

Streikrecht im öffentlichen Dienst

– Rechtsentwicklungen und Rechtswirklichkeit in der Schweiz und in Deutschland –

Summary

Switzerland has abolished its former general prohibition of strike for civil servants due to its commitments under international treaties. Thereby, strike has been declared to be admissible in general – with a caveat allowing restrictions for essential services. Since then, strikes and similar measures in the public service have been observed repeatedly. In spite of the fact that Germany is subject to comparable international commitments with respect to the right to strike, it holds on to its general prohibition of strike for civil servants up to now. Recently, several decisions of the European Court of Human Rights and their handling in cases regarding the strike of German teachers employed as established civil servants have heightened the discussion (already intense since the 1970s) whether the prohibition of strike derived from the status of civil servant can and will be upheld in the future. In our view, it seems appropriate to decide on the admissibility of a prohibition of strike based on the extent to which the sovereign function concretely performed is indispensable for the community, within the limits defined by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Résumé

L'interdiction générale de grève pour les fonctionnaires que connaissait la Suisse a été levée en raison des engagements découlant des traités internationaux. La grève est maintenant autorisée en règle générale, réservant une exception pour les services essentiels. Depuis la levée de l'interdiction, des grèves et des mouvements comparables ont été observés à plusieurs reprises dans le service public. Bien que l'Allemagne ait pris des engagements internationaux comparables au sujet du droit de grève, elle a jusqu'à présent maintenu son interdiction générale de grève pour les fonctionnaires. Plusieurs arrêts récents de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et leur adaptation dans des cas de grève de fonctionnaires enseignants allemands ont avivé la discussion – déjà intense depuis les années septante – sur la possibilité de maintenir l'interdiction de grève découlant du statut de fonctionnaire. A notre avis, il convient de décider de la licéité d'une interdiction de grève sur la base de la mesure dans laquelle la fonction publique exercée concrète est indispensable à la communauté, dans le cadre des limites définies par la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales.

1. Einleitung und Problemstellung

In der Schweiz ist in der Vergangenheit die grundsätzliche Möglichkeit zum Streik im öffentlichen Dienst verankert worden und auch in Deutschland ist eine Aufweichung des strikten Streikverbots für Beamte durchaus denkbar: Das Schweizer Recht kannte ursprünglich ein generelles Streikverbot für seine Beamten. Die von der Schweiz eingegangenen internationalen Verpflichtungen zur Anerkennung des Arbeitskampfes als Mittel der Interessendurchsetzung haben wesentlich dazu beigetragen, dass mit der Totalrevision der *Bundesverfassung (BV)*¹ im Jahr 2000 die Zulässigkeit des Streiks im Allgemeinen unter gewissen Bedingungen verfassungsmäßig festgeschrieben worden ist. Das Streikrecht gilt prinzipiell auch für den öffentlichen Dienst, der seit Einführung des *Bundespersonalgesetzes (BPG)*² den einheitlichen Beschäftigtenstatus des Arbeitnehmers kennt. Einschränkungen desselben für bestimmte Personen(-gruppen), welche unerlässliche Dienste zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausüben, bleiben rechtlich gesehen möglich. Die Praxis zeigt, dass die Beschäftigten im öffentlichen Dienst das Streikrecht zwar gelegentlich wahrnehmen und selbst Gruppen, die mit klassischen hoheitlichen Aufgaben betraut sind, wie z.B. Polizisten, streikähnliche Maßnahmen in den Bereichen ihres Tätigkeitsfelds durchführen, bei denen bei gezielter Dosierung keine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu erwarten ist. Nichtsdestotrotz scheint die überwiegende Auffassung dahin zu gehen, dass ein Streikverbot für solche Staatsangestellten herrscht, deren konkrete Tätigkeiten als unerlässliche Dienste zu werten sind (z.B. Polizei, medizinische Versorgung, Bundesstaatsanwaltschaft).³

Auch wenn Deutschland im Hinblick auf die Gewährleistung des Streikrechts ähnlichen internationalen Verpflichtungen unterliegt wie die Schweiz, wird am generellen Streikverbot für Beamte⁴ festgehalten. Dass dieser Grundsatz aber – nicht nur von Gewerkschaftsseite⁵ und politischen Kreisen⁶ – zunehmend hinterfragt wird, illustrieren

- 1 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999, SR 101, AS 1999, S. 2556 ff.
- 2 Bundespersonalgesetz vom 24.3.2000, SR 172.220.1, AS 2001, S. 894 ff.
- 3 *Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD)/Bundesamt für Justiz (BJ): Die neue Bundesverfassung: Kritik und Gegenargumente*, Bern 1999, S. 7.
- 4 Nicht eingegangen wird in diesem Artikel auf die Situation der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst.
- 5 Vgl. z.B. kritisch zu einem Vorschlag der Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr (ÖTV), das Gesetzesmodell durch ein modifiziertes Tarifmodell, ein sog. Vereinbarungsmodell, zu ersetzen, *Pechstein, M.: Die Vereinbarkeit des ÖTV-Entwurfs für ein neues Bundesbeamtengesetz („neuBBG“) mit dem Grundgesetz*, Baden-Baden 2002.
- 6 Vgl. bereits die Vorschläge der *Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts*, Bericht der Kommission, Baden-Baden 1973, Rn. 918-919, 939, später der *Regierungskommission NRW: Zukunft des öffentlichen Dienstes – öffentlicher Dienst der Zukunft*, Bericht der von der Landesregierung Nordrhein-Westfalen eingesetzten Kommission, Düsseldorf 2003, insbesondere S. 143, 145, oder – wenngleich deutlich weniger weitgehend – diejenigen von *Schily, O./Heesen, P./Bsirske, F.: Eckpunktepapier „Neue Wege im öffentlichen Dienst“*, Berlin 2004 (vgl. hierzu zusammenfassend *Henneberger, F./Sudjana, S.: Kollektivrechtliche Situation der Beamten in Deutschland*, in: *Die Personalvertretung. Fachzeitschrift des gesamten Personalwesens für Personalvertretungen und Dienststellen (PersV)*, Jg. 48 (2005), S. 364-376, S. 370-372).

neuere erstinstanzliche Gerichtsentscheide, die sich mit der Beteiligung beamteter Lehrpersonen an einem Streik während der Dienstzeit befassen. Nach den bereits Ende der achtziger bzw. anfangs der neunziger Jahre des letzten Jahrhunderts geführten Diskussionen im Zusammenhang mit einer Reihe von Einzelfallentscheidungen des *Europäischen Gerichtshofs (EuGH)* zur Auslegung der Ausnahmegvorschrift des Art. 48 IV des Vertrags zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG-Vertrag)⁷ (jetzt: Art. 45 IV des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV))⁸ und der „systematischen Aktion“ der Kommission auf dem Gebiet der Anwendung von Art. 48 IV EWG-Vertrag⁹ haben in jüngster Zeit auch die Verwaltungsgerichte Düsseldorf¹⁰ und Kassel¹¹ die vom Arbeitgeber ausgesprochene Disziplinarmaßnahme bzw. Missbilligung vor dem Hintergrund des internationalen Rechts aufgehoben. Hingegen hat das *Verwaltungsgericht Osnabrück*¹² die seitens des Arbeitgebers verhängte Disziplinarstrafe geschützt. Aber auch dieses Gericht betont, dass seine Auslegung vor dem Hintergrund der Stellung der *Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)* im deutschen Recht im Verhältnis zum *Grundgesetz (GG)*¹³ und der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)* hierzu erfolge. Wenngleich zudem das *Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen* die Aufhebung der Disziplinarverfügung durch das *Verwaltungsgericht Düsseldorf* wieder revidiert hat,¹⁴ sind weitere Urteile von Gerichten höherer Instanz zu erwarten. Hierbei könnte sich abzeichnen, dass das generelle Streikverbot für Beamte in Deutschland künftig aufgeweicht werden wird. Stoßrichtung sollte dazu unseres Erachtens – grundsätzlich wie in der Schweiz – das Kriterium der konkret ausgeübten Tätigkeit und deren Unerlässlichkeit für das Gemeinwesen sein.

In diesem Beitrag wird zunächst kursorisch auf die internationalen und europäischen Vorgaben eingegangen, welche in der Schweiz und in Deutschland zum Streikrecht im öffentlichen Dienst Geltung beanspruchen (II.). Sodann werden die Rechtslage und -praxis in der Schweiz skizziert (III.). Dem wird die deutsche Situation gegenübergestellt (IV.) und die Frage aufgeworfen, ob und welche Rückschlüsse sich aus der Situation in beiden Ländern zum Streikrecht im öffentlichen Dienst ableiten lassen (V.). Der Artikel schließt mit einem Resümee und Ausblick (VI.).

7 Vom 25.3.1957 (nicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht).

8 Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 47 ff.

9 Vgl. bereits Henneberger, F.: Arbeitsmärkte und Beschäftigung im öffentlichen Dienst: Eine theoretische und empirische Analyse für die Bundesrepublik Deutschland, Schriftenreihe des Forschungsinstitutes für Arbeit und Arbeitsrecht an der Universität St. Gallen, Bd. 15, zugl. Diss. der Universität Konstanz 1996, Bern – Stuttgart – Wien 1997, insbesondere S. 292-298.

10 Urteil des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 15.12.2010, Az. 31 K 3904.10.O.

11 Urteile des Verwaltungsgerichts Kassel vom 27.7.2011, Az. 28 K 574/10.KS.D und Az. 28 K 1208/10.KS.D.

12 Urteil des Verwaltungsgerichts Osnabrück vom 19.8.2011, Az. 9A 1/11.

13 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949, Fassung vom 21.7.2010, BGBl. 2010 I S. 944 ff.

14 Urteil des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen vom 7.3.2012, Az. 3 d A 317/11.O.

II. Europäische und internationale Rechtslage zum Streikrecht im öffentlichen Dienst

Aus zahlreichen Rechtsgrundlagen auf internationaler und europäischer Ebene lassen sich Rückschlüsse für die Frage der Gewährleistung des Streikrechts im öffentlichen Dienst ziehen. Vorliegend konzentrieren sich die Ausführungen auf die EMRK, die sowohl für die Schweiz als auch für Deutschland Geltung besitzt und deren Garantien im Rahmen der neueren deutschen Urteile zum Streikrecht der Beamten besonderes Augenmerk geschenkt wurde. Die Regelungen durch den internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, den internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, die Konvention Nr. 87 der *International Labour Organisation (ILO)*, die europäische Sozialcharta, die europäische Grundrechtecharta sowie den AEUV werden ebenfalls überblicksartig präsentiert.

Die EMRK¹⁵ und ihre Protokolle sind völkerrechtliche Verträge im Rahmen des Europarates mit Geltung sowohl für die Schweiz¹⁶ als auch für Deutschland.¹⁷ Art. 11 EMRK gilt in der Schweiz als unmittelbar anwendbar.¹⁸ In Deutschland haben die Normen der EMRK laut *BVerfG* den Rang eines einfachen Bundesgesetzes.¹⁹ Sie sind direkt anwendbar; das gesamte nationale Recht ist im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen auszulegen,²⁰ sofern kein Verstoß gegen tragende Verfassungsprinzipien vorliegt.²¹ Die Regelungen der EMRK sind so von den staatlichen Organen zu „berücksichtigen“, ohne dass es eine strikte Pflicht zur Beachtung gäbe.²²

Art. 11 EMRK findet auch auf Beamte Anwendung²³ und garantiert das Recht der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit. Die Koalitionsfreiheit ist ein Unterfall der Vereinigungsfreiheit. Danach dürfen Gewerkschaften gebildet werden und ist das Recht, ihnen beizutreten, ebenso geschützt wie das Eintreten der Gewerkschaft für die mitgliedschaftlichen Interessen.²⁴ In seiner frühen Rechtsprechung hielt der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EuGMR)* zunächst nur fest, dass dem Streik

15 Vom 4.11.1950.

16 In Kraft seit dem 28.11.1974, SR 0.101.

17 In Kraft seit dem 3.9.1953.

18 *Haefliger, A./Schürmann, F.*: Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz: Die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis, 2. Aufl., Bern 1999, S. 37-38.

19 BVerfGE 111, S. 307 [315 f.]. Zur Sichtweise des Ratifikationsgesetzgebers vgl. dagegen *Mayer, F. C.*: Einleitung zur Kommentierung der EMRK, in: *Karpenstein, U./Mayer, F. C.*: EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, München 2012, S. 1-33, Rn. 72-76.

20 BVerfGE 74, S. 358 [370]; BVerfGE 111 S. 307 [316 ff., 327].

21 BVerfGE 111, S. 307 [319].

22 BVerfGE 111, S. 307 [315, 323 f.]; *Mayer, Fn. 19*, Rn. 78-81; *Niedobitek, M.*: Denationalisierung des Streikrechts – auch für Beamte? – Tendenzen im europäischen und im internationalen Recht –, in: *Zeitschrift für Beamtenrecht (ZBR)*, Jg. 58 (2010), S. 361-368, S. 363.

23 Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EuGMR), Az. 17851/91 vom 26.9.1995, Rn. 43, 63; EuGMR, Az. 34503/97 vom 12.11.2008, Rn. 109.

24 *Arndt, F./Schubert, A.*: Kommentierung zu Art. 11 EMRK, in: *Karpenstein, U./Mayer, F. C.*: EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, München 2012, S. 297-313, Rn. 51.

als gewerkschaftlichem Druckmittel hohe Bedeutung zukomme – dies ohne eine direkte Anerkennung des Streikrechts nach Art. 11 EMRK.²⁵

Heute sieht der *EuGMR* den Kern des Streikrechts als von den unter Art. 11 EMRK geschützten Kollektivmaßnahmen als mit eingeschlossen.²⁶ Ausnahmen sind bereits in Art. 11 II Satz 1 EMRK vorgesehen. So sind jene Einschränkungen möglich, die auf einer gesetzlichen Grundlage basieren 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 wie auch der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten Dritter. Ausdrücklich in Art. 11 II Satz 2 EMRK festgehalten ist ebenfalls, dass die Garantien von Art. 11 EMRK rechtmäßigen Einschränkungen in der Ausübung der Rechte für Mitglieder der Streitkräfte, der Polizei oder der Staatsverwaltung nicht entgegenstehen.²⁷ Dieser Vorbehalt wird grundsätzlich *eng*²⁸ und so begrenzt wie möglich ausgelegt;²⁹ ein generelles Streikverbot für den öffentlichen Dienst wäre mit Art. 11 EMRK nicht vereinbar.³⁰ Der Begriff der Staatsverwaltung ist anhand des bekleideten Amtes näher zu bestimmen.³¹ Beispielsweise hat der *EuGMR* für Gemeindebeamte festgehalten, dass diese grundsätzlich nicht unter den Begriff der Staatsverwaltung zu subsumieren sind, zumal nicht nachgewiesen worden war, inwiefern die konkret ausgeübten Funktionen der Betroffenen ihre Behandlung als Staatsverwaltung rechtfertigen würden.³² Der *EuGMR* fordert, dass die nationalen gesetzlichen Grundlagen zum Streikverbot die betroffenen Kategorien der Bediensteten so klar und deutlich wie möglich bestimmen sollen.³³ Eine Einschränkung ist rechtmäßig, wenn sie sich aus dem Gesetz ergibt, vorhersehbar, nicht willkürlich³⁴ und verhältnismäßig³⁵ ist.³⁶

Der *United Nations Organization (UNO)*-Pakt über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte³⁷ (in der Schweiz geläufig als UNO-Pakt I und in Deutschland auch bekannt als UN-Sozialpakt) garantiert die individuelle wie die kollektive Koalitionsfreiheit (Art. 8 I lit. a-c UNO-Pakt I/UN-Sozialpakt) und das Streikrecht in Überein-

25 *EuGMR*, Az. 5589/72 vom 6.2.1976, Rn. 36; *Arndt/Schubert*, Fn. 24, Rn. 53.

26 *EuGMR*, Az. 68959/01 vom 21.4.2009, Rn. 29, 32; *Grabenwarter*, C.: Europäische Menschenrechtskonvention, Ein Studienbuch, 3. Aufl., München – Basel – Wien 2008, Rn. 77.

27 *EuGMR*, Az. 39799/98 vom 22.11.2001, in dem offengelassen wurde, ob deutsche Lehrer unter die Ausnahme zu subsumieren sind.

28 *Meyer-Ladewig*, J.: EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, Rn. 35; *Arndt/Schubert*, Fn. 24, Rn. 21.

29 *EuGMR*, Az. 68959/01 vom 21.4.2009, Rn. 32.

30 *EuGMR*, Az. 68959/01 vom 21.4.2009, Rn. 32.

31 *Meyer-Ladewig*, Fn. 28, Rn. 35.

32 *EuGMR*, Az. 34503/07 vom 12.11.2008, Rn. 107.

33 *EuGMR*, Az. 68959/01 vom 21.4.2009, Rn. 32.

34 *EuGMR*, Az. 25390/94 vom 20.5.1999, Rn. 59. Vgl. zu weiteren Voraussetzungen *Meyer-Ladewig*, Fn. 28, Rn. 35.

35 *EuGMR*, Az. 34503/97 vom 12.11.2008, Rn. 119.

36 *EuGMR*, Az. 68959/01 vom 21.4.2009, Rn. 32-33; *Frowein*, J. A./Peukert, W.: Europäische Menschenrechtskonvention, 3. vollst. neu bearb. Aufl., Kehl am Rhein 2009, Rn. 21. Umstritten bleibt, ob die Zweckbestimmung von Art. 11 II 1 EMRK auch für Einschränkungen bei staatlichen Bediensteten Anwendung findet; *Arndt/Schubert*, Fn. 24, Rn. 24.

37 Vertragsabschluss am 16.12.1966, in Kraft seit 3.1.1976; in Kraft getreten für die Schweiz am 18.9.1992, SR 0.103.1, AS 1993, S. 725 ff. und für Deutschland am 3.1.1976.

stimmung mit der innerstaatlichen Rechtsordnung (Art. 8 I lit. d UNO-Pakt I/UN-Sozialpakt). Einschränkungen im Bereich öffentlicher Dienst sind hier für die Kategorien Streitkräfte und Polizei sowie allgemein für die öffentliche Verwaltung vorgesehen (Art. 8 II UNO-Pakt I/UN-Sozialpakt). Der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN-Sozialpaktausschuss) hat zum allgemeinen deutschen Streikverbot für Beamte festgehalten, dass dieses mit dem UNO-Pakt nicht vereinbar sei³⁸ und empfohlen, jenen Beamten ein Streikrecht zuzugestehen, die nicht in wesentlichen (lebenswichtigen) Diensten eingesetzt werden.³⁹

Der UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte⁴⁰ (in der Schweiz benannt als UNO-Pakt II und in Deutschland als UN-Zivilpakt) sieht das Individualrecht vor, Gewerkschaften zu bilden und ihnen beizutreten (Art. 22 I UNO-Pakt II/UN-Zivilpakt). Ein Streikrecht ist laut dem Menschenrechtsausschuss aus Art. 22 I UNO-Pakt/UN-Zivilpakt nicht herzuleiten, da dieses systematisch gesehen allein von Art. 8 UNO-Pakt I/UN-Sozialpakt gewährleistet wird.⁴¹ Auch dieser UNO-Pakt sieht die Möglichkeit zu Einschränkungen vor, wobei aber nur die Streitkräfte und die Polizei namentlich in Bezug genommen werden, nicht die öffentliche Verwaltung im Allgemeinen.

Das ILO-Abkommen Nr. C-87,⁴² das von der Schweiz wie auch von Deutschland ratifiziert wurde, befasst sich mit den kollektiven Rechten.⁴³ Art. 11 ILO C-87 verpflichtet die Mitglieder u.a., alle erforderlichen und geeigneten Maßnahmen zur freien Ausübung des Vereinigungsrechts zu gewährleisten. Die ILO selbst bejaht nicht nur die Anwendbarkeit des Übereinkommens auf den öffentlichen Dienst, sondern sogar speziell für Beamte und folgert ein Streikrecht zumindest für die Personen, die nicht typische Staatsverwaltungsaufgaben – „essential services“ wie z.B. Spitäler, Polizei, Militär, Feuerwehr⁴⁴ – erledigen.⁴⁵ Wenngleich sich die Bundesregierung immer wieder auf den Standpunkt stellt, dass Beamte nicht unter den Begriff des Arbeitnehmers fallen, ist

-
- 38 Hensche, D.: § 18 a, Der Streik im öffentlichen Dienst, in: Däubler, W. (Hrsg.): Arbeitskampfrecht, Handbuch für die Rechtspraxis, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, S. 475-507, Rn. 80 m.w.N.
- 39 Lörcher, K.: Das Menschenrecht auf Kollektivverhandlung und Streik – auch für Beamte (Zu den EGMR-Urteilen v. 12.11.2008, Demir und Baykara, und 21.4.2009, Enerji Yapi-Yol Sen), in: Arbeit und Recht (AuR), Jg. 57 (2009), S. 229-242, S. 237-238 m.w.N.; AuR, Jg. 59 (2011), S. 269.
- 40 Vertragsabschluss am 16.12.1966, in Kraft seit 23.3.1976; in Kraft getreten für die Schweiz am 18.9.1992, SR 0.103.2, AS 1993, S. 750 ff. und für Deutschland am 23.3.1976.
- 41 Nowak, M.: U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, 2. Aufl., Kehl am Rhein 2005, S. 502-504; Achermann, A./Caroni, M./Kälin, W.: Die Bedeutung des UNO-Paktes über bürgerliche und politische Rechte für das schweizerische Recht, in: Kälin, W./Malinverni, G./Nowak, M.: Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel 1997, S. 155-232, S. 220.
- 42 In Kraft getreten am 4.7.1950.
- 43 Nur von der Schweiz ratifiziert wurden auch die beiden weiteren ILO-Abkommen Nr. C-151 zum Schutz des Vereinigungsrechts (in Kraft seit 25.2.1981) und C-154 betreffend die Förderung von Kollektivverhandlungen (in Kraft seit 11.8.1983).
- 44 Müller, J.P./Schefer, M.: Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 1099.
- 45 International Labour Organisation (ILO): Freedom of Association, Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, 5. Aufl., Genf 2006, Rn. 541.

Deutschland auch unter diesem Abkommen – vom ILO-Sachverständigenausschuss (z.B. Streikbrechereinsatz von Postbeamten)⁴⁶ und dem ILO-Ausschuss für Vereinigungsfreiheit (Streikverbot für beamtete Lehrer)⁴⁷ – mehrfach gerügt worden, dass seine Beamten, die keine staatlichen Hoheitsrechte ausüben, einem Streikverbot unterliegen.⁴⁸ Das generelle Streikverbot für Beamte steht jedenfalls nicht im Einklang mit den ILO-Vorgaben.

Die *Europäische Sozialcharta (ESC)*⁴⁹ ist ein europäisches Abkommen, das im Rahmen des Europarates entwickelt wurde und in seiner ersten Fassung von Deutschland, nicht aber von der Schweiz, ratifiziert worden ist. Regelungsgegenstand von Art. 5 ESC ist das Vereinigungsrecht, wobei betreffend Polizei und Streitkräften innerstaatliches Recht vorbehalten bleibt.⁵⁰ Die Vertragsparteien der ESC haben sich auch verpflichtet, das Recht der Arbeitnehmer auf kollektive Maßnahmen einschließlich des Streikrechts anzuerkennen (Art. 6 IV ESC). Einschränkungen sind zwar möglich, sie können aber nicht so weit gehen, allen Beschäftigten im öffentlichen Dienst ein generelles Streikverbot aufzuerlegen.⁵¹ Deutschland hat sich gegenüber Art. 6 IV ESC auf den Standpunkt gestellt, dass diese Vorschrift aufgrund einer Erklärung des deutschen Staates auf Beamte keine Anwendung finde.⁵² Zuvor und auch danach hatte der für die Einhaltung der ESC berufene Ausschuss unabhängiger Experten wiederholt befunden, dass Deutschland mit dem Streikverbot für Beamte gegen Art. 6 IV ESC verstoße.⁵³

Die *Charta der Grundrechte (GRC) der Europäischen Union (EU)*⁵⁴ hat heute den Rang von EU-Primärrecht.⁵⁵ Die GRC richtet sich in erster Linie an die Organe und Einrichtungen der Union, für Deutschland als Mitgliedstaat der EU ist die GRC nur anwendbar, wenn Unionsrecht durchgeführt wird.⁵⁶ Art. 28 GRC gewährleistet das Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen, namentlich auch das

46 Lörcher, K.: Beamtenrecht auf dem Prüfstand, in: Der Personalrat (PersR), Jg. 5 (1988), S. 5-12.

47 Lörcher, K.: IAO-Entscheidung zum Beamtenstreikrecht, in: PersR, Jg. 8 (1991), S. 155-158; PersR, Jg. 8 (1991), S. 159-160.

48 AuR, Jg. 58 (2010), S. 470; Lörcher, Fn. 47, S. 156; Lörcher, K.: §10, Internationale Rechtsgrundlagen des Streiks, in: Däubler, W. (Hrsg.): Arbeitskampfrecht, Handbuch für die Rechtspraxis, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, S. 100-152, Rn. 78; Niedobitek, Fn. 22, S. 366-367; Hensche, Fn. 38, Rn. 80 m.w.N.

49 Die ESC trat am 26.2.1965 in Kraft. Im Jahr 1996 wurde eine revidierte Fassung ausgearbeitet, die ihrerseits 1999 in Kraft trat und seither gültig ist.

50 Zu Einschränkungsmöglichkeiten vgl. Art. 31 ESC.

51 Die Einschränkungen müssen den Voraussetzungen von Art. 31 ESC genügen.

52 Erklärung der Bundesrepublik Deutschland vom 26.2.1965.

53 Gomien, D./Harris, D./Zwaak, L.: Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charta, Strasbourg 1996, S. 394 mit Verweis auf Entscheid C I 38 des Ausschusses; vgl. auch Gooren, P.: Das Ende des Beamtenstreikverbots, in: ZBR, Jg. 59 (2011), S. 400-406, S. 401, 404 m.w.N. sowie Hensche, Fn. 38, Rn. 80 m.w.N.

54 Europäische Grundrechtecharta, in: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. C 364 vom 18.12.2000, S. 1 ff.

55 Art. 6 I AEUV.

56 Art. 51 I GRC; Lindner, J. F.: Dürfen Beamte doch streiken?, in: Die Öffentliche Verwaltung (DÖV), Jg. 64 (2011), S. 305-307, S. 309; tendenziell gegenteiliger Meinung Niedobitek, Fn. 22, S. 363.

Streikrecht im Fall von Interessenkonflikten.⁵⁷ Die Rechte erfahren aber eine Begrenzung im Hinblick auf die Gewährleistung (nur) nach Gemeinschaftsrecht sowie durch einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.⁵⁸ Das Streikrecht der *europäischen* Bediensteten und Beamten ist dabei anerkannt.⁵⁹

Ebenfalls nur für Deutschland von Bedeutung ist der *Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)*. Eine eigentliche Regelungskompetenz für das Streikrecht oder dessen Harmonisierung besteht nicht.⁶⁰ Immerhin hat der EuGH dem Streikrecht in zwei Fällen mit privatrechtlichem Hintergrund *Grundrechtscharakter* zuerkannt.⁶¹ Hinzuweisen ist auch auf die Interpretation der Ausnahmeklausel für die „Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“⁶² (Art. 45 IV AEUV) im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit.⁶³ Hier hat der *EuGH* den unionsrechtlichen Begriff funktional, das heißt auf konkrete, mit einer bestimmten Funktion bzw. Stelle verbundene Aufgaben und Verpflichtungen ausgelegt (*funktionaler Ansatz*),⁶⁴ wobei nicht die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Verwaltungseinheit, sondern die Natur bzw. Art der Tätigkeit selbst im Einzelfall ausschlaggebend ist.⁶⁵ Voraussetzung ist danach, dass eine Stelle eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und die Verrichtung solcher Aufgaben beinhaltet, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates und anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet ist. Verlangt werden zusätzlich ein Verhältnis besonderer Verbundenheit vom Stelleninhaber zum Staat und die Gegenseitigkeit der Rechte und Pflichten, welche dem Staatsangehörigkeitsband zugrunde liegen.⁶⁶

57 Der Begriff des Interessenkonfliktes soll dabei entsprechend der Auslegung des Sachverständigenausschusses zur ESC nicht auf Streitigkeiten um tariflich regelbare Ziele beschränkt sein; *Riedel, E.*: Kommentierung zu Art. 28 GRC, in: Meyer, J. (Hrsg.): *Charta der Grundrechte der EU*, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, S. 419-426, Rn. 25.

58 Zur Interpretation von Art. 28 GRC in Zusammenschau mit der EMRK vgl. *Niedobitek*, Fn. 22, S. 364.

59 *Riedel*, Fn. 57, Rn. 26.

60 Art. 153 V AEUV; vgl. auch *Niedobitek*, Fn. 22, S. 364.

61 Beschränkungen bleiben aber möglich, da der Schutz im Rahmen des Gemeinschaftsrechts sowie den innerstaatlichen Vorschriften und Gepflogenheiten erfolgt; EuGH, Az. C-438/05 vom 11.12.2007, Rn. 43-44; EuGH, Az. C-341/05 vom 18.12.2007, Rn. 90-91.

62 Der Begriff der öffentlichen Verwaltung ist *einheitlich gemeinschaftsrechtlich* zu bestimmen; *Frenz, W.*: *Handbuch Europarecht*, Bd. 1, Europäische Grundfreiheiten, Berlin – Heidelberg – New York 2004, S. 516.

63 Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (FreizügigkeitsVO), in: *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* Nr. L 257 vom 19.10.1968, S. 2 ff.; berichtigt im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* Nr. L 295 vom 7.12.1968, S. 12.

64 *Brechmann, W.*: Kommentierung zu Art. 45 AEUV, in: Calliess, C./Ruffert, M. (Hrsg.): *EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, Kommentar, 4. Aufl., München 2011, S. 823-866, Rn. 105-107; EuGH, Az. C-460/08, Rn. 27-29.

65 *Kämmerer, J. A.*: Europäisierung des öffentlichen Dienstrechts, in: *Europarecht*, Jg. 36 (2001), S. 27-48, S. 36 m.w.N.

66 *Streinz, R.*: § 155, Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit, in: Merten, D./Papier, H.-J. (Hrsg.): *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. VI/I, Europäische Grundrechte I, Heidelberg et al. 2010, S. 795-822, Rn. 12 m.w.N.

Der *EuGH* hat in einer Reihe von Einzelfallentscheidungen⁶⁷ wiederholt und deutlich seinen Willen erkennen lassen, die Ausnahmegvorschrift des Art. 45 IV AEUV *restriktiv* zu interpretieren.⁶⁸ Damit fallen vor allem die Tätigkeiten der klassisch-*hoheitlichen* Eingriffsverwaltung, aber auch die hoheitliche Leistungsverwaltung (z.B. wird die Sozialhilfe durch Hoheitsakt vergeben)⁶⁹ unter die dem Streikverbot unterliegenden Stellen bzw. Funktionen.⁷⁰ Hierbei ist notwendig, dass die hoheitlichen Befugnisse *tatsächlich regelmäßig ausgeübt werden und nicht nur einen kleinen Teil der gesamten Tätigkeit* ausmachen.⁷¹

Im Rahmen einer „systematischen Aktion“⁷² hatte die Kommission 1988 eine Differenzierung nach Berufsbereichen bzw. Tätigkeitsfeldern eingeleitet (*institutioneller Ansatz*), die der *EuGH* – ungeachtet seiner funktionellen Auslegung – im Ergebnis gebilligt hat.⁷³ Bereiche, bei denen der Stelleninhaber zu einseitig-verbindlichen Anordnungen befugt ist und er deswegen dem Ausnahmeverbehalt unterfällt, sind danach u.a. Militär, Polizei und sonstige Ordnungskräfte, Rechtspflege, Ministerialbeamte, Steuerverwaltung, Auswärtiger Dienst. Nicht unter die Ausnahmeregelung der Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung sollen vor allem fallen: Einrichtungen bzw. öffentliche Unternehmen, die mit der Verwaltung und Erbringung kommerzieller Dienstleistungen betraut sind (z.B. öffentliches Verkehrswesen, Strom-, Wasser- und Gasversorgung, Luftverkehrsunternehmen und Reedereien, Post- und Fernmeldewesen, Rundfunk- und Fernsehanstalten), Einrichtungen des öffentlichen Gesundheitswesens, Unterricht an staatlichen Bildungseinrichtungen sowie zivile Forschung in staatlichen Forschungsanstalten ohne Leitungs- oder Beratungsfunktionen mit Repräsentativcharakter.^{74 75}

67 Vgl. z.B. *Frenz*, Fn. 62, S. 514-524.

68 In der Rechtsprechung des *EuGH* lässt sich sogar die Tendenz feststellen, den Ausnahmebereich zunehmend enger zu fassen; *Frenz*, Fn. 62, S. 514, 523.

69 *Brechmann*, Fn. 64, Rn. 108.

70 *Frenz*, Fn. 62, S. 521-522.

71 *EuGH*, Az. C-47/02 vom 30.9.2003, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl), Jg. 117 (2004), S. 182 (183, Rn. 63-64); *Frenz*, Fn. 62, S. 520-521 m.w.N.

72 Aktion der Kommission auf dem Gebiet der Anwendung von Artikel 48 Absatz 4 EWG-Vertrag, Beschluss vom 18.3.1988, in: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. C 72, S. 2 ff.

73 *Streinz*, Fn. 66, Rn. 13.

74 Vgl. auch *Frenz*, Fn. 62, S. 520-521.

75 In Deutschland wurde aufgrund der Rechtsprechung des *EuGH* zu Art. 45 IV AEUV und der politischen Absichtserklärungen seitens der Kommission schließlich mit dem „Zehnten Gesetz zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften“ (Dienstrechtsänderungsgesetz vom 20.12.1993, BGBl. 1993 I S. 2136 ff.; kritisch zu dieser Konstruktion *Kämmerer*, Fn. 65, S. 42-46) der Zugang zum Beamtenverhältnis für Angehörige der EU-Mitgliedstaaten geöffnet.

III. Schweizer Rechtslage und Rechtspraxis

1. Rückblick

Das Schweizer Verfassungsrecht sah ursprünglich keine eigene Garantie für die Koalitionsfreiheit und den Streik vor. Während außerhalb des öffentlichen Dienstes beides von der Literatur⁷⁶ anerkannt war,⁷⁷ galt für Beamte während einer Zeitdauer von mehr als siebenzig Jahren ein allgemeines Streikverbot.⁷⁸ Dieses leitete sich in formeller Hinsicht – anders als das deutsche Streikverbot gestützt auf Art. 33 GG (vgl. unten IV.1.) – aus dem einfach-gesetzlichen Beamtenengesetz (Art. 23 Beamtenengesetz)⁷⁹ ab. Inhaltlich war es aber ähnlich begründet: Ursprünglich war es das besondere Gewaltverhältnis, später waren es die besondere Treuepflicht des Beamten sowie die Gewährleistung eines geordneten Ablaufs staatlichen Handelns, die das generelle Beamtenstreikverbot rechtfertigten, verbunden mit der Begründung, dass die Arbeitsbedingungen vom Gesetzgeber einseitig festgelegt würden und ein Streik dem demokratischen Rechtssetzungsprozess zuwider laufe.⁸⁰

Die oben (II.) skizzierten internationalen Verpflichtungen der Schweiz waren ein wesentlicher Grund dafür, dass mit der Revision der *Bundesverfassung* neben der Koalitionsfreiheit auch die Möglichkeit zum Streik eigens verfassungsrechtlich verankert wurde.⁸¹ Die Regelung zum Streik war dabei historisch gesehen eine der Schicksalsbestimmungen in der Bundesverfassung, welche harte Auseinandersetzungen im Parlament hervorrief.⁸² Art. 28 BV spricht daher heute auch nicht von einem Streik-„recht“,

76 Das Bundesgericht vermied lange Zeit eine Stellungnahme zum Streikrecht; vgl. näher *Garrone, P.*: La liberté syndicale, in: Thürrer, D./Aubert, J.-F./Müller, J. P. (Hrsg.) unter Mitarbeit von Diggelmann, O.: Verfassungsrecht der Schweiz. Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001, S. 795-807, S. 801.

77 Die Koalitionsfreiheit wurde von der Vereinsfreiheit als mitumfasst angesehen; *Biaggini, G.* unter Mitarbeit von *Schürer, S.*: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Kommentar, Zürich 2007, Art. 28 Rn. 1, 13; *Müller/Schefer*, Fn. 44, S. 1087; *Vallender, K. A./Hettich, P.*: Kommentierung zu Art. 28 BV, in: Ehrenzeller, B./Mastronardi, P./Schweizer, R. J./Vallender, K. A.: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich – Basel – Genf 2008, S. 562-576, Rn. 4. Vgl. auch *Marti, M.*: Arbeitskämpffreiheit im öffentlichen Dienst, zugl. Diss. der Universität Bern, Basel 2010, S. 56-57.

78 Fast alle Kantone sahen ebenfalls ein Streikverbot für ihre Beamten (explizit oder aus der Treuepflicht hergeleitet) vor. Ausnahmen waren die Kantone Jura und Genf, welche ein Streikrecht im öffentlichen Dienst grundsätzlich anerkannten; vgl. *Garrone*, Fn. 76, S. 800 und *Marti*, Fn. 77, S. 23-24 m.w.N.

79 Gesetz über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten vom 30.6.1927, SR 172.221.10, BS 1 S. 489 ff. Art. 13 des Beamtengesetzes enthielt zudem das Verbot für Beamte, einer Vereinigung anzugehören, die den Streik von Beamten vorsah.

80 *Marti*, Fn. 77, S. 26-32.

81 *Müller/Schefer*, Fn. 44, S. 1100.

82 *Garrone*, Fn. 76, S. 795, 802; *Marti*, Fn. 77, S. 61.

sondern lediglich von der „Zulässigkeit“ des Streiks unter gewissen Bedingungen.⁸³ Die Voraussetzungen eines rechtmäßigen Streiks wurden dabei durch eine Nachführung des Rechts an die Rechtswirklichkeit gewonnen (vgl. unten Kapitel III.2.).⁸⁴

2. Voraussetzungen zur Zulässigkeit des Streiks heute

Streik, verstanden als „kollektive“⁸⁵ Verweigerung der geschuldeten Arbeitsleistung zum Zweck der Durchsetzung von Forderungen nach bestimmten Arbeitsbedingungen gegenüber einem oder mehreren Arbeitgebern,⁸⁶ ist nach Art. 28 III BV zulässig, wenn er die Arbeitsbeziehungen betrifft und keine Verpflichtungen entgegenstehen, den Arbeitsfrieden zu wahren oder Schlichtungsverhandlungen zu führen. Art. 28 II BV sieht zudem vor, dass Streitigkeiten in den Arbeitsbeziehungen möglichst durch Verhandlung oder Vermittlung beizulegen sind. Voraussetzungen des Streiks sind danach erstens der Bezug zu den Arbeitsbeziehungen, was politisch motivierte Streiks und Streiks zur Durchsetzung von Rechtsansprüchen ausschließt,⁸⁷ zweitens die Wahrung der Friedenspflichten und drittens, dass der Streik nur als *ultima ratio* zum Einsatz gelangen soll. Ein rechtmäßiger Streik hat viertens das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu wahren. Fünftens wird im Allgemeinen ebenfalls verlangt, dass der Streik von einer tariffähigen Organisation getragen wird.⁸⁸

83 Es ist dabei umstritten, ob es sich um ein Grundrecht handelt; vgl. Garrone, Fn. 76, S. 802-803; Rhinow, R./Schefer, M. in *Zusammenarbeit mit Graf, M./Seeger, P./Uebersax, P.*: Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rn. 3367-3371; Müller/Schefer, Fn. 44, S. 1092; Biaggini, Fn. 77, Rn. 14; Vallender/Hettich, Fn. 77, Rn. 25. Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass der Streik als ein solches Grundrecht aufzufassen ist.

84 Vallender/Hettich, Fn. 77, Rn. 23.

85 Bundesgericht und überwiegende Lehre sehen das Streikrecht nicht als Individualrecht an; BGE 125 III S. 277, E. 3 a; Vallender/Hettich, Fn. 77, Rn. 29; vgl. aber auch Garrone, Fn. 76, S. 803; Müller/Schefer, Fn. 44, S. 1094; Marti, Fn. 77, S. 71.

86 BGE 125 III S. 277, E. 3 a; BGE 134 IV S. 216, E. 5.1.

87 Rhinow/Schefer, Fn. 83, Rn. 3358; mit einer abweichenden Differenzierung des Streikrechts im öffentlichen Dienst nach der Regelungsebene des Streitgegenstandes Müller/Schefer, Fn. 44, S. 1097, 1101. Die arbeitsrechtliche Lehre leitet aus diesem Kriterium zusätzlich ab, dass es eines durch Gesamtarbeitsvertrag (GAV) regelbaren Ziels bedürfe; Nachweise bei Marti, Fn. 77, S. 79.

88 Dieses nicht eigens im Wortlaut der Verfassung verankerte Erfordernis soll zum von herrschender Meinung als unzulässig angesehenen wilden Streik abgrenzen; vgl. BGE 132 III S. 122; Rhinow/Schefer, Fn. 83, Rn. 3360; Mahon, P.: Kommentierung zu Art. 28 BV, in: Aubert, J.-F./Mahon, P.: *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 18 avril 1999, Zürich – Basel – Genf 2003, S. 252-261, Rn. 14. Das Kriterium kann für den öffentlichen Dienst keine Wirkung entfalten, zumal sonst nur in den Randbereichen, in denen der Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen vorgesehen ist (nach Art. 38 I BPG sind dies Post und Bahn und gegebenenfalls besonders ermächtigte weitere Arbeitgeber), ein Streik zulässig sein könnte. Dies würde nicht der Intention des Verfassungsgebers entsprechen; Müller/Schefer, Fn. 44, S. 1096; Vallender/Hettich, Fn. 77, Rn. 36; Marti, Fn. 77, S. 93-96.

Das Streikrecht gilt grundsätzlich auch im öffentlichen Dienst⁸⁹ und stellt eine Abkehr gegenüber dem früheren Beamtenstreikverbot dar.⁹⁰ Verfassungsrechtlich vorgesehen ist jedoch weiterhin die Möglichkeit, bestimmten Kategorien von Personen den Streik zu verbieten (Art. 28 IV BV). Dabei müssen Begrenzungen Ausnahmecharakter haben und sind vor dem Hintergrund der Aufrechterhaltung unerlässlicher Dienste des öffentlichen Lebens zu sehen.⁹¹

So konkretisiert das *BPG*, das die Unterscheidung zwischen Beamten und Arbeitnehmern in der Schweiz aufgehoben hat, dass ein Streikverbot zulässig ist, wo dies für die Staatssicherheit, für die Wahrung von wichtigen Interessen in auswärtigen Angelegenheiten oder für die Sicherstellung der Landesversorgung mit lebensnotwendigen Gütern und Dienstleistungen erforderlich ist.⁹² Konkret besteht ein Streikverbot für die Angehörigen der zivilen und militärischen Führungsstäbe der Departemente, die Strafverfolgungsbehörden des Bundes, die der Versetzungspflicht unterstehenden, im Ausland tätigen Angestellten des *Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA)*, das *Grenzwachtkorps (GWK)* und das zivile Zollpersonal sowie die Angehörigen des Überwachungsgeschwaders, des militärischen Flugsicherungspersonals und der Berufsformation der Militärischen Sicherheit.⁹³ Ein Verstoß gegen dieses Verbot kann mit disziplinarischen Maßnahmen geahndet werden.⁹⁴ Insgesamt besteht also ein Streikrecht mit Ausnahmevorbehalt für den öffentlichen Dienst (sog. *funktionsbezogenes Streikverbot für unerlässliche Dienste*).

89 Garrone, Fn. 76, S. 806.

90 Damit sind auch die in einzelnen Kantonen in den Personalgesetzen noch verankerten generellen Streikverbote für öffentlich-rechtliche Angestellte (*Stähelin, S.*: Das Streikrecht in unerlässlichen Diensten, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A: Privatrecht, Bd. 58, zugl. Diss. der Universität Basel, Basel – Genf – München 2001, S. 37) als verfassungs- und völkerrechtswidrig einzustufen (vgl. *Andermatt, A.*: Das Streikrecht in der neuen Bundesverfassung, in: plädoyer. Magazin für Recht und Politik, Jg. 17 (1999), S. 30-38, S. 37-38; *Andermatt, A.*: Koalitions- und Streikrecht, in: *Andermatt, A./Bianchi, D./Bruchez, C./Gaba-thuler, T./Häberli, C./Kuster Zürcher, S./Molo, R./Rieger, A./Roncoroni, G./Schmid, P.*: Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009, S. 1-50, Rn. 109).

91 Garrone, Fn. 76, S. 805.

92 Art. 24 I BPG.

93 Art. 96 Bundespersonalverordnung (BPV) vom 3.7.2001, SR 172.220.111.3, AS 2001, S. 2206 ff.. Die konkrete Ausgestaltung des Streikverbots wird in der Literatur teilweise für verfassungswidrig gehalten, da es an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage fehle, der Streik entgegen der parlamentarischen Debatte auch über konkret bestehende Gefahrensituationen hinaus für die enumerierten Personenkategorien verboten werde und das Verbot nicht erforderlich sei, zumal auch die Aufrechterhaltung eines Notdienstes genügen könne; *Kuster Zürcher, S.*: Streik und Aussperrung – Vom Verbot zum Recht, Das Recht auf Streik und Aussperrung nach Art. 28 Abs. 2-4 BV, zugl. Diss. der Universität Zürich, Zürich – Basel – Genf 2004, S. 394-400.

94 *Eidgenössisches Finanzdepartement (EFD) (Hrsg.)*: Personalrecht des Bundes, Bern 2003, Teil Erläuterungen BPV, S. 39.

3. Aktuelle Beispiele

Obschon die Schweiz generell ein streikarmes Land ist,⁹⁵ sind aus der Presse seit Jahren Fälle bekannt, in welchen Streik oder streikähnliche Maßnahmen (z.B. Bummelstreik, Bußenstreik, Dienst nach Vorschrift, Protestpause in Form einer kurzen Arbeitsunterbrechung)⁹⁶ auch im (kantonalen) öffentlichen Dienst erfolgten.⁹⁷ So gingen im Januar 2008 Staatsbedienstete des Kantons Waadt nicht zur Arbeit, um gegen die Einführung eines neuen Lohnsystems zu streiken. Vor allem Lehrer beteiligten sich am Streik, so dass in zahlreichen Klassen nicht unterrichtet werden konnte, aber auch Staatsangestellte des Universitätsspitals in Lausanne und Teile der Verwaltung.⁹⁸ Im September 2008 traten zudem die Waadtländer Kantonspolizisten mehr als einen Monat lang in einen sog. Bußenstreik, weil sie mit ihren Arbeitsbedingungen, insbesondere der mangelnden Abgeltung von geleisteten Überstunden, nicht zufrieden waren. Deshalb haben sie darauf verzichtet, Ordnungsbußen in Fällen mit geringem Strafpotential zu verhängen, so z.B. beim Autofahren ohne angeschnallte Sicherheitsgurte oder bei Nichtentrichtung der Schwerverkehrsabgabe für Lastwagen. Auch die Genfer Kantonspolizisten haben im Jahr 2008 mit Kampfmaßnahmen auf ihre hohe Überstundenzahl hingewiesen.⁹⁹ Bereits im Jahr 2003 sperrten Polizisten in der Nähe von Bern einen Teil der Autobahn A6 ab und verteilten Flugblätter an die Autofahrer, um so auf die Folgen der

95 *Rhinow/Schefer*, Fn. 83, Rn. 3353; *Biaggini*, Fn. 77, Rn. 12; *Vallender/Hettich*, Fn. 77, Rn. 23.

96 Andere Arbeitskampfmaßnahmen als Streik oder Aussperrung werden nach dem Bundesgericht ebenfalls anhand der Voraussetzungen von Art. 28 BV auf ihre Rechtmäßigkeit hin beurteilt; BGE 132 III S. 122, E. 4.4.2., 4.5.

97 Beispielsweise der „Bleistiftstreik“ von Zürcher Assistenz- und Oberärzten, bei denen z.B. darauf verzichtet wird, Aufzeichnungen für die Verwaltung oder statistische Ämter zu machen bzw. Rechnungen für ihre Leistungen auszustellen (*Reuß, W.*: Der Ärztestreik, in: *Recht der Arbeit (RdA)*, Jg. 25 (1972), S. 321-327, S. 322), oder die kurzzeitigen Arbeitsniederlegungen des Pflegepersonals an Psychiatriekliniken im Kanton Zürich sowie von Beamten in den Kantonen Aargau und Neuenburg; vgl. exemplarisch *Beobachter*, Ausgabe 1 vom 7.1.2000, „Die Schweiz streikt: Die Streiks des letzten Jahres“, unter: <http://www.beobachter.ch/arbeit-bildung/artikel/die-schweiz-streikt-die-streiks-des-letzten-jahres/>, abgerufen am 2.4.2012.

98 *St. Galler Tagblatt online* vom 1.2.2008, „Streiken statt unterrichten. Waadtländer Kantonsangestellte gehen nicht zur Arbeit – einzelne Schulen fast lahmgelegt“, unter: <http://www.tagblatt.ch/tagblatt-alt/tagblattheute/hb/inland/tb-in/art807,188425>, abgerufen am 2.4.2012; *Neue Zürcher Zeitung (NZZ) Online* vom 30.10.2008, „Waadtländer Staatspersonal im Streik gegen neue Lohnskala. Gymnasiallehrer, Verwaltungsangestellte und Gesundheitspersonal im Ausstand“, unter: http://www.nzz.ch/nachrichten/politik/schweiz/waadtlaender_staatspersonal_im_streik_gegen_neue_lohnskala_1.1195668.html, abgerufen am 17.4.2012.

99 *NZZ Online* vom 28.10.2008, „Bußen-Streiklein“ vor dem Ende. Kompromiss des Kantons mit der Waadtländer Polizei“, unter: http://www.nzz.ch/nachrichten/politik/schweiz/waadtlaender_bussenstreiklein_vor_dem_ende_1.1179410.html, abgerufen am 2.4.2012.

geplanten Schließung von zahlreichen Polizeiposten aufmerksam zu machen. Protestierende Polizisten waren zum damaligen Zeitpunkt ein noch ungewohntes Bild.¹⁰⁰

Im April 2011 wurde an der Generalversammlung des *Polizei Beamten Verbandes (PBV)* der Stadt Zürich die umgehende Einleitung von Kampfmaßnahmen beschlossen. Daraufhin trat die Stadtpolizei Zürich in einen „Bußengelderstreik“, womit gegen vorgesehene Budgetverknappungen und Arbeitsüberlastung protestiert werden sollte.¹⁰¹ Bei dieser Maßnahme, die zunächst auf 90 Tage angelegt war, suchten die Polizisten statt der Verteilung von Bußen das Gespräch mit den Betroffenen. Da sich die Stadt Zürich als Arbeitgeber nach viereinhalb Stunden Diskussionen zu Verhandlungen mit den Polizeibeamten bereit erklärte, dauerte der Bußenstreik faktisch nur kurze Zeit.¹⁰² Die Aussetzung der Bußen bezog sich auf kleinere Delikte wie etwa das Telefonieren am Steuer in einer stehenden Wagenkolonne, Autofahren ohne angelegten Sicherheitsgurt, das Radfahren ohne Helm oder auf dem Trottoir. Sicherheitsgefährdende Verstöße wurden regulär verfolgt. Im Mai 2011 drohte zudem der *Verband des Personals Öffentlicher Dienste (VPOD)* mit einem Streik der bei den *Verkehrsbetrieben Zürich (VBZ)* beschäftigten Straßenbahn- und Buschauffeure.¹⁰³

Das in Art. 28 BV verankerte allgemeine Streikrecht darf durch kantonale Gesetze und Verordnungen nicht beschränkt werden. So äußern sich beispielsweise im Kanton Zürich weder das Personalgesetz des Kantons noch die Personalverordnung der Stadt Zürich zum Streikrecht. Durch den Verweis der Zürcher Kantonsverfassung auf die BV und für die Schweiz verbindliche internationale Abkommen liegt es nahe, dass der Streik der Buschauffeure und Tramführer vermutlich zulässig gewesen wäre. Denn die beschriebenen Bedingungen der Bundesverfassung galten als erfüllt, insbesondere waren die Schlichtungsverhandlungen ausgeschöpft und es bestand keine Friedenspflicht mehr. Da der Teil-Streik der Zürcher Stadtpolizisten auf spezifische Tätigkeiten beschränkt geblieben ist, die keine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellten, sondern verantwortungsvoll durchgeführt wurde, dürfte auch dieser durch die Bundesverfassung geschützt gewesen sein. Wenngleich das Polizeidepartement der Stadt Zürich das Verhalten ihrer Bediensteten als mit der Vereidigung und der Treue-

100 Vgl. *Baschung, N.*: Streiken muss zuerst richtig eingeübt werden, in: Bieler Tagblatt vom 20.4.2011, unter: <http://www.bielertagblatt.ch/nachrichten/biel/streiken-muss-zuerst-richtig-eingeuebt-werden>, abgerufen am 2.4.2012.

101 Zum Ganzen *Schmits, A.*: Die Zürcher Stadtpolizisten streiken weiter, in: Blick vom 16.4.2011, aktualisiert am 20.1.2012, unter: www.blick.ch/news/schweiz/zueroich/die-zuercher-stadtpolizisten-streiken-weiter-id73721.html, abgerufen am 24.7.2012.

102 *NZZ Online* vom 18.4.2011, „Verwirrung um Ende des Bußenstreiks der Stadtpolizei Zürich. Warten auf die außerordentliche Generalversammlung des Polizeibeamtenverbands“, unter: http://www.nzz.ch/nachrichten/zueroich/stadt_und_region/verwirrung_um_ende_des_bussenstreiks_derstadtpolizei_zueroich-1.10293309, abgerufen am 24.7.2012.

103 Vgl. *Schoch, C.*: Kein Anspruch auf Streik, aber dennoch ein garantiertes Recht. Im Arbeitskampf als letztes Mittel zulässig, in: *NZZ Online* vom 12.5.2011, unter: http://www.nzz.ch/nachrichten/zueroich/stadt_und_region/kein_anspruch_auf_streik_aber_dennoch_ein_garantiertes_recht_1.10548765.html, abgerufen am 3.4.2012.

pflicht nicht vereinbar tadelte,¹⁰⁴ blieben disziplinarische Maßnahmen seitens des Arbeitgebers aus.¹⁰⁵

Ähnlich dem Bußenstreik bei der Stadtpolizei Zürich verhielt es sich bei einem „Streik“ der Genfer Kantonspolizisten, die während ca. drei Wochen keine Bußen mehr aussprachen, ihren übrigen Dienst zudem ohne Uniform und unrasiert verrichteten.¹⁰⁶ Einen Aufruf zum Streik tätigte auch die Gewerkschaft der Genfer Staatsangestellten im Dezember 2011, um gegen die Änderung des Lohnfestsetzungsmechanismus und die Neubewertung aller Löhne zu protestieren.¹⁰⁷ Schließlich beschloss die „*l'Union du Personnel du Corps de Police (UPCP)* du Canton de Genève“ im Januar 2012 einen Bußenstreik sowie die Weigerung, während freier Tage Sondereinsätze zu absolvieren.¹⁰⁸ Im Februar 2012 legten Lehrpersonen des Kantons Schaffhausen ihre Arbeit nieder, um sich an einem Streik für bessere Arbeitsbedingungen, u.a. marktgerechte Löhne und reduzierte Unterrichtspensen, zu beteiligen.¹⁰⁹ Die Lehrer sind kantonale Staatsangestellte, ihr Streikrecht ist aber unbestritten.

In all den bislang genannten Fällen waren von der konkret betrachteten Funktion bzw. Tätigkeit her keine unerlässlichen Dienste betroffen. Demgegenüber kam es zu einer strafrechtlichen Anzeige wegen Gefährdung des Lebens, als sich im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehende Laboranten des Genfer Universitätskrankenhauses an einem Streik beteiligten, da angeblich lebenswichtige Analysen verspätet weitergegeben worden waren, was die verantwortliche Gewerkschaft jedoch in Abrede stellte.¹¹⁰

IV. Die Rechtssituation in Deutschland

1. Herleitung des generellen Beamtenstreikverbots

In Deutschland wird das Streikrecht im Allgemeinen als Ausfluss der Koalitionsfreiheit in Art. 9 III GG garantiert. Voraussetzungen einer rechtmäßigen Ausübung des Streiks sind, dass ein tariflich regelbares Ziel verfolgt wird, der Streik nicht gegen Friedens-

104 *Blick* vom 8.4.2011, aktualisiert am 15.1.2012, „Zürcher Polizisten-Streik. So schlägt der Polizeichef zurück“, unter: <http://www.blick.ch/news/schweiz/zuerich/so-schlaegt-der-polizeichef-zurueck-id73256.html>, abgerufen am 3.4.2012.

105 *NZZ Online* vom 18.4.2012, Fn. 102.

106 *Schweizer Radio DRS (SR DRS)* vom 11.3.2011, „Genfer Polizisten beenden Streik“, unter: www.drs.ch/www/de/drs/nachrichten/schweiz/250133.genfer-polizisten-beenden-streik.html, abgerufen am 25.2.2012.

107 *NZZ Online* vom 12.12.2011, „Genfer Staatspersonal droht wegen Sparmaßnahmen mit Streik“, unter: www.nzz.ch/nachrichten/politik/Schweiz/genfer_staatspersonal_droht_wegen_sparmassnahmen_mit_streik_1.13614617.html, abgerufen am 12.12.2011.

108 Vgl. *Mathari, A.*: Seilziehen statt Dialog. Genfer Polizei im Bußenstreik, in: *NZZ* vom 25.1.2012, S. 15.

109 *NZZ Online* vom 13.2.2012, „Schaffhauser Lehrer streiken für bessere Arbeitsbedingungen. Unterricht beginnt erst um 10 Uhr“, unter: www.nzz.ch/nachrichten/politik/schweiz/schaffhauser_lehrer_demonstrieren_fuer_bessere_bedingungen_1.15015685.html, abgerufen am 14.2.2012.

110 *SR DRS* vom 16.11.2011, „Anzeige gegen streikende Laboranten“, unter: www.drs.ch/www/de/drs/nachrichten/schweiz/305488.anzeige-gegen-streikende-laboranten.html, abgerufen am 25.2.2012.

pflichten verstößt, von einer Gewerkschaft organisiert wird und auch verhältnismäßig ist.¹¹¹ Zwar gilt die Koalitionsfreiheit grundsätzlich auch für Beamte.¹¹² In Bezug auf den Streik wird die Koalitionsfreiheit aber über Art. 33 GG als kollidierendem Verfassungsrecht eingeschränkt.¹¹³ Art. 33 V GG sieht vor, dass der öffentliche Dienst unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln ist. Zu diesen hergebrachten Grundsätzen zu rechnen ist ein Kernbestand von Strukturprinzipien, die allgemein oder doch ganz überwiegend und während eines längeren, Tradition bildenden Zeitraums, mindestens unter der *Weimarer Reichsverfassung (WRV)*, als verbindlich anerkannt und gewahrt worden sind.¹¹⁴ Teilweise wurde das generelle beamtenrechtliche Streikverbot als ein eigenständiger hergebrachter Grundsatz im Sinne des Art. 33 V GG angesehen,¹¹⁵ wenn es auch an der ausdrücklichen Aufnahme eines Streikverbots für Beamte in den Verfassungstext fehlt.¹¹⁶ Zumindest aber kann das Streikverbot nach herrschender Meinung als Ausfluss der Treuepflicht – einem anerkannten hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums – qualifiziert werden bzw. folgt es aus dem Alimentationsprinzip,¹¹⁷ welches als Grundlage einer unabhängigen und stabilen, allein am Gesetz ausgerichteten Amtsführung gilt.¹¹⁸

Nach dem Alimentationsprinzip ist die Besoldung des Beamten nicht als Lohn für die erbrachte Arbeit zu verstehen.¹¹⁹ Als Gegenleistung dafür, dass sich der Beamte mit seiner Gesamtpersönlichkeit in den Staatsdienst stellt und seine Dienstpflichten anforderungsgemäß und im Rahmen seiner Kräfte erfüllt, erhält er einen dem Amt angemessenen, an den allgemeinen wirtschaftlich finanziellen Verhältnissen ausgerichteten Unterhalt für sich und seine Familie.¹²⁰ Diese besondere, gesetzgeprägte Ausgestaltung der Rechtsbeziehung erlaubt keine Aushandlung des Gehalts,¹²¹ aufgrund der Zuständigkeit des Parlaments für die Besoldung der Beamten fehlt es an einem tarif- und damit auch streikfähigen Ziel.¹²²

Nach herrschender Rechtsprechung und Rechtslehre besteht also in Deutschland für Beamte ein generelles Streikverbot, das über den kollektiven Status definiert und mit der Ausübung hoheitlicher Funktionen begründet wird (*gruppenspezifisches Streikver-*

111 Dieterich, T.: Kommentierung zu Art. 9 GG, in: Müller-Glöge, R./Preis, U./Schmidt, I.: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Aufl., München 2012, S. 97-150, Rn. 112-134.

112 BVerfGE 19, S. 303 [312].

113 BVerfGE 19, S. 303 [322].

114 BVerfGE 8, S. 332 [343]; BVerfGE 15 S. 167 [195-196]; BVerfGE 58 S. 68 [76-77].

115 BVerwGE 73, S. 97 [102]; Urteil des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen vom 7.3.2012, Az. 3 d A 317/11.O, Rn. 151 m.w.N.

116 Gooren, Fn. 53, S. 404.

117 BVerfGE 119, S. 247 [264]; Urteil des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen vom 7.3.2012, Az. 3 d A 317/11.O, Rn. 133-134.

118 Urteil des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen vom 7.3.2012, Az. 3 d A 317/11.O, Rn. 106-107 m.w.N.

119 BVerfGE 16, S. 94 [116]; BVerfGE 71 S. 39 [59-61].

120 BVerfGE 39, S. 196 [201]; BVerfGE 8 S. 1 [14]; BVerfGE 56 S. 146 [165].

121 BVerfGE 9, S. 268 [286-287].

122 BVerfGE 8, S. 1 [17].

bot).¹²³ Hierbei wird der Begriff „hoheitlich“ deutlich weiter gefasst als im Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht.¹²⁴ „Wenn aber Beamte, die nach nationalem Recht nicht streikberechtigt sind, systematisch Aufgaben wahrnehmen, die nach Unionsrecht nicht-hoheitlicher Art sind, wird die Aufrechterhaltung der Begründung der spezifisch deutschen Version eines Streikverbots zunehmend problematisch.“¹²⁵ Eine Lösung dieses immanenten Konflikts könnte in der Ablösung des gruppenspezifischen durch ein *funktionales*, auf hoheitliche Tätigkeiten im engeren, d.h. im unionsrechtlichen Sinne reduziertes *Streikverbot* bestehen.¹²⁶

2. Neuere Entwicklung

In der jüngeren Vergangenheit haben sich mehrere Gerichte mit der Frage auseinandergesetzt, ob und wie das generelle Streikverbot der Beamten angesichts der neueren Rechtsprechung des *EuGMR* aufrechterhalten werden kann. Das *Verwaltungsgericht Kassel* ging dabei in seinen Entscheiden vom Sommer 2011 in dogmatischer Hinsicht am weitesten: Anlass der (Parallel-)Verfahren waren zwei beamtete Lehrer, welche sich an einem von der *Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (GEW)* im Hinblick auf die Reduktion der Arbeitszeiten der beamteten Lehrer auf das Niveau der Angestellten im öffentlichen Dienst organisierten Streik beteiligt hatten. Für ihr drei- bzw. zweistündiges Fernbleiben vom Unterricht hatten sie eine schriftliche Missbilligung erhalten. Das *Verwaltungsgericht Kassel* ging davon aus, dass die *EMRK* und vorgenannte (vgl. oben Kapitel II.) Rechtsprechung des *EuGMR* die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums fortentwickelt¹²⁷ hätten.¹²⁸ Danach könne das bisherige generelle Streikverbot neu nur noch für die in Art. 11 II *EMRK* genannten Gruppen – Streitkräfte, Polizei, Staatsverwaltung – Gültigkeit beanspruchen.¹²⁹ Die Tätigkeit des Lehrers im Allgemeinen (z.B. Notenvergabe, Versetzungsentscheide) erachtete das Gericht nicht als solche hoheitliche Tätigkeit.¹³⁰ Die übrigen Voraussetzungen eines rechtmäßigen

123 Damit sind auch „partielle“ Streiks (*Däubler, W.*: § 8, Der Arbeitskampf in der wirtschaftlichen und politischen Ordnung der Bundesrepublik, in: *Däubler, W.* (Hrsg.): *Arbeitskampfrecht, Handbuch für die Rechtspraxis*, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, S. 59-75, Rn. 12) nicht zulässig, bei denen zwar die normale Arbeitsleistung erbracht wird, bestimmte Aufgaben jedoch bewusst nicht erfüllt werden.

124 Vgl. z.B. *Bossaert, D./Demmke, C./Nomden, K./Polet, R./Auer, A.*: Der öffentliche Dienst im Europa der Fünfzehn – Trends und neue Entwicklungen, Maastricht 2001, S. 63-64, 74-75.

125 *Henneberger*, Fn. 9, S. 302.

126 Vgl. hierzu bereits *Plander, H.*: Die beamtenrechtliche Vereinbarungsautonomie: Die Reform der beamtenrechtlichen Beteiligung als Verfassungsproblem, Baden-Baden 1991.

127 Im Jahre 2006 wurde Art. 33 V GG um die „Fortentwicklungsklausel“ ergänzt. Vgl. aber zur Auslegung dieser Klausel durch das BVerfG unten die Argumentation des Verwaltungsgerichts Osnabrück.

128 Urteile des Verwaltungsgerichts Kassel vom 27.7.2011, Az. 28 K 574/10.KS.D und Az. 28 K 1208/10.KS.D, S. 8.

129 Urteile des Verwaltungsgerichts Kassel vom 27.7.2011, Az. 28 K 574/10.KS.D und Az. 28 K 1208/10.KS.D, S. 8.

130 Urteile des Verwaltungsgerichts Kassel vom 27.7.2011, Az. 28 K 574/10.KS.D und Az. 28 K 1208/10.KS.D, S. 10-11. Offengelassen für Schulleitungsfunktionen.

Streiks waren gegeben, insbesondere hielt das Gericht dafür, dass für Beamte anstelle des „tariflich regelbaren Streikziels“ der unmittelbare Zusammenhang mit der Gestaltung ihrer eigenen Arbeitsbedingungen (etwa Festlegung von Arbeitszeiten, Besoldung und Versorgung) genüge und keine Friedenspflichten existierten, da ihre Arbeitsbedingungen gerade nicht zeitlich beschränkt in Tarifverträgen geregelt sind und auch nicht jeweils neu ausgehandelt werden müssen.¹³¹ Insofern fehlte es bereits an einem zu missbilligenden Sachverhalt.

Das *Verwaltungsgericht Düsseldorf* hatte Ende des Jahres 2010 einen Fall zu beurteilen, in dem sich eine verbeamtete Lehrerin an drei Tagen an Warnstreiks der *GEW* beteiligt und dafür eine Disziplinarverfügung mit einer Geldbuße auferlegt bekommen hatte. Im Gegensatz zum *Verwaltungsgericht Kassel* bestätigte das *Verwaltungsgericht Düsseldorf* zunächst, dass die Teilnahme an den Warnstreiks während der Dienstzeit ein Dienstvergehen sei.¹³² Das deutsche Recht sei im Hinblick auf Art. 11 EMRK mit seinem pauschalen Streikverbot für Beamte zwar vermutungsweise europarechtswidrig, das Gericht sei aber gleichwohl an die geltenden Vorschriften gebunden.¹³³ Das *Verwaltungsgericht Düsseldorf* hob jedoch die Disziplinarverfügung unter Hinweis auf eine völkerrechtsfreundliche Auslegung des Grundgesetzes mit Blick auf die *EMRK* und die Rechtsprechung des *EuGMR* auf.¹³⁴ Insbesondere wies es darauf hin, dass der deutsche Gesetzgeber beim abstrakt-generellen Streikverbot für Beamte weiterhin nicht nach der tatsächlich und überwiegend ausgeübten Funktion des Betroffenen differenziere.

Demgegenüber steht eine Entscheidung des *Verwaltungsgerichts Osnabrück* vom August 2011, deren Gegenstand ebenfalls die Teilnahme eines beamteten Lehrers an einem Warnstreik der *GEW* und die dafür verhängte Geldbuße waren. Das *Verwaltungsgericht Osnabrück* betonte das einheitliche Gefüge von Rechten und Pflichten im Dienstverhältnis, aus dem nicht einzelne Vorteile (z.B. weitgehende Beschäftigungs- und Einkommensgarantie auf Lebenszeit) „herausgepickt“ werden könnten.¹³⁵ Es kam außerdem zum Schluss, dass dem deutschen Beamtenrecht eine funktionsbezogene Differenzierung fremd sei.¹³⁶ Es räumte – im Einklang mit den Urteilen der *Verwaltungsgerichte Kassel* bzw. *Düsseldorf* – aber ein, dass das generelle Streikverbot der deutschen Beamten vermutungsweise völkerrechtswidrig sei.¹³⁷ Nach der Rechtsprechung des *BVerfG* sei die Fortentwicklungsklausel nur auf das Recht des öffentlichen Dienstes bzw. auf das einfache Beamtenrecht, nicht aber auf die hergebrachten Grundsätze an sich zu beziehen.¹³⁸ Gerade Treuepflicht und Alimentationsprinzip seien vom *BVerfG* als so gewichtige Grundsätze eingeordnet worden, dass sie entgegen dem Wortlaut nicht

131 Urteile des Verwaltungsgerichts Kassel vom 27.7.2011, Az. 28 K 574/10.KS.D und Az. 28 K 1208/10.KS.D, S. 12-13.

132 Urteil des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 15.12.2010, Az. 31 K 3904.10.O, Rn. 12.

133 Urteil des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 15.12.2010, Az. 31 K 3904.10.O, Rn. 17-20.

134 Urteil des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 15.12.2010, Az. 31 K 3904.10.O, Rn. 23-29.

135 Urteil des Verwaltungsgerichts Osnabrück vom 19.8.2011, Az. 9A 1/11, Rn. 31.

136 Urteil des Verwaltungsgerichts Osnabrück vom 19.8.2011, Az. 9A 1/11, Rn. 32-33.

137 Urteil des Verwaltungsgerichts Osnabrück vom 19.8.2011, Az. 9A 1/11, Rn. 38.

138 BVerfGE vom 28.5.2008, 2 BvL 11/07, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), Jg. 27 (2008), S. 873 [877].

nur zu berücksichtigen, sondern zu „beachten“ sind.¹³⁹ Das Instanzgericht sei an den Kernbestand von Art. 33 V GG gebunden und eine völkerrechtsfreundliche Auslegung unter Lockerung des generellen Beamtenstreikverbots dem *BVerfG* bzw. dem verfassungsändernden Gesetzgeber selbst vorbehalten.¹⁴⁰

Noch restriktiver argumentierte erst kürzlich der *Disziplinarsenat des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen*.¹⁴¹ Nach dessen Auffassung ist das generelle Beamtenstreikverbot in Deutschland mit der *EMRK* in der Interpretation durch den *EuGMR* vereinbar.¹⁴² Der *EMRK* kommt im deutschen Recht keine über den Rang eines einfachen Bundesgesetzes hinausgehende Wirkung zu, so dass sich deren Regelungen an dem höherrangigen Grundgesetz messen lassen müssten. Die in Art. 11 *EMRK* und in Art. 9 III GG geregelte Koalitionsfreiheit werde durch die in Art. 33 V GG verankerten hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums eingeschränkt, so dass Beamten in Deutschland mit Blick auf deren Treuepflicht gegenüber ihrem Dienstherrn und vor dem Hintergrund der Erhaltung der Funktionsfähigkeit staatlichen Handelns ein Streikrecht nicht zustehe.¹⁴³ Dieses Streikverbot gelte unabhängig davon, welche konkrete Funktion der einzelne Beamte ausübe, denn allein der Status als Beamter sei entscheidend.¹⁴⁴

Ebenso wie die Rechtsprechung gehen auch die Literaturmeinungen zum absoluten Beamtenstreikverbot in Deutschland nach den Urteilen des *EuGMR* auseinander. Hierbei sind mindestens vier Positionen zu verorten:¹⁴⁵ Da ein pauschales Streikverbot für Beamte gegen die *EMRK* verstößt, kann – einer Meinung nach – nur eine konventionskonforme Auslegung von Art. 33 IV und V GG Abhilfe schaffen. Dies impliziert, dass nur noch denjenigen Berufsgruppen ein Streikrecht verweigert werden darf, die im eng

139 Urteil des Verwaltungsgerichts Osnabrück vom 19.8.2011, Az. 9A 1/ 11, Rn. 42; *BVerfGE* vom 6.3.2007, 2 BvR 556/04, juris Rn. 41.

140 Urteil des Verwaltungsgerichts Osnabrück vom 19.8.2011, Az. 9A 1/ 11, Rn. 42.

141 Urteil des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen vom 7.3.2012, Az. 3 d A 317/11.O. Das Gericht verortete in der Teilnahme am Streik gleich vier Verstöße gegen die Dienstpflichten: so gegen die Dienstpflicht, sich mit voller Hingabe dem Beruf zu widmen, gegen die Pflicht zu achtungs- und vertrauenswürdigem Verhalten, gegen die Pflicht, nicht ungenehmigt vom Dienst fernzubleiben sowie gegen die Gehorsamspflicht, da die Streikteilnahme einer internen Weisung widersprach; Urteil des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen vom 7.3.2012, Az. 3 d A 317/11.O, Rn. 51-62. Die Revision gegen dieses Urteil wurde nicht zugelassen.

142 Urteil des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen vom 7.3.2012, Az. 3 d A 317/11.O, Rn. 213-215.

143 Das Oberverwaltungsgericht liefert eine ausführliche Herleitung des generellen Beamtenstreikverbots, vgl. Urteil des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen vom 7.3.2012, Az. 3 d A 317/11.O, Rn. 65-149. Es weist u.a. auch darauf hin, dass der Beamte aufgrund des Alimentationsprinzips trotz seiner Teilnahme an einem Streik besoldet werden müsste und daher – anders als ein privatrechtlich Angestellter – kein Arbeitskämpfrisiko einzugehen brauche; Urteil des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen vom 7.3.2012, Az. 3 d A 317/11.O, Rn. 142-144.

144 Urteil des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen vom 7.3.2012, Az. 3 d A 317/11.O, Rn. 177.

145 Vgl. auch *Battis, U.*: Streikrecht für Beamte?, in: *ZBR*, Jg. 59 (2011), S. 397-400, S. 398.

auszulegenden Kernbereich hoheitlichen Handelns anzusiedeln sind.¹⁴⁶ Hierbei dient die Auslegung der in Art. 45 IV AEUV normierten Bereichsausnahme der Arbeitnehmerfreizügigkeit für den EuGMR als Leitlinie.¹⁴⁷ Denn kein Rechtsgebiet kann sich dauerhaft der Europäisierung entziehen,¹⁴⁸ auch nicht das Beamtenrecht.¹⁴⁹ In diese Richtung geht auch eine zweite Meinung, die angesichts der tendenziell kompetenzerweiternden Rechtsprechungstätigkeit des *EuGH* und des *EuGMR* von einer Neuinterpretation traditioneller Grundsätze des Berufsbeamtentums¹⁵⁰ und teilweisen Neujustierung des Beamtenrechts ausgeht.¹⁵¹ Dabei sei es nur eine Frage der Zeit, bis das generelle Beamtenstreikverbot gemäß Art. 33 V GG in hoheitsfernen Einsatzbereichen entfällt.¹⁵² Hierzu könne die Fortentwicklungsklausel eine völkerrechtsfreundliche Eingrenzung des Streikverbots auf diejenigen Beamtengruppen erlauben, die tatsächlich hoheitsrechtliche Befugnisse – keineswegs nur in der Eingriffsverwaltung – ausüben und damit besonders staatsnahe bzw. für das Gemeinwesen essentielle Dienstleistungen erbringen.¹⁵³ Eine dritte Meinung sieht für Deutschland eine konventionsrechtliche Verpflichtung, den Beamten in bestimmten Bereichen ein Streikrecht zuzugestehen. Dieses bedarf aber einer Verfassungsänderung,¹⁵⁴ die jedoch aufgrund der erforderlichen Mehrheit auf absehbare Zeit in der (politischen) Umsetzung für höchst unwahrscheinlich gehalten wird.¹⁵⁵ Eine vierte Meinung hingegen will das Streikverbot für Beamte in seiner traditionellen Form fortschreiben und betont, dass die *EU* keine Kompetenz zur Regelung des Streikrechts hat.¹⁵⁶

Festzuhalten bleibt, dass alle bislang befassten erstinstanzlichen Gerichte und die überwiegende Anzahl an Literaturstellen das generelle Beamtenstreikverbot im Prinzip für unvereinbar mit Art. 11 EMRK in seiner jetzigen Interpretation durch den *EuGMR* halten. Nicht entschieden werden soll an dieser Stelle, mit welcher dogmatischen Her-

146 Gooren, Fn. 53, S. 405-406; ähnlich Kutzki, J.: Beamte und Streikrecht – eine aktuelle Bestandsaufnahme, in: *Der Öffentliche Dienst (DÖD)*, Jg. 64 (2011), S. 169-171, S. 171.

147 Gooren, Fn. 53, S. 405.

148 Gooren, Fn. 53, S. 400; Hensche, Fn. 38, Rn. 76.

149 Werres, S.: Der Einfluss der Menschenrechtskommission auf das Beamtenrecht – Aktuelle Bestandsaufnahme unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte –, in: *DÖV*, Jg. 64 (2011), S. 873-881.

150 Werres, Fn. 149, S. 873-874.

151 Werres, Fn. 149, S. 881.

152 Werres, Fn. 149, S. 874, 880.

153 Werres, Fn. 149, S. 879-880; Novitz, T.: *International and European Protection of the Right to Strike. A Comparative Study of Standards Set by the International Labour Organization, the Council of Europe and the European Union*, Oxford 2003, S. 304 ff.

154 U.a. Lindner, Fn. 56, S. 306; Niedobitek, Fn. 22, S. 368; Lörcher, K.: Beamtenstreikrecht zum ersten Mal grundsätzlich anerkannt. Das Völkerrecht hält Einzug im Beamtenrecht, in: *PersR*, Jg. 28 (2011), S. 452-457, S. 455; anderer Auffassung ist Kutzki, Fn. 146, S. 171.

155 Seifert, A.: Recht auf Kollektivverhandlungen und Streikrecht für Beamte – Anmerkungen zur neuen Rechtsprechung des EGMR zur Vereinigungsfreiheit, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, Jg. 92 (2009), S. 357-377, S. 374, 377.

156 Beispielsweise Lindner, Fn. 56, S. 308-309, mit der Begründung, das generelle Beamtenstreikverbot sei mit der EMRK vereinbar, da Deutschland eben die Gruppe der Beamten (in Abgrenzung zu den Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst) als Ausnahme im Sinne von Art. 11 II EMRK bezeichnet habe.

angehensweise – Fortentwicklung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, keine Möglichkeit disziplinarischer Ahndung, Bedarf nach einem Tätigwerden des *BVerfG* bzw. des verfassungsgebenden Gesetzgebers, beharrliche Aufrechterhaltung der Begründung der spezifisch deutschen Version eines Streikverbots für Beamte – diesem Umstand am überzeugendsten Rechnung getragen werden kann bzw. werden soll.¹⁵⁷

V. Rückschlüsse zur zukünftigen Ausgestaltung der Streikvoraussetzungen

Werden die Überlegungen im deutschen Recht mit der Rechtslage in der Schweiz verglichen, so fällt auf, dass die Schweiz bereits eine größere Rechtsentwicklung in Bezug auf das Beamtenstreikverbot erfahren hat als Deutschland. Ausgehend von einem allgemeinen Streikverbot für Beamte hat sich die Lage gewendet zu einem grundsätzlichen Streikrecht im öffentlichen Dienst mit einem Ausnahmeverbehalt für unerlässliche Dienste. Dabei sind die von einem Streikverbot betroffenen Personengruppen anhand von Gesetz bzw. Verordnung näher bestimmt (vgl. III.2.), wobei sich kritisch fragen ließe, ob tatsächlich *alle* Angehörigen der aufgezählten Gruppen – beispielsweise des zivilen Zollpersonals oder der Versetzungspflicht unterstehenden Beschäftigten des *Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA)*¹⁵⁸ – stets und überwiegend unerlässliche Dienste ausüben oder ob das Streikverbot nicht auf die Personen konzentriert werden sollte, welche tatsächlich für das Gemeinwohl wesentliche Tätigkeiten nicht nur vorübergehend und in geringem Ausmaß erbringen. Die Praxis jedenfalls illustriert, dass weder die Gewährung des Streikrechts im Allgemeinen noch streikähnliche Maßnahmen von im Kern mit hoheitlichen Befugnissen ausgestatteten Beschäftigten in Randbereichen (vgl. III.3.) zum Erliegen des hoheitlichen Handelns bzw. der öffentlichen Verwaltung geführt haben.

Fraglich scheint, ob auch in Deutschland mit einer ähnlichen Rechtsentwicklung gerechnet werden kann. Hierfür spricht, dass die Schweiz sich gerade im Hinblick auf ihre internationalen Verpflichtungen veranlasst sah, die Zulässigkeit des Streiks im Grundsatz anzuerkennen. Auch Deutschland unterliegt solchen Verpflichtungen. Die wiederholten Rügen verschiedener Gremien im Rahmen der internationalen Vereinbarungen und die neuere Rechtsprechung des *EuGMR* bieten Anlass, das generelle Beamtenstreikverbot in Deutschland zu überdenken. Dass dies der Fall ist, zeigt sich an der beginnenden Auseinandersetzung der Gerichte mit der Konstellation streikender Lehrbeamter. Allerdings ist zu bemerken, dass im Gegensatz zum Recht in der Schweiz das generelle Beamtenstreikverbot in Deutschland verfassungsrechtlichen Hintergrund hat, eine Änderung also größeren Hürden gegenübersteht. Daran scheinen sich bislang auch die Gerichte höherer Instanz zu orientieren. Zudem scheint in Deutschland an eine ge-

157 Interessant ist, dass sich das für das Beamtenrecht zuständige *Bundesministerium des Innern (BMI)* hierzu ausschweigt (*Battis*, Fn. 145, S. 398).

158 Zu den heterogenen Beschäftigtengruppen im EDA aktuell *Henneberger-Sudjana, S./Henneberger, F./Geiser, T.*: Eine arbeitsökonomische Evaluation der Neuen Personalpolitik (NPP) des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA), Diskussionspapiere des Forschungsinstituts für Arbeit und Arbeitsrecht an der Universität St. Gallen, Nr. 126 (Januar 2012), St. Gallen 2012.

nerelle Abkehr vom Berufsbeamtentum, wie sie in der Schweiz mit dem Wechsel zum *BPG* stattgefunden hat, bis auf Weiteres nicht zu denken, was dem Argument eines einheitlichen Bündels an besonderen Rechten und Pflichten – aus dem der Beamte sich nicht einzelne „Rosinen“ herauspicken kann – Vorschub leisten mag.¹⁵⁹

So ist auch von den bisher gerichtlich bekanntgewordenen Fällen in Deutschland (nur) die Gruppe der beamteten Lehrer (ohne Schulleitungs- bzw. deren Stellvertreterfunktionen) betroffen, bei denen mit einer Aufweichung des generellen Beamtenstreikverbots derzeit vermutlich noch am ehesten gerechnet werden kann.¹⁶⁰ Es bleibt abzuwarten, wie weitere Gerichte höherer Instanz zum generellen Beamtenstreikverbot entscheiden werden und ob bzw. gegebenenfalls wie der Gesetzgeber das Thema wieder aufgreifen wird. Die heutige Rechtssituation muss für einen Beamten, der keine unerlässlichen Dienste im Sinne des Kernbereichs hoheitlichen Handelns (von Art. 11 EMRK) ausführt, insofern als äußerst riskant bezeichnet werden, als er sich nicht sicher sein kann, ob und wie sein Dienstherr auf die Teilnahme an einem (völkerrechtlich betrachtet im Übrigen rechtmäßigen) Streik reagieren wird. Beteiligt sich ein solcher Beamter in Deutschland – dann doch an Arbeitskampfmaßnahmen, hat der Arbeitgeber – in Güterabwägung seiner eigenen Interessen – die Möglichkeit, gegen diese vorzugehen¹⁶¹ – oder eben auch nicht. Dieser bedenkliche, weil für die Beschäftigten kaum kalkulierbare Zustand verschafft in erster Linie dem Staat als *Arbeitgeber* einen *Vorteil*: Die Informationsasymmetrie zugunsten des Arbeitgebers sowie die Offenheit des Ausgangs eines Streitfalles wird die Beschäftigten davon abschrecken, überhaupt für ihre Rechte zu kämpfen. Von einem Kräftegleichgewicht in den Arbeitsbeziehungen kann somit keine Rede sein.

VI. Resümee und Ausblick

In der Schweiz ist aufgrund der Verpflichtungen aus internationalen Verträgen das zuvor herrschende generelle Beamtenstreikverbot abgeschafft worden. Der Streik wurde damit im Allgemeinen für zulässig erklärt, mit einem Ausnahmeverbehalt für unerlässliche Dienste. Obwohl letztere gruppenspezifisch abgegrenzt wurden (z.B. Polizeikräfte, der Versetzungspflicht unterstehende Beschäftigte der konsularischen und diplomatischen Dienste), greifen einzelne dieser Berufsgruppen in jüngerer Zeit immer wieder zu streikähnlichen Maßnahmen. Inwieweit diese – trotz der verantwortungsvollen Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips durch die Streikenden – tatsächlich verfassungs-

159 Hingewiesen werden darf an dieser Stelle aber auf die vom Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) vertretene Auffassung, dass alle Beamten – ob beurlaubt oder nicht – der privatisierten, ehemals öffentlichen Unternehmen (Deutsche Bahn, Post und Telekom) und ihrer Tochtergesellschaften nicht (mehr) dem Streikverbot unterliegen (BVerwGE 111 S. 231 [234]).

160 Ähnlich Lörcher, Fn. 154, S. 456.

161 So z.B. das Bildungsministerium im Bundesland Schleswig-Holstein, das gegen mehr als 1800 Lehrer, die im Juni 2010 an einem von der GEW aufgerufenen Warnstreik teilnahmen, Disziplinarverfügungen erlassen hat (*Spiegel online* vom 6.11.2011, „Schleswig-Holstein: Mehr als 1800 Lehrer wegen Streik abgestraft“, unter: <http://www.spiegel.de/schulspiegel/0,1518,796190,00.html>, abgerufen am 5.5.2012).

rechtlich geschützt sind, lässt sich an dieser Stelle nicht abschließend beurteilen. Soll sich Rechtssicherheit nicht nur kasuistisch durch entsprechende oberste Gerichtsentseide im Sinne eines Herantastens der herrschenden Meinung an die Rechtswirklichkeit und umgekehrt einstellen, wäre es angebracht, umfassende Überlegungen anzustellen, welche konkreten Tätigkeiten tatsächlich als unerlässliche Dienste bzw. Aufgaben zu werten sind.

Deutschland unterliegt zwar ähnlichen internationalen Verpflichtungen wie die Schweiz, hält aber bislang an seinem generellen Beamtenstreikverbot fest. In jüngerer Zeit haben mehrere Urteile des *EuGMR* und ihre Rezeption in Streitfällen streikender deutscher Lehrbeamter die Diskussion wieder angestoßen, ob das statusgruppenspezifische Streikverbot für Beamte¹⁶² auch künftig aufrecht erhalten werden wird. Zwar kann sich als nicht nur inkrementalistischer Schritt eine Modifizierung des generellen Streikverbots der Berufsbeamten insofern anbieten, als dass je nach Nähe zum Hoheitsauftrag ein Streikrecht für bestimmte Gruppen von Beamten (z.B. Lehrer ohne Spitzenamt, Beschäftigte in öffentlichen Unternehmen ohne Leitungsfunktionen) zugelassen wird.¹⁶³ Langfristig jedoch gebieten der Zwang zur Rechtssicherheit und vor allem die Weiterentwicklung im europäischen Kontext eine vermehrte Öffnung Deutschlands insbesondere gegenüber dem Unionsrecht.

Unseres Erachtens ist es deshalb – trotz unterschiedlicher Entwicklung und Ausgangslage – für beide Länder geboten, eine klare Abgrenzungslinie öffentlicher Dienste nach der konkret ausgeübten Funktion und ihrer Unerlässlichkeit für das Gemeinwesen zu bestimmen. Hierzu wären analytische, an einheitlichen Kriterien orientierte Arbeitsplatzbewertungen angezeigt,¹⁶⁴ welche als Basis dienen für die Feststellung, ob eine Funktion regelmäßig und überwiegend mit hoheitlichen Befugnissen im Rahmen unerlässlicher Dienste ausgestattet ist. Diese Aufgaben und Verantwortlichkeiten müssen über einen längeren Zeitraum nachweisbar ausgeübt werden und dürfen nicht nur einen

162 Zuletzt bestätigt durch Urteil des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen vom 7.3.2012, Az. 3 d A 317/11.O.

163 Aktuell z.B. *Kutski*, Fn. 146.

164 In der Schweiz werden die einzelnen Funktionen auf Basis der Stellenbeschreibung (Pflichtenheft) den 38 Lohnklassen zugeteilt (Art. 20 I Verordnung des EFD zur Bundespersonalverordnung (VBPV) vom 6.12.2001, SR 172.220.111.31, AS 2001, S. 3198 ff.). Die Funktionsbewertung erfolgt lediglich summarisch, das heißt, die einzelnen Bewertungsaspekte werden eingeschätzt und es ergeht die Entscheidung aufgrund eines Gesamteindrucks (Art. 52 III BPV). Für Deutschland war im Eckpunktepapier ebenfalls vorgesehen, die im Beamtenrecht übliche verwaltungsinterne Arbeitsplatzbewertung durch den jeweiligen Dienstherrn abzulösen durch ein flächendeckendes System der Funktionsbewertung (*Schily/Heesen/Birske*, Fn. 6, S. 6). Denn der weite Gestaltungsspielraum des jeweiligen Dienstherrn impliziert gravierende Unterschiede in der Zuordnung zwischen den Behörden (*Sudjana*, S.: Leistungsanreize im öffentlichen Dienst, Ein Rechtsvergleich zwischen der Schweiz und Deutschland unter Berücksichtigung ökonomischer Aspekte, Schriftenreihe des Forschungsinstitutes für Arbeit und Arbeitsrecht an der Universität St. Gallen, Bd. 32, zugl. Diss. der Universität St. Gallen 2006, Bern – Stuttgart – Wien 2007, S. 101-102 mit weiteren Hinweisen). Der Übergang zu einer – vom methodisch-wissenschaftlichen Standpunkt aus gesehen zu bevorzugenden – rein analytischen Arbeitsbewertung (*Henneberger, F./Oberholzer, K./Zajitschek*, S.: Lohndiskriminierung und Arbeitsbewertung: Ein Beitrag zur Gleichstellungsdiskussion in der Schweiz, Basel – Frankfurt/M. 1997, S. 111) ist bislang in beiden Ländern jedoch nicht geplant.

kleinen Anteil am gesamten Tätigkeitsfeld ausmachen.¹⁶⁵ Eine solche abstrakt funktionale Festlegung mittels eines konsistenten Arbeitsplatzbewertungssystems kann ergänzt werden durch die konkrete einzelfallbezogene Betrachtung.¹⁶⁶ Wird nicht regelmäßig oder nur in geringem Umfang hoheitlich gehandelt, sollte Personen, die solche Arbeitsplätze innehaben, das Streikrecht zugestanden werden. Liegen die Voraussetzungen für ein Streikverbot vor, stellt sich dennoch die Frage, welche Aufgaben und Verpflichtungen innerhalb dieser Funktionen bzw. Funktionsgruppen gegebenenfalls nicht für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung von Bedeutung sind und deswegen ebenfalls vom Streikverbot ausgenommen werden könnten. Sollte Letzteres aber – was zu vermuten ist – nur schwierig zu implementieren sein, könnten alternativ gesetzliche oder vertragliche Regeln in Betracht gezogen werden, die eine Mindestpräsenz der notwendigen Dienste (Notstands- und Erhaltungsarbeiten) garantieren, eine Vorankündigungsfrist für einen Streik beinhalten usw.¹⁶⁷

Die aktuell(er)en Rechtsentwicklungen und die Rechtswirklichkeit in der Schweiz und in Deutschland haben gezeigt, dass eine pauschal-schematische Abgrenzung der Bereiche der öffentlichen Dienste, die dem Streikrecht zugänglich sind oder dem Streikverbot unterliegen, keine ausreichende Rechtssicherheit (mehr) bietet. Hier ist der Gesetzgeber gefordert, das Kräftegleichgewicht zwischen den beiden Seiten des Arbeitsmarktes wieder herzustellen. Andernfalls werden via Richterrecht latent instabile Gleichgewichte bzw. latent stabile Ungleichgewichte einen immerwährenden Diskussionsprozess zur stabilen Gleichgewichtsfindung auslösen.

165 Deswegen sind Zwangsmaßnahmen durch Pflegekräfte einer privatisierten Maßregelvollzugseinrichtung mit dem Funktionsvorbehalt in Art. 33 IV GG durchaus vereinbar, wie ein neueres Urteil des BVerfG ausdrücklich festhält (BVerfGE, Az. 2 BvR 133/10 vom 18.1.2012): Die im Hessischen Gesetz über den Vollzug von Maßregeln der Besserung und Sicherung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt (Maßregelvollzugsgesetz (HessMVollzG) vom 3.12.1981 (GVBl 1981 I S. 414, zuletzt geändert durch Gesetz vom 28.6.2010, GVBl 2010 I S. 185)) enthaltene Befugnis zur vorläufigen Anordnung besonderer Sicherungsmaßnahmen stellt – wenn Gefahr im Verzug ist – eine zulässige Ausnahme für hoheitliches Handeln von Nicht-Beamten im Kernbereich der Eingriffsverwaltung dar.

166 Hierin ist u.E. überhaupt kein Widerspruch zu sehen (anderer Meinung offenbar *Werres*, Fn. 149, S. 880): Die Funktionsbewertung hat systemischen Charakter; dies schließt eine (auch individuelle) Überprüfung der korrekten Zuordnung einzelner Funktionen in den Einreichungsplan keineswegs aus.

167 Für Hinweise zu entsprechenden Regeln in anderen europäischen Staaten *W.D.*: Streikrecht für Polizeibeamte? Drei Beispiele aus Europa, in: Deutsche Polizei. Fachzeitschrift und Organ der Gewerkschaft der Polizei (GdP), Jg. 52 (2003), S. 16-18.