

Der nachfolgende das Streikverbot rechtfertigende Verweis auf die Beteiligung der Spitzenorganisation der Gewerkschaften bei der Vorbereitung gesetzlicher Regelungen der beamtenrechtlichen Verhältnisse⁴³ ist zwar zutreffend, wäre aber überzeugender ohne den vorangegangenen Hinweis, dass die Kompensation von Verfassungswegen „stark begrenzt“ sei⁴⁴.

Die Bemerkung, das Streikverbot diene dem Schutz des in Art. 2 ZP1 EMRK verankerten Menschenrechts auf Bildung⁴⁵ begründet die recht steile Behauptung, dass verbeamtete Lehrkräfte den Bereich der Staatsverwaltung im Sinne von Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK zuzuordnen seien. Der EGMR hat dies noch nicht entschieden. Das Bundesverfassungsgericht hat früher wenn auch in einem obiter dictum festgestellt, dass Lehrer in der Regel nicht schwerpunktmäßig hoheitlich geprägte Aufgaben wahrnehmen, und deshalb auch nicht verbeamtet werden müssen⁴⁶. Auch die Bemerkung, die Beschäftigung von angestellten Lehrern sei nicht ihrer Funktion oder den von ihnen wahrgenommenen Aufgaben, sondern regelmäßig besonderen Sachgründen geschuldet, überzeugt nicht. Abgesehen vom Lehrerüberhang in den 1990er Jahren in den neuen Ländern waren ausschlaggebend für die Ver- oder Entbeamtung in der Regel fiskalische und ideologische Gründe, wie die wechselvolle Politik etwa der Länder Berlin, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein beweist. Der Versorgung der beamteten Lehrer belastet den Landeshaushalt, die der angestellten Lehrer die Rentenversicherung des Bundes. Der Hinweis auf die flexiblere Einsatzmöglichkeit von angestellten Lehrern widerspricht angesichts der weitergehenden Versetzungs- und Umsetzungsmöglichkeiten des Beamtenrechts der personalwirtschaftlichen Wirklichkeit.

Zuzustimmen ist aber dem Ergebnis, dass die Entscheidung über Verbeamtung oder Nicht-Verbeamtung dem Staat vorbe-

43) Rn. 183.

44) Rn. 162.

45) Rn. 182.

46) BVerfG E 119, 247/267.

47) Dazu mit unterschiedlichen Akzenten weiterführend *Leisner-Egensperger*, Die Verwaltung 2018, S. 13 ff.; *Lauer*, Das Recht der Beamten zum Streik 2017, S. 271 ff.

48) So *Vöbkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Vöbkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3, 1. Aufl. 2009, § 43, Rn. 122.

49) In Anlehnung an *Vöbkuhle* (Fn.48).

halten bleiben muss, auch wenn dem von der Literatur vehement widersprochen wird⁴⁷. Nur angemerkt sei, dass die Verbeamtung der Lehrer, deren Anerkennung als akademischen Beruf durchgesetzt hat und dass Lehrerinnen die ersten Beamtinnen waren, allerdings unter Zölibatvorbehalt, der aber bis in die 1950er Jahre auch für Bereitschaftspolizisten galt.

III. Résumé

Mit der Abschaffung des Berufsbeamtentums „verlöre der Gesetzgeber ein gutes Stück seines personalpolitischen Einflusses an die Tarifparteien, die verständlicherweise andere Ziele verfolgen als seine Sachanliegen.“⁴⁸ Diese Formulierung aus dem Jahre 2009 rechtfertigt die Feststellung: Durch das Urteil „bleibt das Steuerungsprimat des primär demokratisch legitimierten Parlaments im Wesentlichen erhalten“.⁴⁹ Die Erwartung, dass das Bundesverfassungsgericht die Wunschvorstellungen der DGB Gewerkschaften erfüllen werde, war nicht erst nach dem Verlauf der mündlichen Verhandlung unrealistisch. Die Folgen wären zu dysfunktional für die Staatsorganisation gewesen, was bereits die merkwürdigen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts verdeutlicht haben. Die Stärkung von Art. 33 Abs. 5 GG unter gleichzeitiger Billigung der Fortentwicklung des Beamtenrechts ist zu begrüßen. Auch die Wirkkraft von Art. 33 Abs. 4 GG im Sinne der Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes ist entgegen großen Teilen der Literatur gestärkt.

Ob der EGMR die auf Interpretationen seiner Urteile gestützte restriktive Auslegung von Art. 11 EMRK vorbehaltlos akzeptieren wird, dürfte sich bei einer Fortsetzung der Verfahren in Straßburg erweisen. Die Ausführungen zur Beachtung der Entscheidung des EGMR gem. Art. 46 EMRK dürften Konsens bleiben. Ob aber inter partes Entscheidungen des EGMR in den vier Ausgangsverfahren deckungsgleich mit denen des Bundesverfassungsgerichts sein werden, dürfte zumindest offen sein. In jeden Fall hat das Bundesverfassungsgericht eine starke zumindest Personal- und Organisationsfachleute zufriedenstellende Vorlage geliefert und notabene für sich das letzte Wort reklamiert.

Im Übrigen werden die in den Verfahren angehörten Beamtengewerkschaften ihre gegensätzlichen Vorstellungen noch in einem weiteren Verfahren vor dem EGMR vortragen können, nämlich zu der Frage der Rechtmäßigkeit des Tarifeinheitsgesetzes.

Kein Streikrecht für Beamtinnen und Beamte?

Dr. Torsten von Roetteken

Das Urteil des BVerfG vom 12.6.2018¹ nimmt erstmals mit detaillierter Begründung und nicht nur im Wege apodiktischer Behauptung zur Frage eines Streikrechts für Beamtinnen und Beamte im Spannungsverhältnis von Art. 9 Abs. 3 GG, Art. 11 EMRK einerseits und Art. 33 Abs. 5 GG und seiner Ausgestaltung in den Beamtengesetzen Stellung. Die Beamtengewerkschaften des DGB und er selbst hatten große Hoffnungen in diese Entscheidung gesetzt, sind aber sicher enttäuscht, weil

sie den Organisationen nicht den gewünschten Fortschritt in der Auslegung des deutschen Beamtenrechts gebracht hat. Der DBB und seine Mitgliedsorganisationen werden sich bestätigt fühlen. Die Annahmen des Urteils und die einzelnen Begründungsstränge sollen hier vorgestellt und näher ausgeleuchtet werden. Gegenstand der Verfassungsbeschwerde waren verschiedene verwaltungsgerichtlich bestätigte Disziplinarverfügungen gegen Lehrkräfte im Beamtenverhältnis, die einem Aufruf der GEW zur Beteiligung an Arbeitskampfmaßnahmen gefolgt waren und keinen Dienst verrichtet hatten. Die Arbeits-

1) 1 BvR 1738/12 u. a. – ZBR 2018, 238.

kampfmaßnahmen der GEW hatten sich auf den Abschluss eines Tarifvertrages im öffentlichen Dienst bezogen.

I. Gewährleistet Art. 9 Abs. 3 GG ein Streikrecht?

Der 2. Senat des BVerfG nimmt als Ausgangspunkt für seine Beurteilung das Grundrecht der Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG, die seiner Auffassung nach explizit auch für Beamtinnen und Beamte gilt, und stützt sich dabei auf die vor allem vom 1. Senat des BVerfG entwickelte Rechtsprechung zum Umfang dieses Grundrechts. Danach gewährleistet Art. 9 Abs. 3 GG nicht nur die Freiheit, sich in Vereinigungen zum Zweck der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zusammenzuschließen, sondern schützt verfassungsunmittelbar auch die zweckentsprechende Betätigung der entsprechenden Vereinigung selbst und die zweckentsprechende Betätigung Einzelner. Das BVerfG stellt insoweit nicht etwa darauf ab, dass die sich entsprechend betätigenden Personen Mitglieder der jeweiligen Vereinigung sind oder sonst in einem organisationsrechtlichen Zusammenhang zu ihr stehen. Dieser Umstand ist deshalb von Bedeutung, weil § 52 S. 2 BeamStG – im Gegensatz zur sachlich weiter gefassten Bestimmung des § 116 Abs. 2 BBG – das Verbot der Maßregelung und Benachteiligung wegen gewerkschaftlicher Betätigung nur so weit reichen lässt, wie sich Beamtinnen und Beamte für „ihre“ Gewerkschaft bzw. „ihren“ Berufsverband betätigen.

Für den grundrechtlichen Schutz einer koalitionsspezifischen Betätigung von Beamtinnen und Beamten verlangt das BVerfG nicht, dass die entsprechende Organisation nur Angehörige dieser Statusgruppe als Mitglieder hat bzw. nur die Vertretung von Interessen dieser Berufsgruppe zum Ziel hat. Wie sich indirekt aus dem Urteil ergibt, können Beamtinnen und Beamte Mitglieder einer Gewerkschaft sein, die sich zum Arbeitskampf bekennt und schon deshalb – auch – Beschäftigte im Arbeitsverhältnis als Mitglieder hat, um deren Interessen wahrzunehmen und ggf. Tarifverträge abzuschließen.

Der Schutz koalitionsspezifischer Betätigung beschränkt sich nach dem Urteil in Anknüpfung an die Rechtsprechung der 90'er Jahre des letzten Jahrhunderts nicht nur auf einen sog. Kernbereich, das für die Betätigung Unerlässliche, sondern erfasst sämtliche entsprechenden Betätigungen. Eine Begrenzung ergibt sich jedoch daraus, dass die zur Interessenwahrnehmung eingesetzten Mittel einen Bezug zur Tarifautonomie und dem möglichen Abschluss von Tarifverträgen haben müssen. Was zur Sicherstellung einer funktionierenden Tarifautonomie erforderlich ist, dessen darf sich die koalitionsspezifische Betätigung als Mittel bedienen. Dazu gehören u. a. Arbeitskampfmaßnahmen, was nach der Rechtsprechung des BVerfG sowohl – suspendierende – Aussperrungen wie Streiks einschließt.

Beamtinnen und Beamte sind von dieser Art der koalitionsspezifischen Betätigung aber im Grundsatz schon deshalb ausgeschlossen, weil für diesen Personenkreis keine Tarifautonomie vorgesehen ist und von Verfassungs wegen auch nicht zu gewährleisten ist. Das führt das Urteil zwar nicht ausdrücklich aus, ergibt sich aber aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe, dem Hinweis auf die Regelung der Besoldung durch Gesetz und dem Bezug auf das Urteil des BVerfG vom 18.11.1954². Es hatte dort ohne nähere Begründung ausgeführt, Beamtinnen und Beamten seien aufgrund anderer verfassungsrechtlicher Bestimmungen von einer tariflichen Lohngestaltung ausgeschlossen. Diese Auslegung beruht auf der – nicht näher begründeten – Verkürzung des möglichen Inhalts von Tarifverträgen, da diese sich jedenfalls nach § 1 Abs. 1 TVG keineswegs nur auf die Regelung von Löhnen und Gehältern

beschränken, sondern daneben eine Vielzahl anderer Beschäftigungsbedingungen gestalten können. Der Verweis auf eine Regelung der Besoldung durch Gesetz als hergebrachtem Grundsatz des Berufsbeamtentums kann deshalb, die Richtigkeit dieser Annahme unterstellt³, den vollständigen Ausschluss der Beamtinnen und Beamten von Kollektivvereinbarungen nicht tragen, sondern allenfalls Teilbereiche davon ausnehmen.

Unabhängig von dieser überkommenen Kurzsichtigkeit ist für das BVerfG insoweit zentrales Element seiner Begründung für die Unzulässigkeit des Ergreifens von wirtschaftlichen Kampf- und Druckmitteln durch Beamtinnen und Beamte, insbesondere von kollektiven Kampfmaßnahmen, die beamtenrechtliche Treuepflicht⁴. An die Stelle derartiger Maßnahmen tritt nach Auffassung des BVerfG die Gewährleistung einer rechtlich und wirtschaftlich gesicherten Position. Sie soll Beamtinnen und Beamte in die Lage versetzen, ihrer – umfassenden – Treuepflicht zu genügen. Eine weitere Begründung für diese Auslegung des Verhältnisses von Treuepflicht und Art. 9 Abs. 3 GG gibt das BVerfG nicht, da es sich mit Verweisen auf die frühere Rechtsprechung⁵ begnügt, in der ebenfalls nur die nicht näher begründete Behauptung aufgestellt wird, kollektive wirtschaftliche Kampfmaßnahmen i. S. d. Art. 9 Abs. 3 GG seien Beamtinnen und Beamten verwehrt.

Dieses Verständnis der beamtenrechtlichen Pflichten zu Treue, Gehorsam und Wahrnehmung der Dienstaufgaben beruht nur scheinbar auf der h.M. zum Beamtenrecht zwischen 1919 und 1933. Das RG hatte aus der zuvor genannten Pflichtenstellung abgeleitet, dass Beamtinnen und Beamte mit einer Einstellung der Dienstleistung die entsprechenden Dienstpflichten verletzen, die ihnen ein solches Verhalten untersagten, wobei die Beachtung dieser Dienstpflichten durch Ordnungsstrafen erzwungen werden könne⁶. Darin lag jedoch kein wirklicher Unterschied zur damaligen Rechtslage für Beschäftigte im Arbeitsverhältnis, wie hinsichtlich des Streikrechts schon *Anschütz* zutreffend festgestellt hatte⁷. Auch für Arbeitnehmer/innen wurde die Einstellung der Arbeit in einem noch bestehenden, d. h. noch nicht gekündigten Arbeitsverhältnis bis 1933 als Vertragspflichtverletzung gewertet, selbst wenn es sich um eine Arbeitskampfmaßnahme handelte⁸. Der Unterschied zwischen den beiden Statusgruppen bestand lediglich darin, dass für Beschäftigte im Arbeitsverhältnis bei derartigen Vertragsverletzungen – im Gegensatz zum Beamtenrecht im Reich und

2) 1 BvR 629/52 – E 4, 96, 107.

3) Die Richtigkeit dieser Behauptung widerlegend VG Frankfurt a.M. Beschluss vom 12.1.1996 – 9 E 3967/94 (2) – PersR 1997, 322, 327 f. mit umfangreichen Nachweisen zur Rechtslage und Rspr. in der Zeit bis 1933; darauf zurückgehend die Zurückhaltung des BVerfG, Beschluss vom 24.11.1998 – 2 BvL 26/91 u. a. – BVerfGE 99, 300, 313 = ZBR 1999, 158, 159.

4) BVerfG, Urteil vom 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 u. a. – ZBR 2018, 238, 240, Rn. 121.

5) BVerfG, Beschluss vom 19.9.2007 – 2 BvF 3/02 – BVerfGE 119, 247, 264 = ZBR 2007, 381 mit Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 11.6.1958 – 1 BvR 1/52 u. a. – BVerfGE 8, 1, 17, dort unter Bezug auf die hergebrachten Grundsätze, ohne diese näher darzustellen.

6) RG, Urteil vom 30.10.1922 – III 402/22 – RGSt 56, 419, 422, 424.

7) *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919, 14. Aufl. 1933, Art. 159 WRV Anm. 5; zur mangelnden Gewährleistung eines Streikrechts für Arbeitnehmer/innen durch Art. 159 WRV; RAG, Urteil vom 15.11.1930 – RAG 266/30 – Bensch. Slg. 10, 605, 606 mit zust. Anm. Hueck; 16.11.1929 – RAG 297/29 – Bensch. Slg. 7, 476, 479.

8) RAG, Urteil vom 15.11.1930 – RAG 266/30 – Bensch. Slg. 10, 605, 606 mit zust. Anm. Hueck; Urteil vom 16.11.1929 – RAG 297/29 – Bensch. Slg. 7, 476, 479; RG, Urteil vom 20.12.1927 – III 104/27 – RGZ 119, 291, 294.