

V. Arbeitsrechtlicher Grundrechtsschutz im Mehrebenensystem

2. Das Arbeitskampfrecht im verzahnten Mehrebenensystem

Finales Denken

– die Argumentation des OVG Münster zur Verteidigung des Streikverbots für Beamte

Wolfgang Däubler

I. Einleitung

Für Klaus Lörcher einen Beitrag zum Beamtenstreik zu schreiben, bietet sich aus verschiedenen Gründen an. Zum einen hat er zu ganz unterschiedlichen Zeiten zu diesem Thema Stellung bezogen und den Widerspruch zwischen deutscher Rechtsprechung und Arbeitsvölkerrecht herausgearbeitet.¹ Zum andern hat ihn diese Frage schon zu Tübinger Studienzeiten fasziniert. Und schließlich war und ist es eine jener Kontroversen, bei denen wir beide von Anfang an am selben Strang gezogen haben.

Ende der sechziger/Anfang der siebziger Jahre war der Beamtenstreik ein Thema, das die Öffentlichkeit interessierte. Dies nicht primär deshalb, weil es in der juristischen Literatur plötzlich Stimmen gab, die seine Zulässigkeit bejahten.² Vielmehr hatte er nicht unerhebliche praktische Relevanz. Im November 1968 arbeiteten nicht nur Fluglotsen, sondern auch viele Postbeamte „streng nach Vorschrift“. Anfang 1969 schickten beamtete Lehrer in Hessen ihre Schüler um halb elf Uhr Vormittags nach Hause, um dadurch für eine Verbesserung ihrer „Dienstbedingungen“ zu demonstrieren. Hessische Richter unterbrachen im Februar 1969 ihre Sitzungen für eine halbe Stunde, um mit einer solchen „Denkpause“ gegen ihre schlechte Besoldung zu protestieren. Länger dauernde Streiks gab es im Hochschulbereich, wo die überkommenen Strukturen am meisten in Verruf gekommen waren.³ Die DGB-Gewerkschaften entfernten sich mehr und mehr von ihrer bisherigen, bestenfalls als „zögerlich“ zu bezeichnenden Haltung und befürworteten

1 Siehe etwa – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – Lörcher, K., Internationales Recht, öffentlicher Dienst und Beamtenstatus, PersR 1989, 34; Das Beamtenstreikrecht und das nationale Arbeitsrecht – am Beispiel der Internationalen Arbeitsorganisation und dem hessischen Lehrerstreik, DuR 1991, 257; IAO für Beamtenstreikrecht und gegen Beamtenstreikbrechereinsatz, PersR 1994, 47; Das Menschenrecht auf Kollektivverhandlungen und Streik – auch für Beamte, AuR 2009, 229; Menschenrecht auf Streik im öffentlichen Dienst – Keine Disziplinierung bei Teilnahme, AuR 2011, 303.

2 Zusammenstellung bei Schubert, C., AöR 137 (2012) 92 Fn 1.

3 Zusammenstellung und Nachweise bei Däubler, W., Der Streik im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 1971, S. 4 f.

im Grundsatz das Recht der Beamten auf Arbeitsniederlegung.⁴ Der 7. Beamtentag des DGB nahm im November 1968 eine Resolution an, in der gefordert wurde, das Beamtenrecht in ein Status- und ein Folgerecht aufzuspalten. Während das Statusrecht die eigentliche dienstrechtliche Beziehung einschließlich des Lebenszeitprinzips umfassen sollte, betraf das sog. Folgerecht die vermögensrechtlichen Beziehungen zum Dienstherrn und sollte die Möglichkeit eröffnen, durch Kollektivverhandlungen und Streik zu einem angemessenen Kompromiss zu kommen. In einzelnen Tarifrunden streikten Teile der Beamten mit.⁵

Ölkrise, beginnende Massenarbeitslosigkeit und der Rücktritt Willy Brandts drehten den Tanker Bundesrepublik in die entgegen gesetzte Richtung. In der Industrie und im Dienstleistungssektor wurden aus Streiks um substantielle Verbesserungen Abwehrkämpfe, die den Rückschritt in Grenzen hielten, aber keinerlei Aufbruchstimmung erzeugen konnten. Die zaghaften Ansätze zur Praktizierung des Beamtenstreiks fanden keine Fortsetzung.⁶ Die Sicherheit des Arbeitsplatzes durch das Lebenszeitprinzip wurde unter den veränderten Umständen als hohes Gut gesehen, das die Unzufriedenheit deutlich reduzierte.

Bis in die jüngste Vergangenheit änderte sich daran kaum etwas. Die Aktionen von „Anno Dazumal“ gerieten in Vergessenheit,⁷ die Diskussion um den Beamtenstreik erlahmte. Die Rechtsprechung hatte das überkommene Verbot bestätigt;⁸ sich dagegen aufzulehnen, erschien von vorne herein aussichtslos, ja verwegen. Erst seit wenigen Jahren zeichnet sich ein erneuter Wandel ab. Die manifesten Sparzwänge im öffentlichen Dienst führen zu einer immer höheren Arbeitsbelastung, da Stellen abgebaut werden, obwohl der Arbeitsanfall derselbe bleibt oder sogar steigt. Gleichzeitig gibt es dafür keine finanzielle Kompensation, im Gegenteil: Die (eh schon bescheidenen) Tarifabschlüsse für die Arbeiter und Angestellten des öffentlichen Dienstes werden anders als noch in den siebziger Jahren nicht mehr automatisch auf die Beamten erstreckt. Gegenwehr ist angesagt. Insbesondere die Lehrer an öffentlichen Schulen werden aktiv.

4 Siehe Grundsätze des DGB zur Neuordnung des Beamtenrechts, DDB 1970, 185 ff., auch zum Folgenden.

5 Zur Abmachtung zwischen Gewerkschaft und Arbeitgeberseite, auf die Einleitung von Disziplinarverfahren zu verzichten, s. Däubler, W., Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 256 f.

6 Die Diskussion verlagerte sich auf die Frage, ob Beamte zu Streikbrechertätigkeiten verpflichtet werden können; dazu Hensche, D., in: Däubler, W. (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., 2011, § 18a Rn 18.

7 Ein Hinweis auf die „Denkpause“ in Hessen rief bei einer Tagung durchaus kritischer Richter im Jahre 2012 Verwunderung hervor; man habe so was noch nie gehört.

8 BVerwGE 69, 20; 103, 70. <https://doi.org/10.5771/9783845249216-271>

II. Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen durch das Arbeitsvölkerrecht

An sich hätte es nahe gelegen, sich angesichts des überkommenen Streikverbots auf atypische Kampfmittel zu konzentrieren. So hatte es etwa in der Vergangenheit die Aktion „Gläserne Schule“ gegeben: Alle Aufgaben bis hin zur Vorbereitung von Unterrichtsstunden und zu Korrekturen wurden im Schulgebäude erledigt, um damit in nachvollziehbarer Weise zu dokumentieren, dass die gesetzliche Wochenarbeitszeit nicht zur Bewältigung der anfallenden Arbeit ausreichte. Auch zum Mittel des Sick-out hat man in der Gegenwart – soweit ersichtlich – nicht gegriffen.⁹ Derartige Umwege musste man auch nicht gehen, da die Türken zu Hilfe kamen. Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Sachen Demir und Baykara¹⁰ und in Sachen Enerji Yapi-Yol Sen¹¹ haben die Interpretation der Koalitionsfreiheit des Art. 11 EMRK auf eine neue Grundlage gestellt – garantiert ist nunmehr zumindest für die nicht-hoheitlich tätigen Beamten das Recht auf Kollektivverhandlungen und das Recht auf Streik.¹² Schranken müssen sich aus der ausgeübten Funktion heraus legitimieren und dürfen nicht mehr an den Status anknüpfen. Damit sieht sich das überkommene Streikverbot grundlegend in Frage gestellt – Art. 46 Abs. 1 EMRK verpflichtet die Mitgliedstaaten ausdrücklich, ein gegen sie ergangenes Urteil zu befolgen. Die jahrzehntelange Praxis, Aussagen internationaler Organe über angebliche Konventionsverstöße deutscher Gerichte und anderer Instanzen nicht zur Kenntnis zu nehmen oder sie als „nicht auf unsere Verhältnisse passend“ zur Seite zu schieben, lässt sich nicht mehr aufrecht erhalten.¹³ Zwar ist durch die genannten Urteile nur die Türkei gebunden, doch lässt sich unschwer prognostizieren, dass auf die Beschwerde eines wegen Streikteilnahme gemaßregelten deutschen Beamten in gleichem Sinne entschieden würde.

In dieser Situation hat es zahlreiche kurzfristige Arbeitsniederlegungen von beamteten Lehrern gegeben. Die in der Regel verhängten Disziplinarsanktionen wurden vor den Verwaltungsgerichten angegriffen. Diese entschieden unterschiedlich: Während das VG Osnabrück¹⁴ und das VG Bremen¹⁵ das überkommene Streikverbot aufrecht erhielten, bejahte das VG Kassel¹⁶ in zwei Entscheidungen das Recht der beamteten Lehrer auf Streik. Das VG Düsseldorf¹⁷ versuchte einen Mit-

9 Zu dieser Kampfform s. Däubler, W., in: ders., Arbeitskampfrecht (oben Fn 6) § 28 Rn 68 ff.

10 EGMR, AuR 2009, 269.

11 EGMR, AuR 2009, 274.

12 Lörcher, K., AuR 2009, 229.

13 Zu dieser Praxis s. Däubler, W., FS zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes, 1994, S. 619 ff.

14 ZBR 2011, 389 ff.

15 Weserkurier vom 17. 7. 2012.

16 AuR 2012, 36 mit Anm. Buschmann.

17 ZBR 2010, 177 = AuR 2011, 74 = PersR 2011, 167.

telweg: Das Streikverbot bestehe weiter und könne auch nicht durch eine konventionskonforme Auslegung weginterpretiert werden, doch dürften keine Disziplinarsanktionen verhängt werden: Auf diese Weise sei Art. 11 EMRK Rechnung getragen. Das OVG Münster hob diese Entscheidung auf und begründete in einem 297 Absätze umfassenden Urteil, weshalb Beamte „unter keinen Umständen“ streiken dürfen.¹⁸ Wäre das Wort „kein“ steigerungsfähig, müsste man „unter keinsten Umständen“ sagen. Der Beamtenstreik sei „nie und nimmer“ rechtmäßig, er sei gewissermaßen „meilenweit“ vom geltenden Recht entfernt – so könnte man das Ergebnis zusammenfassen. In der Literatur wurde dem Urteil bescheinigt, „das beamtenrechtliche Koordinatensystem wieder zurechtgerückt zu haben.“¹⁹ Da alles geklärt sei, wurde auch die Revision nicht zugelassen. Dies alles legt es nahe, sich dieses Erkenntnis etwas genauer anzuschauen.

III. Die Argumentationsweise des OVG Münster

1. Der Sachverhalt

Die beamtete Klägerin hatte an drei verschiedenen Tagen an einem von der GEW ausgerufenen Streik teilgenommen und dadurch 12 Unterrichtsstunden nicht wahrgenommen. 8 davon fielen ersatzlos aus, obwohl die Schulleitung von der beabsichtigten Streikteilnahme informiert war. Die Klägerin erteilte allerdings als „Wiedergutmachung“ 17 Stunden Vertretungsunterricht, ohne dass diese als Überstunden bewertet und abgegolten worden wären. Die Bezirksregierung verhängte gegen sie als Disziplinarmaßnahme eine Geldbuße in Höhe von 1.500 Euro, was in etwa einem halben Monatsgehalt entsprach.

Im Sachverhalt sind nun nicht nur diese äußeren Fakten und die Einzelheiten des Disziplinarverfahrens geschildert. Vielmehr bekommt man in Tz 7 auch zu lesen:

„Die Klägerin ist Mitglied in der Partei Die Linke und hat bei der letzten Landtagswahl in Nordrhein-Westfalen für diese im Wahlkreis S1. – T1 – Kreis I (Listenplatz 17) kandidiert. In den nordrhein-westfälischen Landtag ist die Klägerin nicht gewählt worden. Ferner ist sie Mitglied der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (GEW) und darüber hinaus stellvertretende Vorsitzende der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft S1. – T1 – Kreis sowie Mitglied der Landestarifkommission der GEW.“

Weder die Partei- noch die Gewerkschaftszugehörigkeit spielten in der späteren Argumentation eine Rolle; auch bei den Ausführungen zur „Strafzumessung“ tau-

18 OVG Münster, ZBR 2012, 170 = NVwZ 2012, 890 = RiA 2012, 176.

19 Sonntag/Hoffmann, RiA 2012, 137; ähnlich Hebler, ZBR 2012, 325, 330, der von „wegweisender Bedeutung“ spricht.

chen sie nicht wieder auf. Gleichwohl ist dies ein nicht unintelligentes Stilmittel. Für den durchschnittlichen juristischen Leser, erst recht für den Beamtenrechtler wird deutliche Distanz nahe gelegt. Handelt es sich da nicht um eine „Aktivistin“ aus einer radikalen Partei, also um jemanden, der in aller Regel nicht zur eigenen Lebenswelt gehört? Klar, dass jemand von „den anderen“ sich nicht unbedingt rechtstreu verhält – werden (und sollen) nicht wenige assoziieren.

2. Die Pflichtverletzungen

Die Klägerin hat gleich vier Pflichten verletzt.

Nach § 34 Satz 1 BeamtStG hat sich die Beamtin „mit voller Hingabe“ ihrem Beruf zu widmen, insbesondere ihre körperliche und geistige Leistungsfähigkeit voll einzubringen und die Dienstaufgaben „engagiert“ zu erfüllen. Daran fehlt es, wenn man streikt (Tz 43 – 45).

Nach § 34 Satz 3 BeamtStG trifft die Beamtin eine Pflicht zu „achtungs- und vertrauenswürdigem Verhalten“. Sie muss „Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit“ offenbaren, was für die Erfüllung des Erziehungsauftrags der Schule unbedingt erforderlich ist. Wer einfach Stunden ausfallen lässt, wird diesem Maßstab nicht gerecht (Tz 46 – 48).

Die Klägerin hat außerdem gegen ihre Dienstpflicht verstoßen, „nicht ohne Genehmigung dem Dienst fernzubleiben.“

Nach § 35 Satz 2 BeamtStG trifft alle Beamten eine Gehorsampflicht. Auch diese war verletzt, weil der Beamtin vorher mitgeteilt worden war, sie sei nicht zur Arbeitsniederlegung berechtigt. Sie hatte also bewusst eine andere Auffassung nicht nur vertreten sondern auch praktiziert, was ersichtlich als „Ungehorsam“ zu qualifizieren war.

Niemand käme im Arbeitsrecht auf den Gedanken, ein (rechtswidriger) Streik sei nicht nur eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflicht zur Arbeit, sondern auch noch ein Verstoß gegen das Direktionsrecht und gegen viele Nebenpflichten, die natürlich bei Abwesenheit vom Arbeitsplatz gleichfalls nicht erfüllt werden. Im vorliegenden Zusammenhang ergibt sich aus der Aufzählung jedoch eine Art Emotionalisierung gegen das Verhalten der Klägerin: Sie hat nicht einfach gestreikt, sondern eine Vielzahl von Pflichten verletzt. Bei der Bemessung der Disziplinarsanktion hatte dies dann praktische Folgen: Die Klägerin sei eines Dienstvergehens „im Kernbereich ihres Pflichtenkreises“ schuldig, ihr Verhalten zeige „ein besonders hohes Maß an Pflichtvergessenheit und Verantwortungslosigkeit“, weil sie sich nicht ausreichend darum gekümmert habe, ob die ausfallenden Stunden vielleicht von anderen Lehrern übernommen werden könnten (Tz 269). Hat vielleicht auch der Haushaltsgesetzgeber in der Vergangenheit „pflichtvergessen

und verantwortungslos“ gehandelt, wenn er zu wenige Lehrerstellen bewilligte und deshalb Unterricht ausfallen musste? Das OVG würde eine solche Frage niemals stellen; derartige Überlegungen wachsen nur in der „anderen Welt“ der Pflichtvergessenen.

3. *Das Streikverbot nach deutschem Recht*

Art. 9 Abs. 3 GG beinhaltet – so auch das OVG Münster (Tz 65) – das Recht zur Führung von Arbeitskämpfen, insbesondere von Streiks. Dieses Grundrecht kennt – auch das wird niemand bestreiten – allerdings verfassungsimmanente Beschränkungen. Diese ergäben sich im vorliegenden Fall aus den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG (Tz 70). Zu diesen zähle auch das Streikverbot für Beamte (Tz 78). Dies beruhe auf drei Gründen: der historischen Entwicklung a), den grundlegenden Unterschieden zwischen privatrechtlichen Angestelltenverhältnissen und öffentlichrechtlichen Dienstverhältnissen b) sowie der Überlegung, dass die Funktionsfähigkeit des Staates aufrechterhalten werden müsse c).

a) Der Überblick über die historische Entwicklung

Der Überblick über die historische Entwicklung führt zu der Erkenntnis (Tz 91), bereits im 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts sei die Treuepflicht des Beamten (aus der sich das Streikverbot ergibt) ebenso wie die Ernennung auf Lebenszeit ein Grundprinzip des Beamtenrechts gewesen. Auch das Alimentationsprinzip habe sich damals herausgebildet, und zwar als Voraussetzung dafür, „dass sich der Beamte ganz dem öffentlichen Dienst als Lebensberuf widmen und in wirtschaftlicher Unabhängigkeit zur Erfüllung der dem Berufsbeamtentum von der Verfassung und den Gesetzen zugewiesenen Aufgabe beitragen kann.“ Im politischen Kräftespiel hat er eine stabile, gesetzestreue Verwaltung zu sichern. Aufgabe des Beamten war (und sei es auch heute), „Verfassung und Gesetze im Dienste des Bürgers umzusetzen“ (Tz 95). An keiner Stelle wird erwähnt, dass diese in ihren positiven Seiten beschriebenen Prinzipien in einem monarchischen Staat entstanden waren, der Ende des 19./Anfang des 20. Jahrhunderts noch in voller Blüte stand. Kann man das, was unter dem König von Preußen und dem König von Bayern galt, einfach unbesehen auf die Gegenwart übertragen und für maßgebend erklären? Sind denn die konstitutionelle Monarchie und die freiheitliche demokratische Grundordnung plötzlich völlig kompatibel? Lag wirklich die Umsetzung aller unter Kaiser Wilhelm II beschlossenen Gesetze im Interesse des Bürgers? Dieses Problem ist in der

Literatur eingehend erörtert, allerdings meist von Autoren, die eher Sympathien für die „Pflichtvergessenen“ haben.²⁰ Ob es wohl mit dem Prinzip des „achtungswürdigen“ Verhaltens (das auch für Richter gelten muss) vereinbar wäre, derartige Bücher und Aufsätze zu lesen und sich anders als kopfschüttelnd mit ihnen auseinander zu setzen? Auch zur Rolle der Treuepflicht in der Zeit zwischen 1933 und 1945 hätte man dort einiges finden können. Doch dies hätte nur gestört, weil man dann zwischen „monarchisch-demokratischer“ und „nationalsozialistischer“ Treuepflicht hätte differenzieren müssen, obwohl inhaltliche Unterschiede kaum auszumachen sind. Mehr als „volle Hingabe“ war auch dem Führer nicht geschuldet.

b) Grundlegende Unterschiede zwischen privatrechtlichen Angestelltenverhältnissen und öffentlichrechtlichen Dienstverhältnissen

Das aus Art. 9 Abs. 3 GG folgende Streikrecht wird durchaus korrekt dargestellt (Tz 118 ff.), sieht man einmal davon ab, dass das BAG die Tarifbezogenheit des rechtmäßigen Streiks durchaus in Zweifel zieht und sie zwei Mal bewusst dahinstehen ließ.²¹ Die Arbeitnehmerseite wolle „auf Augenhöhe“ verhandeln, ohne Streik wären Tarifverhandlungen nur „kollektives Betteln“ (Tz 120) – eine Aussage, die sich ersichtlich bis in das Münsteraner OVG-Gebäude herumgesprochen hat. Ganz anders verhalte es sich mit dem Beamtenrecht. Die Besoldung des Beamten werde einseitig durch den Gesetzgeber festgesetzt; dabei handle es sich um ein „Kernstrukturprinzip des Beamtenwesens“. Die Besoldung sei keine Verhandlungsposition, die zwischen Tarifparteien „auf Augenhöhe“ geregelt werden könne (Tz 122). Auch fehle ein tariflich regelbares Ziel. Wenn man einen Beamtenstreik als legitim ansehe, hätte der Einzelne auch weiterhin Anspruch auf Alimentation (Tz 125).

Starke Worte sind nicht selten Ausdruck von Schwäche. Die einseitige Festlegung der Beamtenbesoldung soll nicht nur ein „Strukturprinzip“, sondern ein „Kernstrukturprinzip“ des Beamtenwesens sein (wobei unklar bleibt, wie sich „Beamtenrecht“ und „Beamtenwesen“ zueinander verhalten). Wie steht es mit den Berufungsvereinbarungen beamteter Hochschullehrer? Wie mit den Dienstvereinbarungen, die der Personalrat mit der Dienststellenleitung schließt und die auch für und gegen Beamte wirken? Das geltende Recht kennt außerdem Zusagen, die auf Antrag des Beamten gemacht werden (also ein konsensuales Moment beinhalten), und der öffentlich-rechtliche Vertrag gehört mittlerweile zu den selbstverständli-

20 S. etwa Hoffmann, R., AöR 91 (1966) 141, 183 ff.; Zwimer, H., Politische Treuepflicht des Beamten, 1987.

21 BAG, NZA 2003, 735, 740; BAG, NZA 2007, 987, 994 Tz 79.

chen Instrumenten der Verwaltung, wie man unmittelbar den §§ 54 ff. VwVfG entnehmen kann. Steht alles dies im Widerspruch zu „Kernstrukturprinzipien“? Die Scheuklappen abzulegen und das heute geltende Recht zur Gänze zur Kenntnis zu nehmen, mag bisherige Gewissheiten erschüttern und deshalb unbequem sein; aber sollte man dies nicht dennoch von einem OVG verlangen können?

c) Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Staates

Das Streikverbot wolle schließlich die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes aufrecht erhalten. Die Eingriffsverwaltung wie die Gewährung staatlicher Leistungen im Rahmen der Daseinsvorsorge müssten funktionsfähig bleiben (Tz 130). Dem lässt sich entgegen halten, dass die bloße zeitlich befristete Unterbrechung nicht einfach mit „Funktionsunfähigkeit“ gleichgestellt werden darf. Doch dies ist nicht der Hauptpunkt: Das Streikverbot setzt nicht an der Wichtigkeit der ausgeübten Funktion sondern am Status als Beamter an. Dieser steht wiederum nicht nur solchen Amtsträgern zu, deren vorübergehender Ausfall zu schlimmen Folgen führen würde. Insoweit fehlt dem Argument die innere Schlüssigkeit.

4. *Veränderung durch die Rechtsprechung des EGMR?*

Das OVG Münster widerspricht zunächst der verbreiteten These, der EGMR hätte ein Streikrecht jedenfalls für solche Beamte anerkannt, die nicht hoheitlich tätig sind. Die Entscheidung Demir und Baykara betone ausdrücklich, dass über das Streikrecht nicht zu befinden sei. Diese Aussage wird – für ein deutsches Gericht ungewöhnlich – sogar im französischen Originaltext wiedergegeben (Tz 204). Bei der Entscheidung Enerji Yapi-Yol Sen liege ein durch die Übersetzung bedingtes Missverständnis vor: „fonctionnaires“ bedeute nicht notwendig „Beamte“, sondern sei im Sinne von „öffentliche Bedienstete“ zu verstehen. Für diese bestehe aber in Deutschland kein generelles Streikverbot (Tz 221).

Natürlich liegt es nahe, erst einmal die Urteile des EGMR ins Visier zu nehmen, ihre möglichen methodischen Unzulänglichkeiten auszubreiten²² oder – besser! – ihre Nichteinschlägigkeit darzulegen. Das OVG Münster hat durchaus Recht, wenn es darauf hinweist, dass in Demir und Baykara der Arbeitskampf nicht direkter Verfahrensgegenstand war. Es ging aber um die vergleichbar „beamtenrechtswidrigen“ Kollektivverhandlungen, die nach Art. 11 EMRK auch den Beamten offenstehen müssen. Außerdem hatte das OVG selbst nachhaltig die Zusammengehörigkeit von Tarifsystem und Streik betont und sogar das Dictum vom „kollektiven

22 Dazu etwa Seifert, A., *KritV* 2009, 357.

Betteln“ bemüht. Wer Kollektivverhandlungen zulässt, muss daher auch den Streik akzeptieren; es hätte genügt, sich an eigene Erkenntnisse zu erinnern. In Enerji Yapi-Yol Sen mag es um sämtliche öffentlichen Bediensteten gegangen sein, doch bedeutet dies noch lange nicht, dass damit ein nicht an der Funktion sondern am Status anknüpfendes Streikverbot bejaht worden wäre.

So ganz war sich das OVG Münster seiner Sache aber doch nicht sicher. Hilfsweise werden nämlich in Tz 234 ff. Erwägungen angestellt, wie zu entscheiden wäre, wenn der EGMR das Streikrecht zumindest der nicht-hoheitlich tätigen Beamten bejahen würde. Auch dann bliebe das Streikverbot aufrecht erhalten. Die Möglichkeit einer „konventionsfreundlichen Auslegung“ des Grundgesetzes ende dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheine, „insbesondere dann, wenn hierdurch die verfassungsrechtliche Kernstruktur in Frage gestellt würde.“ (Tz 236). Dass das Verbot des Beamtenstreiks gewissermaßen zum „Kern des Kerns“ gehört, war ja schon an anderer Stelle herausgearbeitet worden. Dieser Kernbestand an verfassungsrechtlichen Strukturprinzipien solle die „Funktionalität des deutschen Staates“ sicherstellen (Tz 239) – wie das Adjektiv „deutsch“ verdeutlicht, ist es ohne Bedeutung, wenn andere Länder auf eine solche Regelung verzichten. Der Vorrang des Grundgesetzes sei „Ausdruck der Souveränität Deutschlands“ (Tz 238) – auch dies eine Aussage, die man in dieser Offenheit nicht alle Tage findet. „Wir verteidigen unsere Trutzburg“ könnte man eine solche Haltung ein wenig karikierend umschreiben. Warum müssen deutsche Nationalisten immer einen starken Staat wollen, dessen Diener nur in höchst bescheidenem Umfang ihre Interessen verfolgen dürfen?

An diesem Zustand habe auch die „Fortentwicklungsklausel“ nichts geändert, die durch das 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes²³ in Art. 33 Abs. 5 GG eingefügt wurde.²⁴ Der „eindeutige Wortlaut“ enthalte lediglich den Auftrag an den Gesetzgeber, das öffentliche Dienstrecht fortzuentwickeln, nicht aber den hierfür geltenden Maßstab, die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, abzuändern (Tz 146). Der Gesetzgeber darf zwar beamtenrechtliche Vorschriften ändern, doch muss er dies im Rahmen der hergebrachten Grundsätze tun. Dazu war er allerdings schon vor Inkrafttreten der Verfassungsänderung in der Lage, weshalb diese – ginge es nach dem OVG Münster – keinerlei eigenständigen Inhalt hätte. Gäbe es einen Grundsatz der Minimalisierung von Verfassungsänderungen, könnte man sich beim OVG Münster Anregungen für eine kreative Handhabung holen.

23 Vom 28. 8. 2006, BGBl. I S. 2034.

24 Er lautet seither: „Das Recht des öffentlichen Dienstes ist unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln.“

IV. Perspektiven

Die „wegweisende“ Entscheidung des OVG Münster steht auf tönernen Füßen. Es kommt daher nicht von ungefähr, dass das BVerwG der Nichtzulassungsbeschwerde stattgegeben hat.²⁵ Die Frage nach dem Einfluss der EGMR-Rechtsprechung auf das Streikrecht der Beamten sei von grundsätzlicher Bedeutung. Das lässt zwar keine Prognose in der Richtung zu, dass das BVerwG zu einem anderen Resultat kommen wird, aber es macht doch deutlich, dass die „fundamentalistische“ Position des OVG Münster einer Korrektur bedarf. Das 19. Jahrhundert hat gesprochen. Aber es hat nicht das letzte Wort – das 21. Jahrhundert muss zu seinem Recht kommen, selbst wenn dies erst in Straßburg der Fall sein sollte. Vielleicht sollten die Gegner des Beamtenstreikrechts einen Blick in die Schweiz werfen, wo im Jahre 2000 das Streikrecht auf den gesamten öffentlichen Dienst erstreckt und eine Ausnahme nur für unerlässliche Dienste gemacht wurde.²⁶ Die „Funktionalität des schweizerischen Staates“ ist dadurch nicht beeinträchtigt worden.

25 BVerwG, AuR 2013, 104 = ZTR 2013, 79.

26 Henneberger-Sudjana/Henneberger, KritV 2012, 174.

Richterrechtliches Verhältnismäßigkeitsprinzip im Arbeitskampf und völkerrechtliche Vorgaben*

Olaf Deinert/Michael Kittner

I. Einleitung

Unseren unterschiedlichen Lebensaltern gemäß kennen und schätzen wir *Klaus Lörcher* naturgemäß verschieden lange. Beide haben wir jedoch das Vergnügen, seine Arbeitsschwerpunkte – wenn auch unterschiedlich gewichtet – seit jeher auch zu den unseren zählen zu dürfen.^{1,2} Mit unserer Themenwahl möchten wir deshalb dem Freunde und Kollegen unseren fachlich affinen Gruß zum runden Geburtstag entbieten.

Wenn wir von „völkerrechtlichen“ Vorgaben sprechen, so nur mit Bezug auf Übereinkommen von UN, ILO und Europarat. Das Recht der EU lassen wir unberücksichtigt, wo seit den EuGH-Entscheidungen in Sachen *Viking*³ und *Laval*⁴ eine eigene Diskussion zum Konflikt zwischen Koalitions- und Wirtschaftsfreiheit und seiner Lösung nach Verhältnismäßigkeitskriterien eröffnet ist.⁵ Zu der von uns ins Auge gefassten Frage hat der Jubilar – natürlich – auch publiziert. Im *Däubler*'schen Arbeitskampfrecht stellt er fest, dass in der Europäischen Sozialcharta (ESC) „das Verhältnismäßigkeitsprinzip in einem deutlich eingeschränkteren Sinn verstanden (wird) als in der Bundesrepublik üblich ist.“⁶ Das würde einen ernsthaften Fall der Kollision des nationalen Rechts mit der völkerrechtlichen Vorgabe bedeuten. Wollen wir sehen, ob die Besorgnis des Jubilars begründet ist!

* Wir danken Manfred Walser, Universität Göttingen, für wertvolle Hilfe bei der Materialsuche.

1 Vgl. Deinert, Der europäische Kollektivvertrag, 1999; Kittner, Arbeitskampf, München 2005, S. 607 ff.

2 Bei einer leider lange zurückliegenden Gelegenheit verhalf der Jubilar seinem diesbezüglich reichlich unbedarften Freunde zur Ehre der Mitautorenschaft an einem ausschließlich völkerrechtlichen Werke (vgl. Däubler/Kittner/Lörcher, Internationale Arbeits- und Sozialordnung, Frankfurt 2. Aufl. 1994).

3 EuGH 11.12.2007, AP Nr. 3 zu Art. 43 EG – Viking.

4 EuGH 18.12.2007, AP Nr. 15 zu Art. 49 EG – Laval.

5 Vgl. Heuschmid, Der Arbeitskampf im EU-Recht, in Däubler, (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, Baden Baden 3. Aufl. 2011, § 10 Rn. 73 ff.

6 Däubler-Lörcher, § 10 Rn. 32.