig sein sollen, aber nicht präzisiert, ob dies auch für Proteststreiks mit sozialpolitischen Zielen gelten soll, die sich gegen staatliche Entscheidungsträger richten.<sup>43</sup> Die Große Kammer dürfte aber die Schwelle für die Anerkennung politischer Proteststreiks im Rahmen von Art. 11 EMRK dadurch spürbar abgesenkt haben, dass sie im Fall *Demir & Baykara/Türkei* bereits einen politischen Proteststreik von Beamten zur Verbesserung ihrer beamtenrechtlichen Rechtsstellung und damit einen Streik gegen staatliche Institutionen anerkannt hat.<sup>44</sup> Es ist deshalb nicht auszuschließen, dass der Gerichtshof in Zukunft auch politische Proteststreiks in anderen Zusammenhängen anerkennen wird.

## 2. Folgen für das deutsche Recht

Neben diesen die Dogmatik des Art. 11 EMRK betreffenden Auswirkungen der beiden Entscheidungen des EGMR sind deren Folgen für das deutsche Recht von besonderem Interesse. Die von der Großen Kammer verlangte Einbeziehung der Beamten und ihrer Gewerkschaften in das System der Kollektivverhandlungen würden tiefgreifende Änderungen des deutschen Beamtenrechts verlangen. Schließlich gehört die hoheitliche (gesetzliche) Gestaltung des Beamtenverhältnisses zum traditionellen Grundbestand des deutschen Beamtenrechts. Ferner stellt die Entscheidung der 2. Sektion des EGMR in der Rechtssache *Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei* das nach ständiger Rechtsprechung<sup>45</sup> und ganz herrschender Ansicht in der Literatur bestehende<sup>46</sup> generelle Verbot des Beamtenstreiks in Frage.

Die Beantwortung der Frage nach den Folgen der beiden EGMR-Entscheidungen zu Art. 11 EMRK für das deutsche Recht verlangt zunächst eine Präzisierung der Bindungswirkung der Entscheidungen des Straßburger Gerichtshofs (1.). Darauf aufbauend ist zu analysieren, ob der Umsetzung der Entscheidungen die nach Art. 33 Abs. 5 GG zu berücksichtigenden hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums entgegenstehen (2.).

42 Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, 5. Auflage (2006), Rn. 529 m. w. N.

43 Immerhin differenzieren einige Arbeitsrechtsordnungen zwischen unzulässigen politischen Streiks und zulässigen politischen Proteststreiks, die Fragen der Sozialpolitik zum Gegenstand haben und sich gegen staatliche Instanzen richten: so z.B. für Frankreich Cour de Cassation [Chambre Sociale], Urt. v. 15. 2. 2006, Droit Social 2006, 577 m. Anm. Radé; dazu Pélissier/Supiot/Jeamnaud, Droit du travail, 24. Auflage (2008), Rn. 1170 m. N.

44 Siehe Digest, 55 sowie Kovács, CLLPJ 26 (2006), 445 (450).

45 BVerwG, Urt. v. 10. 5. 1984 – 2 C 18.82, AP Nr. 87 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; OVG Hamburg, Beschl. v. 22. 10. 1988 – Bs I 195/88, NJW 1989, 605; BGH, Urt. v. 31. 1. 1978 – VI ZR 32/77, AP Nr. 61 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

46 Otto, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht (2006), § 45, Rn. 8 ff.; Kissel, Arbeitskampfrecht, § 9, Rn. 1 ff.; a. A. insbesondere Däubler, Der Streik im öffentlichen Dienst, 2. Auflage, Tübingen 1971, §§ 14 ff.; aus neuerer Zeit Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht – Basiskommentar, 2. Auflage (2008), Rn. 78.

## a) Zur Verbindlichkeit der Entscheidungen des EGMR

## (1) Bindungswirkung nach den Vorschriften der EMRK

Beide Urteile des EGMR sind ausschliesslich gegen die Türkei als beklagtem Vertragsstaat gerichtet und sind somit nach Art. 46 Abs. 1 EMRK von dieser zu befolgen. Die Türkei hat also dafür Sorge zu tragen, dass die Beamten in das System der Kollektivverhandlungen einbezogen werden und das generelle gesetzliche Verbot des Beamtenstreiks beseitigt wird. Die Kontrolle der Durchführung erfolgt nach Art. 46 Abs. 2 EMRK durch das Ministerkomitee des Europarates.

Alle übrigen nicht an den Verfahren beteiligten Vertragsstaaten der Konvention – also auch die Bundesrepublik Deutschland – unterliegen dieser Pflicht aus Art. 46 Abs. 1 EMRK zur Befolgung des endgültigen Urteils des Gerichtshofes grundsätzlich nicht. Die Urteile des EGMR erwachsen lediglich *inter partes* in Rechtskraft. Es entspricht aber ganz überwiegender Auffassung, dass die endgültigen Urteile des Gerichtshofes für die anderen Vertragsstaaten, die sich in ähnlicher Weise wie der verurteilte Vertragsstaat konventionswidrig verhalten, eine „Orientierungswirkung“ entfalten.<sup>47</sup> Die Urteile des EGMR entfalten somit eine über den entschiedenen Einzelfall hinausgehende „Präjudizwirkung“, die sich mit dem Auftrag des Gerichtshofs zur Auslegung der EMRK (vgl. Art. 32 EMRK) und dem Eigeninteresse der Vertragsstaaten begründen lässt, nicht vom EGMR in einem Verfahren mit vergleichbarem Inhalt verurteilt zu werden. Dies gilt in besonderer Weise für die Urteile der Großen Kammer des Gerichtshofs, die vor allem in Rechtssachen mit schwerwiegenden Fragen der Auslegung oder Anwendung und zur Aufrechterhaltung der Konvergenz der Rechtsprechung ergehen (vgl. Art. 30, 31, 43 EMRK) und infolgedessen besondere Autorität besitzen. Infolgedessen entfalten auch die Rechtssätze, die der EGMR in der Rechtssache *Demir & Baykara/Türkei* und in der Rechtssache *Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei* entwickelt hat, für die Bundesrepublik Deutschland eine „Orientierungswirkung“.

## (2) Innerstaatliche Bindungswirkung

Von der Frage der völkerrechtlichen Bindungswirkung der Entscheidungen des EGMR ist die Frage zu unterscheiden, wie deren Wirkungen aus der Perspektive des deutschen Rechts zu beurteilen sind. Im Gegensatz zu verschiedenen anderen Vertragsstaaten<sup>48</sup> misst das deutsche Recht den in der EMRK verbrieften Grundrechten lediglich den Rang einfachen Gesetzesrechts zu.

47 *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Auflage (2008), § 16, Rn. 9 ff.; BVerwG, Urt. v. 16. 12. 1999 – 4 CN 9/98, NVwZ 2000, 810 (811 f.); sehr ausführlich zur Orientierungswirkung *Sudre*, Droit européen et international des droits de l’homme, 9. Auflage (2008), Rn. 342 ff. m. w. N. Skeptisch *Hass*, Die Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – Charakter, Bindungswirkung und Durchsetzung, Frankfurt am Main 2006, 160 ff.

48 So stehen beispielsweise nach Art. 55 der Verfassung der Französischen Republik von 1958 völkerrechtliche Verträge im Range über dem einfachen Gesetzesrecht und unterhalb des Verfassungsrechts. Einen knappen Überblick über die Wirkung der EMRK in einzelnen Vertragsstaaten gibt *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 15 ff. m. w. N.

Es entspricht indessen dem völkerrechtsfreundlichen Charakter des GG, die Grundrechte der EMRK auch bei der Anwendung verfassungsrechtlicher Normen des GG zu berücksichtigen. So beeinflussen nach der inzwischen ständigen Rechtsprechung des BVerfG die Gewährleistungen der EMRK auch die Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des GG.<sup>49</sup> Sie besitzen den Charakter von Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite verfassungsrechtlicher Normen, sofern dies nicht zu einer von der EMRK nicht gewollten Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem GG führt. In der Sache läuft dies auf eine völkerrechtskonforme Auslegung deutschen Verfassungsrechts hinaus. Besondere Bedeutung für das Recht der EMRK als Völkervertragsrecht soll dabei den Entscheidungen des EGMR zukommen. Das gelte auch für Entscheidungen des Gerichtshofes, an denen die Bundesrepublik Deutschland nicht beteiligt war: Diese gäben jedenfalls „Anlass, die nationale Rechtsordnung zu überprüfen und sich bei einer möglicherweise erforderlichen Änderung an der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zu orientieren“.

## b) Kollektivvertragliche versus hoheitliche Gestaltung des Beamtenverhältnisses

Die Bundesrepublik Deutschland ist somit zum einen aus Art. 11 EMRK verpflichtet, das System der Kollektivverhandlungen, also die durch Art. 9 Abs. 3 GG grundrechtlich geschützte Tarifautonomie, auch für Beamten zu öffnen. Konventionsrechtlich bedarf es also einer Einschränkung des Grundsatzes der hoheitlichen (öffentlichrechtlichen) Gestaltung des Beamtenverhältnisses. Auf welche Weise dieser konventionsrechtlich gebotene Erfolg im deutschen Recht herbeigeführt wird, liegt weitgehend im Auswahlermessen der Bundesrepublik Deutschland.

### (1) Rechtslage nach einfachgesetzlichem Beamtenrecht

In einem ersten Schritt stellt sich die Frage, ob bereits das geltende deutsche Beamtenrecht die Einbeziehung der Berufsbeamten in das bestehende System der Kollektivverhandlung, die Tarifautonomie, zulässt.

Der Grundsatz der hoheitlichen Gestaltung des Beamtenverhältnisses hat in zahlreichen Vorschriften des einfachen Rechts seinen Ausdruck gefunden. So normieren die §§ 44 ff. BeamStG und die §§ 87 ff. BBG verschiedene zentrale Beschäftigungsbedingungen der Beamten (z.B. Arbeitszeit, Urlaub) unmittelbar bzw. in Verbindung mit auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen und schliessen damit eine einzel- oder kollektivvertragliche Gestaltung dieser Angelegenheiten aus. Ferner bestimmt § 2 Abs. 1 und 2 BBesG, dass die Beamtenbesoldung durch Gesetz geregelt wird und Zu-

49 So insbesondere BVerfG, Beschl. v. 14. 10. 2004, 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407 (3408) (*Görgülü*). Diese Grundsätze hat das BVerfG in der Folgezeit mehrfach bestätigt: 1. Kammer des Zweiten Senats des BVerfG, Beschl. v. 1. 3. 2004, 2 BvR 1570/03, NVwZ 2004, 852 (*Mehmet*) zur Berücksichtigung des Grundrechts auf Familie (Art. 8 EMRK) bei der Entscheidung der Verwaltungsbehörde über die Ausweisung eines straffällig gewordenen Ausländers. Vgl. auch 1. Kammer des Zweiten Senats des BVerfG, Beschl. v. 19. 9. 2006, 2 BvR 2115/01 u.a., NJW 2007, 499 (*Lagrand/Avena*) im Hinblick auf die Berücksichtigung von Urteilen des *IGH* bei der Auslegung des verfassungsrechtlichen Gebots eines fairen Strafverfahrens.

sicherungen, Vereinbarungen und Vergleiche, die dem Beamten eine höhere als die ihm gesetzlich zustehende Besoldung verschaffen sollen, unwirksam sind. Als Ersatz für den Verlust der Befugnis zur tarifautonomen Gestaltung des Beamtenverhältnisses gewähren § 53 BeamStG und § 118 BBG den Spitzenorganisationen der Beamten ein Anhörungsrecht im Rahmen von Gesetzgebungsverfahren, welche die Rechtsstellung der Beamten berühren.

Allerdings ist die hoheitliche Festlegung der Beschäftigungsbedingungen der Beamten nicht allumfassend. Die Festlegung von innerdienstlichen, sozialen und personellen Angelegenheiten der Beamten ist – im Einzelnen unterschiedlich durch das BPersVG und die PersVG der Bundesländer ausgestaltet – in nicht unwesentlichem Umfang der personalvertretungsrechtlichen Beteiligung der Personalräte überlassen.<sup>50</sup> Eine Gestaltung bestimmter Beschäftigungsbedingungen durch Kollektivvertrag (Dienstvereinbarung) ist somit schon nach geltendem Recht möglich. Allerdings gilt dies nicht für eine tarifvertragliche Gestaltung des Beamtenverhältnisses: Denn § 1 Abs. 1 TVG begrenzt den normativen Teil eines Tarifvertrages auf Rechtsnormen, die den Abschluss, den Inhalt und die Beendigung von *Arbeitsverhältnissen* ordnen.<sup>51</sup>

Eine Einbeziehung der Beamten in das durch Art. 9 GG gewährleistete System der Kollektivverhandlungen und die Zulassung von Beamtentarifverträgen lässt sich somit nicht im Wege einer konventionskonformen Auslegung der geltenden Beamtengesetze, wie sie das BVerfG verlangt, bewirken. Die genannten Vorschriften lassen erkennen, dass sie neben der hoheitlichen Gestaltung des Beamtenverhältnisses keine einzel- oder gar kollektivvertragliche Regelungen erlauben.

## (2) Hoheitliche Gestaltung des Beamtenverhältnisses und Verfassungsrecht

Die Problematik erschöpft sich indessen nicht in einer Reform der bestehenden Beamtengesetze des Bundes und der Länder. Sie besitzt auch und vor allem eine verfassungsrechtliche Dimension.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG und der ganz überwiegenden Ansicht im Schrifttum ist die hoheitliche Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses durch den Dienstherrn auf öffentlichrechtlicher Grundlage wegen Art. 33 Abs. 4 GG geboten und stellt ausserdem einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums dar, der nach Art. 33 Abs. 5 GG bei der Regelung des öffentlichen Dienstes zu berücksichtigen sei.<sup>52</sup>

Gewiss, Art. 33 Abs. 4 und 5 GG schliessen nicht aus, dass Beschäftigungsbedingungen der Beamten bis zu einer gewissen Grenze einer tarifautonomen Gestaltung zugänglich gemacht werden. Das gilt namentlich für die Festlegung der bereits erwähn-

50 Als Beschäftigte des öffentlichen Dienstes (§ 4 Abs. 1 BPersVG) sind sie grundsätzlich in das Personalvertretungsrecht einbezogen.

51 Siehe *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Auflage (2004), § 1, Rn. 27; *Wiedemann*, TVG, 7. Auflage (2007), § 1, Rn. 132 m. N.

52 BVerfG, Beschl. v. 11. 6. 1958 – 1 BvR 1/52, NJW 1958, 1228 (1230); v. 30. 3. 1977 – 2 BvR 1039/75, NJW 1977, 1869; *Maunz/Dürig*, GG, 53. Auflage (2009), Art. 33, Rn. 64; *Hense*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), *BeckOK GG* (2009), Art. 33, Rn. 39. *Brox/Rüthers*, *Arbeitskampfrecht*, 2. Auflage (1982), Rn. 501; *Otto*, *Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht* (2006), § 3, Rn. 25 und § 9, Rn. 1; *Kissel*, *Arbeitskampfrecht*, § 45, Rn. 8; *F. Wagner*, *Beamtenrecht*, 9. Auflage (2006), 21.

ten innerdienstlichen, sozialen und personellen Angelegenheiten der Beamten, die durch Dienstvereinbarung mit dem Personalrat erfolgen kann und in den Grenzen des Demokratiegebotes (Art. 20 Abs. 2 GG) mit Verfassungsrecht vereinbar ist.<sup>53</sup> Ist eine personalvertretungsrechtliche Teilhabe im innerdienstlichen Bereich zulässig, muss dies aber erst Recht für eine tarifautonome Gestaltung gelten, die wegen Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich stärker geschützt ist als die Personalvertretung.

Allerdings ist mehr als fraglich, ob Art. 33 Abs. 4 GG und die Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums es erlaubt, die Regelung des gesamten Rechte- und Pflichtengefüges des Beamtenverhältnisses, insbesondere des beamtenrechtlichen Kerns (z.B. die Besoldung), dem tarifvertraglichen Aushandlungsprozess zu unterwerfen. Denn dies hätte zur Folge, dass das Beamtenverhältnis zumindest in wesentlichen Teilen seine öffentlichrechtliche Natur abstreifen würde. Bei derart grundlegenden und strukturprägenden Grundsätzen des Beamtenrechts hat der Gesetzgeber aus Art. 33 Abs. 5 GG nicht nur die Pflicht, sie bei ihrer gesetzlichen Ausgestaltung zu berücksichtigen, sondern muss sie sogar *beachten*.<sup>54</sup>

An diesem Befund hat sich auch nichts durch die im Rahmen der Föderalismusreform von 2006 in Art. 33 Abs. 5 GG eingefügte „Fortentwicklungsklausel“ geändert. Denn mit der Einfügung dieses an den Gesetzgeber gerichteten Regelungsauftrages wollte der Verfassungsgesetzgeber nicht die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums antasten, sondern dem Gesetzgeber lediglich einen Auftrag zur Fortentwicklung des Rechts des öffentlichen Dienstes unter Beachtung dieser Grundsätze auferlegen.<sup>55</sup>

Ein Übergang von der hoheitlichen zur tarifautonomen Gestaltung im Beamtenrecht, wie sie das Urteil der Großen Kammer des EGMR in der Rechtssache *Demir & Baykara/Türkei* verlangt, dürfte deshalb nicht mehr im Wege einer konventionskonformen Auslegung von Art. 33 Abs. 5 GG herbeizuführen sein. Es bedarf dazu vielmehr eines Eingriffs des verfassungsändernden Gesetzgebers, um einen mit Art. 11 EMRK vereinbaren Rechtszustand im deutschen Beamtenrecht herbeizuführen. Dazu ist die Bundesrepublik konventionsrechtlich auch verpflichtet, denn nach Art. 27 WVK, der grundsätzlich auch auf die EMRK anwendbar ist,<sup>56</sup> kann sie nicht einwenden, innerstaatliches deutsches Recht – und hierzu gehört auch Verfassungsrecht – stehe der Umsetzung der Rechtsprechung des EGMR entgegen.

53 BVerfG, Urte. v. 24. 5. 1995 – 2 BvF 1/92, BVerfGE 93, 37 ff. (*Schleswig-Holsteinisches Personalvertretungsgesetz*); Beschl. v. 20. 7. 2001 – 2 BvL 8/00, AP Nr. 1 zu § 72 LPVG Brandenburg; Beschl. v. 5. 12. 2002 – 2 BvL 5/98, NVwZ 2003, 974 (975) (*Lippeverband und Emschergenossenschaft*).

54 Siehe *Hense*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG Art. 33, Rn. 46 m. N. aus der Rspr. des BVerfG.

55 BVerfG, Beschl. vom 28. 5. 2008, 2 BvL 11/07, NVwZ 2008, 873 (877); Beschl. vom 19. 9. 2007, 2 BvF 3/02, NVwZ 2007, 1396 (1400 f.). Dies entspricht auch dem Entwurf der Fraktionen CDU/CSU und SPD eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes usw. (BT-Drs. 16/813, 8 und 10).

56 Der Gerichtshof greift in st. Rspr. auf die Bestimmungen der WVK zurück: vgl. EGMR [Plenum], Urte. v. 21. 2. 1975, *Golder/Grossbritannien*, Nr. 4451/70, Serie A Nr. 18, Rn. 29 ff.; EGMR [Grosse Kammer], Urte. v. 10. 12. 2007, *Stoll/Schweiz*, Nr. 69698/01, Rn. 59. Zu dieser Rechtsprechung *Sudre*, Droit européen et international des droits de l'homme, Rn. 160.

## c) Das Verbot des Beamtenstreiks

Auch das generelle Verbot des Beamtenstreiks wird auf Art. 33 Abs. 4 GG und die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG zurückgeführt. Die Begründungsansätze variieren zum Teil stark. Gleichviel, ob man das Verbot des Beamtenstreiks selbst als hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums, als Ausprägung der beamtenrechtlichen Treuepflicht oder als Folge der hoheitlichen Gestaltung des Beamtenverhältnisses begreift, stets wurzelt das Verbot in Art. 33 Abs. 5 GG und zieht der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Arbeitskampffreiheit<sup>57</sup> Grenzen. Darin sind sich schon seit langem die herrschende Meinung im Schrifttum und die Rechtsprechung einig.<sup>58</sup> Somit stellt sich die Frage, ob wenigstens das generelle Verbot des Beamtenstreiks im Wege einer konventionskonformen Auslegung korrigiert werden kann, um den Anforderungen der Entscheidungen des EGMR in der Rechtssache *Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei* genügen zu können.<sup>59</sup>

Doch auch insoweit überwiegen die Zweifel. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die streikweise Erzwingung von Beamtentarifverträgen jedenfalls nach geltendem Recht nicht zulässig ist, da das Streikrecht nach wie vor grundsätzlich nur zum Abschluss eines zulässigen Tarifvertrags zulässig ist<sup>60</sup> und die tarifautonome Gestaltung der Beamtenverhältnisse gegen zwingendes Recht verstossen würde (siehe oben b). Ein Beamtenstreik wäre deshalb zwangsläufig ein politischer Streik gegen den beamtenrechtlichen Gesetzgeber, der nach ganz überwiegender Ansicht unzulässig ist.<sup>61</sup> Sicherlich liesse sich diese Rechtsprechung zu Art. 9 Abs. 3 GG konventionskonform fortentwickeln. Einer solchen Anpassung im Wege der Auslegung steht indessen auf einfachgesetzlicher Ebene grundsätzlich entgegen, dass der Gesetzgeber – wie bereits erwähnt – in § 53 BeamtStG und in § 118 BBG den Spitzenorganisationen der Beamten ein Anhörungsrecht im Rahmen von Gesetzgebungsverfahren eingeräumt hat, welche die Rechtsstellung der Beamten berühren. Mit diesem Beteiligungsrecht innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens sollte nach dem Willen des Gesetzgebers den Beamten ein Ausgleich für den Verlust des Streikrechts gewährt werden.

Ferner ist auch hier der Grundsatz der hoheitlichen Gestaltung des Beamtenverhältnisses ins Feld zu führen, der als Verfassungsgrundsatz (Art. 33 Abs. 4 und 5 GG) zu beachten ist. Eine streikweise Durchsetzung von Forderungen zur Wahrung und Förderung ihrer Beschäftigungsbedingungen verträgt sich mit diesem Grundsatz nicht, da sie zwangsläufig auf Einflussnahme bei der Regelung des Beamtenverhältnisses ausgerichtet wäre. Eine Umsetzung der EGMR-Entscheidung in der Rechtssache *Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei* kann somit ebenfalls nicht im Wege einer konventionskonformen

57 Statt vieler ErfK/Dieterich, 9. Auflage (2009), GG Art. 9, Rn. 102 m. w. N.

58 Vgl. BVerwG, Urt. v. 10. 5. 1984 – 2 C 18.82, AP Nr. 87 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; OVG Hamburg, Beschl. v. 22. 10. 1988 – Bs I 195/88, NJW 1989, 605; BGH, Urt. v. 31. 1. 1978 – VI ZR 32/77, AP Nr. 61 zu Art. 9 GG Arbeitskampf. *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht (2006), § 45, Rn. 8 ff.; *Kissel*, Arbeitskampsrecht, § 9, Rn. 1 ff.; *Isensee*, Beamtenstreik (1971); a. A. insbesondere *Däubler*, Der Streik im öffentlichen Dienst, 2. Auflage, Tübingen 1971, §§ 14 ff.; aus neuerer Zeit *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen*, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampsrecht – Basiskommentar, 2. Auflage (2008), Rn. 78.

59 So ohne grössere Problematisierung insbesondere *Lörcher*, ArbuR 2009, 229 (242).

60 Statt vieler ErfK/Dieterich, 9. Auflage (2009), Art. 9 GG, Rn. 114 ff. m. zahlreichen w. N.

61 Siehe die Nachweise in Fussnote 46.

Auslegung von Art. 33 Abs. 4 und 5 GG erfolgen, sondern bedarf ein Eingreifen des verfassungsändernden Gesetzgebers.

Natürlich besteht keine Pflicht der Vertragsstaaten, sämtlichen Beamten das Streikrecht einzuräumen. Bereits Art. 11 Abs. 2 EMRK gibt diesen das Recht, die Vereinigungsfreiheit aus Gründen der nationalen und öffentlichen Sicherheit, der Aufrechterhaltung der Ordnung oder der Verhütung von Straftaten, dem Schutz der Gesundheit oder der Moral oder dem Schutz der Rechte und Freiheiten Anderer einzuschränken. Gerade die Austarierung von Streikrecht und Fortbestand der Verwaltung birgt grosse Probleme in sich, wie die Auseinandersetzungen um die Vorschriften über das Streikrecht im öffentlichen Dienst in anderen Ländern beweisen.<sup>62</sup> Der Gesetzgeber und in seiner Abwesenheit auch die Rechtsprechung ist somit befugt, die geltenden arbeitskampfrechtlichen Grundsätze über die Notstandsarbeiten in Arbeitskämpfen fortzuentwickeln, um sicherzustellen, dass durch Arbeitskämpfmassnahmen von Beamten der Fortbestand der öffentlichen Verwaltung nicht beeinträchtigt wird. Wie eine solche Regelung aussehen könnte, braucht hier nicht weiter vertieft zu werden.<sup>63</sup> Der EGMR gibt jedoch hierfür Anhaltspunkte, wenn er auf die Entscheidung seiner Grossen Kammer vom 8. Dezember 1999 in der Rechtssache *Pellegrin/Frankreich* verweist, in der es um die Geltung des Grundrechts auf ein faires Verfahren für Angehörige des öffentlichen Dienstes gibt:<sup>64</sup> Da der Gerichtshof in der Entscheidung auf die vom EuGH entwickelten Grundsätze über die Geltung der Regeln über die Arbeitnehmerfreizügigkeit beim Zugang zum öffentlichen Dienst (Art. 39 Abs. 4 EG) verweist, bedeutet dies letztlich, dass er die Ausnahmebereiche, die Angehörigen des betroffenen Staates vorbehalten bleiben dürfen, auch auf die Grenzen des Beamtenstreikrechts übertragen möchte. Ob die Heranziehung dieser Grundsätze tatsächlich ausreicht, die notwendigen Diensten zu bestimmen, für die das Streikrecht ausgeschlossen oder doch zumindest eingeschränkt ist, möge an dieser Stelle dahingestellt bleiben. Die Behandlung dieser Folgeproblematik der Entscheidung des EGMR vom 21. April 2009 würde eine eigenständige Untersuchung erfordern, die den Rahmen dieses Besprechungsaufsatzes sprengen würde.

#### D. Schluss

Mit den jüngsten Entscheidungen des EGMR in der Rechtssache *Demir & Baykara/Türkei* sowie in der Rechtssache *Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei* ist die in Art. 11 EMRK gewährleistete Vereinigungsfreiheit endgültig aus ihrem langjährigen Schattendasein herausgetreten und zu einem Grundrecht geworden, das in Zukunft einen weitaus grösseren Einfluss auf das Recht der Vertragsstaaten entfalten wird als bisher. Das insbesondere mit der Entscheidung der Grossen Kammer vom 12. November 2008 geschaffene Potential dürfte noch lange nicht ausgeschöpft sein, sondern in den nächsten Jahren

62 Zu den Einzelheiten der Festlegung eines *service minimum* nach französischem Recht siehe *Pélissier/Supiot/Jeamnaud*, *Droit du travail*, 24. Auflage (2008), Rn. 1189 m. w. N.

63 Rechtshistorisch interessant ist insoweit die Verordnung des Reichspräsidenten, betreffend die Stilllegung von Betrieben, welche die Bevölkerung mit Gas, Wasser, Elektrizität versorgen vom 10. 11. 1920 (RGBl. I 1920, 1865). Zur sog. „StilllegungsVO“ näher Hueck/Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 3-5. Auflage (1931) Band I, 354 ff.

64 EGMR [Grosse Kammer], *Pellegrin/Frankreich*, Nr. 28541/95, 1999-VIII, Rn. 64-67.

immer wieder Anlass für Folgeentscheidungen des EGMR auf dem Gebiet der Kollektivverhandlungen und des Arbeitskampfrechts sein.

Zu kritisieren ist das methodische Fundament der neuen Rechtsprechung des EGMR. Das gilt zum einen für die sehr weitgehende Rezeption internationalen Rechts bei der Auslegung von Art. 11 EMRK. Wengleich dies ständiger Rechtsprechung des EGMR entspricht, sind doch mit der Heranziehung der nicht rechtsverbindlichen Auslegungspraxis der Sachverständigenausschüsse von IAO und Europarat und von internationalen Verträgen, die vom beklagten Vertragsstaat überhaupt nicht ratifiziert waren, ganz klar die Grenzen des Vertretbaren überschritten worden. Doch auch die ebenfalls herangezogene Rechtsvergleichung kann nicht überzeugen, da sie gerade nicht – wie eigentlich für die Auslegung der Konventionsgrundrechte geboten – Ausdruck einer gemeinsamen Wertüberzeugung der Vertragsstaaten, sondern lediglich der Mehrheit derselben ist.

Trotzdem entfalten die beiden Entscheidungen auch für die Bundesrepublik Deutschland eine „Orientierungswirkung“, die eine Überprüfung der eigenen Rechtslage zur Folge haben muss. In der Sache bedeutet dies, dass Deutschland konventionsrechtlich verpflichtet ist, auch die Gruppe der Beamten in die Tarifautonomie einzubeziehen und ihnen ein Streikrecht zuzugestehen. Ein mit Art. 11 EMRK vereinbarer Rechtszustand lässt sich indessen nicht im Wege einer völkerrechtsfreundlicher Auslegung beamtenrechtlicher Vorschriften und von Art. 33 Abs. 4 und 5 GG herbeiführen. Es bedarf infolgedessen eines verfassungsändernden Eingriffs, was wegen der dazu erforderlichen verfassungsändernden Mehrheit dazu führen dürfte, dass die Schaffung eines Rechts auf Kollektivverhandlungen und eines Streikrechts für Beamte in den Bereich des Unwahrscheinlichen rückt.