

E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

Streikrecht für Beamte

- 1. Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums aus Art. 33 Abs. 5 GG beinhalten auch weiterhin ein allgemeines Streikverbot für Beamte (hier: Lehrer). Eine funktionsbezogene Differenzierung – wie sie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte gem. Art. 11 EMRK in seinen Entscheidungen zum türkischen Streikverbot fordert – würde einen Verstoß gegen Art. 33 Abs. 5 GG in seiner durch das Bundesverfassungsgericht vorgenommenen Auslegung darstellen. Zu einer abweichenden Beurteilung des statusbezogenen Streikverbots für Beamte als tragenden Verfassungsgrundsatz ist das angerufene Verwaltungsgericht nicht befugt.**
- 2. Ein Streikrecht für Beamte kann auch weder aus anderen völkerrechtlichen Übereinkommen noch aus unmittelbar geltendem EU-Recht abgeleitet werden.**
- 3. Die Verhängung einer disziplinarischen Geldbuße von 100,- € ist angemessen und auch erforderlich, um eine erneute Streikteilnahme des Beamten sowie seiner Kollegen zu verhindern. (Amtliche Leitsätze)**

GG Art. 33, Art. 9 Abs. 3; EMRK Art. 11; BVerfGG § 31

VG Osnabrück, Urt. v. 19.8.2011 – 9 A 1/11¹

I. Problemstellung

1. Zum Fall

Das Urteil des VG Osnabrück ist der jüngste Beitrag zu einer bemerkenswerten, im Ergebnis vorerst noch unentschiedenen Debatte: Seit der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) ein generelles Streikverbot für den öffentlichen Dienst in zwei Leitentscheidungen von 2008/2009 (am Beispiel der Türkei) als Verstoß gegen die EMRK verworfen hat, ist die überkommene Rechtslage auch in Deutschland infrage gestellt. Bisher war es unbestrittener Teil der „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ nach Art. 33 Abs. 5 GG, dass Beamte wegen der gegenseitigen Treuepflicht nicht streiken durften und Verstöße dagegen disziplinarrechtlich verfolgt werden konnten. Der Kläger des vorliegenden Verfahrens, ein Lehrer (und Gewerkschaftsmitglied), wehrte sich gegen eine Disziplinarverfügung, die gegen ihn wegen der Teilnahme an einem Streik während der Unterrichtszeit verhängt worden war. Das VG hat seine Klage zurückgewiesen, während andere Verwaltungsgerichte zuletzt ähnliche Disziplinarmaßnahmen unter Verweis auf die EGMR-Rechtsprechung „kassiert“ hatten. Es steht zu erwarten, dass wegen des hohen Erwartungsdrucks auf allen Seiten die entsprechenden Fallkonstellationen am Ende vom Bundesverwaltungsgericht und ggfs. vom Bundesverfassungsgericht oder auch dem EGMR zu klären sein werden.

¹ Das Urteil findet sich über das Aktenzeichen bei juris sowie unter BeckRS 2011, 53771. Ich danke meinen Mitarbeitern Ch. Lutz und D. Heuer für die intensive Mithilfe bei der Vorbereitung des Beitrags.

2. Studienrelevanz

Für Studierende steht der streitentscheidende Art. 33 Abs. 5 GG (hier in Verbindung mit der EMRK) regelmäßig nicht im Fokus der Aufmerksamkeit. Dabei ist das Recht des öffentlichen Dienstes ein elementarer Bestandteil der öffentlichen rechtlichen Dogmatik, sowohl in der Praxis etwa des Verfassungsgerichts (vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG), wonach Art. 33 GG ausdrücklich zu den verfassungsbeschwerdefähigen Rechten gehört) als auch als tragendes Grundprinzip für die Organisation der gesamten Verwaltung. Die vorliegende Entscheidung lädt dazu ein, die Grundzüge der „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ wie auch die (zunehmende) völkerrechtliche Einbindung der deutschen Rechtsprechung zur Kenntnis zu nehmen. Jedes dieser Elemente kann sowohl in Pflichtfachklausuren wie auch insbesondere in mündlichen Prüfungen zum Gegenstand werden, wobei bessere Teilnehmer sich oft schon durch Verständnis der Grundstrukturen abheben können.

II. Inhalt des Urteils

1. Hintergrund

a) Grundsätze des Berufsbeamtentums

Art. 33 Abs. 5 GG bestimmt, dass das „Recht des öffentlichen Dienstes [...] unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln“ ist.² Freilich sind bekanntlich nicht alle Angehörigen des öffentlichen Dienstes Beamte; das Grundgesetz schreibt insoweit nur vor, dass die „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ Beamten zu übertragen ist (Art. 33 Abs. 4 GG – sog. Funktionsvorbehalt³). Unbestritten ist eine Verbeamtung jedoch auch über diese funktionsorientierte Vorgabe hinweg möglich.⁴ Im praktischen Ergebnis besteht in Deutschland auf allen staatlichen Ebenen (Kommunen, Bundesländer, Bund) eine Zerteilung des öffentlichen Dienstes: Die Gruppe der Beamten steht neben der Gruppe der vertraglich angestellten Beschäftigten, ohne dass von der Aufgabe oder Funktion her ohne weiteres auf den Status geschlossen werden könnte.⁵

² Die sog. „Fortentwicklungsklausel“ wurde durch die Föderalismusreform 2006 (Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.8.2006, BGBl. I 2006, S. 2034) eingefügt. Zur Wirkung *Masing*, in: Dreier (Hrsg.), Kommentar zum GG, 2. Aufl. – Supplementum 2007, Art. 33 Rn. 17a und 72a.

³ Art. 33 Abs. 4 GG: „Die Ausübung hoheitlicher Befugnisse ist als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen.“ Allerdings müssen Beamtenverhältnisse nicht auf diese hoheitlichen Aufgaben beschränkt werden. Zur Reichweite *Masing*, in: Dreier (Hrsg.), Kommentar zum GG, 2. Aufl. 2006, Art. 33 Rn. 6 ff. und 60 ff.

⁴ Siehe BVerfGE 119, 247 (267); *Lecheler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, § 110 Rn. 15.

⁵ Für das Berichtsjahr 2010 sind von den ca. 4,586 Millionen Beschäftigten im öffentlichen Dienst ca. 1,68 Millionen in einem Beamtenverhältnis (zzgl. 185.000 Berufs- und Zeitsol-

In mancher Beziehung ist die Rechtslage in den Beschäftigungsverhältnissen zwischen Beamten und Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst weitgehend angeglichen. Ihr Fundament ist allerdings unterschiedlich: Beamte werden durch einen Verwaltungsakt ernannt, ihr Dienstverhältnis ist auf Lebenszeit angelegt, während Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag abschließen. Und nur für die Regelung des Beamtenstatus gelten die im Grundgesetz benannten „Grundsätze des Berufsbeamtentums“.⁶

Mit diesen Grundsätzen ist ein „Kernbestand von Strukturprinzipien“⁷ gemeint, die für alle Beteiligten bereits vorgegeben sind (und also insbesondere auch für den Gesetzgeber nicht ohne weiteres zur Disposition stehen). Im Einzelnen handelt es sich dabei um eine Reihe von Rechten und Pflichten,⁸ die sich durch ihre fundamentale („Grundsätze“) Bedeutung für den Beamtenstatus und ihre traditionelle („hergebracht“) Geltung auszeichnen müssen.⁹ Dieses besondere System wird aus den besonderen Funktionsbedingungen der entsprechenden Aufgaben gerechtfertigt, für die eine hervorgehobene rechtsstaatliche Rückbindung wie auch die loyale und zugleich eigenständige Umsetzung politisch verantworteter Vorgaben kennzeichnend ist.¹⁰ Dies bedingt eine spezifische Unabhängigkeit des Beamtenverhältnisses, die sich in einer (individuell einklagbaren) entsprechenden Ausgestaltung des Beamtenstatus zeigt:¹¹ Neben dem Lebens- und Vollzeitprinzip¹² gehört hierzu vor allem das Alimentationsprinzip, das die materielle Gegenleistung des Staates nicht als unmittelbare Entlohnung konkret geleisteter Arbeit versteht,

daten), siehe hierzu Statistisches Bundesamt, Finanzen und Steuern – Personal des öffentlichen Dienstes, Fachserie 14, Reihe 6, 2010, 2011, S. 100. Für bestimmte Aufgaben, etwa den Polizeivollzugsdienst, ist die generelle Verbeamtung wegen Art. 33 Abs. 4 GG unstrittig, ebenso werden bestimmte Aufgaben ganz überwiegend von Arbeitnehmern wahrgenommen, etwa im Bereich technischer Dienste. Für die große Gruppe der Lehrer hat das Bundesverfassungsgericht die seit Jahrzehnten in der Schwebe gehaltene Frage nach der (bundesrechtlich) notwendigen Verbeamtung kurzerhand im Jahr 2007 verneint, BVerfGE 119, 247 (267). Siehe zu den Konsequenzen unten III. 2. a).

⁶ Ausdrücklich BVerfGE 3, 162 (186).

⁷ BVerfGE 106, 225 (232).

⁸ Neben den hier dargestellten Teilprinzipien umfassen die Grundsätze des Berufsbeamtentums u.a. auch noch den Laufbahngrundsatz, das Leistungsprinzip, das Recht auf eine amtsangemessene Amtsbezeichnung und die Notwendigkeit, einschlägige Regelungen durch Gesetz zu treffen.

⁹ Fortzuentwickeln ist das „Recht des öffentlichen Dienstes“ (und nicht die Grundsätze); siehe BVerfGE 119, 247 (272 f.); Masing (Fn. 2), Art. 33 Rn. 72a. Weiter zu unterscheiden ist danach, ob Grundsätze nur berücksichtigt oder auch beachtet werden müssen, vgl. BVerfGE 64, 367 (379).

¹⁰ Siehe BVerfGE 119, 247 (261). Zu Kritik und Rechtfertigung der Norm weiter Masing (Fn. 3), Art. 33 Rn. 28 und 59.

¹¹ Zusammenfassend BVerfGE 106, 225 (231 f.) und zuletzt Bezugnahme in BVerfGE 121, 205 (219).

¹² Hierzu Wißmann, ZBR 2011, 181.

sondern als Vergütung für den Dienst der „ganzen Person“.¹³ Diese besondere Rechtsposition korrespondiert mit besonderen Pflichten im „Dienst- und Treueverhältnis“.¹⁴ Unter anderem hat das Bundesverfassungsgericht klar ausgesprochen, dass als hergebrachter allgemeiner Grundsatz des Berufsbeamtentums die Alimentierung einseitig festzulegen sei und „innerhalb des Beamtenrechts die Zulassung eines Streiks ausgeschlossen ist“.¹⁵

b) EGMR-Rechtsprechung zum Streikverbot im öffentlichen Dienst

Die EMRK enthält (wie das Grundgesetz) neben „privaten“ Freiheitsrechten bekanntlich auch spezielle Rechte für bestimmte Lebensbereiche, die in der Regel auf historisch erwiesene, besondere Gefährdungen von Freiheit reagieren.¹⁶ In diesem Sinn ist die Gewährleistung des Art. 11 Abs. 1 EMRK ein wichtiger, vorrangig von den Gewerkschaften erkämpfter Ausdruck einer demokratischen und sozialen Gesellschaftsordnung.¹⁷ Da auch die Angehörigen des öffentlichen Dienstes ein legitimes Interesse an einer adäquaten Ausgestaltung ihrer Arbeitsverhältnisse haben, stellt sich die Frage, ob und inwieweit Vereinigungsrecht und Streikrecht auch für sie gelten bzw. nicht gelten sollen.

In Hinblick auf mögliche Beschränkungen enthält Art. 11 EMRK insoweit in Abs. 2 S. 1 eine relativ weit gefasste allgemeine Einschränkung¹⁸ sowie in Abs. 2 S. 2 eine gesonderte Klausel, nach der Art. 11 EMRK „rechtmäßigen Einschränkungen der Ausübung dieser Rechte für Angehörige der Streitkräfte, der Polizei oder der Staatsverwaltung nicht entgegen [steht].“

In Anwendung des Art. 11 EMRK hat nun der EGMR im Jahr 2009 ein generelles Streikverbot für sämtliche Angehörigen des öffentlichen Dienstes in der Türkei, auf das 1996 durch einen Runderlass hingewiesen worden war, verworfen

¹³ Näher Masing (Fn. 3), Art. 33 Rn. 87.

¹⁴ Siehe in ständiger Rechtsprechung nur BVerfGE 61, 43 (56); 71, 39 (60).

¹⁵ BVerfGE 44, 250 (264) mit Verweis auf BVerfGE 8, 1 (15 ff.; 17); 19, 303 (322). Siehe zuletzt BVerfGE 119, 247 (264), wo auch unmittelbar auf den Verbot „wirtschaftlicher Kampf- und Druckmittel“ verwiesen wird.

¹⁶ Vgl. Wißmann, Generalklauseln, 2008, S. 112 ff.

¹⁷ Art. 11 Abs. 1 EMRK: „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.“ Näher Marauhn, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, Rn. 59 ff., 88 f.

¹⁸ Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK: „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.“

und der klagenden Gewerkschaft (!¹⁹) einen Anspruch auf 1.500 Euro als Ersatz für Kosten und Auslagen zuerkannt.²⁰ Ein Streikverbot könne bestimmte Angehörige des öffentlichen Dienstes betreffen (genannt werden Bedienstete, die im Namen des Staates Hoheitsgewalt ausüben), jedoch „nicht insgesamt für den öffentlichen Dienst“ gelten.²¹ Vorschriften zum Streikverbot müssten im Übrigen „so eindeutig und begrenzt wie möglich die Gruppe der betroffenen Angestellten“ bestimmen; dies sei hier nicht geschehen.²² Auch der allgemeinere Nachweis, dass die Beschränkung (nach Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK) „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ war, sei hier nicht geführt worden. Daher sei der Klage stattzugeben.

2. Erste Folgeentscheidungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit

a) VG Düsseldorf²³

Die Entscheidung des EGMR hat in Deutschland in kurzer Zeit dazu geführt, dass das überkommene Streikverbot für Beamte auf den Prüfstand gestellt worden ist. In allen bekannten Fällen sind dabei Lehrerinnen und Lehrer nach einem Streik während der Unterrichtszeit, den in der Regel die Gewerkschaft für Wissenschaft und Erziehung (GEW) organisiert hatte, gegen die anschließenden Disziplinarmaßnahmen vorgegangen. Das VG Düsseldorf, das sich im Dezember 2010 als erstes Gericht mit der von der GEW proklamierten „neuen Ära“ auseinandergesetzt hat,²⁴ erkannte in der Streikteilnahme der klagenden Lehrerin zwar ein Dienstvergehen, hielt aber die verhängte Disziplinarstrafe wegen einer Unvereinbarkeit mit Art. 11 EMRK dennoch für unzulässig.²⁵ Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, aus denen sich das allgemeine Streikverbot ergebe, könnten zwar im Rahmen einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung wegen der entgegenstehenden Rechtsprechung des BVerfG nicht

übergangen werden.²⁶ Allerdings sei im Rechtsfolgenbereich Raum für eine völkerrechtsfreundliche Auslegung.²⁷ Dort könnten die Wertungen der Menschenrechtskonvention im Rahmen der Verfahrenseinstellung „aus sonstigen Gründen“ (nämlich Konventionswidrigkeit) berücksichtigt werden, so dass hier zwar der Vorwurf eines Dienstvergehens bestehen bleibe, dieser jedoch nicht zu ahnden sei.²⁸

b) VG Kassel²⁹

Das VG Kassel ging in einer Folgeentscheidung vom Juli 2011 über die Entscheidung des VG Düsseldorf hinaus und verneinte schon die Dienstpflichtwidrigkeit³⁰ der Streikteilnahme durch die klagende Lehrerin: Durch „Übernahme der EMRK“ und die jüngste EGMR-Rechtsprechung seien die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums dahin fortentwickelt worden, dass das allgemeine Streikverbot sich in ein partielles Streikverbot nur für bestimmte Beamtengruppen gewandelt habe.³¹ Das Gericht stützte sich dabei auf Entscheidungen des BVerfG, wonach das Grundgesetz EMRK-freundlich auszulegen sei.³² Die in Deutschland getroffene statusbezogene Unterscheidung zwischen Beamten und Angestellten im öffentlichen Dienst genüge vor diesem Maßstab nicht den Vorgaben des EGMR, der eine funktionale Differenzierung verlange; die Zuerkennung des Status erfolge in Deutschland nicht funktionsbezogen, sondern oftmals willkürlich.³³

3. Die Position des VG Osnabrück

Das Urteil des VG Osnabrück ist nun zunächst deshalb bemerkenswert, weil es den anscheinend bereits geebneten Weg hin zum Streikrecht (bzw. zum sanktionslosen Pflichtenverstoß) im Ergebnis nicht unterstützt. Auch hier ging es darum, dass ein verbeamteter Lehrer seiner Unterrichtsverpflichtung wegen der Teilnahme an einem Streit nicht nachgekommen war; ihm war deshalb disziplinarrechtlich eine Geldbuße in Höhe von 100 Euro auferlegt worden.

Das Urteil erklärt diese Disziplinarverfügung im Ergebnis für rechtmäßig, da der Beamte durch das Fernbleiben vom Dienst seine Dienstpflichten schuldhaft verletzt habe. Dafür wird auf die einschlägige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zurückgegriffen: Das Streikverbot zähle als

¹⁹ Zur Zulässigkeit einer entsprechenden Klage EGMR (III. Sektion), Entsch. v. 21.4.2009 – 68959/01 (Enerji Yapi-Yol Sen v. Türkei) = BeckRS 2010, 15878, Rn. 22 ff., insbesondere Rn. 24.

²⁰ EGMR (III. Sektion), Entsch. v. 21.4.2009 – 68959/01 (Enerji Yapi-Yol Sen v. Türkei) = BeckRS 2010, 15878, Sachverhaltsangabe.

²¹ EGMR (III. Sektion), Entsch. v. 21.4.2009 – 68959/01 (Enerji Yapi-Yol Sen v. Türkei) = BeckRS 2010, 15878, Rn. 32. Deutschsprachige Zitate hier und im Folgenden nach der Übersetzung von Meyer-Ladewig, Wachtberg und Petzold, ebd.

²² EGMR (III. Sektion), Entsch. v. 21.4.2009 – 68959/01 (Enerji Yapi-Yol Sen v. Türkei) = BeckRS 2010, 15878, Rn. 32.

²³ VG Düsseldorf, Urt. v. 15.12.2010 – 31 K 3904/10.O; vgl. die Anmerkung von Löber, AuR 2011, 76 f.

²⁴ Pressemitteilung der GEW vom 3.11.2009, abzurufen unter http://www.gew.de/Beamte_duerfen_streiken.html (zuletzt abgerufen am 20.9.2011).

²⁵ VG Düsseldorf, Urt. v. 15.12.2010 – 31 K 3904/10.O, Rn. 12 f., 22, 24.

²⁶ VG Düsseldorf, Urt. v. 15.12.2010 – 31 K 3904/10.O, Rn. 19. Diese Einschätzung teilt Seifert, KritV 2009, 357 f.

²⁷ VG Düsseldorf, Urt. v. 15.12.2010 – 31 K 3904/10.O, Rn. 32.

²⁸ VG Düsseldorf, Urt. v. 15.12.2010 – 31 K 3904/10.O, Rn. 34. Vorwurf der Widersprüchlichkeit bei Löber, AuR 2011, 76.

²⁹ VG Kassel, Urt. v. 27.7.2011 – 28K 574/10.KS.D (unveröffentlicht). Gleichlautend VG Kassel, Urt. v. 27.7.2011 – 28 K 1208/10.KS.D (unveröffentlicht).

³⁰ VG Kassel, Urt. v. 27.7.2011 – 28K 574/10.KS.D, S. 6.

³¹ VG Kassel, Urt. v. 27.7.2011 – 28K 574/10.KS.D, S. 8.

³² VG Kassel, Urt. v. 27.7.2011 – 28K 574/10.KS.D, S. 8 unter Verweis auf BVerfGE 74, 358 (370); 82, 106 (114, 120).

³³ VG Kassel, Urt. v. 27.7.2011 – 28K 574/10.KS.D, S. 9 f.

Kernbestandteil zum Bereich der Treuepflicht des Beamten; der Beamte sei dem Allgemeinwohl und damit zur uneigennütigen Amtsführung verpflichtet und habe bei der Erfüllung der anvertrauten Aufgaben seine eigenen Interessen zurückzustellen.³⁴ Das Streikverbot sei im Übrigen eine notwendige Ergänzung des Alimentationsprinzips, das auf der einseitigen Zuerkennung der amtsangemessenen Besoldung beruhe und eine gegenseitige Einigung darüber (auf die ein Arbeitskampf gerichtet sei) gerade ausschließe.³⁵ Das deutsche System stelle durchgehend auf den Status und nicht auf die Funktion ab; eine Abweichung von dieser Rechtsprechung sei dem VG schon deshalb nicht möglich, weil das Streikverbot (mangels gesetzlicher Regelung) unmittelbar aus Art. 33 Abs. 5 GG hergeleitet werde und insoweit die Auslegung des BVerfG gemäß § 31 BVerfGG bindende Wirkung habe.³⁶

Die Einwirkung der EMRK wird vom VG Osnabrück auf dieser Grundlage nun wie folgt bewertet: Auch nach Auffassung dieses Gerichts „spricht vieles dafür, dass das absolute Streikverbot für Beamte in Deutschland Art. 11 Abs. 2 EMRK widerspricht, also völkerrechtlich eine funktionsbezogene Differenzierung wie in den die Türkei betreffenden Entscheidungen erforderlich wäre und sich Deutschland in Form des derzeit gültigen allgemeinen Streikverbots für Beamte völkerrechtswidrig verhält.“³⁷ Mit anderen Worten: Auch das VG Osnabrück sieht angesichts des Grundsatzes der völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes und der Rechtsprechung zu Art. 11 EMRK das Streikverbot als unrechtmäßig an. Der Unterschied zu den vorgenannten Judikaten besteht nur darin, dass das Gericht sich institutionell gehindert sieht, die bundesverfassungsgerichtlichen Vorgaben außer Acht zu lassen – und eine konkrete Normenkontrolle kommt wegen der Nichtnormierung des Streikverbots nicht in Betracht. Die Aufforderung an den Kläger, den Rechtsstreit notfalls nach Karlsruhe oder Straßburg zu treiben, könnte kaum deutlicher ausfallen.

III. Einordnung und Perspektiven

1. Zwischenbilanz: Alles offen – und das Beamtenrecht am Scheideweg

Die bisher vorliegenden Entscheidungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit zum Streikrecht für Beamte machen auf den ersten Blick den Eindruck einer Echternacher Springprozesse-

sion. Tatsächlich jedoch kommen sie wie gesehen nach der Vorentscheidung durch den EGMR bereits jetzt zu einer überstimmenden materiellrechtlichen Einschätzung: Die EMRK wirke auf Art. 33 Abs. 5 GG in der Weise ein, dass ein absolutes Streikverbot, welches allein auf den Status der Beamten abzielt, völkerrechtswidrig sei. Die Gerichte ziehen daraus freilich einstweilen unterschiedliche Schlüsse: Von der Rechtmäßigkeit des Streiks über die Nichtsanktionierung der Dienstpflichtverletzung bis hin zur (vorläufigen) Aufrechterhaltung der Disziplinarmaßnahme. Damit ist nicht nur eine bemerkenswerte Kreativität im Rechtsfolgenbereich bewiesen. Deutlich ist auch, dass das überkommene beamtenrechtliche Streikverbot, das die praktische Handhabung des Beamtenrechts und weithin auch das Selbstverständnis der Beamenschaft prägt, massiv unter Druck geraten ist und durch die Obergerichte (und ggfs. durch den Gesetzgeber) neue Klarheit geschaffen werden muss.

Um eine dogmatische Konsolidierung der Rechtsprechung einzuleiten, ist es notwendig, noch einmal das aktuelle Gesamtbild zu würdigen: Denn wenn man parallel stattfindende Entwicklungen berücksichtigt, wird erkennbar, dass die Frage nach dem Streikrecht Bestandteil einer ganz grundlegenden Auseinandersetzung über die Zukunft des Beamtenrechts ist. Die Streitstände verlaufen dabei nicht wie in der Vergangenheit anhand eher abstrakt-politischer Fragen (insbesondere: Soll es statt der Zweiteilung nur noch einen einheitlichen öffentlichen Dienst geben?³⁸). Vielmehr ist in mehrfacher Beziehung die Abgrenzung zwischen Beamten und Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst unter sehr konkretem Druck: Klassische Elemente des Beamtenrechts wie die Ämterstabilität oder das Laufbahngruppenprinzip sind von Rechtsprechung und Gesetzgeber aufgegeben worden;³⁹ Reformbemühungen „im System“ (wie etwa die Teilzeitverbeamtung) wurden mit einem statischen Verständnis der „hergebrachten Grundsätze“ von BVerwG und BVerfG zurückgewiesen, so dass dem hergebrachten Beamtenrecht die Gefahr einer Versteinigung droht.⁴⁰ Und schließlich werden Verbeamtungen inzwischen ganz offen als bloße Versorgungsabsicherung unter sofortiger Beurlaubung in besser bezahlte Angestelltenverträge betrieben.⁴¹

³⁴ VG Osnabrück, Urt. v. 19.8.2011 – 9 A 1/11, Rn. 27 unter Verweis auf BVerfGE 4, 96 (107); 119, 247 (264 und 267 f.); BVerfG NJW 2008, 2568 (2569) sowie BVerwGE 73, 97 (105).

³⁵ VG Osnabrück, Urt. v. 19.8.2011 – 9 A 1/11, Rn. 28 unter Verweis auf BVerfGE 44, 240 (264).

³⁶ VG Osnabrück, Urt. v. 19.8.2011 – 9 A 1/11, Rn. 31 ff. unter Verweis auf BVerfGE 119, 247 (267).

³⁷ VG Osnabrück, Urt. v. 19.8.2011 – 9 A 1/11, Rn. 38 m.w.N. zu Lörcher, AuR 2009, 229 und Niedobitek, ZBR 2010, 361 (368). Die Kammer führt näher aus, dass die Bindung an das Urteil des EGMR auch deshalb relativiert sei, weil es sich dort nicht um einen Beschäftigung mit deutschem Recht gehandelt habe.

³⁸ Dazu etwa als letzter großer Beitrag Bull, Regierungskommission Zukunft des öffentlichen Dienstes – Öffentlicher Dienst der Zukunft, 2003. Der Formelkompromiss zu Art. 33 Abs. 5 GG im Rahmen der ersten Föderalismusreform (s.o. Fn. 2), der auf eine Fortführung des gewohnten Systems hinauslief, hat diese Großdebatte vorläufig beendet.

³⁹ Zum Abschied von der Ämterstabilität im Konkurrentenverfahren: BVerwG DVBl. 2011, 22; Dienstrechtsreformgesetz für Bayern v. 5.8.2010 (BayGVBl. S. 410 ff.).

⁴⁰ Dazu Wißmann, ZBR 2011, 181 m.w.N.

⁴¹ Zum entsprechenden Missbrauch des Beamtentums als Versorgungswesen für Sonderverträge bei der Bundesagentur für Arbeit nach einem (unveröffentlichten) Bericht des Bundesrechnungshofes vom Juni 2010, Süddeutsche Zeitung vom 19.5.2010, S. 19; vgl. bereits Wißmann, ZBR 2008, 217 (218 ff.).

Die Funktion des Beamtenstatus wie auch seine inneren und äußeren Bedingungen ist angesichts dieser Vorgänge nicht mehr randscharf erkennbar. Um sie in ihrer Unterschiedlichkeit zu erfassen, bietet sich eine Deutung an: Das Beamtenrecht unterliegt seit einiger Zeit (mit Verzögerungen und Erleichterungen) der „Anpassung des Sozialstaats nach unten“.⁴² So ergibt sich („gefühlte“: gerechterweise), dass Beamte um die letzten Vorrechte als Ausgleich für anderweitige Einschränkungen kämpfen (etwa beim Anspruch auf ein volles Dienstdeputat), zugleich aber nicht mehr bereit sind, Einschränkungen gegenüber dem allgemeinen Arbeitnehmerstatus anzuerkennen (etwa eben bei der Frage des Streikverbots). Da die Rechtsprechung jeweils nur fallbezogen reagieren kann und tendenziell bei der Zuerkennung von Rechten wie bei der Abschaffung von Pflichten individualschützend vorgeht, droht in der Summe der ganz unterschiedlichen Konstellationen eine Asymmetrie, die die Grundarchitektur des Beamtenrechts verändert.⁴³

2. Orientierung im internationalen Recht als Neuausrichtung des Beamtenrechts?

a) „Funktionsbeamte“ als Lösungsansatz

Was heißt nun dieses allgemeine Panorama für die Beurteilung der Streikentscheidungen? Kann vielleicht die dort begonnene „Denationalisierung“⁴⁴ eine tragfähige Perspektive abbilden, von der aus das Beamtenrecht insgesamt wieder wetterfest zu machen ist?

Eine mögliche, in sich konsistente Lösung ist bereits erkennbar: „Status“-Beamte könnten zukünftig nur noch in einem (eng verstandenen) Funktionsbereich nach Art. 33 Abs. 4 GG ernannt werden. Unter dem Stichwort der Völkerrechtsfreundlichkeit ließe sich so doch scheinbar mindestens auf mittlere Sicht eine neue Symmetrie zwischen internationalen und nationalen Vorgaben herstellen, weil Sonderrechte und Sonderpflichten nur noch für einen funktional bestimmten Kreis von Beamten einschlägig wären, für die dies auch im internationalen (und im europäischen) Recht vorgesehen ist. Der Wegfall des Streikverbots außerhalb des „Funktions“-Beamten wäre dann nicht nur Morgengabe an das internationale Recht, sondern auch der Auftakt zu einem tiefgreifenden Umbau des deutschen Beamtenrechts als Personal-konzept. Hinzu kommt: Das Bundesverfassungsgericht hat einer solchen Entwicklung bekanntlich in Bezug auf die große Gruppe der Lehrer bereits mit leichter Hand den Weg gewiesen.⁴⁵ Und so könnte sich die Rechtsprechung aufgefordert sehen, über die Bande von EGMR und EMRK das Beamtenrecht auf neue, verschmälerte, aber vermeintlich gut konstruierte Träger zu stellen.

⁴² Hinsichtlich der unechten Parallelisierung bemerkenswert klar schon 1977 BVerfGE 44, 250 (262 f.).

⁴³ Näher Wißmann, 2011, 181 (187 f.).

⁴⁴ *Niedobitek*, ZBR 2010, 361 (368); demgegenüber kritisch *Lindner*, DÖV 2011, 305.

⁴⁵ BVerfGE 119, 247 (267).

b) Dogmatische und rechtspolitische Rückfragen

Bevor dem Reflex einer solchen „einfachen Lösung“ nachgegeben wird, gilt es allerdings weitere Aspekte zu bedenken, die hier zum Schluss nur stichwortartig aufgeworfen werden können:

In dogmatischer Hinsicht bedarf zunächst die Einwirkung von EMRK und EGMR auf das deutsche (Verfassungs-)Recht einer noch stärkeren Durchdringung. Hier sind zwei Stichworte zu nennen: Noch fehlt es – erstens, in eher abstrakter Hinsicht – ganz generell an einer tragfähigen Systematik, mit welchem Anspruch und mit welcher Reichweite die Judikatur des EGMR über ein konkretes Urteil hinaus wirken will und kann. Als Ausgangspunkt kann dabei festgehalten werden, dass den Entscheidungen im Sinn einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes eine „Orientierungs- und Leitfunktion [...] auch über den konkret entschiedenen Einzelfall hinaus“ zukommt.⁴⁶ Dabei wird die EMRK als Auslegungshilfe „ergebnisorientiert“ herangezogen; statt einfacher Parallelisierung geht es um die Vermeidung von Völkerrechtsverletzungen.⁴⁷ Zusammengefasst ist

⁴⁶ Das BVerfG spricht insoweit von einer „faktischen Präzedenzwirkung der Entscheidungen internationaler Gerichte“, BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2333/08, 2 BvR 571/10, 2 BvR 1152/10 (Sicherungsverwahrung II), Rn. 89, unter Hinweis auf vorausgehende Entscheidungen BVerfGE 109, 13 (23 f.); 109, 38 (50); 111, 307 (318, 328); 112, 1 (25); 123, 267 (344 ff., 347); BVerfGK 9, 174 (193). Für eine Bindung Deutschlands im konkreten Fall daher *Seifert*, KritV 2009, 357, der die EGMR-Urteile zwar methodisch kritisiert (zu weitgehende Heranziehung der Meinung internationaler Gremien, *Seifert*, KritV 2009, 357 [363 ff.]), dennoch davon ausgeht, dass aufgrund einer „Orientierungswirkung“, eine „über den Einzelfall hinausgehende ‚Präjudizwirkung‘“ (*Seifert*, KritV 2009, 357 [371]) besteht, „in der Sache bedeutet dies, dass Deutschland konventionsrechtlich verpflichtet ist“ (*Seifert*, KritV 2009, 357 [377]). Ähnlich *Niedobitek*, ZBR 2010, 361, der ebenfalls eine „Orientierungswirkung“ annimmt, die dazu führe, „dass Deutschland verpflichtet ist, den Beamten grundsätzlich die Möglichkeit von Kollektivverhandlungen, einschließlich des Streikrechts, zu eröffnen“ (*Niedobitek*, ZBR 2010, 361 [368]).

⁴⁷ BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2333/08, 2 BvR 571/10, 2 BvR 1152/10 (Sicherungsverwahrung II), Rn. 91. Das BVerfG leitet den Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung (in Bezug auf die EMRK) einfachgesetzlich aus dem „entsprechenden Rechtsanwendungsbefehl“ in Form des Ratifikationsgesetzes zur EMRK ab (BVerfGE 111, 307 [316 f.] – Görgülü) und spricht ihm wegen des Bekenntnisses zu den Menschenrechten in Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Art. 59 Abs. 2 GG zudem „verfassungsrechtliche Bedeutung“ zu (BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2333/08, 2 BvR 571/10, 2 BvR 1152/10 [Sicherungsverwahrung II], Rn. 88 ff. m.w.N.). Die EMRK soll – in der Fassung der Auslegung durch den EGMR – sowohl auf einfachgesetzlicher Ebene als auch auf Ebene der grundgesetzlichen Gewährleistungen als Auslegungshilfe herangezogen werden (näher BVerfGE 111, 307 [322 ff.] – Görgülü; BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR

eine Ableitung bestimmter allgemeiner Rechtsfolgen aus den Gewährleistungen der EMRK stets ein voraussetzungsvoller Vorgang des „Umdenkens“ menschenrechtlicher Gehalte in den jeweiligen Kontext.⁴⁸ Stärker als bisher wird nun bei der Verflechtung der Rechtsprechung im Mehrebenensystem zukünftig zu berücksichtigen sein, wieweit die Judikatur des EGMR gemäß der dort wirkenden Traditionen über das konkrete Urteil hinaus (nur) Präjudizien schaffen will und also von vornherein nicht ohne weiteres darauf ausgelegt ist, aus einem bestimmten Sachverhalt allgemeine Rechtssätze abzuleiten, die nicht nur in anderen Fallkonstellationen, sondern auch in anderen (nationalen) Rechtssystemen zur Anwendung gebracht werden sollen.⁴⁹ Die Einsicht in die Differenz zum deutschen (Verfassungsgerichts-)System könnte geeignet sein, die Überspannung abzubauen, die aus der ausgreifenden Anwendung von Dritturteilen von EGMR (oder auch EuGH) auf das deutsche Rechtssystem entsteht, insbesondere, wenn es nicht um besonders gelagerte Einzelfälle, sondern um eine Frage grundsätzlicher Organisation der Staatsverwaltung geht.⁵⁰

Darüber hinaus wird – zweitens – auch in concreto genauer als bisher geschehen zu fragen sein, was der EGMR in Bezug auf die einschlägigen Fragen tatsächlich vorgibt. So

2333/08, 2 BvR 571/10, 2 BvR 1152/10 [Sicherungsverwahrung II], Rn. 86 ff.) Gleichzeitig zeigt das BVerfG Konfliktpotentiale einer konventionsfreundlichen Auslegung auf: Diese darf nicht zur Unterschreitung des grundgesetzlichen Schutzniveaus oder einer einseitigen Destabilisierung von mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen führen, sondern muss den „Kontext der aufnehmenden Verfassungsordnung“ im Blick behalten (BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2333/08, 2 BvR 571/10, 2 BvR 1152/10 [Sicherungsverwahrung II], Rn. 92 f.; BVerfGE 111, 307 [317, 327] – Görgülü).

⁴⁸ BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2333/08, 2 BvR 571/10, 2 BvR 1152/10 (Sicherungsverwahrung II), Rn. 92, unter Berufung auf *Häberle*, Europäische Verfassungslehre, 7. Aufl. 2011, S. 255 f.

⁴⁹ Hierzu jetzt ausführlich *Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: *Lepsius u.a.*, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 159 (S. 237 ff., insb. 257 ff.).

⁵⁰ Im deutschen Rechtskreis ist bisher vor allem die Berücksichtigung unmittelbar einschlägiger EGMR-Urteile thematisiert worden (BVerfGE 311, 307 [316 f., 322 ff.] – Görgülü; 120, 180 [218] – Caroline von Monaco III). Das BVerfG hat sich dem Problem zuletzt in einer institutionellen (und nicht methodischen) Sichtweise gestellt, vgl. BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2333/08, 2 BvR 571/10, 2 BvR 1152/10 (Sicherungsverwahrung II), Rn. 89 f. Vor diesem Hintergrund ist darauf hinzuweisen, dass der EGMR eben nicht das deutsche Dienstrecht beurteilt und sich schon gar nicht zu der Frage geäußert hat, ob deutsche Beamte streiken dürfen. Die Übernahme von Dritturteilen steht in der Gefahr des Jakobinismus, wenn sie auch noch manche sprachliche Differenz zwischen französischem Originalurteilstext (zum türkischen Recht) einebnen und auf das große Ganze abstellt. Auf die sprachlichen Differenzen weist *Lindner*, DÖV 2011, 305 (307 mit Fn. 22) hin.

wohl die Entscheidung zur funktionsbezogenen Begrenzung eines besonderen öffentlichen Dienstes (die 1999 zunächst in Bezug auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 6 EMRK entwickelt wurde)⁵¹ als auch die Frage des Rechts auf gewerkschaftliche Interessenvertretung (von 2008),⁵² die gemeinsam die Grundlage für die Entscheidung vom April 2009 zum generellen Streikverbot bilden, sind je für sich wenig spektakulär und jedenfalls für das deutsche Beamtenystem traditioneller Art im Ergebnis kaum beachtlich. Und auch die darauf aufbauende, relativ knappe Streikverbot-Entscheidung, die zur Grundlage des Schwenks in Deutschland geworden ist, enthält bei näherer Analyse erhebliche Unschärfen, die nur bei sehr forscher Auslegung eine unbedingte Engführung von Hoheitsgewalt (im Sinn des Art. 33 Abs. 4 GG), Beamtenstatus und Sonderpflichten wie dem Streikverbot erlauben.⁵³

Diese Fragen sind in der bisherigen Judikatur nicht ausreichend aufgearbeitet. Für die Neuorientierung des Beamtenrechts im verfassungsrechtlichen Mehrebenensystem ist im

⁵¹ EGMR (Große Kammer), Urt. v. 8.12.1999 – 28541/95 (*Pellegrin v. Frankreich*), Rn. 64 ff. Hier hat der EGMR in Bezug auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 6 EMRK einen funktionalen Begriff des öffentlichen Dienstes entwickelt; allerdings sollte im Ergebnis auch die Tätigkeit als technischer Berater für das Wirtschaftsministerium von Guinea für einen solchen funktionalen „Anteil an der Staatsgewalt“ ausreichen, da dem Betroffenen eine „wichtige Verantwortung im Bereich der Staatsfinanzen“ übertragen gewesen sei. Vor diesem Maßstab ist die Tätigkeit von Lehrern wohl ebenfalls „hoheitlich“. Vgl. dazu aus der internationalen Perspektive auch den Nachweis bei *Niedobitek*, ZBR 2010, 361 (366 mit Fn. 97).

⁵² EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 12.11.2008 – 34503/97 (*Demir und Baykara v. Türkei*) = AuR 2009, 269 (272, Rn. 97 und 107). In überzeugender Weise legt der EGMR hier dar, dass auch für Angehörige der Staatsverwaltung Art. 11 Abs. 1 EMRK einschlägig ist, insoweit aber (besondere) Einschränkungen gemäß Art. 11 Abs. 2 möglich sind (vgl. Rn. 107). Die Anwendung des Art. 11 Abs. 2 müsse insoweit „eng“ erfolgen, als dass es nur um die Ausübung der entsprechenden Rechte ginge, das Recht auf Vereinigungsfreiheit dürfe nicht in seinem Wesensgehalt angetastet werden (Rn. 97). Konkret ging es um die Frage, inwieweit Gemeindebedienstete aus funktionalen Gründen ebenfalls zur Staatsverwaltung zu zählen seien und daher für sie die besonderen Einschränkungen einschlägig seien. Im Übrigen ist dieser Fall gut geeignet, die einzelfallbezogene Judikatur des EGMR zu veranschaulichen: Es ging hier um die Sanktionierung eines (Tarif-)Vertragsbruchs, an den sich die öffentliche Hand im Nachhinein mit der Behauptung der Unzulässigkeit eines Vertragsschlusses nicht halten wollte, vgl. zum Sachverhalt EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 12.11.2008 – 34503/97 (*Demir und Baykara v. Türkei*) = AuR 2009, 269 f., Rn. 14 ff.

⁵³ EGMR (III. Sektion), Entsch. v. 21.4.2009 – 68959/01 (*Enerji Yapi-Yol Sen v. Türkei*) = BeckRS 2010, 15878, insb. Rn. 32.

Übrigen auch zu bedenken, dass die Verschiebung in die Angestelltenwelt gerade für Lehrer auch aus anderen Gründen nicht ohne weiteres offensteht. So enthält das für den Schulbereich maßgebliche Landesverfassungsrecht zum Teil die (historisch fast ebenso intensiv wie die Gewerkschaftsfreiheit erkämpfte) Gewährleistung, dass Rechte und Pflichten der Lehrer denen der Staatsbeamten zu entsprechen haben.⁵⁴ Auch dieser Posten sollte bedacht werden, wenn Rechtsprechung oder Gesetzgeber in einer scheinbar „großen Lösung“ Rechte und Pflichten neu auswiegen wollen.

Zuletzt ist zu bedenken, dass mit dem Ende des Streikverbots das Paket „Neuorganisation des öffentlichen Dienstes“ auch rechtspolitisch vom falschen Ende her aufgeschnürt würde. Denn ein Streikrecht für Beamte außerhalb eines wie auch immer verstandenen Funktionsbereichs würde natürlich nichts am Status der vorhandenen Beamten ändern: Für mindestens 35 Jahre gäbe es dann außerhalb des Funktionsbereichs auch Beamte mit Streikrecht, die also in einem Vorgang der Ungleichzeitigkeit aufsummiert die Vorteile zweier Welten genießen würden. Klar ist auch, dass die scheinbar bestehende Front der Streikrechtsbefürworter bei der Aussicht auf das Ende der allgemeinen Verbeamtung sofort auseinanderbrechen würde: Denn für einen gewichtigen Teil der Beteiligten ist der Erhalt des Beamtenstatus die Prämisse ihrer Position, während andere vielleicht in der Tat einen solchen Weg als Auftakt vom Ende des Berufsbeamtentums überhaupt verstehen wollten.⁵⁵ So würde die Rechtsprechung mit dem Ende des Streikverbots eine typische Scheinlösung produzieren, die tatsächlich zu massiven Folgeproblemen führen müsste.

Insgesamt bestehen also erhebliche Bedenken gegen eine nur scheinbar passgenaue Neuordnung des Beamtenrechts unter dem Stichwort „Kein Streikrecht für Funktionsbeamte“. Die Aufhebung des Streikverbots löst die Probleme des Berufsbeamtentums nicht, sie verstärkt sie noch.

Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Bayreuth

⁵⁴ Vgl. etwa Art. 133 Abs. 2 BayVerf, dazu *Möstl*, in: *Lindner/Möstl/Wolff* (Hrsg.), *BayVerf*, 2009, Art. 133 Rn. 9. Zum historischen Vorbild des Art. 143 Abs. 3 WRV (und dessen Vorläufern) knapp *Anschütz*, *WRV*, 14. Aufl. 1933, S. 669 ff.

⁵⁵ Nur ein Blütenraum erscheint jedenfalls die Vorstellung, das Streikrecht und den dennoch weitergeführten Beamtenstatus für die Betroffenen auf Dauer kombinieren zu können. Denn eine solche Entwicklung, die den Beamtenstatus buchstäblich zum bloßen Privileg machte, ist mit der internationalrechtlichen Unterscheidung nach Funktionen gerade nicht gemeint – und auch allgemeinpolitisch dürfte sie nicht zu halten sein, da es für die daraus resultierende Besserstellung gegenüber „Funktionsbeamten“ wie auch gegenüber anderen Beschäftigten keine erkennbare Rechtfertigung gäbe.