

---

# Menschenrecht auf Streik auch für deutsche Beamte?

Ulrich Widmaier und Siegbert Alber\*

## Inhalt

|      |  |     |
|------|--|-----|
| I.   | Ausgangslage, Rechtsgrundlagen und Problemstellung   | 388 |
| II.  | Zunehmende völkerrechtliche Relevanz des öffentlichen Dienstrechts<br>– Das BVerfG und das Berufsbeamtentum –  | 389 |
| III. | Das Beamten-Streikrecht in der neueren Rechtsprechung<br>des EGMR (Art. 11 EMRK)   | 391 |
| IV.  | Wie lässt sich der deutsche Konventionsverstoß beseitigen?<br>– Zur innerstaatlichen Wirkung der Streikrechts-Rechtsprechung<br>des EGMR und zur Rezeption in das deutsche Recht | 393 |
|      | 1. Schrifttum  | 393 |
|      | 2. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte Düsseldorf,<br>Kassel und Osnabrück  | 396 |
|      | 3. Die Rechtsprechung des OVG Münster  | 398 |
|      | 4. Eigene Beurteilung  | 400 |
| V.   | Streikrecht und Unionsrecht  | 405 |
|      | 1. Die Wirkung des Unionsrechts auf das mitgliedstaatliche Recht   | 405 |
|      | 2. Die Regelung für europäische Beamte in dienstrechtlichen<br>Rechtsakten   | 405 |
|      | a) Das (europäische) Beamtenstatut   | 405 |
|      | b) Die Regelung für die Bediensteten der Europäischen<br>Zentralbank (EZB)   | 406 |
|      | c) Zur Rechtsprechung des EuGH   | 406 |

---

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

|  |     |
|--|-----|
| VI. Zweifelsfragen   | 408 |
| 1. Methodisch fragwürdige Orientierung des EGMR  | 408 |
| 2. Problematische Rechtsvergleichung   | 409 |
| 3. Zum Begriff der Ausübung „hoheitlicher Befugnisse“<br>– Kritische Würdigung und dringender Klärungsbedarf | 410 |
| 4. Gestaltungsspielraum („the margin of appreciation“/<br>„la marge d’appréciation“)                         | 412 |
| VII. Fazit und Ausblick  | 414 |
| VIII. Zusammenfassung  | 416 |

## I. Ausgangslage, Rechtsgrundlagen und Problemstellung

In Deutschland dürfen Beamte nicht streiken. Dies ergibt sich aus Art. 33 Abs. 5 GG, in dem es heißt: „Das Recht des öffentlichen Dienstes ist unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln“. Zu diesen hergebrachten Grundsätzen gehört das Streikverbot für Beamte. Es ist im Rahmen der Treuepflicht gewissermaßen als Gegenstück zur „Privilegierung“ der Beamten in Folge ihrer Unkündbarkeit und dem Alimentationsprinzip zu sehen.

Demgegenüber leitet der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR oder auch nur Gerichtshof)<sup>1</sup> ein Streikrecht auch für Beamte aus Art. 11 der Europäischen Menschenrechtskonvention des Europarats (EMRK) ab.<sup>2</sup>

Auf die relevanten Urteile des EGMR soll nachfolgend näher eingegangen werden. Den Urteilen des EGMR kommt zwar keine unmittelbare Bindungswirkung Dritter zu; die dennoch gegebene Präjudizwirkung ist aber doch von Bedeutung, sodass im Folgenden der Frage nachzugehen sein wird, ob und gegebenenfalls wie sich die relevanten Urteile des EGMR auf die deutsche Rechtslage auswirken.

<sup>1</sup> Der EGMR ist ein Gericht des Europarats, also keines der Europäischen Union.

<sup>2</sup> Art.11 EMRK hat folgenden Wortlaut:

„1. Jede Person hat das Recht, sich frei und friedlich mit anderen zu versammeln und sich frei mit anderen zusammenzuschließen; dazu gehört auch das Recht, zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten.

2. Die Ausübung dieser Rechte darf nur Einschränkungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale oder öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Dieser Artikel steht rechtmäßigen Einschränkungen der Ausübung dieser Rechte für Angehörige der Streitkräfte, der Polizei oder der Staatsverwaltung nicht entgegen.“

## II. Zunehmende völkerrechtliche Relevanz des öffentlichen Dienstrechts – Das BVerfG und das Berufsbeamtentum –

Die Frage des Streikrechts für Beamte zeichnet sich durch eine Reihe erst neuerdings in der Literatur und in der Rechtsprechung diskutierter verfassungsrechtlicher sowie völker- und europarechtlicher Aspekte aus, die im Folgenden in ihren wesentlichen Facetten erörtert werden sollen.

Dem EGMR hat sich bislang (noch) nicht die Frage gestellt, ob in Deutschland tätige deutsche Beamtinnen und Beamte, gegebenenfalls welche Gruppen von ihnen, streiken dürfen. Auch eine höchstrichterliche deutsche Entscheidung zur Frage eines Streikrechts für Beamte steht bisher aus; nach einer vor kurzem ergangenen Entscheidung eines Obergerichts, dem OVG Münster,<sup>3</sup> ändern die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR nichts daran, dass deutsche Beamte nicht streiken dürfen. Gleichwohl ist die Diskussion über das Beamtenstreikrecht und die Bedeutung völkerrechtlicher Aspekte voll entbrannt. Im deutschen Schrifttum wird über die Konsequenzen der neueren Rechtsprechung des EGMR für die deutsche Rechtsordnung kräftig gestritten. In Bezug auf die Beamten ist von der „Denationalisierung“ des Streikrechts die Rede, der EGMR habe sich von seiner bisherigen Rechtsprechung „abgewandt“ mit der Folge, dass das grundsätzliche Streikverbot des deutschen Beamtenrechts „nicht länger haltbar sein dürfte“,<sup>4</sup> und es wird die Auffassung vertreten, „dass sich die personelle Organisation der Staatsverwaltung grundlegend verändert, wenn das Recht des öffentlichen Dienstes mit Art. 11 EMRK konform sein soll“.<sup>5</sup> Aber auch vor voreiligen Schritten wird gewarnt.<sup>6</sup> Während sich das für das Beamtenrecht primär zuständige Bundesministerium des Innern ausschweigt,<sup>7</sup> ist in einem Beitrag einer Fachzeitschrift zu lesen: „Inoffiziell hieß es jedoch von Mitarbeitern zweier Ministerien, dass das Streikverbot in Teilen überholungsbedürftig sei“.<sup>8</sup>

Die von beamteten deutschen Lehrern bereits angerufenen Verwaltungsgerichte sehen sich offenkundig außerstande, eine einheitliche Antwort zu finden. Ebenso wie im Schrifttum gehen auch hier die Meinungen auseinander. Angesichts der

<sup>3</sup> OVG Münster, Urt. v. 7.3.2012 – 3dA317/11.0; siehe dazu unten IV.3.; ebenso OVG Lüneburg, Urt. v. 12.6.2012 – 20 BD 7/11 und 20 BD 8/11.

<sup>4</sup> *Niedobitek*, Denationalisierung des Streikrechts – auch für Beamte?, Tendenzen im europäischen und im internationalen Recht, ZBR 2010, S. 361 ff.

<sup>5</sup> *Schubert*, Das Streikverbot für Beamte und das Streikrecht aus Art. 11 EMRK im Konflikt, AöR 137 (2012), S. 93 ff., 116.

<sup>6</sup> Vgl. *Böhm*, Abschied vom Streikverbot im Beamtenrecht?, PersV 2012, S. 164 ff.

<sup>7</sup> Vgl. *Battis*, Streikrecht für Beamte?, ZBR 2011, S. 398.

<sup>8</sup> *Kutzki*, Beamte und Streikrecht – eine aktuelle Bestandsaufnahme, DÖD 2011, S. 169 ff.

derzeit bestehenden großen Rechtsunsicherheit bleibt zu hoffen, dass betroffene beamtete Lehrer, deren Klagen vor den Verwaltungsgerichten zurückgewiesen wurden, letztlich über den EGMR eine abschließende Klärung herbeiführen. In diese Richtung gehen auch Aussagen der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (GEW), deren Leiterin des Vorstandsbereichs Angestellten- und Beamtenpolitik am 7. März 2012 mit folgenden Worten zitiert wurde: „Das heutige Urteil des Oberverwaltungsgerichts (OVG) Münster zum Streikrecht für Beamte zeigt, dass jetzt so schnell wie möglich eine Entscheidung des zuständigen europäischen Gerichts her muss“.<sup>9</sup> Auf dieses Urteil des OVG Münster wird unten noch eingegangen werden. Offenbar werden die Erfolgsaussichten vor dem Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) oder gar dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) als gering eingestuft. In der Tat spricht viel dafür, dass das BVerfG das Wesen des deutschen Berufsbeamtentums, bei dem es sich nach Auffassung des Gerichts um eine spezifisch deutsche Verfassungskonstruktion zur Entfaltung des Rechtsstaats handelt,<sup>10</sup> die sich bewährt habe, nicht antasten wird. Die Tendenz, das Berufsbeamtentum als verfassungsrechtlich geschützte Institution zu begründen, ist aus der Rechtsprechung des BVerfG nicht hinwegzudenken.<sup>11</sup> Gegenstand der Einrichtungsgarantie ist nach dieser Rechtsprechung der Kernbestand von Strukturprinzipien, die sich in der Tradition entwickelt und bewährt haben.<sup>12</sup> Die Entwicklung des Berufsbeamtentums sieht das BVerfG historisch eng mit derjenigen des Rechtsstaats verknüpft. Die Übernahme der funktionswesentlichen tradierten Grundstrukturen des Berufsbeamtentums in das GG beruht, so das BVerfG, auf einer Funktionsbestimmung des Berufsbeamtentums als Institution, die, gegründet auf Sachwissen, fachliche Leistung und loyale Pflichterfüllung, eine stabile Verwaltung sichern und damit einen ausgleichenden Faktor gegenüber den das Staatswesen gestaltenden politischen Kräften bilden soll.<sup>13</sup> Da zu den Kernpflichten des deutschen Beamten seit jeher die Treuepflicht gehört,<sup>14</sup> ist es aus dieser Sicht begründbar, wenn das BVerfG ausführt: „Der Einsatz wirtschaftlicher Kampf- und Druckmittel zur Durchsetzung eigener Interessen, insbesondere auch kollektive Kampfmaßnahmen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG wie das Streikrecht, sind ihm verwehrt“.<sup>15</sup> Hieran gemessen wäre es daher nachvollziehbar, wenn die Aufhebung des Streikverbots für die Beamten als Eingriff in die Substanz und Grundstruktur des Berufsbeamtentums gewertet würde und das BVerfG daher am Streikverbot für alle Beamten festhält. Andererseits ist nicht auszuschließen, dass das

<sup>9</sup> Pressemitteilung der GEW v. 7.3.2012 [http://www.gew.de/GEW:OVG\\_Muenster\\_verharret\\_in\\_altem\\_Denken.html](http://www.gew.de/GEW:OVG_Muenster_verharret_in_altem_Denken.html) (3.12.2012).

<sup>10</sup> *Landau/Steinkühler*, Zur Zukunft des Berufsbeamtentums in Deutschland, DVBl. 2007, S. 133 ff., 143 m.w.N.

<sup>11</sup> BVerfG v. 19.9.2007, DVBl. 2007, 359 ff.

<sup>12</sup> Vgl. BVerfGE 6, 132 (164).

<sup>13</sup> Vgl. BVerfGE 7, 155 (162).

<sup>14</sup> Vgl. BVerfGE 39, 334 (346 f.).

<sup>15</sup> Vgl. BVerfGE 8, 1 (17).

BVerfG seine restriktive Beamtenrechtsprechung im Verhältnis zum EGMR und dessen fortentwickelter Rechtsprechung in der Weise korrigiert, dass das Streikverbot zumindest für einen Teil der Beamten aufgehoben wird, um europa- bzw. völkerrechtliche Vorgaben zu erfüllen. In diesem Kontext verdient die Auffassung von *Landau/Steinkühler* hervorgehoben zu werden, die sich wie folgt äußern:<sup>16</sup> „Die hohen Anforderungen, die an das Berufsbeamtentum gestellt werden, passen allerdings nicht auf alle Beschäftigungsverhältnisse, sondern sind nur für den durch Art. 33 Abs. 4 GG vorgegebenen Kernbereich staatlichen Handelns – Polizei, Justiz, Steuer- und Ministerialverwaltung – gerechtfertigt, dort aber auch erforderlich. Auf diesen Kernbereich sollte deshalb der Einsatz von Beamten beschränkt werden. Eine solche Beschränkung entspricht im Übrigen auch europarechtlichen Vorgaben [...]“.

### III. Das Beamten-Streikrecht in der neueren Rechtsprechung des EGMR (Art. 11 EMRK)

Bekanntlich hat der EGMR in zwei Entscheidungen zum türkischen Recht in den Jahren 2008/2009 für Beamte ein Recht auf Kollektivverhandlungen und ein Recht zum Streik aus Art. 11 EMRK bejaht. In der Rechtssache *Demir und Baykara* vom 12. November 2008<sup>17</sup> wurde der Gewerkschaft durch die Große Kammer des EGMR – einstimmig – ein Recht auf Kollektivverhandlungen zugesprochen und in der Rechtssache *Enerji Yapi-Yol Sen* vom 21. April 2009 leitet die 3. Kammer des EGMR unter Einbeziehung der Entscheidung der Großen Kammer in der Rechtssache *Demir und Baykara* – ebenfalls einstimmig – ein Recht der Gewerkschaft zum Streik ab, das auch Beamtengewerkschaften zustehe.<sup>18</sup> Eine Analyse der beiden Entscheidungen ergibt folgendes Bild: In einer der wesentlichen Passagen des Urteils *Demir und Baykara* bringt der Gerichtshof seine Ansicht zum Ausdruck,<sup>19</sup> dass angesichts der Entwicklungen sowohl im internationalen als auch im nationalen Arbeitsrecht und der Praxis der Vertragsstaaten in diesem Bereich das Recht, mit dem Arbeitgeber kollektiv zu verhandeln, im Grundsatz einer der wesentlichen Bestandteile des in Art. 11 der EMRK niedergelegten „Rechts, zum Schutze ihrer Interessen Gewerkschaften zu bilden und diesen beizutreten“, geworden ist; dies jedoch mit der Maßgabe, dass es den Staaten überlassen bleibt, ihr System zum Beispiel so zu organisieren, dass sie repräsentativen Gewerkschaften speziellen Status gewähren. Außer in sehr spezifischen Fällen müssen Beamte wie andere Arbeitnehmer derartige Rechte genießen, jedoch unbeschadet der „gesetzlichen Einschränkungen“.

<sup>16</sup> *Landau/Steinkühler*, (Fn. 10), S. 143.

<sup>17</sup> EGMR, Nr. 34503/97, *Demir und Baykara*, Rdnr. 147 ff., NZA 2010, 1425.

<sup>18</sup> EGMR, Nr. 68959/01, *Enerji Yapi-Yol Sen*, Rdnrn. 24, 32, NZA 2010, 1423.

<sup>19</sup> *Ibid.*, Rdnr. 154; siehe auch die Übersetzung in AuR 2009, 269 (273).

die den „Mitgliedern der Staatsverwaltung“ im Sinne von Art. 11 Abs. 2 EMRK aufgelegt werden können. Der Gerichtshof erinnert in diesem Zusammenhang an den Ausschluss bestimmter als sensibel angesehener Bereiche oder bestimmter Beamtenkategorien, die originäre Staatsfunktionen wahrnehmen.<sup>20</sup> Demgegenüber können Gemeindebeamte, die als solche nicht in der Staatsverwaltung beschäftigt sind, nicht als „Angehörige der Staatsverwaltung“ behandelt und auf dieser Grundlage auch nicht einer Einschränkung ihres Vereinigungsrechts unterworfen werden.<sup>21</sup> Im Übrigen bemerkt die Große Kammer, die Erklärung, dass Beamte unterschiedslos eine privilegierte Position verglichen mit anderen Arbeitnehmern genießen, reiche nicht aus, um den Ausschluss der Beschwerdeführer von dem ihrer Gewerkschaftsfreiheit inhärenten Recht, kollektiv zu verhandeln, zu rechtfertigen.<sup>22</sup>

Dem Urteil *Enerji Yapi-Yol Sen* ist zu entnehmen, dass Art. 11 Abs. 1 EMRK das Streikrecht beinhaltet. Der Gerichtshof erkennt aber an, dass das Streikrecht keinen absoluten Charakter hat.<sup>23</sup> Es kann bestimmten Bedingungen und Einschränkungen unterworfen werden, die jedoch mit Art. 11 Abs. 2 EMRK vereinbar sein müssen. Der Grundsatz der Gewerkschaftsfreiheit kann sonach im Einklang mit einem Streikverbot für Beamte stehen, die hoheitliche Befugnisse im Namen des Staates ausüben.<sup>24</sup> Das Streikverbot kann zwar verschiedene Beamtenkategorien betreffen, es kann sich aber nicht, wie in dem vom EGMR entschiedenen Fall, auf Beamte im Allgemeinen erstrecken. Die gesetzlichen Einschränkungen des Streikrechts müssen, so der EGMR, klar und so eng wie möglich die Kategorien der betroffenen Beamten festlegen. Gemessen an diesen Kriterien verstößt das deutsche Beamtenrecht im Ergebnis gegen Art. 11 EMRK. Denn es schließt Streiks von Beamten generell aus, ohne eine Unterscheidung nach bestimmten Kategorien von Beamten vorzunehmen. Hierbei ist nicht entscheidend, dass die beiden Urteile zum türkischen Recht ergangen sind.

Auch wenn ein Urteil des EGMR nur für die an einem Rechtsstreit beteiligten Parteien in Rechtskraft erwächst und damit die Entscheidung des Gerichtshofs für die anderen Konventionsstaaten völkerrechtlich nicht verbindlich ist, sind die Urteile auch für die nicht an einem konkreten Verfahren beteiligten Konventionsstaaten nicht bedeutungslos,<sup>25</sup> denn ihnen kommt eine so genannte Präjudizwirkung oder Orientierungs- und Leitfunktion zu, auch wenn es sich nicht um denselben

---

<sup>20</sup> EGMR, Nr. 68959/01, *Enerji Yapi-Yol Sen*, Rdnr. 151.

<sup>21</sup> Ibid., Rdnr. 97, sofern die Regierung nicht nachweisen kann, dass die von ihnen ausgeübten Funktionen es notwendig machen, sie als Angehörige der Staatsverwaltung i.S.d. Art. 11 Abs. 2 EMRK anzusehen.

<sup>22</sup> Ibid., Rdnr. 168.

<sup>23</sup> Ibid., Rdnr. 32.

<sup>24</sup> Siehe die Übersetzung in AuR 2009, 269 (274).

<sup>25</sup> Cremer, Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen, EuGRZ 2004, S. 694.

Streitgegenstand handelt.<sup>26</sup> Auch wird der Gerichtshof in aller Regel in künftigen Fällen und damit in einem Verfahren gegen andere Konventionsstaaten seine einmal vorgenommene Auslegung und Anwendung der Konvention fortführen.<sup>27</sup> Obwohl das Urteil selbst also nicht bindet, kann dennoch von einer rechtlichen Bindung an die Konvention in der durch den Gerichtshof konkretisierten Wirkung gesprochen werden.<sup>28</sup>

Ausgehend von dem im neueren Schrifttum überwiegend vertretenen und nachvollziehbar begründeten Standpunkt, dass ein Konventionsverstoß Deutschlands vorliegt,<sup>29</sup> stellt sich nunmehr die zentrale Frage: Führt das konventionswidrige deutsche Streikverbot dazu, dass das in Art. 33 Abs. 5 GG in seinem Kernbestand verfassungsrechtlich garantierte deutsche Berufsbeamtentum automatisch verändert wird, oder auf welchem Wege ließe sich der Konventionsverstoß beseitigen? Hierzu gibt es unterschiedliche Stimmen im Schrifttum, auch liegen mittlerweile mehrere unterschiedlich lautende Urteile von Verwaltungsgerichten vor, denen Klagen von beamteten Lehrerinnen/Lehrern zugrunde liegen, die an Streikmaßnahmen teilgenommen hatten und denen daraufhin durch eine Disziplinarverfügung eine Geldbuße auferlegt bzw. eine Missbilligung ausgesprochen wurde.

#### IV. Wie lässt sich der deutsche Konventionsverstoß beseitigen? – Zur innerstaatlichen Wirkung der Streikrechts-Rechtsprechung des EGMR und zur Rezeption in das deutsche Recht

##### 1. Schrifttum

Im Schrifttum wird zum einen die Auffassung vertreten, die konventionswidrige Rechtslage in Deutschland fordere die Zulassung des Streikrechts für Beamte, die durch eine konventionsfreundliche Auslegung von Art. 33 Abs. 4 und 5 GG

<sup>26</sup> Vgl. *Pache*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsordnung, EuR 2004, S. 406; *Widmaier*, Der Einfluss der EMRK auf das (nationale) öffentliche Dienstrecht, in: Höland (Hrsg.), Wirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im deutschen Recht, 2012, S. 148.

<sup>27</sup> *Grabenvarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, § 16, Rdnr. 8.

<sup>28</sup> *Grabenvarter*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 321 m.w.N.

<sup>29</sup> Siehe z.B. *Seifert*, Recht auf Kollektivverhandlungen und Streikrecht für Beamte, KritV 2009, S. 371 ff.; *Lörcher*, Das Menschenrecht auf Kollektivverhandlung und Streik – auch für Beamte, AuR 2009, S. 229 ff.; *Niedobitek*, (Fn. 4), S. 361 ff.; *Gooren*, Das Ende des Beamtenstreikverbots, ZBR 2011, S. 400 ff.; *Schubert*, (Fn. 5), S. 93 ff.; ähnlich in der Tendenz *Kutzei*, (Fn. 8), S. 171; a.A. *Lindner*, Dürfen Beamte doch streiken?, DÖV 2011, S. 305 ff.; offengelassen („möglicherweise“) von *Böhm*, (Fn. 6), S. 169.



prinzipiell möglich und im Hinblick auf Art. 1 EMRK auch geboten sei. Dieser Weg läge auch auf der Linie des konstanten Bestrebens des BVerfG, offene Konflikte mit den europäischen Gerichtshöfen zu vermeiden. Die Herstellung eines völkerrechtskonformen Rechtszustandes könne durch die Fachgerichte selbst erfolgen.<sup>30</sup>

Eine andere Auffassung, für die nach den Urteilen des EGMR vom 12. November 2008 und 21. April 2009 feststeht, dass Deutschland verpflichtet ist, den Beamten grundsätzlich die Möglichkeit von Kollektivverhandlungen einschließlich des Streikrechts zu eröffnen, lässt offen, ob eine Anpassung an die Rechtsprechung des EGMR im Wege einer konventionskonformen Auslegung des deutschen Rechts zu bewerkstelligen oder ob hierfür eine Verfassungsänderung erforderlich sei.<sup>31</sup> Vor Klärung dieser Frage bleibe es beim Streikverbot für Beamte, mithin bei einem Verstoß Deutschlands gegen Art. 11 EMRK.

Nach einer dritten Position, die ebenfalls davon ausgeht, dass Deutschland konventionsrechtlich verpflichtet ist, auch den Beamten ein Streikrecht zuzugestehen, lässt sich ein mit Art. 11 EMRK vereinbarer Rechtszustand nicht im Wege einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung beamtenrechtlicher Vorschriften und von Art. 33 Abs. 4 und 5 GG herbeiführen, sondern es bedürfe 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“.<sup>32</sup>

Für eine weitere Position, die sich gegen die Beseitigung der Konventionsverletzung durch eine völkerrechtsfreundliche Auslegung der Judikative ausspricht, steht einer konventionskonformen Auslegung entgegen, dass die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, soweit sie das Streikverbot betreffen, Teil der Staatsorganisation sind.<sup>33</sup> „Anders als bei den grundrechtsgleichen Rechten des Beamten, die sich aus Art. 33 GG ergeben, beschränke das Streikverbot dessen Rechtsposition, um die Krisensicherheit des öffentlichen Dienstes zu gewährleisten“.<sup>34</sup> Für eine konventionskonforme Gestaltung des Beamtenrechts müsse daher, wenn keine andere Gestaltungsmöglichkeit bestehe, der verfassungsändernde Gesetzgeber eingreifen. Allerdings bedürfe es bei einer personellen Beschränkung des Berufsbeamtentums auf die Bereiche, in denen ein Streikverbot nach Art. 11 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt sei, keiner Änderung des Art. 33 Abs. 5 GG.<sup>35</sup>

Mit dieser Problematik befasst sich auch *Di Fabio* in seinem für den Deutschen Beamtenbund erstellten und am 31. Oktober 2012 vorgestellten Gutachten. Zwar

---

<sup>30</sup> Gooren, (Fn. 29), S. 405.

<sup>31</sup> Niedobitek, (Fn. 4), S. 368.

<sup>32</sup> Seifert, (Fn. 29), S. 337.

<sup>33</sup> Schubert, (Fn. 5), S. 115.

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Ibid., S. 117.



sei die EMRK von den deutschen Rechtsanwendern zu beachten; sie habe aber vor der deutschen Verfassung keinen Vorrang. Sie und die EGMR-Urteile seien nur zu berücksichtigen, soweit im nationalen Recht entsprechende Auslegungsspielräume vorgesehen seien. Die Frage sei also, ob das deutsche Recht die Möglichkeit einer Differenzierung des Beamtentums in zwei Kategorien beinhalte, nämlich in eine Gruppe von „Kernbeamten im Hoheitsbereich“, die nicht streiken dürften, und in eine Gruppe von „sonstigen Beamten“, für die anderes gelten könne.<sup>36</sup>

Eine solche Aufteilung ist für *Di Fabio* jedoch mit den „hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums“, wie sie in Art. 33 Abs. 5 GG genannt und historisch zu interpretieren seien, nicht zu vereinbaren.

*Di Fabio* geht von einem einheitlichen Beamtenbegriff aus. Die Entscheidung, den Beruf des Beamten zu ergreifen, sei eine freiwillige Loyalitätsbezeugung zum Staat. Das Loyalitätsverhältnis sei ein beiderseitiges, denn der Staat sorge im Gegenzug gut für seine Beamten. Die Berufsentscheidung begründe ein besonderes Naheverhältnis zum Staat; der Beamte stelle sich damit auf die „demokratische Seite des Staates“.

Nach *Di Fabio* stünden sich nun zwei Freiheitsansprüche gegenüber: Der Freiheitsanspruch der demokratischen Demokratie, ihren öffentlichen Dienst zu gestalten, und die Freiheit des Einzelnen, sich auch mit den Mitteln des Arbeitskampfes gegenüber dem Dienstherrn zu behaupten. Bei der Abwägung ist für *Di Fabio* der Begriff der Loyalität entscheidend. Das Verhältnis zwischen Staat und den Staatsbediensteten begründe das Streikverbot. Das Demokratieprinzip erfordere, dass man nach der freiwilligen Entscheidung der Beamtenwerdung nicht gegen den Dienstherrn, den demokratischen Staat, streike.

Ein Konflikt dieses Verbots mit den Entscheidungen des EGMR muss laut *Di Fabio* nicht bestehen, denn die EMRK-Mitgliedstaaten hätten die Grundbedingungen ihrer rechtsstaatlichen Demokratien nicht zur Disposition stellen und sie nicht europäisch vereinheitlichen und auch nicht der EGMR-Rechtsprechung unterstellen wollen. Anderes wäre auch nur möglich, wenn dies in den jeweiligen Verfassungen vorgesehen sei. Eine insoweitige Änderung des Grundgesetzes wäre für *Di Fabio* „keine gute Idee“. Er wies hierbei auf die Rechtsfrage hin, ob eine solche Änderung nicht eine Verfassungsänderung wäre, die in ihrem Kern dem Rechtsstaatsprinzip widersprechen würde. Diese Frage ließ er allerdings bewusst offen.

Unseres Erachtens geht *Di Fabio* zu sehr von einer rein formalen Betrachtungsweise aus und vernachlässigt die funktionalen Aspekte, die sehr wohl für eine Trennung sprechen könnten. Auch ist der Hinweis auf die Freiwilligkeit der Entscheidung, Beamter zu werden, nicht unbedingt überzeugend, denn einige Berufszweige können nur über den Beamtenstatus ausgeübt werden. Ob nun eine Gesetzesänderung nötig wäre oder nicht – sie ist zu bejahen –, kann zunächst dahinstehen, denn im Falle der

<sup>36</sup> *Di Fabio*, Das beamtenrechtliche Streikverbot – das Streikverbot der Beamten als konstitutiver Bestandteil rechtsstaatlicher Demokratie, 2012.

Gewährung eines Streikrechts für bestimmte Beamtengruppen dürfte der Staat von sich aus – etwa im Hinblick auf die weitere Gewährung von Privilegien – entsprechende „Konsequenzen“ ziehen.

## 2. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte Düsseldorf, Kassel und Osnabrück

Das *VG Düsseldorf* gelangt in seinem durch Einlegung eines Rechtsmittels beim OVG Münster nicht rechtskräftig gewordenen Urteil vom 15. Dezember 2010 zu dem Ergebnis, dass die Verhängung einer Disziplinarmaßnahme gegen eine Beamtin wegen Streikteilnahme – trotz Streikverbots – unzulässig ist, wenn sie nicht im Bereich hoheitlicher Staatsverwaltung nach Art. 11 Abs. 2 Satz 2 EMRK tätig ist.<sup>37</sup> Das VG ist der Ansicht, dass – gemessen an den Anforderungen der Entscheidungen des EGMR vom 12. November 2008 und vom 21. April 2009 – das deutsche Beamtenrecht „europarechtswidrig sein dürfte“, denn es schließe Streiks von Beamten generell aus, ohne eine Unterscheidung nach bestimmten Kategorien von Beamten vorzunehmen. Lehrer gehörten nicht zur „Staatsverwaltung“ im Sinne des Art. 11 Abs. 2 Satz 2 EMRK. Die (mutmaßliche) Europarechtswidrigkeit des nationalen Rechts ändere aber nichts daran, dass dieses Recht weiterhin gültig sei, es lasse sich nicht im Wege völkerrechtsfreundlicher Auslegung beamtenrechtlicher Vorschriften an die EMRK anpassen. Dem stünden die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums entgegen. Es sei Aufgabe des verfassungsändernden Gesetzgebers, einen mit Art. 11 EMRK vereinbaren Rechtszustand im deutschen Beamtenrecht herbeizuführen. Gleichwohl hätte – unter Berücksichtigung der Auffassung des EGMR, dass eine disziplinare Reaktion auf einen Beamtenstreik die EMRK verletze – das Disziplinarverfahren nicht zum Erlass der Disziplinarverfügung führen dürfen, sondern nach § 33 Abs. 1 Nr. 4 LDG NRW „aus sonstigen Gründen“, nämlich wegen Verstoßes gegen die EMRK, eingestellt werden müssen.

Das *VG Kassel* anerkennt – anders als das VG Düsseldorf, das aufgrund der Rechtsprechung des EGMR nur ein Sanktionsverbot bejaht – in seinem Urteil vom 27. Juli 2011<sup>38</sup> erstmals im Grundsatz ein unmittelbares Beamtenstreikrecht: Die Rechtsprechung des EGMR habe nicht nur zur Folge, dass die konkrete Streikteilnahme einzelner Beamtinnen und Beamten, die im nicht hoheitlichen Bereich tätig seien, nicht disziplinarisch geahndet werden könne, vielmehr habe sich durch die für die Bundesrepublik verbindliche Auslegung der EMRK durch den EGMR der hergebrachte Grundsatz des Berufsbeamtentums, der zuvor einen Streik ausnahmslos verbot, dergestalt gewandelt, dass nunmehr unter bestimmten Voraussetzungen

---

<sup>37</sup> VG Düsseldorf, Urt. v. 15.12.2010, PersR 2011, 167; a.A. das OVG Münster, Urt. v. 7.3.2012 – 3dA317/11.0 – als Berufungsinstanz, wonach die Disziplinarkammer die Disziplinarverfügung zu Unrecht aufgehoben habe und auch aus der EMRK sich ein Streikrecht für deutsche Beamte nicht ableiten lasse.

<sup>38</sup> VG Kassel, Urt. v. 27.6.2011, PersR 2011, 472.

auch die Streikteilnahme als mit ihren Beamtenpflichten vereinbar angesehen werden müsse. Durch Art. 11 EMRK werde das allgemein geltende Streikverbot des Art. 33 Abs. 5 GG insoweit fortentwickelt, als nunmehr nur noch solche Beamtinnen und Beamte einem Streikverbot unterfallen würden, die im hoheitlichen Bereich tätig seien. Nur diese Auslegung des Art. 33 Abs. 5 GG im Lichte der EMRK ver helfe den Grundfreiheiten der Konvention zu voller Geltung und gewährleiste ein *konventionskonformes* Verhalten aller staatlichen Behörden. Dass es sich bei Lehrern nicht um öffentliche Bedienstete handele, denen Aufgaben im Sinne des Art. 11 Abs. 2 Satz 2 EMRK übertragen worden seien, habe bereits der EGMR in seiner Entscheidung vom 15. September 2009<sup>39</sup> festgestellt.

Das VG Osnabrück vertritt im Urteil vom 19. August 2011<sup>40</sup> eine zu dem VG Düsseldorf und dem VG Kassel entgegengesetzte Position. Es entschied, dass die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums aus Art. 33 Abs. 5 GG auch weiterhin ein allgemeines Streikverbot für Beamte (fallbezogen: Lehrer) beinhalten. Zu einer abweichenden Beurteilung sei das VG nicht befugt. In den Urteilsgründen führt das VG Osnabrück unter anderen aus, hinsichtlich bestimmter hergebrachter Grundsätze des Berufsbeamtentums fordere das BVerfG nicht nur eine Berücksichtigung dieser Grundsätze, sondern ihre Beachtung. Zu diesem Kernbestand von Strukturprinzipien gehörten unter anderen der Grundsatz der Treuepflicht – und damit auch das Streikverbot – sowie das Alimentationsprinzip. Änderungen dieser Grundsätze wären mit den aktuellen Grundstrukturen des von Art. 33 Abs. 5 GG geschützten Leitbildes des deutschen Berufsbeamtentums nicht in Einklang zu bringen und stünden dem angerufenen Gericht auch nicht zu. Zwar spreche vieles dafür, dass das absolute Streikverbot für Beamte in Deutschland Art. 11 Abs. 2 EMRK widerspreche und sich Deutschland in Form des derzeit gültigen allgemeinen Streikverbots für Beamte völkerrechtswidrig verhalte; für eine Anpassung wäre aber das BVerfG als maßgeblicher Interpret des GG oder der verfassungsändernde Gesetzgeber selbst zuständig.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass sich der von den Autoren vertretene Ansatz eines konventionswidrigen deutschen (generellen) Streikverbots sich in bemerkenswerter Weise auf die völkerrechtliche Argumentation der drei Verwaltungsgerichte stützen lässt. Alle drei Verwaltungsgerichte stimmen im Kern darin überein, dass ein absolutes Streikverbot für Beamte völkerrechtswidrig ist. Sie ziehen aus dieser Einschätzung jedoch unterschiedliche Schlüsse, weil sie hinsichtlich der Beseitigung der Konventionsverletzung bzw. der innerstaatlichen Wirkungen der EGMR-Rechtsprechung zu unterschiedlichen Bewertungen kommen.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> EGMR, Nr. 30947/04, *Kaya und Seyhan*.

<sup>40</sup> VG Osnabrück, Ur t. v. 19.8.2011 – 9A1/11, ZBR 2011, 389; bestätigt im Berufungsverfahren durch OVG Lüneburg, Ur t. v. 12.6.2012 – 20 BD 7/11 und 20 BD 8/11.

<sup>41</sup> Siehe auch *Wissmann*, Entscheidungsbesprechung zu VG Osnabrück, Ur t. v. 19.08.2011, ZJS 2011, S. 398; *Lörcher*, Beamtenstreikrecht zum ersten Mal grundsätzlich anerkannt, PersR 2011, S. 453.

### 3. Die Rechtsprechung des OVG Münster

Wie kontrovers und grundsätzlich mittlerweile die Diskussion über ein generelles Streikverbot des deutschen Beamtenrechts verläuft, zeigt das bereits oben zitierte Urteil des OVG Münster vom 7. März 2012.<sup>42</sup> Das uneinheitliche Bild der bisherigen Judikatur leistet nicht gerade einen Beitrag zur Rechtssicherheit und zum Rechtsfrieden in Deutschland. Im Unterschied zu den Urteilen der drei Verwaltungsgerichte *bestreitet* das OVG, dass der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR entnommen werden könne, dass das Streikverbot für Beamte der Bundesrepublik Deutschland *konventionswidrig* sei. Der Senat könne der Beurteilung, dass aus der Entscheidung des EGMR in dem Verfahren *Enerji Yapi-Yol Sen*<sup>43</sup> „völker- bzw. europarechtlich“ ein generelles Streikrecht für Beamte – oder zumindest für diejenigen, die keine hoheitsrechtlichen Funktionen ausübten – abzuleiten sei, nicht folgen. Allerdings vermag dieser Ansatz des OVG nicht zu überzeugen, wenn es sich zur Begründung auf eine Fehlinterpretation des Urteils *Enerji Yapi-Yol Sen.* beruft. Das OVG meint nämlich, dass der EGMR in diesem Verfahren den Begriff „*fonctionnaire*“ im Sinne der „Angehörigen des öffentlichen Dienstes“ verwendet habe und stützt sich hierbei auf Übersetzungen von *Meyer-Ladenig/Petzold*<sup>44</sup> sowie *Lindner*.<sup>45</sup> Hiervon ausgehend stelle, so das OVG, das Streikverbot für Beamte in Deutschland kein Streikverbot für den *gesamten* öffentlichen Dienst dar. Nur im letzteren Fall würde der EGMR auf der Basis dieses Urteils einen Verstoß gegen Art. 11 Abs. 1 EMRK sehen. Da aber Arbeitnehmer in Deutschland ein Streikrecht hätten, unterliege nicht der gesamte öffentliche Dienst einem Streikverbot. Der Auffassung des OVG ist jedoch entgegenzuhalten, und insoweit sind sein Ansatz und seine weitere Argumentation fragwürdig und angreifbar, dass der EGMR den französischen Begriff „*fonctionnaire*“ sehr wohl in der Übersetzung als Beamter verstanden wissen will. Hierauf verweist zu Recht *Lörcher* mit einzelnen Nachweisen aus der Rechtssprache<sup>46</sup> in seiner Kritik an *Lindner*.<sup>47</sup> Auch dürfte in diesem Zusammenhang ein weiterer Gesichtspunkt von Bedeutung sein, der für die Übersetzung von *Lörcher* spricht: In Frankreich sind fast alle Beschäftigten im öffentlichen Dienst zugleich Beamte in einem öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnis; mehr als 80 % aller öffentlichen Beschäftigten sind verbeamtet. Diese Beamten bezeichnet *Demmke* – ein ausgewiesener Kenner aller europäischen Beamtensysteme und Berater für die Abteilungsleiter des öffentlichen Dienstes der Mitgliedstaaten der EU, in seiner vergleichenden Untersuchung über das europäische Beamtenrecht und die Reformen

<sup>42</sup> OVG Münster, Urt. v. 7.3.2012 – 3dA317/11.0; ähnlich OVG Lüneburg, Urt. v. 12.6.2012 – 20 BD 7/11 und 20 BD 8/11.

<sup>43</sup> EGMR, Nr. 68959/01, *Enerji Yapi-Yol Sen*, Rdnrn. 24 und 32.

<sup>44</sup> *Meyer-Ladenig/Petzold*, NZA 2010, S. 1423 ff.

<sup>45</sup> *Lindner*, (Fn. 29), S. 307, Fn. 22.

<sup>46</sup> *Lörcher*, (Fn. 41), S. 453, Fn. 18.

<sup>47</sup> *Lindner*, (Fn. 29), S. 307, Fn. 22.

der Beamtenpolitik in Europa – als „*Fonctionnaires*“.<sup>48</sup> Ferner sollte trotz linguistischer Schwierigkeiten nicht außer Betracht bleiben, dass nach dem Sachverhalt in dem Verfahren *Enerji Yapi-Yol Sen*. Mitglieder des Vorstands der beschwerdeführenden Gewerkschaft *Disziplinarmaßnahmen* ausgesetzt waren. Obgleich die Klärung und Definition des Begriffs „Beamter“ in den Vertragsstaaten uneinheitlich gehandhabt wird, ist allen Staaten gemeinsam, dass es spezifische Regelungen für die Beschäftigung von Beamten gibt, zu denen zum Beispiel disziplinarische Bestimmungen gehören.<sup>49</sup> Schließlich ist zu bemerken, dass die Auffassung, die Bundesrepublik habe bereits Art. 11 EMRK Genüge getan, weil sie nur für eine bestimmte Gruppe der Staatsbediensteten, nämlich die der Beamtinnen und Beamten, ein Streikverbot ausgesprochen habe, den übrigen jedoch ein Streikrecht einräume, die funktionsbezogene Differenzierung in der Argumentation des EGMR ausblendet, dass nämlich die Gruppe der Beamtinnen und Beamten gerade nicht aufgrund ihrer Tätigkeit von der der Angestellten im öffentlichen Dienst abgegrenzt werden kann.<sup>50</sup> Aufschlussreich ist im Übrigen das Verständnis von *Grabenwarter/Pabel*, die in ihrem renommierten EMRK-Standardlehrbuch im Rahmen des Art. 11 EMRK unter Hinweis auf die Rechtssache *Enerji Yapi-Yol Sen*. in Bezug auf Beamte (!) von einem Streikrecht sprechen: „Zulässig ist es, das Streikrecht für Beamte zu beschränken, insbesondere für solche Gruppen von Beamten, die hoheitliche Befugnisse ausüben. Ein genereller Ausschluss aller Beamten von der Teilnahme an einem landesweiten Generalstreik für einen Tag ist jedoch unverhältnismäßig“.<sup>51</sup>

Als Resümee ergibt sich folgende Bewertung: Soweit das OVG Münster aus der Entscheidung *Enerji Yapi-Yol Sen* keine Konsequenzen für das deutsche Beamtenrecht zu ziehen vermag und demgemäß einen Konventionsverstoß Deutschlands verneint, liegt die Schwäche des Urteils des OVG Münster darin, dass es den französischen Hintergrund des Begriffs „*fonctionnaire*“ und den Kontext, in dem er in der EGMR-Entscheidung verwendet wird, wie auch seinen internationalen Gebrauch, nicht bzw. nur unzureichend hinterfragt. Die Übersetzung des Begriffs im Sinne der „Angehörigen des öffentlichen Dienstes“ statt im Sinne „Beamter“ ist hier mehr als zweifelhaft und führt zu unzutreffenden Schlussfolgerungen. Zuzustimmen ist hingegen der Argumentation und dem hieraus abgeleiteten Ergebnis des OVG in seiner alternativen bzw. hilfsweisen Prüfung der Rechtslage.<sup>52</sup> Das OVG stellt folgerichtig fest, selbst wenn man davon ausginge, dass die EMRK ein Streikrecht auch für deutsche Beamte oder zumindest für diejenigen, die nicht hoheitsrechtliche Funktionen wahrnehmen, verbürgen würde, werde hierdurch das in Art. 33 Abs. 5 GG verfassungsrechtlich verankerte Streikverbot für deutsche Beamte nicht in Frage gestellt, und es

<sup>48</sup> *Denimke*, Beamtenrechtsreformen in Europa – Aktuelle Entwicklungen und empirische Erfahrungen, ZBR 2010, S. 114.

<sup>49</sup> Vgl. *ibid.*, S. 111.

<sup>50</sup> Siehe hierzu im einzelnen VG Kassel, Urt. v. 27.7.2011, PersR 2011, 472 (474).

<sup>51</sup> *Grabenwarter/Pabel*, (Fn. 27), § 23, Rdnr. 94.

<sup>52</sup> OVG Münster, Urt. v. 7.3.2012 – 3dA317/11.0, Rdnr. 234 ff.

sei Sache des Verfassungsgesetzgebers das Streikrecht zu modifizieren. Die Fachgerichte seien hierzu nicht in der Lage, weil sie an die Vorgaben des Grundgesetzes und dessen Auslegung durch das BVerfG gebunden seien.

#### 4. Eigene Beurteilung

Es wird nunmehr versucht, die bislang strittige Frage zu klären, ob den völkerrechtlichen Vorgaben des EGMR im Hinblick auf das Beamtenstreikrecht mehr oder weniger automatisch, also zum Beispiel durch eine konventionskonforme Auslegung des Art. 33 Abs. 5 GG durch die Fachgerichte, entsprochen werden kann, oder ob es für die „Einpassung“ in das deutsche Verfassungsrecht eines „Tätigwerdens“ des BVerfG oder des verfassungsändernden Gesetzgebers bedarf. Wirft man zunächst einen Blick auf die Rechtsprechung des BVerfG, so überrascht es nicht, dass das Grundgesetz vor dem Hintergrund der zumindest faktischen Präcedenzwirkung der Entscheidung internationaler Gerichte Konflikte zwischen den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland und dem nationalen Recht nach Möglichkeit vermeiden will. Die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes ist damit Ausdruck eines Souveränitätsinteresses, das einer Einbindung in inter- und supranationale Zusammenhänge sowie deren Weiterentwicklung nicht nur nicht entgegensteht, sondern diese voraussetzt und erwartet. Andererseits hat die deutsche Verfassung auch weiterhin „das letzte Wort“, wenngleich sie einem internationalen und europäischen Dialog der Gerichte nicht entgegensteht, sondern dessen normative Grundlage ist.<sup>53</sup> Im Beschluss vom 14. Oktober 2004<sup>54</sup> setzt sich das BVerfG ausführlich mit der Beachtung der Konventionsvorgaben durch die staatlichen Organe auseinander: „Da die Europäische Menschenrechtskonvention – in der Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte – im Range eines förmlichen Bundesgesetzes gilt, ist sie in den Vorrang des Gesetzes einbezogen und muss insoweit von der rechtsprechenden Gewalt beachtet werden [...]. Es ist die Aufgabe der nationalen Gerichte, eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in den betroffenen Teilrechtsbereich der nationalen Rechtsordnung einzupassen, weil es weder der völkervertraglichen Grundlage noch dem Willen des Gerichtshofs entsprechen kann, mit seinen Entscheidungen gegebenenfalls notwendige Anpassungen innerhalb einer nationalen Teilrechtsordnung unmittelbar selbst vorzunehmen. [...] Solange im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, trifft deutsche Gerichte die Pflicht, der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Beachtung der Entscheidung des Gerichtshofs etwa wegen einer geänderten Tatsachenbasis gegen eindeutig entgegenstehendes Gesetzesrecht oder deutsche Verfassungsbestimmungen, namentlich auch gegen Grundrechte

---

<sup>53</sup> BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2BvR 2333/08 – *Sicherungsverwahrung*, Rdnr. 89.

<sup>54</sup> BVerfGE 111, 307 (325 ff.) – *Görgülü*.



Dritter verstößt. Berücksichtigen bedeutet, die Konventionsbestimmung in der Auslegung des Gerichtshofs zur Kenntnis zu nehmen und auf den Fall anzuwenden, soweit die Anwendung nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen Verfassungsrecht verstößt [...].“

Legt man diese Grundsätze aus der Rechtsprechung des BVerfG als Maßstab den weiteren Überlegungen zugrunde, so scheidet eine Anpassung an die Streikrechts-Rechtsprechung des EGMR durch die deutschen Fachgerichte im Wege einer *konventionskonformen Auslegung* des Art. 33 Abs. 5 GG aus.<sup>55</sup> Das Beamten-Streikverbot ergibt sich aus Art. 33 Abs. 5 GG und ist ein nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht nur zu *berücksichtigender*, sondern sogar zu *beachtender* Verfassungsgrundsatz.<sup>56</sup> Es wird aus der Treuepflicht, dem Alimentations- und Lebenszeitprinzip abgeleitet.<sup>57</sup> Eine Änderung des Streikverbots als eines hergebrachten Grundsatzes des deutschen Berufsbeamtentums und eines Kernbestandteils beamtenverfassungsrechtlicher Strukturprinzipien ist, um dies klar und unmissverständlich auszudrücken, mit Art. 33 Abs. 5 GG in seinem vom BVerfG festgestellten und vom (verfassungsändernden) Gesetzgeber übernommenen Gehalt nicht in Einklang zu bringen. „Änderungen, die mit den Grundstrukturen des von Art. 33 Abs. 5 GG geschützten Leitbilds des deutschen Berufsbeamtentums nicht in Einklang gebracht werden können, verstoßen [...] gegen die Vorgaben der Verfassung [...]“.“<sup>58</sup> Demgegenüber hilft auch der Hinweis<sup>59</sup> auf die Entscheidung des BVerfG vom 21. Juli 2010<sup>60</sup> nicht weiter, wo es heißt: „die Fachgerichte [sind] gehalten [...], im Rahmen der Rechtsanwendung die Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ausreichend zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 111, 307, 323 f.)“. Im Wege einer konventionskonformen Auslegung darf der normative Gehalt einer Verfassungsnorm nicht neu bestimmt werden.<sup>61</sup> Die Deutung darf nicht dazu führen, dass das gesetzgeberische Ziel in einem wesentlichen Punkt verfälscht wird.<sup>62</sup> Das bedeutet, um die oben wiedergegebene Formulierung des BVerfG im „Görgülü“-Beschluss<sup>63</sup> aufzugreifen, dass ein deutsches Fachgericht die „Einpassung“ der Streikrechts-Entscheidung des EGMR in den betroffenen Beamtenbereich der nationalen Rechtsordnung nicht vornehmen darf, weil die Beachtung dieser Entscheidung(en) des EGMR eindeutig gegen eine deutsche Verfassungsbestimmung verstoßen würde. Dies übersieht das

<sup>55</sup> A.A. Gooren, (Fn. 29), S. 405; Lörcher, (Fn. 41), S. 454.

<sup>56</sup> BVerfG v. 20.3.2007 – 2 BvL 11/04.

<sup>57</sup> Vgl. OVG Münster, Urt. v. 7.3.2012 – 3dA317/11.0, Rdnr. 130.

<sup>58</sup> BVerfG, Urt. v. 19.9.2007, BVBl. 2007, 1359 (1364).

<sup>59</sup> So Lörcher, (Fn. 41), S. 454.

<sup>60</sup> BVerfG, Urt. v. 21.7.2010 – 1BvR 420/09, Rdnr. 74.

<sup>61</sup> Vgl. zur verfassungskonformen Interpretation: BVerfGE 8, 71 (78 f.).

<sup>62</sup> Vgl. BVerfGE 8, 28 (34); BVerfGE 54, 277 (299 f.).

<sup>63</sup> Siehe Fn. 54.



VG Kassel,<sup>64</sup> das unter anderem ohne jegliche Einschränkung hervorhebt, durch die für die Bundesrepublik Deutschland verbindliche (!) Auslegung der EMRK durch den EGMR müsse auch die Streikteilnahme von Beamten als mit ihren Beamtenpflichten vereinbar angesehen werden. Weiterhin wird vor allem im Schrifttum zutreffend darauf hingewiesen, einer völkerrechtsfreundlichen, konventionskonformen Auslegung durch die Judikative stehe entgegen, dass die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, soweit sie das Streikverbot beträfen, Teil der Staatsorganisation seien, und dass das Streikverbot – anders als bei den grundrechtsgleichen Rechten des Beamten, die sich aus Art. 33 GG ergäben – die Rechtsposition des Beamten beschränke, um die Krisensicherheit des öffentlichen Dienstes zu gewährleisten.<sup>65</sup> Alle wichtigen Aufgabenbereiche des Staates sollen durch die Tätigkeit der Beamenschaft in ihrer Struktur aufrechterhalten und vollfunktionsfähig bleiben.<sup>66</sup>

Darüber hinaus würde eine *funktionsbezogene* Differenzierung, wie sie der EGMR in seinem (türkischen) Streikrechts-Urteil vom 21. April 2009<sup>67</sup> vornimmt, bei der Entscheidung über ein Beamtenstreikrecht in Deutschland gegen Art. 33 Abs. 5 GG verstoßen.<sup>68</sup> Der Wesensgehalt des verfassungsrechtlich garantierten Berufsbeamtentums würde angetastet mit der Folge einer Neuorganisation des öffentlichen Dienstes, weshalb die Grenzen einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung überschritten wären. Das statusbezogene Streikverbot für deutsche Beamte lässt für eine Differenzierung nach der Art der wahrgenommenen Aufgaben keinen Raum.<sup>69</sup> Auch wenn zuzugeben ist, dass das Recht der Beamten und das der Angestellten des öffentlichen Dienstes sich in den letzten Jahren mehr und mehr angenähert hat,<sup>70</sup> besteht doch ein wesentlicher Unterschied fort, der in der Vergangenheit sämtliche Reformbestrebungen zur Einführung eines einheitlichen öffentlichen Dienstes für alle Staatsbediensteten blockiert hat: „während Angestellte [...] ihre Beschäftigungsbedingungen im Wege des Tarifvertrages aushandeln und notfalls streiken können, ist der Gruppe der Beamten das Streikrecht versagt“.<sup>71</sup> In diesem Zusammenhang kann wiederum auf die Rechtsprechung des BVerfG verwiesen werden, wenn im deutschen Recht zwischen beiden Beschäftigungsformen klar unterschieden wird und eine Mischform beider Systeme nicht vorgesehen ist: „Das Beamtenverhältnis ist kein

<sup>64</sup> VG Kassel, Urt. v. 27.7.2011, PersR 2011, 472 (474).

<sup>65</sup> Schubert, (Fn. 5), S. 115.

<sup>66</sup> Vgl. BVerwGE 76, 193; OVG Münster, Urt. v. 7.3.2012 – 3dA 317/11.0, Rdnr. 130 f.; Heesen, Streikrecht für Lehrer?, ZfPR 2000, S. 162.

<sup>67</sup> EGMR, Nr. 68959/01, *Enerji Yapi-Yol Sen*.

<sup>68</sup> So zu Recht VG Osnabrück, Urt. v. 19.8.2011, ZBR 2011, 389 (391).

<sup>69</sup> Siehe z.B. BVerfGE 39, 334 – Gesichtspunkt des Treueerfordernisses.

<sup>70</sup> Vgl. Voßkuhle, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2009, § 43, Rdnr. 14 ff.

<sup>71</sup> Bumke/Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 5. Aufl. 2008, Art. 33 GG, S. 367.

Dienstvertrag im herkömmlichen Sinne, insbesondere ist es kein entgeltliches Arbeitsverhältnis, aufgrund dessen eine nach Inhalt, Zeit und Umfang begrenzte Arbeitsleistung geschuldet wird und als Entgelt dafür ein Anspruch auf Entlohnung erwächst. Das Beamtenverhältnis begründet vielmehr für den Beamten und den Dienstherrn je selbständige Pflichten. Diese folgen unmittelbar aus dem Gesetz, sie werden nicht vertraglich vereinbart. Der Beamte hat die Pflicht, dem Dienstherrn seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Der Dienstherr ist verpflichtet, dem Beamten den angemessenen Unterhalt für sich und seine Familie zu gewähren<sup>72</sup>. Die Bedeutung des prinzipiellen Unterschieds der Statusgruppen wurde zum Beispiel im Streit über die Zulässigkeit des Einsatzes von Beamten während eines Streiks auf bestreikten Arbeitnehmer-Dienstposten sichtbar. Die Doppelrolle des Staates als tariffähiger Arbeitgeber und hoheitlich tätiger Dienstherr änderte an der Trennung der Statusgruppen nichts. Das BVerfG hatte entgegen der Auffassung des BVerwG und des Bundesarbeitsgerichts (BAG) klargestellt, dass es einer gesetzlichen Regelung bedürfe, ohne die ein Beamteneinsatz auf bestreikten Arbeitsplätzen rechtswidrig sei.<sup>73</sup>

Im Übrigen hätte das BVerfG nach der „Pellegrin“-Entscheidung des EGMR vom 8. Dezember 1999<sup>74</sup> – in welcher der EGMR erstmals im Rahmen des Art. 6 EMRK klarstellte,<sup>75</sup> dass nicht der Status, sondern die Funktion entscheidet, und es deshalb unerheblich ist, ob der Bedienstete auf privat- oder öffentlich-rechtlicher Grundlage beschäftigt ist<sup>76</sup> (der funktionale Ansatz findet sich wieder in den beiden türkischen EGMR-Urteilen vom 12. November 2008 und vom 21. April 2009) – die Möglichkeit gehabt, seine statusbezogene Auslegung in eine funktionsbezogene Auslegung des Beamtenverhältnisses umzuwandeln, und zwar zum Beispiel in seiner Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit von Teilzeiteinstellungen im Beamtenverhältnis,<sup>77</sup> was es aber gerade nicht tat.<sup>78</sup>

Somit ergibt sich, dass es zur Umsetzung der Vorgabe der Streikrechts-Entscheidung des EGMR vom 21. April 2009 und zur völkerrechtsfreundlichen Änderung des Art. 33 Abs. 5 GG eines Tätigwerdens des *verfassungsändernden Gesetzgebers* bedarf,<sup>79</sup> es

<sup>72</sup> BVerfGE 99, 300 (317); vgl. auch VG Osnabrück, Urt. v. 19.8.2011, ZBR 2011, 389 (391).

<sup>73</sup> BVerfGE 88, 103; siehe die Darstellung bei *Bumke/Voßkuhle*, (Fn. 71), S. 367.

<sup>74</sup> EGMR, Nr. 28541/95, *Pellegrin/Frankreich*.

<sup>75</sup> In Art. 6 geht es inhaltlich zwar um das Recht auf ein faires Verfahren. Es wurde gerichtlich jedoch hervorgehoben, dass die Rechte auch bei Klagen von Beamten gegen ihren Dienstherrn gelten.

<sup>76</sup> Siehe hierzu *Schubert*, (Fn. 5), S. 104; *Widmaier*, Zur Bedeutung des EMRK – insbesondere aus der Sicht der Rechtsprechung des EGMR zu öffentlich Bediensteten, ZBR 2002, S. 247 f.

<sup>77</sup> BVerfG, Urt. v. 19.9.2007, DVBl. 2007, 359 ff.

<sup>78</sup> Hierzu auch VG Osnabrück, Urt. v. 19.8.2011, ZBR 2011, 389 (391).

<sup>79</sup> *Seifert*, (Fn. 29), S. 376 f.

sei denn, man greift eine im Schrifttum geäußerte wohl durchdachte Überlegung einer Beschränkung des Beamtentums auf die Bereiche auf, für die auf der Grundlage von Art. 11 Abs. 2 EMRK eine Beschränkung des Streikrechts zulässig ist.<sup>80</sup> Über die Erfolgsaussichten einer Verfassungsänderung soll hier nicht spekuliert werden, wie dies vereinzelt im Schrifttum geschieht. Die hierbei geäußerte Skepsis, „dass die Schaffung eines Rechts auf Kollektivverhandlungen und eines Streikrechts für Beamte in den Bereich des Unwahrscheinlichen rückt“,<sup>81</sup> verkennt allerdings, dass Deutschland als Vertragsstaat der EMRK sich auf Dauer völkerrechtlichen Argumenten und der Durchsetzung des Menschenrechts auf einen Beamtenstreik nicht wird verschließen können. Eine „Einpassung“ der EGMR-Vorgaben durch das BVerfG selbst im Wege einer konventionskonformen Auslegung von Art. 33 Abs. 5 GG erscheint dagegen kaum vorstellbar; ein solch radikaler Schwenk des BVerfG wäre zudem mit dem Makel des Unglaubwürdigen behaftet, weil dieses Gericht gezwungen wäre, den in erster Linie von ihm geprägten Kernbestand beamtenrechtlicher Strukturprinzipien weitreichend zu korrigieren. In grundlegenden normativen Bereichen ist zudem der Gesetzgeber verpflichtet, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.<sup>82</sup> Eine andere Sichtweise ergibt sich auch nicht durch die *Fortentwicklungsklausel* des Art. 33 Abs. 5 GG. An dem maßgeblichen Regelungsgehalt der Vorschrift hat die Neufassung nichts geändert. Fortzuentwickeln ist nach der eindeutigen Gesetzesfassung allein das Recht des öffentlichen Dienstes, nicht aber der hierfür geltende Maßstab, die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums.<sup>83</sup> Für eine völkerrechtsfreundliche Auslegung ließe sich die Fortentwicklungsklausel allenfalls dann heranziehen, wenn das BVerfG insoweit seine Rechtsprechung änderte.<sup>84</sup> Dies verkennt das VG Kassel,<sup>85</sup> wenn es unter Bezugnahme auf die Fortentwicklungsklausel ausführt, die Fortentwicklung sei durch Übernahme der EMRK dahingehend erfolgt, dass das ursprünglich für alle Beamtinnen und Beamten geltende Streikverbot nunmehr – unter Berücksichtigung des Art. 11 EMRK – allenfalls noch für eine bestimmte, abgrenzbare Gruppe von Beamtinnen und Beamte Geltung beanspruchen könne, nämlich lediglich für diejenigen, die den in Art. 11 Abs. 2 Satz 2 EMRK genannten Gruppen von Beamten (Mitglieder der Streitkräfte, der Polizei oder der Staatsverwaltung) angehörten.

<sup>80</sup> Schubert, (Fn. 5), S. 115 f.; ähnlich Landau/Steinkühler, (Fn. 10), S. 143.

<sup>81</sup> So Seifert, (Fn. 29), S. 377; ähnlich Niedobitek, (Fn. 4), S. 168.

<sup>82</sup> Vgl. BVerfGE 88, 103.

<sup>83</sup> BVerfG, Urt. v. 19.9.2007, DVBl. 2007, 1359 (1364).

<sup>84</sup> Battis, (Fn. 7), S. 399.

<sup>85</sup> VG Kassel, Urt. v. 27.7.2011, PersR 2011, 472 (474).

## V. Streikrecht und Unionsrecht

### 1. Die Wirkung des Unionsrechts auf das mitgliedstaatliche Recht

Eine Vorrangwirkung des Unionsrechts käme in Hinblick auf das Streikrecht nur dann in Betracht, wenn dieses im Unionsrecht geregelt wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Die EU hat keine Regelungskompetenz auf dem Gebiet des Streikrechts. Der im Titel X des AEUV – der die „Sozialpolitik“ der Union betrifft – stehende Art. 153 Abs. 5 AEUV sagt ausdrücklich: „Dieser Artikel [gemeint ist Art. 153, der in Abs. 1 der Union in 11 sozialpolitischen und arbeitsrechtlichen Bereichen eine unterstützende und ergänzende Kompetenz einräumt] gilt nicht für das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht“.

Auch aus der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ergibt sich kein Streikrecht für Beamte. Artikel 12 Abs. 1 der Charta, der die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit, und Art. 28 der Charta, der das Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen einschließlich Streiks umfasst, gelten gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 der Charta nur für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. Die Frage der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit eines Beamtenstreikrechts in Deutschland stellt aber keine Durchführung des Unionsrechts dar, es verbleibt somit bei der originären Kompetenz der Mitgliedstaaten gemäß Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 2 Satz 2 EUV,<sup>86</sup> die besagen, dass alle der Union nicht in den Unionsverträgen übertragenen Zuständigkeiten bei den Mitgliedstaaten verbleiben.

### 2. Die Regelung für europäische Beamte in dienstrechtlichen Rechtsakten

#### a) Das (europäische) Beamtenstatut

Für die Bediensteten der europäischen Organe gilt die „Verordnung Nr. 31 (EWG) und 11 (EAG) über das Statut der Beamten und über die Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft“ vom 1. Januar 1962.<sup>87</sup> In diesem Beamtenstatut ist jedoch ein Streikrecht nicht eigens erwähnt. Deshalb hat der EuGH bzw.

---

<sup>86</sup> Vgl. auch VG Osnabrück, Urt. v. 19.8.2011 – 9A1/11, ZBR 2011, 389 (393); *Lindner*, (Fn. 29), S. 309.

<sup>87</sup> Zuletzt geändert durch die VO (EU) Nr. 1239 und 1240/2010 der Rates v. 20.10.2010, ABl. L 338 v. 22.12.2010, S. 1 und 7.

später das EuG es auch für rechtens gehalten, dass den an einem Streik unerlaubt teilnehmenden Bediensteten die auf die Streiktage entfallenen Lohn- und Gehaltsanteile einbehalten worden waren.<sup>88</sup>

### b) Die Regelung für die Bediensteten der Europäischen Zentralbank (EZB)

Dem Vertrag von Lissabon ist das *Protokoll (Nr. 4)* über die Satzung des europäischen Systems der Zentralbanken und der Europäischen Zentralbank hinzugefügt worden. Gemäß dem dortigen Art. 36 Ziffer 1 werden „Beschäftigungsbedingungen für das Personal der EZB fest[gelegt]“. In diesen Beschäftigungsbedingungen ist für das „Personal“ der EZB ein Streikrecht vorgesehen. Näheres dazu wird in den Art. 8 und 9 der *Beschäftigungsbedingungen* ausgeführt. Unter anderen, dass der Streik von einer Organisation durchgeführt werden muss, die entweder vom Direktorium als Vertreterin einer Gruppe von Mitarbeitern anerkannt worden ist, oder die mindestens ein Sechstel der Mitarbeiter der EZB bzw. ein Drittel der Mitarbeiter einer Direktion oder Generaldirektion der EZB vertritt. Außerdem kann das Direktorium bestimmen, dass und welche Mindestdienste bei der EZB während des Streiks aufrechterhalten sind.<sup>89</sup>

Ein Streikrecht für Beamte wird also von der europäischen Gerichtsbarkeit nicht anerkannt, sofern nichts anderes in Vereinbarungen mit den Gewerkschaften getroffen worden ist. Diesen Teil zusammenfassend kann also gesagt werden, dass aus den Regelungen in dienstrechtlichen Rechtsakten insgesamt keine allgemeinen Folgerungen auf ein Streikrecht auch für Beamte gezogen werden können.

### c) Zur Rechtsprechung des EuGH

Es versteht sich von selbst, dass der EuGH – mangels Kompetenz und auch mangels grenzüberschreitenden Bezugs – nicht mit mitgliedstaatlichen Regelungen zu einem eventuellen Streikrecht für Beamte befasst werden kann. Dies schließt jedoch nicht aus, aus Urteilen zu anderen Sachverhalten gewisse Schlüsse auf die fallbezogene Materie zu ziehen. Zu denken ist insoweit zum Beispiel an das (Standard-) Urteil *Lawrie-Blum*.<sup>90</sup> Das Land Baden-Württemberg hatte seinerzeit die britische Staatsangehörige *Lawrie-Blum* nicht zum Referendardienst zur Vorbereitung auf das Lehramt zugelassen, da ein Studienreferendar – als Beamter auf Widerruf – „alle

---

<sup>88</sup> Siehe dazu EuGH, verb. Rs. 44/74, 46/74 und 49/74, *Acton u.a./Kommission*, Slg. 1975, 383; EuG, verb. Rs. T-576/93 und T-582/93, *Browet u.a./Kommission*, Slg. 1994, II-677.

<sup>89</sup> Siehe dazu auch Beschluss des EuG, Rs. T-238/00, *IPSO und USE/BCE*, Slg. 2002, II-2237, Rdnr. 58 f.

<sup>90</sup> EuGH, Rs. 66/85, *Lawrie-Blum*, Slg. 1986, 2121.

mit dem Beamtenstatus verbundenen Vorteile“ genieße und deshalb nach dem Landesbeamtengesetz die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen müsse.<sup>91</sup>

Im zweiten Leitsatz des Urteils hat der EuGH ausgeführt: „Die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung im Sinne von Art. 48 Absatz 4 EWG-Vertrag [inzwischen Art. 45 Abs. 4 AEUV], der vom Geltungsbereich des Abs. 1 bis 3 dieses Artikels ausgenommen ist [also der Freizügigkeit der Arbeitnehmer], umfasst diejenigen Stellen, die eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und an der Wahrnehmung solcher Aufgaben mit sich bringen, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet sind und die deshalb ein Verhältnis besonderer Verbundenheit des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat sowie die Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten voraussetzen, die dem Staatsangehörigkeitsband zugrunde liegen. Ausgenommen sind nur die Stellen, die in Anbetracht der mit ihnen verbundenen Aufgaben und Verantwortlichkeiten die Merkmale der spezifischen Tätigkeiten der Verwaltung auf den genannten Gebieten aufweisen können“.

In der Randnummer 28 heißt es dazu noch: „Diese Voraussetzungen sind im Falle des Studienreferendars nicht erfüllt, auch wenn er tatsächlich die vom Beklagten des Ausgangsverfahrens erwähnten Entscheidungen trifft“. Gemeint waren mit den vom Land Baden-Württemberg erwähnten Entscheidungen die Unterrichtsgestaltung, die Benotung der Schüler und die Mitwirkung an der Entscheidung über die Versetzung in die nächsthöhere Klasse.<sup>92</sup>

In der Ziffer 2 des Urteilstenors kam der EuGH dann zu dem Schluss: „Der Vorbereitungsdienst für ein Lehramt kann nicht als Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung [...] angesehen werden, zu der die Zulassung den Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten verweigert werden kann“.

Der EuGH trennt insoweit zwar nicht die engere hoheitliche Verwaltung von der Leistungsverwaltung, sondern er unterteilt die hoheitliche Verwaltung in die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates, die ein Verhältnis der besonderen Verbundenheit des Stelleninhabers zum Staat verlangen, und in die anderen Aufgaben. Diese Sichtweise ist zwar zu sehr auf die Staatsangehörigkeit ausgerichtet, sie zeigt aber doch auch eine Trennmöglichkeit und eine unterschiedlich mögliche Reglungsweise je nach der funktionalen Tätigkeit der Beschäftigten auf und kann somit auch als Anhaltspunkt für die Gewährung eines Streikrechts für gewisse Gruppen von Beamten dienen.

---

<sup>91</sup> Ibid., Rdnrn. 7 und 11.

<sup>92</sup> Ibid., Rdnr. 24.

## VI. Zweifelsfragen

### 1. Methodisch fragwürdige Orientierung des EGMR

Zurückkommend auf die beiden Rechtssachen *Demir und Baykara* sowie *Enerji Yapı-Yol Sen*, ist festzuhalten, dass bei der Auslegung des oben erwähnten Art. 11 EMRK durch den EGMR die Interpretation der Sachverständigenausschüsse der IAO (Internationale Arbeitsorganisation) und der ESC (Europäische Sozialcharta) von wesentlicher Bedeutung ist. Soweit der EGMR auf die Auslegungspraxis des Sachverständigenausschusses der IAO zurückgreift, der das Streikrecht als Ergänzung der Vereinigungsfreiheit des Art. 3 der IAO Konvention Nr. 87 anerkennt, steht dem entgegen, dass die Konventionsauslegung durch den Sachverständigenausschuss nicht authentisch und daher nicht verbindlich ist,<sup>93</sup> wodurch kein ausreichendes Maß an Rechtssicherheit hergestellt wird. Dies gilt in gleicher Weise für die Bezugnahme des EGMR auf die Auslegungspraxis des Sachverständigenausschusses der IAO zur Konvention Nr. 98 (Konvention über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechts und des Rechts zu Kollektivverhandlungen); hiernach soll das Recht auf Kollektivverhandlungen nicht für die öffentliche Verwaltung im Ganzen, sondern lediglich für die Beamten ausgeschlossen sein, die hoheitliche Aufgaben wahrnehmen.<sup>94</sup> Auch der Verweis des EGMR auf die Auslegungspraxis der Europäischen Ausschüsse für soziale Rechte zu Art. 6 Nr. 4 ESC zur Anerkennung eines Streikrechts für Beamte vermag nicht zu überzeugen. Dieses Sachverständigengremium hat sich zuvor für ein Streikrecht von Beamten ausgesprochen, ist aber nicht zur authentischen Auslegung der ESC befugt.<sup>95</sup> Ferner ist zu kritisieren, dass sich der EGMR bei der Auslegung des Art. 11 EMRK auf internationale Rechtsnormen stützt, unabhängig von deren Ratifikation und evtl. Vertragsvorbehalten durch den Vertragsstaat. Die Türkei hatte sich zum Beispiel darauf berufen, Art. 6 ESC nicht ratifiziert zu haben. Der EGMR bemerkt in diesem Zusammenhang, dass er auf der Suche nach einer gemeinsamen Grundlage unter den Normen des internationalen Rechts nie zwischen Rechtsquellen unterschieden habe, je nachdem ob sie durch den angesprochenen Staat unterzeichnet oder ratifiziert worden seien oder nicht.<sup>96</sup> Wenn der EGMR hierbei die von ihm erwähnte „lebendige“ Natur der EMRK,<sup>97</sup> die im Lichte der heutigen Bedingungen ausgelegt werden müsse, weshalb er sich entwickelnde Normen des nationalen und internationalen Rechts für die Auslegung der Bestimmungen der Konvention berücksichtige, im Auge gehabt haben sollte, wirft dies einen Schatten auf die Akzeptanz seiner evolutiv-dynamischen Auslegung. Im Ergebnis lässt sich schwerlich noch eine Übereinstimmung der Auffassung des EGMR mit Art. 31 Abs. 3 lit. c Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK) feststellen,

<sup>93</sup> Vgl. Schubert, (Fn. 5), S. 102.

<sup>94</sup> Seifert, (Fn. 29), S. 363.

<sup>95</sup> Vgl. ibid., S. 365; Schubert, (Fn. 5), S. 101 ff.

<sup>96</sup> EGMR, Nr. 34503/97, *Demir und Baykara*, Rdnr. 78.

<sup>97</sup> *Living instrument*.



wonach – außer dem Zusammenhang in gleicher Weise – „jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbarer einschlägiger Völkerrechtssatz“ bei der Auslegung von Verträgen, hier der EMRK, zu berücksichtigen ist.

Erwähnenswert ist übrigens, falls die Bundesrepublik Deutschland in einem Straßburger Verfahren betroffen sein sollte, dass sie die IAO Konvention Nr. 151<sup>98</sup> nicht ratifiziert hat, weil nicht auszuschließen war, dass die Interpretation der Art. 7 und 8 dieser Konvention mit der innerstaatlichen deutschen Rechtslage nicht vereinbar ist.<sup>99</sup> Zur Ratifizierung des Art. 6 ESC hat Deutschland einen Vorbehalt des Inhalts erklärt, nach Auffassung der Bundesrepublik sei das Streikverbot der Beamten in Deutschland von Art. 6 ESC nicht berührt.<sup>100</sup> Hinzu kommt, dass die Rechte der Sozialcharta lediglich als Programmbestimmungen ausgestaltet sind, die von den Vertragsstaaten erst in ihr nationales Recht umgesetzt werden müssen; angesichts des bloß völkerrechtlichen Charakters der ESC lassen sich daher unmittelbar aus ihren Bestimmungen keine individuellen Rechte ableiten oder Ansprüche einklagen.<sup>101</sup>

Trotz der methodischen Mängel der beiden Straßburger Entscheidungen und des Rückgriffs auf internationales Arbeitsrecht führt kein Weg daran vorbei, dass aus Art. 11 EMRK nunmehr grundsätzlich ein Menschenrecht auf Kollektivverhandlungen und ein Streikrecht auch für Beamte abgeleitet werden kann, zumal es sich in der Rechtssache *Demir und Baykara* um ein Urteil der Großen Kammer handelt, auf welches die 3. Sektion des Gerichtshofs in der Sache *Enerji Yapi-Yol Sen* nur noch pauschal Bezug nimmt und somit eine Änderung der Rechtsprechung nicht zu erwarten ist. Die Große Kammer wurde nämlich gemäß Art. 43 EMRK mit einer Beschwerde durch die Türkei befasst. Die Verweisung an die Große Kammer aufgrund dieser Beschwerde setzt aber gemäß Art. 43 Abs. 2 EMRK voraus, dass die Rechtssache eine schwerwiegende Frage der Auslegung oder Anwendung der Konvention oder eine schwerwiegende Frage von allgemeiner Bedeutung aufwirft, mithin ist wesentlicher Zweck der Entscheidung durch die Große Kammer die Sicherstellung der Einheitlichkeit und Qualität der Rechtsprechung des Gerichtshofs.<sup>102</sup>

## 2. Problematische Rechtsvergleichung

In der Rechtssache *Demir und Baykara*<sup>103</sup> führt der EGMR unter anderen Punkten aus, hinsichtlich der Praxis der europäischen Staaten erinnere der Gerichtshof daran,

<sup>98</sup> Konvention über den Schutz des Vereinigungsrechts und über Verfahren zur Festsetzung der Beschäftigungsbedingungen im öffentlichen Dienst.

<sup>99</sup> Vgl. OVG Münster, Urt. v. 7.3.2012 – 3dA317/11.0, Rdnr. 250.

<sup>100</sup> Vgl. *Schubert*, (Fn. 5), S. 101.

<sup>101</sup> *Wegener*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 5, Rdnr. 63 f.; BVerwGE 65, 188 (196); BVerwGE 66, 268 (274); VGH Mannheim, DÖV 2000, 874.

<sup>102</sup> Vgl. *Grabenwarter/Pabel*, (Fn. 27), § 13, Rdnr. 68.

<sup>103</sup> EGMR, Nr. 34503/97, *Demir und Baykara*, Rdnr. 151, AuR 2009, 269 ff.

dass sie in der überwiegenden Mehrheit das Recht der Beamten, mit den Behörden Kollektivverhandlungen zu führen, mit verschiedenen Ausnahmen anerkannt hätten, so etwa unter Ausschluss bestimmter als sensibel angesehener Bereiche oder bestimmter Beamtenkategorien, die originäre Staatsfunktionen wahrnahmen. Insbesondere sei das Recht öffentlich Bediensteter, die von den lokalen Behörden beschäftigt würden und keine Staatsfunktionen ausübten, sich in Kollektivverhandlungen zu engagieren, in der Mehrheit der Vertragsstaaten anerkannt. Diese Ausführungen enthalten wenig substanziellen Aussagewert und dienen kaum als Grundlage für einen in jeder Hinsicht brauchbaren Rechtsvergleich, denn der EGMR vermeidet jegliche Auseinandersetzung im Einzelnen und lässt vor allem unerwähnt, dass es auch Konventionsstaaten gibt, wie zum Beispiel Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Estland und Polen, die ihren Beamten gerade keine Kollektivverhandlungen und kein Streikrecht zugestehen.<sup>104</sup> Gleichwohl ist durch den Spruch der Großen Kammer eine unabänderliche Situation entstanden und, wie Seifert<sup>105</sup> zu Recht betont, Deutschland konventionsrechtlich verpflichtet, die eigene Rechtslage zu überprüfen und auch die Beamten in die Tarifaufonomie einzubeziehen und ihnen ein Streikrecht einzuräumen.

### 3. Zum Begriff der Ausübung „hoheitlicher Befugnisse“ – Kritische Würdigung und dringender Klärungsbedarf

Die Frage, welche Kategorien von Beamten unter das Streikverbot fallen, ist bei kritischer Prüfung der Gründe des EGMR derzeit letztlich nicht hinreichend geklärt, um in der Rechtspraxis zweifelsfrei Bestand zu haben. Im „Enerji Yapi-Yol Sen“-Urteil spricht der EGMR lediglich von der Ausübung „hoheitlicher Befugnisse in Namen des Staates“, wenig später weist er jedoch darauf hin, die Einschränkungen des Streikrechts müssten so „eng wie möglich“ die Kategorien der betroffenen Beamten festlegen, worin eine Steigerung der Anforderungen zu erblicken ist, und im Urteil *Demir und Baykara* macht die Große Kammer des Gerichtshofs sich zum einen die Auslegung des IAO Sachverständigenausschusses vom Ausschluss derjenigen Beamten, deren Tätigkeit „typisch für die Staatsverwaltung“ ist, zu eigen, zum anderen verweist die Große Kammer bezüglich der Gemeindebeamten auf das Fehlen „besonderer Umstände“, die den Ausschluss rechtfertigen könnten. Unstreitig ist lediglich der funktionale Ansatz, wie ihn der EGMR im „Pellegrin“-Urteil zu Art. 6 Abs. 1 EMRK herausgearbeitet hatte;<sup>106</sup> seinerzeit ging der EGMR von der Überlegung aus, dass die Funktionen identifiziert werden müssten, die so wichtig für den Staat seien, dass jene, die sie ausüben, sich nicht auf Art. 6 Abs. 1 EMRK berufen könnten. Dies sei für solche Bedienstete der Fall, deren Aufgabenerfüllung eine direkte

---

<sup>104</sup> Seifert, (Fn. 29), S. 367.

<sup>105</sup> Ibid., S. 377.

<sup>106</sup> EGMR, Nr. 28541/95, *Pellegrin*.

oder indirekte Teilhabe an der Ausübung von Hoheitsbefugnissen nach dem öffentlichen Recht impliziere und deren Pflichten dazu dienten, die allgemeinen Interessen des Staates und seine Einrichtungen zu schützen.<sup>107</sup> Die Wortwahl im „Pellegrin“-Urteil relativiert wiederum die gesteigerte Anforderung von der so eng wie möglichen Ausnahme im Urteil *Enerji Yapi-Yol Sen*. Tatsache ist, dass die unterschiedlichen Formulierungen des EGMR in Bezug auf den Begriff „hoheitliche Befugnisse“ zu unterschiedlichen Interpretationen von Inhalt und Bedeutung dieses Begriffs Anlass geben: So bleibt offen, ob der Begriff im engeren Sinne oder eher extensiv zu interpretieren ist. Die überwiegende Meinung im deutschen Schrifttum geht in der Tendenz dahin, nach der neueren Rechtsprechung des EGMR könne ein Streikverbot nur noch für Berufsgruppen im eng auszulegenden Kernbereich hoheitlichen Handelns anerkannt werden,<sup>108</sup> während andere Autoren generell „hoheitliche Befugnisse“ ausreichen lassen und die neuere Rechtsprechung des Gerichtshofs so interpretieren, dass das Streikrecht einzelner Gruppen von Beamten, die hoheitliche Befugnisse ausübten, eingeschränkt werden könne.<sup>109</sup> Eine Analyse der Rechtsprechung ergibt ein ähnliches Bild. Das VG Düsseldorf interpretiert die neuere Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK als Ausübung „hoheitlicher Befugnisse im engeren Sinne“,<sup>110</sup> das VG Kassel ist dagegen der Ansicht, das Streikverbot sei im Lichte von Art. 11 EMRK dahingehend auszulegen, dass es für Beamte im hoheitlichen Bereich gelte.<sup>111</sup> Ähnlich argumentiert das VG Osnabrück, wenn es mit Blick auf Art. 11 Abs. 2 EMRK und die Rechtsprechung des EGMR ausführt, eine Beschränkung des Streikrechts sei hiernach nur für Angehörige des öffentlichen Dienstes zulässig, die im Namen des Staates Hoheitsgewalt ausübten.<sup>112</sup> Das OVG Münster ist unter Bezugnahme auf die Rechtssache *Demir und Baykara* und der französischen Übersetzung der Auffassung, dem EGMR schwebte eine Differenzierung danach vor, ob Beschäftigte im öffentlichen Dienst „Staatsgewalt im eigentlichen Sinne“ ausübten, worunter das OVG offenbar hoheitliche Maßnahmen des Staates versteht.

Fehlt es sonach auf der Ebene der Konvention an einer einheitlichen Begriffsauslegung, so kann dies mit Blick auf das deutsche Recht durchaus zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Hat man lediglich die Kernbereiche hoheitlichen Handelns im Auge, also die hoheitlichen Befugnisse im engeren Sinne, sind die Hoheitsrechte letztlich darauf beschränkt, dass der Staat als Eingriffsverwaltung tätig wird. Eine extensive Interpretation schließt dagegen auch den Bereich der Leistungsverwaltung mit

<sup>107</sup> Vgl. *Widmaier*, (Fn. 76), S. 247.

<sup>108</sup> Vgl. *Battis*, (Fn. 7), S. 398; *Gooren*, (Fn. 29), S. 400 ff.; *Niedobitek*, (Fn. 4), S. 168.

<sup>109</sup> Vgl. etwa *Seifert*, (Fn. 29), S. 362.

<sup>110</sup> VG Düsseldorf, Urt. v. 15.12.2010, PersR 2011, 167 (169).

<sup>111</sup> VG Kassel, Urt. v. 27.7.2011, PersR 2011, 472 (475).

<sup>112</sup> VG Osnabrück, Urt. v. 19.8.2011, ZBR 2011, 389 (392).

ein,<sup>113</sup> so stellt zum Beispiel die mit Bescheid gewährte Sozialhilfe durch kommunale Sozialämter eine hoheitliche Maßnahme des Staates dar. Die Frage der Grenzziehung gilt es zu klären, bevor man die von einem Streikverbot betroffenen Kategorien von Beamten definiert. Weiterhin besteht Klärungsbedarf im Hinblick auf eine eventuell Übernahme der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 45 Abs. 4 AEUV auf den Begriff der „Staatsverwaltung“ in Art. 11 Abs. 2 EMRK. Der EGMR hat bislang noch nicht endgültig geklärt, welche Bereiche unter diesen Begriff fallen.<sup>114</sup> Nach Art. 45 Abs. 4 AEUV gilt die Freizügigkeit der Arbeitnehmer nicht für „die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“. Zur „öffentlichen Verwaltung“ in diesem Sinne zählt der EuGH eine Tätigkeit, die eine Ausübung hoheitlicher Befugnisse mit sich bringt oder die Wahrnehmung von Aufgaben, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet sind, wobei die hoheitlichen Befugnisse von den Stelleninhabern tatsächlich regelmäßig ausgeübt werden müssen und nicht nur einen sehr geringen Teil ihrer Tätigkeit ausmachen dürfen.<sup>115</sup> Die Ausnahme der Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung liegt nach der EuGH-Rechtsprechung nicht vor in den öffentlichen Bereichen der Versorgungsdienste für Wasser, Gas und Elektrizität, des öffentlichen Gesundheitsdienstes sowie im Bildungsbereich.<sup>116</sup> Eine weitgehend identische Auslegung der Begriffe „öffentliche Verwaltung“ und „Staatsverwaltung“ durch beide Gerichtshöfe ist zwar im Interesse einer Kohärenz des Rechtsschutzes beider Rechtsbereiche wünschenswert, wird aber, wie Böhm zutreffend ausführt, im Hinblick auf die unterschiedliche Zielsetzung der EU-Verträge und der EMRK derzeit als offen anzusehen sein.<sup>117</sup>

#### 4. Gestaltungsspielraum („the margin of appreciation“/„la marge d'appréciation“)

Die Frage der Kontrolldichte in mehrpoligen Rechtsverhältnissen steht für den EGMR in engem Zusammenhang mit dem Begriff „margin of appreciation“, d.h. dem Gestaltungs-, Regelungs- oder Beurteilungsspielraum nationaler Stellen und seiner Abgrenzung zur Reichweite der Überprüfung durch den EGMR. Bei der *margin of appreciation* handelt es sich „um ein Instrument des Gerichtshofes zur Variation seiner Kontrolldichte je nach betroffenem Grundrecht und Lebensbereich, dem der

<sup>113</sup> Vgl. Battis, in: Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 33, Rdnr. 55 f.

<sup>114</sup> Vgl. Böhm, (Fn. 6), S. 166.

<sup>115</sup> Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 45, Rdnr. 43 unter Hinweis auf die EuGH-Rspr.; ebenso Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, 4. Aufl. 2006, Art. 45, Rdnr. 1 ff., mit ebenfalls vielen Hinweisen auf EuGH-Urteile, aus denen sich ergibt, welche Tätigkeiten der Gerichtshof nicht als hoheitliche Tätigkeiten einstuft.

<sup>116</sup> Vgl. die Nachweise bei Khan, (Fn. 115), Art. 45, Rdnr. 43.

<sup>117</sup> Böhm, (Fn. 6), S. 166.

Fall zuzuordnen ist“.<sup>118</sup> Der Gerichtshof hat wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass das von der Konvention errichtete Rechtsschutzsystem im Verhältnis zu den staatlichen Einrichtungen des Grundrechtsschutzes subsidiären Charakter hat.<sup>119</sup>

Eine europäische Kontrolle von geringerer Intensität nimmt der EGMR dann vor, wenn kein einheitlicher europäischer Standard erkennbar ist, sondern im Gegenteil sehr unterschiedliche Rechtslagen in den einzelnen Konventionsstaaten bestehen.<sup>120</sup> Soweit der EGMR in den Urteilen *Demir und Baykara* sowie *Enerji Yapi-Yol Sen* aus Art. 11 Abs. 1 EMRK neben dem Recht auf Kollektivverhandlungen ein Recht zum Streik auch für Beamte ableitet, wird dieser Auslegung in Deutschland und in Bezug auf das deutsche Beamtenrecht entgegengehalten, der EGMR habe in anderem Zusammenhang in der letzten Zeit häufiger in seinen Entscheidungen darauf abgestellt, dass sich die Staaten in Europa historisch sehr unterschiedlich entwickelt hätten, dass diesen Besonderheiten auch bei der Auslegung der EMRK Rechnung zu tragen sei, und dass die Entscheidung darüber, ob eine historisch verbürgte Tradition aufrecht erhalten werden solle, grundsätzlich in den Beurteilungs- oder Einschätzungsspielraum („*margin of appreciation*“) des verantwortlichen Staates falle.<sup>121</sup> Bei dem deutschen Berufsbeamtentum handle es sich um dogmatisch ausdifferenzierte nationale Regelungen im Hinblick auf das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis, die historisch gewachsen und verfassungsrechtlich verbürgt seien. Ähnlich argumentiert *Battis*,<sup>122</sup> der unter anderen am Beispiel der Entscheidung des EGMR zu den Kruzifixen in Italiens Schulen darlegt, dass der EGMR hier den *margin of appreciation* der nationalen Verfassungsgerichte für historische Besonderheiten hervorgehoben habe. Seinerzeit hatte die Große Kammer des Gerichtshofs entschieden, Kruzifixe in italienischen Klassenzimmern anzubringen, falle in den Beurteilungsspielraum des Staates, zumal es in der Frage der Präsenz religiöser Symbole in staatlichen Schulen unter den Mitgliedstaaten des Europarats keine Übereinstimmung gebe.

Der Einwand, es sei richtig, einen eher „weiten“ *margin of appreciation* in der gegebenen Bipolarität zwischen Subsidiarität und der Notwendigkeit der internationalen Kontrolle zuzulassen, ist durchaus nachvollziehbar, denn bis heute ist die Beantwortung der Frage, welche Funktionen Beamten vorbehalten werden sollen auf europäischer Ebene höchst umstritten geblieben; es liegt daher nahe, dies im Wege des Ermessens der Staaten zu klären.<sup>123</sup> Andererseits ist zu bedenken, dass das Beamtenrecht europaweit in Bewegung geraten und eine zunehmende Vermischung der

<sup>118</sup> Grabenwarter/Pabel, (Fn. 27), § 18, Rdnr. 20; siehe auch Pellonpää, Kontrolldichte des Grund- und Menschenrechtsschutzes in mehrpoligen Rechtsverhältnissen, EuGRZ 2006, S. 483.

<sup>119</sup> So z.B. EGMR, Nr. 5493/72, *Handyside/Vereinigtes Königreich*, EuGRZ 1977, 38 (41).

<sup>120</sup> Ausführlich Grabenwarter/Pabel, (Fn. 27), § 18, Rdnr. 21; Grabenwarter, Kontrolldichte des Grund- und Menschenrechtsschutzes in mehrpoligen Rechtsverhältnissen, EuGRZ 2006, S. 487.

<sup>121</sup> OVG Münster, Urt. v. 7.3.2012 – 3dA 317/11.0, Rdnr. 231 m.w.N. aus der EGMR-Rspr.

<sup>122</sup> *Battis*, (Fn. 7), S. 400.

<sup>123</sup> *Demmke*, (Fn. 48), S. 113.

Übertragung von Staatsaufgaben auf Beamte und Angestellte zu beobachten ist, und die Angleichung der Rechts- und Beschäftigungsverhältnisse im öffentlichen Dienst sowie die laxer Anwendung des Funktionsvorbehalts zugunsten der Beamten auf nationaler Ebene einen weit definierten Funktionsvorbehalt in Frage stellen.<sup>124</sup> Letztlich dürfte es aber eher unwahrscheinlich sein, dass der EGMR in absehbarer Zeit auf das Instrument des *margin of appreciation* zurückgreift, um den in den Entscheidungen *Demir und Baykara* sowie *Enerji Yapi-Yol Sen* neu bestimmten Schutzbereich des Art. 11 EMRK erneut zu ändern, nachdem er mit diesen Entscheidungen von seiner bisherigen Judikatur – die das Recht zum Streik nicht eigens gewährleistete,<sup>125</sup> vielmehr es den Konventionsstaaten überließ, die Mittel zur Interessendurchsetzung auszugestalten – ausdrücklich abgerückt ist.<sup>126</sup> Die oftmals allzu deutsch geprägte Sicht der Auslegung verkennt die autonome Interpretation des EGMR, nach der die in der Konvention verwendeten Begriffe als Begriffe einer eigenständigen Konventionsrechtsordnung von den Rechtsordnungen einzelner Mitgliedstaaten unabhängig verstanden werden müssen.<sup>127</sup> Und mit der hier ebenfalls eine Rolle spielenden dynamischen (evolutiven) Auslegung bringt der EGMR den sich fortentwickelnden europäischen Wertmaßstab zum Ausdruck. Die Konvention ist ein „*living instrument/instrument vivant*“, „*which must be interpreted in the light of present day conditions/à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles*“;<sup>128</sup> es sollen Rechte garantiert werden, die nicht „*theoretical or illusory/théorique ou illusoires*“, sondern „*practical and effective/concret et effective*“ sind.<sup>129</sup>

## VII. Fazit und Ausblick

Die grundlegende Wende in der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK führt dazu, dass das statusbezogene absolute Streikverbot für Beamte in Deutschland und das generelle Verbot von Kollektivverhandlungen und Kollektivvereinbarungen (Beamtenarbeitsverträge) nicht im Einklang mit Art. 11 Abs. 2 EMRK stehen und Deutschland sich derzeit völkerrechtswidrig verhält. Allerdings ist eine Anpassung an die Rechtsprechung des EGMR nicht im Wege einer konventionskonformen Auslegung durch deutsche Fachgerichte oder das BVerfG möglich; erforderlich ist eine

<sup>124</sup> Ibid.

<sup>125</sup> Vgl. z.B. EGMR, Nr. 5589/72, *Schmidt und Dahlström*, Rdnr. 36.

<sup>126</sup> Vgl. *Schubert*, (Fn. 5), S. 98.

<sup>127</sup> *Grabenwarter/Pabel*, (Fn. 27), § 5, Rdnr. 10.

<sup>128</sup> EGMR, Nr. 34503/97, *Demir und Baykara*, Rdnr. 146, NZA 2010, 1425 ff.

<sup>129</sup> EGMR, Nr. 5856/72, *Tyrer*, Rdnr. 31, EuGRZ 1979, 162; *Ehlers*, in: Ehlers, (Fn. 100), § 2, Rdnr. 31.

Verfassungsänderung. Das bedeutet, dass derzeit das unmittelbar in Art. 33 Abs. 5 GG verankerte Streikverbot für Beamte und die Nichteinbeziehung von Beamten in Tarifverträge (Art. 9 GG) zu beachten ist. Darüber hinaus sind bis zu einem Tätigwerden des verfassungsändernden Gesetzgebers mehrere offene Fragen zu klären, gegebenenfalls durch das BVerfG oder den EGMR, sollte er mit dem deutschen Beamtenrecht befasst werden. Man darf gespannt sein, ob und gegebenenfalls welche Konsequenzen der Gesetzgeber aus der gewandelten Rechtsprechung des EGMR für eine Neuorganisation der Staatsverwaltung ziehen, und ob es eines Tages in Deutschland tatsächlich zu einem funktionsbezogenen Beamtentum kommen wird.

Falls es dazu kommen sollte, wäre es sinnvoll – vor der inhaltlichen Ausgestaltung der Materie – rechtsvergleichende Studien über diejenigen nationalen Regelungen vorzunehmen, die ein Streikrecht auch für Beamte anerkennen und unter welchen Voraussetzungen bzw. zu welchen Bedingungen sie dies tun. Dies gilt insbesondere für etwaige Dienstverpflichtungen wie sie auch die Beschäftigungsbedingungen der EZB vorsehen.<sup>130</sup>

Soll ein Streikrecht nur für Beschäftigte in der Leistungsverwaltung oder in gewissen nicht „obligatorisch“ hoheitlichen Funktionen eingeräumt werden, ist zu bedenken, dass in diesen Bereichen oftmals Anspruchsrechte begünstigter Dritter gegenüber stehen. So könnte zum Beispiel einem Schüler, der infolge eines Lehrerstreiks für eine längere Zeit nicht an einem Unterricht teilnehmen könnte, ein größerer Schaden entstehen, wenn er dadurch nicht die für sein Weiterkommen nötige Note erreichen könnte. Auch anhaltende Streiks öffentlicher Verkehrsbetriebe sollten vermehrt unter diesen Aspekten gesehen werden. Wenn man aus guten Gründen keine Teilnahme politischer Gremien an den relevanten Tarifverhandlungen will, so sollte man sich doch überlegen, ob – bei der Betroffenheit Dritter – nicht auch Organisationen wie Verbraucherschutzverbände, Elternvertretungen, Standesorganisationen und dergleichen hinzugezogen werden sollten.

Man wird sich auch bei einer Gewährung eines Streikrechts für bestimmte Beamtengruppen überlegen müssen, ob es dann noch sinnvoll wäre, für diese weiterhin den Beamtenstatus beizubehalten.

Insgesamt zeigt die Materie, dass noch viele Probleme zu lösen sein werden.

---

<sup>130</sup> Vgl. dazu oben V.2.b).



## VIII. Zusammenfassung

Deutsche Beamte dürfen derzeit nach nationaler und internationaler Rechtslage nicht streiken.<sup>131</sup> Den völkerrechtlichen Vorgaben des EGMR können deutsche Fachgerichte nicht durch eine konventionskonforme Auslegung des Art. 33 Abs. 5 GG entsprechen. Insoweit eröffnet das Grundgesetz angesichts des generellen Streikverbots für Beamte keine Auslegungs- und Abwägungsspielräume. Für eine Einpassung der EGMR-Vorgaben in das deutsche Verfassungsrecht und eine eventuelle Aufteilung der Beamten in solche, die streiken dürfen, und in solche, die nicht streiken dürfen, bedarf es unter Abgrenzung des Begriffs „hoheitliche Befugnisse“ eines Tätigwerdens des verfassungsändernden Gesetzgebers, wobei dann aber auch Privilegien der Beamten auf dem Prüfstand stehen. Klarzustellen wäre weiterhin, was mit „hoheitsrechtlichen Befugnissen“ gemeint ist.

---

<sup>131</sup> Dürfen dagegen die rund 1,3 Mio. Beschäftigte in kirchlichen Einrichtungen streiken? Unter gewissen Umständen ja, wenn die Kirchen z.B. nicht die Gewerkschaften in die Verhandlungen um die Arbeitsbedingungen einbeziehen, an deren Ende bei Erfolgslosigkeit eine Schlichtung zu stehen hat (sog. Dritter Weg). Dies hat das Bundesarbeitsgericht am 20.11.2012 in einem Grundsatzurteil in den beiden Rechtssachen 1 AZR 179/11 und 1AZR 611/11 entschieden. Es ging in diesen Fällen allerdings weder um Beamte, noch um Fragen des Europarechts oder Völkerrechts, noch um die Unterscheidung zwischen hoheitlichen und nicht hoheitlichen Tätigkeiten, sondern um die Reichweite des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften im Sinne des Art. 140 GG im Zusammenhang mit der Koalitionsfreiheit gemäß Art. 9 GG. Dennoch dürfte die Entscheidung Auswirkungen auf die Frage des Streikrechts generell haben.