

Mitbestimmungsförderung

Gutachten | Februar 2014

Inhalt

Inhaltsverzeichnis.....	2
Anlass und Gegenstand des Gutachtens	4
Zum Stand der Diskussion ...	7
Zwischenbilanz: Wege zur Beseitigung der Konventionswidrigkeit des generellen beamtenrechtlichen Streikverbots.....	16
Fünf zentrale methodische Weichenstellungen	23
Zusammenfassung und Ausblick	62

Prof. em. Dr. Gunnar Folke Schuppert

Das beamtenrechtliche Streikverbot auf dem Prüfstand

Verfassungsrechtliches Gutachten

Auf einen Blick ...

- Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie der herrschenden Meinung in Wissenschaft und Literatur besteht für Beamten und Beamte in Deutschland ein absolutes Streikverbot.
- Dieses absolute Streikverbot für Beamte, gleich in welchen Bereichen sie tätig sind, ob sie hoheitliche Aufgaben wahrnehmen oder nicht, wird von den Gewerkschaften seit langen kritisiert.
- In den Jahren 2008 und 2009 hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in zwei Entscheidungen, die sich auf türkische Beamte bezogen, klargestellt, dass die Koalitionsfreiheit und das damit verbundene Streikrecht ein hohes Gut ist und grundsätzlich auch für Beamte gilt. Einschränkungen sind zwar möglich, bedürfen aber einer besonderen Begründung.
- Das vorliegende Gutachten setzt sich mit der Frage auseinander, welche Auswirkungen die neuere EGMR-Rechtsprechung auf das nach wie vor in Deutschland geltende Streikverbot für Beamte hat.

Inhaltsverzeichnis

1 Anlass und Gegenstand des Gutachtens	4
2 Zum Stand der Diskussion	7
2.1 Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte betritt die Bühne	7
2.2. Die Rezeptionsphase: die Reaktion der Verwaltungsgerichte Düsseldorf, Kassel und Osnabrück	13
3 Zwischenbilanz: Wege zur Beseitigung der Konventionswidrigkeit des generellen beamtenrechtlichen Streikverbots	16
3.1 Kompensation des fehlenden Streikrechts durch intensivere Beteiligungsrechte?	17
3.2. Zu den in Betrachtkommenden Konfliktlösungsakteuren: die Fachgerichte, Bundesverfassungsgericht?	19
4 Fünf zentrale methodische Weichenstellungen	23
4.1 Auf der Suche nach dem verfassungsrechtlichen Sitz des Problems: Berufsbeamtentum oder Grundrecht der Koalitionsfreiheit?	23
4.2 Auf der Suche nach der problemangemessenen Perspektive: Status- oder Funktionsbezogenheit der hergebrachten Grundsätze?	27
4.2.1 Art. 33 GG als funktionsgebundene Garantie des Berufsbeamtentums	27
4.2.2. Hoheitsrechtliche Befugnisse als Synonym für „notwendig staatliche Aufgaben“	29
4.3. Auf der Suche nach dem problemangemessenen Blickwinkel: nationalstaatlicher Autismus oder Europäisierung und Internationalisierung von Staatlichkeit	39
4.3.1 Berufsbeamtentum und Wandel von Staatlichkeit I: das Beispiel von Europäisierung und Internationalisierung	39
4.3.2 Berufsbeamtentum und Wandel von Staatlichkeit II: vom Obrigkeits- zum Dienstleistungsstaat	43
4.4. Auf der Suche nach dem angemessenen Institutionenverständnis: institutionelle Beharrung oder institutioneller Wandel?	45
4.4.1 Das Berufsbeamtentum als bewahrenswerte Institution	45
Mitbestimmungsförderung Arbeitsrecht Februar 2014 www.boeckler.de	2

4.4.2 Institutionenpolitik und institutioneller Wandel	46
4.4.3 Zur Funktion des Rechts für die Reform staatlicher Institutionen	49
4.4.4 Eine Fortentwicklungs klausel, die ihren Namen schwerlich verdient	53
4.5. Auf der Suche nach einem Ausweg aus einem strukturell bedingten Rollendilemma: der Staat als Dienstherr und Besoldungsgesetzgeber	55
4.5.1 Die Dauerversuchung des Staates: Absenkung / Einfrieren der Beamtenbesoldung als scheinbar probates Mittel der Haushaltskonsolidierung	56
4.5.2 Auswege und Irrwege	58
5 Zusammenfassung und Ausblick	62

1 | Anlass und Gegenstand des Gutachtens

Dass Beamte nicht streiken dürfen, gehörte bis jetzt zum Hausschatz verfassungsrechtlichen Wissens: die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die sog. herrschende Meinung in der Literatur waren sich darin einig und es war weit und breit kein Anlass zu sehen, diesen festgefügten Konsens in Frage zu stellen.

- mit ausführlichen Nachweisen zu diesem Abwehrblock gegen ein Streikrecht für Beamte siehe jüngst Ulrich Battis, Streikverbot für Beamte, Bonn 2013, S.14ff.

Dies hat sich nun gründlich geändert. Der "Unruhestifter" ist der bisher eher unauffällig agierende Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, der in zwei Entscheidungen aus den Jahren 2008 und 2009, die sich auf türkische Beamte bezogen, unmissverständlich klargestellt hat, dass die Koalitionsfreiheit und das davon mit umfasste Streikrecht ein in der Europäischen Menschenrechtskonvention normiertes fundamentales Recht darstellt, dessen Einschränkung einer besonderen Begründung bedarf. Nachdem dieser Stein ins Wasser geworfen war, erreichten die dadurch ausgelösten Wellen zunächst die deutschen Verwaltungsgerichte

- übersichtliche Darstellung der Entscheidungen der Verwaltungsgerichte Düsseldorf Kassel und Osnabrück sowie des OVG Münster bei Ulrich Widmaier und Siegbert Alber, Menschenrecht auf Streik auch für Deutsche Beamte?, ZEuS 2012, S. 388, 396ff.

und lösten sodann – nach einer offenbar benötigten Phase zur Sichtung möglicher Konsequenzen – eine lebhafte Debatte im Schrifttum aus, die alsbald über die Diskussionsarena der beamtenrechtlichen Zeitschriften hinausging und gewichtige, grundsätzlich ausgreifende Beiträge hervorbrachte.

- Zu nennen sind hier neben dem schon erwähnten Rechts-gutachten von Ulrich Battis das für den deutschen Beamtenbund erstellte Gutachten von Udo Di Fabio, Das beamtenrechtliche Streikverbot - das Streikrecht der Beamten als konstitutiver Bestandteil rechtsstaatlicher Demokratie, München

2012 sowie die Schrift von Jens Kersten, Neues Arbeits-kampfrecht, Tübingen 2012.

Ob diese literarische Flutwelle

- eine wohl nahezu vollständige Zusammenstellung auch der zahlreichen Aufsätze findet sich im Literaturverzeichnis von Battis (2013), S. 46f.

wirklich dazu führen wird, dass die Karten neu gemischt werden, bleibt abzuwarten. Jedenfalls gibt die in dieser Grund-sätzlichkeit neue Diskussionslage Anlass, einen Moment innezuhalten und nicht einfach nur bekannte und erwartbare Argumente erneut auszutauschen, sondern das Streikverbot für Beamte ohne ergebnisorientierte Verengung des Blickwin-kels auf den Prüfstand zu stellen und dabei vor allem die methodischen Prämissen zu reflektieren, die die bisherige Diskus-sion geprägt haben und im Sinne einer fortbestehenden Pfad-abhängigkeit auch weiterhin prägen; dazu gehört auch, die bisher überwiegend national geführte Debatte dem Befund anzupassen, dass wir es im Falle der Bundesrepublik Deutsch-land längst mit einer europäisierten Nationalstaatlichkeit zu tun haben, ein Befund, der zum Beispiel auch bedeutet, dass die maßgeblichen Akteure auf der rechtlichen Bühne sich zuei-nander neu positionieren.

- vollkommen zu Recht verweist Ulrich Battis in seinem Gutachten auf die zentrale Bedeutung des begonnenen Dialogs zwischen dem Bundesverfassungsgericht, dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und dem EuGH.

Ziel dieser Studie ist es daher nicht, gegen das Beamtentum als Grundpfeiler neuzeitlicher Staatlichkeit Front zu machen oder seine Verdienste in Frage zu stellen,

- zum Berufsbeamtentum als Kern des modernen Verwaltungsstaates siehe Schuppert, Verwaltungswissenschaft. Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre, Baden-Baden 2000, S. 62ff., 625ff.

sondern darum, das Berufsbeamtentum auch unter den Bedingungen gewandelter und sich wandelnder Staatlichkeit funktionsfähig zu erhalten und fortzuentwickeln.

2 | Zum Stand der Diskussion

Da in allen frisch publizierten Rechtsgutachten sowie in den grundsätzlich angelegten Aufsätzen

- zu nennen sind hier neben dem schon genannten Beitrag von Ulrich Widmaier und Siegbert Alber vor allem die Aufsätze von Achim Seifert, Recht auf Kollektivverhandlungen und Streikrecht für Beamte, KritV 2009, S. 357-377 sowie von Claudia Schubert, Das Streikverbot für Beamte und das Streikrecht aus Art. 11 EMRK im Konflikt, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), Band 137 (2012), S. 92-117.

die Entwicklung des Diskussionsverlaufs in den letzten fünf Jahren ausführlich nachgezeichnet worden ist, kann sich die nachfolgende Darstellung auf einige holzschnittartige Bemerkungen beschränken und sich stattdessen unter der Überschrift "Zwischenbilanz" der Frage zuwenden, was jetzt eigentlich zu tun ist und vor allem: von wem?

2.1 Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte betritt die Bühne

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) war zu Beginn von dem Bestreben geprägt, den Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit nicht zu weit auszudehnen: deshalb wurde sowohl ein Grundrecht auf Kollektivverhandlungen als auch ein Streikrecht von Beamten im Rahmen von Art. 11 EMRK schlichtweg abgelehnt. Dann aber setzte eine Wende ein, die von Achim Seifert

- Recht auf Kollektivverhandlungen und Streikrecht für Beamte, KritV 2009, S. 358f.

wie folgt beschrieben worden ist:

- "Den vorläufigen Höhepunkt dieser Rechtsentwicklung bilden die Entscheidung der großen Kammer vom 12. No-

vember 2008 in der Rechtssache Demir und Baykara/Türkei sowie die Entscheidung der 3. Sektion des EGMR vom 21. April 2009 in der Rechtssache Enerji Yapı-Yol-Sen/Türkei. Die beiden Entscheidungen [...] betreffen den Schutz der Vereinigungsfreiheit im öffentlichen Dienst. Während die Große Kammer des EGMR die Frage zu entscheiden hatte, ob Art. 11 EMRK auch ein Recht auf Kollektivverhandlungen für Beamten schützt, hatte die Entscheidung der 3. Sektion zum Gegenstand, ob Art. 11 EMRK als Form der Gewerkschaftsbetätigung auch das Beamtenstreikrecht einschließt. Die Entscheidungen bilden bereits wegen des nationalen Kontextes eine Einheit, in den sie sich einfügen. Sie sind aber auch deswegen untrennbar miteinander verbunden, weil die Entscheidung der 3. Sektion vom 21. April 2009 in weiten Teilen auf die Entscheidungsgründe der Großen Kammer Bezug nimmt. In ihrer Entscheidung vom 12. November 2008 erkannte die Große Kammer des EGMR erstmals ein Recht auf Kollektivverhandlungen im Rahmen von Art. 11 EMRK an, das grundsätzlich auch Beamten zugute komme. Die 3. Sektion des Gerichtshofs setzte mit ihrer Entscheidung vom 21. April 2009 diesen Weg fort und entschied zum ersten Mal ausdrücklich, dass das Streikrecht von Art. 11 EMRK geschützt sei, und zwar auch das Streikrecht für Beamte. Beide Entscheidungen des EGMR weiten somit den Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit in Art. 11 EMRK beträchtlich aus und dürften sich außer auf die verfahrensbeteiligte Türkei auch auf eine Reihe anderer Vertragsstaaten auswirken. Auch für das deutsche Recht stellt sich die Frage, ob die hoheitliche (gesetzliche) Gestaltung des Beamtenverhältnisses und das generelle Verbot des Beamtenstreiks mit Blick auf diese neue Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK noch Bestand haben können.“

Bemerkenswert ist nicht nur dieser Rechtsprechungswandel an sich, sondern dass sich damit zugleich ein wichtiges europäisches Gericht selbstbewusst zu Wort gemeldet hat. Battis kommentiert diesen Vorgang in der Zusammenfassung seines

Gutachtens mit der Kennerschaft eines häufigen Theaterbesuchers wie folgt (a.a.O., S. 41):

- "Die Entscheidungen des EGMR belegen, dass der ‚lange Zeit als marginal eingeschätzte EGMR‘, der gerade beim Streikrecht ursprünglich zögerlich war, selbstbewusst seine neue Rolle gefunden hat: ‚Menschenrechtsschutz unter der Ägide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist nicht statisch, sondern dynamisch‘."

Zum Beleg dieses "neuen Selbstbewusstseins" des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zitiert Battis aus einem Vortrag der Deutschen Richterin Angelika Nußberger

- Referat zum Thema "Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf das Deutsche Arbeitsrecht", gehalten auf dem europarechtlichen Symposium des Bundesarbeitsgerichts am 26./27.4.2012, Manuskript, S. 6f.

die folgende interessante Passage (a.a.O., S. 12):

- "Sicherlich ist es [...] korrekt, dass nicht gegen eine völkerrechtliche Pflicht verstoßen wird, wenn ein gegen ein anderes Land, hier die Türkei, ergangenes Urteil des EGMR nicht unmittelbar von der Rechtsprechung auf Deutschland übertragen wird. Die Rechtskraft gilt nach der Konvention nur *inter partes* und nur bezogen auf den konkreten Fall. Nichts desto trotz besteht aber eine **Orientierungswirkung** auch mit Blick auf andere Rechtssysteme betreffende Urteile. Zudem haben die Mitgliedsstaaten gerade erst in der Erklärung von Brighton implizit darauf verwiesen, dass ein wichtiger Beitrag zur Erleichterung der Arbeit des Gerichtshofs darin besteht, vom Gerichtshof in seiner Rechtsprechung herausgearbeitete Rechtsgrundsätze ‚mit vorauselendem Gehorsam‘ zu befolgen und nicht erst eine Verurteilung des Gerichtshofs abzuwarten. [...] Allerdings ist zuzugeben, dass Kollisionen zwischen nationalem Verfassungsrecht und Konventionsrecht besonders

schwierig zu lösen sind, da einerseits aus verfassungsrechtlicher Sicht Grundpostulate um der verfassungsrechtlichen Identität willen nicht aufgegeben werden dürfen, aus völkerrechtlicher Sicht dagegen die Unbeachtlichkeit entgegen stehenden Verfassungsrechts conditio sine qua non für die Wirksamkeit der Regelungen ist. Unüberwindbar scheint der Gegensatz im konkreten Fall dennoch nicht, da sich weder im Grundgesetz ein Streikverbot für Beamte noch in der EMRK ein Streikverbot findet; der Wortlaut macht Kompromisse grundsätzlich möglich."

Damit ist das Dilemma des Aufeinandertreffens zweier verschiedener Normenordnungen und zweier verschiedener Normdurchsetzungsinstanzen ziemlich gut beschrieben; wir werden darauf an verschiedenen Stellen zurückzukommen haben.

Bevor wir dies tun, sei doch noch einmal – hierin dem Kollegen Battis folgend – auf den zunehmenden Bedeutungsgewinn des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte hingewiesen. In ihrem Gutachten über "Das Streikverbot für deutsche Beamte-Innen auf dem Prüfstand der Europäischen Menschenrechtskonvention" haben Jörg Polakiewicz und Adriana Kessler

- Rechtsgutachten im Auftrag der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (GEW), Januar 2012,9ff.

An mehreren Beispielsfällen dargelegt, wie die Rechtsprechung des EGMR immer häufiger Konventionsstaaten veranlasst hat, Gesetzesänderungen auf den Weg zu bringen bzw. zu beschleunigen:

- "Als Beispiele sei hingewiesen auf die wegen des Falles Young, James und Webster erfolgte Neuregelung des Kündigungsschutzes in Dänemark, die unter anderem auf das Engel-Urteil zurückzuführende Reform des schweizerischen Militärstrafgesetzes sowie auf die Änderungen der

Rechtsstellung nichtehelicher Kinder im niederländischen oder französischen Erbrecht so- wie die Reform des Umgangsrechts für Väter nichtehelicher Kinder im Vereinigten Königreich, die alle unter dem Einfluss des Marckx-Urtells eingeführt wurden.

Aufgrund der Rechtsprechung des EGMR ist es in mehreren Mitgliedstaaten sogar zu Verfassungsänderungen gekommen. So hat z.B. die Türkei im Anschluss an zahlreiche Urteile des EGMR zur Meinungsäußerungsfreiheit am 3. Oktober 2001 bzw. 31. Dezember 2002 die Präambel und die Artikel 13, 26 und 76 ihrer Verfassung geändert. Zudem erfolgte - ebenfalls in der Türkei - im Gefolge mehrere Urteile des EGMR zu Parteiverbotsverfahren eine Verfassungsänderung, die am 17. Oktober 2011 in Kraft getreten ist und unter anderem den Verhältnismäßigkeit grundsatz bei dem Bann für politische Aktivitäten von Mitgliedern aufgelöster Parteien verankert. Es entspricht daher allgemeiner Staaten- und Gerichtspraxis in Europa, eine gefestigte Straßburger Rechtsprechung bei der Anwendung der EMRK im nationalen Recht vorrangig zu beachten" (a.a.O., S.10f.).

Aber es ist nicht nur der Bedeutungsgewinn der Europäischen Menschenrechtskonvention und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, der hier zu registrieren ist; bemerkenswert ist darüber hinaus, dass der EGMR sich gewissermaßen **zum Sprachrohr macht** für Entwicklungen im Völker- und Europarecht, die alle in dieselbe Richtung zeigen, nämlich eine restriktive Interpretation eines beamtenrechtlichen Streikverbots. Im weichenstellenden Fall Demir und Baykara, mit dem das Gericht seine bisherige Rechtsprechung aufgab, wonach das Recht auf Abschluss von Kollektivverträgen kein inhärentes Element von Art. 11 EMRK darstelle, hat es - wir folgen hier der Zusammenfassung durch Polakiewicz und Kessler (S. 15f.) - auf folgende europa- und internationalrechtlichen Entwicklungen verwiesen:

- "Im Völkerrecht wird das Recht auf Abschluss von Kollektivverträgen durch das **ILO Übereinkommen Nr. 98 (1949)** über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechts und des Rechts zu Kollektivverhandlungen geregelt, das 1952 von der Türkei ratifiziert wurde. Zwar findet es laut seinem Art. 6 auf Beamten so keine Anwendung, jedoch gilt diese Ausnahme laut dem **Komitee unabhängiger Experten** nur für Beamten, deren Aktivitäten spezifisch für die öffentliche Verwaltung sind.
- Von den einschlägigen europäischen Instrumenten sieht **Art. 6 Abs. 2 ESC [Europäische Sozialcharta, G.F.S.]** vor, dass sich die Vertragsparteien zwecks Gewährleistung der wirksamen Ausübung des Rechts auf Kollektivverhandlungen verpflichten, Verfahren für freiwillige Verhandlungen zwischen ArbeitgeberInnen oder Arbeitgeberorganisationen einerseits und Arbeitnehmerorganisationen andererseits zu fördern.
- Laut Art. 28 der Grundrechtecharta der Europäischen Union haben ArbeitnehmerInnen sowie ArbeitgeberInnen oder ihre jeweiligen Organisationen nach dem Gemeinschaftsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten das Recht, Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln und zu schließen.
- Das Recht von Angehörigen des öffentlichen Dienstes auf Eintritt in Kollektivverhandlungen wird in der europäischen Staatenpraxis fast ausnahmslos anerkannt, vorbehaltlich gewisser Ausnahmen wie sensiblen Bereichen oder bestimmten Beamtenkategorien, wie etwa der Armee oder der Polizei, die exklusive Machtpositionen im Staat innehaben."

Der EGMR befand daher einstimmig, dass die Nichtanerkennung des Rechts der Beschwerdeführer, in ihrer Eigenschaft als Kommunalbeamte in Kollektivverhandlungen einzutreten, keinem dringenden gesellschaftlichen Bedürfnis

entsprach. Nimmt man nun noch hinzu, dass auch **die Empfehlung Nr. R (2000) 6 des Ministerkomitees des Europarates** die Mitgliedstaaten ausdrücklich auffordert, gewerkschaftliche Rechte von Angehörigen des öffentlichen Dienstes nur insoweit einzuschränken, als dies für die angemessene Ausübung öffentlicher Funktionen notwendig ist:

- "Public officials should, in principle, enjoy the same rights as all citizens. However, the exercise of these rights may be regulated by law or through collective agreement in order to make it compatible with their public duties. Their rights, particularly political and trade union rights, should only be lawfully restricted in so far as it is necessary for the proper exercise of their public functions." (hier zitiert nach Polakiewicz/Kessler, a.a.O., S.19)

So ist es schwer vorstellbar, dass die einsame Hallig des deutschen allgemeinen Streikverbots für alle Beamtengruppen dem geschilderten Anstieg des rechtlichen und rechtspolitischen Meeresspiegels auf Dauer wird standhalten können. Bevor deshalb "Land unter" vermeldet werden muss, scheint es sinnvoll, intensiver über Wege und Möglichkeiten einer Harmonisierung der europäischen und deutschen Rechtslage nachzudenken.

2.2 Die Rezeptionsphase: die Reaktionen der Verwaltungsgerichte Düsseldorf, Kassel und Osnabrück

In der Literatur wird gemeinhin hervorgehoben, dass alle drei Verwaltungsgerichte in unterschiedlicher Weise auf die Rechtersprechung des EGMR reagiert haben. Das ist zwar richtig, verdeckt aber den viel wichtigeren Befund, dass alle drei Gerichte übereinstimmend das deutsche **generelle Streikverbot für Beamte** für konventionswidrig, also völkerrechtswidrig halten; die Unterschiede in den verwaltungsgerichtlichen Urteilen bestehen eigentlich nur in den unterschiedlichen Auffassungen darüber, ob und wie man aus dieser misslichen Situation einer

völkerrechtswidrigen nationalen Rechtslage ohne Schaden für die betroffenen streikenden Lehrer herausfindet. Da es auf diese unterschiedlichen Meinungen über mögliche Auswege aber ankommen könnte, seien sie doch kurz skizziert, wobei wir der Einfachheit halber und um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, die zusammenfassende Darstellung bei Widmaier/ Alber- diese nur leicht einkürzend - zugrunde legen (a.a.O., S. 396f.):

- "Das VG Düsseldorf gelangt in seinem [...] Urteil vom 15. Dezember 2010 zu dem Ergebnis, dass die Verhängung einer Disziplinarmaßnahme gegen eine Beamtin wegen Streikteilnahme - trotz Streikverbots - unzulässig ist, wenn sie nicht im Bereich hoheitlicher Staatsverwaltung nach Art. 11 Abs. 2 Satz 2 EMRK tätig ist. Das VG ist der Ansicht, dass - gemessen an den Anforderungen der Entscheidungen des EGMR vom 12. November 2008 und vom 21. April 2009 - das deutsche Beamtenrecht ,europarechtswidrig sein dürfte', denn es schließe Streiks von Beamten generell aus, ohne eine Unterscheidung nach bestimmten Kategorien von Beamten vorzunehmen. Lehrer gehörten nicht zur ,Staatsverwaltung' im Sinne des Art. 11 Abs. 2 Satz 2 EMRK. Die (mutmaßliche) Europarechtswidrigkeit des nationalen Rechts ändere aber nichts daran, dass dieses Recht weiterhin gültig sei, es lasse sich nicht im Wege völkerrechtsfreundlicher Auslegung beamtenrechtlicher Vorschriften an die EMRK anpassen. Dem stünden die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums entgegen. Es sei Aufgabe des verfassungsändernden Gesetzgebers, einen mit Art. 11 EMRK vereinbaren Rechtszustand im deutschen Beamtenrecht herbeizuführen. [...]
- Das VG Kassel anerkennt – anders als das VG Düsseldorf, das aufgrund der Rechtsprechung des EGMR nur ein Sanktionsverbot bejaht - in seinem Urteil vom 27. Juli 2011 erstmals im Grundsatz ein unmittelbares Be-

amtenstreikrecht Die Rechtsprechung des EGMR habe nicht nur zur Folge, dass die konkrete Streikteilnahme einzelner Beamtinnen und Beamten, die im nicht hoheitlichen Bereich tätig seien, nicht disziplinarisch geahndet werden könne, vielmehr habe sich durch die für die Bundesrepublik verbindliche Auslegung der EMRK durch den EGMR der hergebrachte Grundsatz des Berufsbeamtentums, der zuvor einen Streik ausnahmslos verbot, der gestalt gewandelt, dass nunmehr unter bestimmten Voraussetzungen auch die Streikteilnahme als mit ihren Beamtenpflichten vereinbar angesehen werden müsse.

- Das VG Osnabrück [...] entschied, dass die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums aus Art. 33 Abs. 5 GG auch weiterhin ein allgemeines Streikverbot für Beamte (fallbezogen: Lehrer) beinhalten. Zu einer abweichenden Beurteilung sei das VG nicht befugt. [...] Zu diesem Kernbestand von Strukturprinzipien [der hergebrachten Grundsätze, G.F.S.] gehörten unter anderen der Grundsatz der Treuepflicht - und damit auch das Streikverbot - sowie das Alimentationsprinzip. Änderungen dieser Grundsätze wären mit den aktuellen Grundstrukturen des von Art. 33 Abs. 5 GG geschützten Leitbildes des deutschen Berufsbeamtentums nicht in Einklang zu bringen und stünden dem angerufenen Gericht auch nicht zu. Zwar spreche vieles dafür, dass das absolute Streikverbot für Beamte in Deutschland Art. 11 Abs. 2 EMRK widerspreche und sich Deutschland in Form des derzeit gültigen allgemeinen Streikverbots für Beamte völkerrechtswidrig verhalte; für eine Anpassung wäre aber das BVerfG als maßgeblicher Interpret des GG oder der verfassungsändernde Gesetzgeber selbst zuständig." Soweit zu den Reaktionen der deutschen Verwaltungsgerichte, die alle in die Frage münden: wer soll es richten? Damit ist es Zeit für eine erste Zwischenbilanz.

3 | Zwischenbilanz: Wege zur Beseitigung der Konventionswidrigkeit des generellen beamtenrechtlichen Streikverbotes

Im Ergebnis ist man sich eigentlich einig: das generelle deutsche Streikverbot für Beamte ist mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nicht vereinbar und damit konventionswidrig. Diese Einigkeit reicht von Achim Seifert

- "Trotzdem entfalten die beiden Entscheidungen auch für die Bundesrepublik Deutschland eine ‚Orientierungswirkung‘, die eine Überprüfung der eigenen Rechtslage zur Folge haben muss. In der Sache bedeutet dies, dass Deutschland konventionsrechtlich verpflichtet ist, auch die Gruppe der Beamten in die Tarifautonomie einzubeziehen und ihnen ein Streikrecht zu zugestehen." (a.a.O., S. 377).

über Ulrich Widmaier und Siegbert Alber

- "Die grundlegende Wende in der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK führt dazu, dass das statusbezogene absolute Streikverbot für Beamte in Deutschland und das generelle Verbot von Kollektivverhandlungen und Kollektivvereinbarungen (Beamtentarifverträge) nicht im Einklang mit Art. 11 Abs. 2 EMRK stehen und Deutschland sich derzeit völkerrechtswidrig verhält." (a.a.O., S. 414).

bis zu denjenigen Autoren und Autorinnen, die diesen Befund zwar nicht ausdrücklich ausbuchstabieren, deren Beiträge aber eigentlich davon handeln, wie man am besten mit der Tatsache der Konventionswidrigkeit umgehen könnte.

- So etwa Claudia Schubert, a.a.O., sowie Ulrich Battis, a.a.O., dessen Gutachten sich etwa mit dem Dialog BVerfG-

EGMR und den Spielräumen des Bundesverfassungsgerichts beschäftigt.

Angesichts dieser Erkenntnislage drängt es sich geradezu auf, nach einem Weg zu suchen, um die Konfliktsituation zwischen dem Streikverbot für Beamte und dem Streikrecht aus Art. 11 EMRK zu entschärfen oder gar aufzulösen, z.B. durch eine stärkere Beteiligung der Berufsverbände der Beamten an der gesetzlichen Regelung der Beamtenbezüge. Daher soll auf diesen scheinbar eleganten Ausweg an dieser Stelle ein kurzer Blick geworfen werden.

3.1 Kompensation des fehlenden Streikrechts durch intensivere Beteiligungsrechte?

Diesem – wie wir es nennen wollen – **Kompensationsmodell** ist – auf den ersten Blick jedenfalls – eine gewisse Attraktivität nicht abzusprechen. Für Claudia Schubert ist es der Königsweg, um den Konflikt zwischen dem nationalen Streikverbot für Beamte und dem Streikrecht der europäischen Menschenrechtskonvention in Wohlgefallen aufzulösen:

- Das Recht auf Kollektivverhandlungen aus Art. 11 Abs. 1 EMRK garantiert den Arbeitnehmervereinigungen die Geltendmachung der Arbeitnehmerinteressen, ohne sie auf bestimmte Gegensätze oder Gestaltungsformen zu begrenzen. Insofern genügt das bestehende Beteiligungsverfahren den Anforderungen des Art. 11 EMRK nicht. **Das bestehende Beteiligungsmodell ist zu einem Verhandlungsmodell weiterzuentwickeln.** Dabei kann auf Reformvorschläge aus den 1990-iger Jahren zurückgegriffen werden. Seine Ausgestaltung muss nicht nur den Anforderungen des Art. 11 EMRK, sondern auch den Vorgaben des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips genügen. Bei der Regelung der Arbeitsbedingungen in formellen Gesetzen ist insbesondere der Konflikt mit dem freien Mandat der Abgeordneten aufzulösen. Daher können die Ergebnisse aus den Kollektivverhandlungen mit den Gewerk-

schaften keine bindende Wirkung haben. Das gibt Art. 11 EMRK durch das Recht auf Kollektivverhandlungen aber auch nicht vor." (Schubert a.a.O., S. IIOf.)

Für den Deutschen Gewerkschaftsbund (DGB) ließ sich dieses Kompensationsmodell nahtlos in sein Konzept "Verhandeln statt Verordnen" einpassen, sodass es nahelag, intensivere „Mitwirkungsmöglichkeiten der Beamtengewerkschaften bei der Normsetzung im Beamtenrecht" gutachterlich untersuchen zu lassen.

- vgl. dazu das umfangreiche gleichnamige Gutachten von Heinrich Amadeus Wolff vom 14. Juni 2011

Auch Ulrich Battis kann dem Modell kompensierender Beteiligung einiges abgewinnen und hat dazu im Kontext des von ihm erwarteten und befürworteten Dialogs zwischen dem BVerfG und dem EGMR folgendes ausgeführt:

- "Ein konsensorientierter Dialog beider Gerichte könnte dadurch erleichtert werden, dass die Beteiligungsrechte der deutschen Beamten ausgebaut würden. Ob aus Art. 9 Abs 3 GG wegen des Streikverbots für Beamte und der fehlenden Tarifautonomie zwingend ein Rechtsanspruch auf **kompensierende Beteiligung** und in welchem Umfang folgt, ist seit langem umstritten. Neuerdings wird die jüngste Rechtssprechung des EGMR zum Beamtenstreik als ‚Motor‘ und ‚zentraler Grund für eine Fortschreibung der Kompensationsinstrumente‘ angesehen. Dem ist zuzustimmen, auch wenn man gerade die von H. A. Wolff entwickelte, nach Funktionsgruppen differenzierende Zuerkennung eines beamtenrechtlichen Streikrechts bzw. Streikverbotes zwar für plausibel, aber wenig wahrscheinlich hält. Vorschläge zur Ausgestaltung der Beteiligungsrechte liegen vor. Das BVerfG könnte als Beitrag zum Dialog mit dem EGMR anregen, dass der Gesetzgeber die bisherige restriktive Linie der beamtenrechtlichen Beteiligung von Gesetzgeber und Rechtsprechung aufgibt. Er-

gänzend sei auf das Urteil des BAG zum eingeschränkten Streitverbot in sozialen von den Kirchen getragenen Einrichtungen hingewiesen. Die Einräumung und Ausübung von Mitwirkungsrechten rechtfertigt danach die Einschränkung des Streikrechts. So wie bei den Kirchen Art. 4 GG Art. 9 Abs. 3 begrenzt, begrenzt das in Art. 33 § 5 GG garantierte Treueverhältnis zwischen Dienstherrn und Beamten die Ausübung der in Art. 9 Abs. 3 garantierten Vereinigungsfreiheit." (Battis, a.a.O., S. 37) Wir können uns dieser Auffassung nicht anschließen und halten den vermeintlichen Königsweg des Kompensationsmodells eher für einen Holzweg. Erstens löst er das zu entscheidende Problem nicht, sondern verschiebt es nur in ein rechtlich und praktisch ungewisses Verhandlungsmodell; zum anderen aber – und davon wird noch ausführlicher die Rede sein – kann es zur Bewältigung des strukturellen Problems der Doppelrolle des Staates als Dienstherr und Gehaltsfestsetzer nichts Entscheidendes beitragen.

3.2 Zu den in Betracht kommenden Konfliktlösungsakteuren: die Fachgerichte, der verfassungsändernde Gesetzgeber oder doch wieder das Bundesverfassungsgericht?

Eine Durchsicht der Literatur gibt keinen Anlass, von einem der in Betracht kommenden Akteure eine baldige Auflösung der skizzierten Konfliktsituation zu erwarten; der Grundtenant ist mehr als nur skeptisch:

- Was zunächst die Fachgerichte angeht, so sind sie zur Abhilfe aus rechtlichen Gründen nicht in der Lage. Das einzige in Betracht kommende Vehikel wäre eine **konventionskonforme Auslegung** des ungeschriebenen beamtenrechtlichen Streikverbots, wobei an dieser Stelle offen bleiben kann, ob man dessen verfassungsrechtliche Verankerung primär in Art. 33 Abs. 5 GG sieht – so das Bundesverfassungsgericht – oder in Art. 33 Abs. 4 – wie etwa Kersten in seiner Schrift über das neue Arbeitskampfrecht (2012). Angeichts der eindeutigen Rechtssprechung des BVerfG zum

grundsätzlichen Streikverbot für Beamte wäre – darin ist sich die Literatur weitgehend einig – der methodisch zulässige Anwendungsbereich einer konventionskonformen Auslegung eindeutig überschritten. Sie kann sich dabei

- siehe stellvertretend Widmaier/ Alber, a.a.O., S. 401

auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Oktober 2004 berufen,

- BVerfGE 111, 307, 325ff. - Görgülü

in dem es sich ausführlich mit der Beachtung der Konventionsvorgaben durch die nationalen Gerichte auseinandersetzt hat:

- "Da die Europäische Menschenrechtskonvention – in der Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte – im Range eines förmlichen Bundesgesetzes gilt, ist sie in den Vorrang des Gesetzes einbezogen und muss insoweit von der rechtsprechenden Gewalt beachtet werden [...]. Es ist die Aufgabe der nationalen Gerichte, eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in den betroffenen Teilrechtsbereich der nationalen Rechtsordnung einzupassen, weil es weder der völkervertraglichen Grundlage noch dem Willen des Gerichtshofs entsprechen kann, mit seinen Entscheidungen gegebenenfalls notwendige Anpassungen innerhalb einer nationalen Teilrechtsordnung unmittelbar selbst vorzunehmen. [...] Solange im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, trifft deutsche Gerichte die Pflicht, der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Beachtung der Entscheidung des Gerichtshofs etwa wegen einer geänderten Tatsachenbasis gegen eindeutig entgegenstehendes Gesetzesrecht oder deutsche Verfassungsbestimmungen, natürlich auch gegen Grundrechte Dritter verstößt.

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

Legt man diese Grundsätze als Maßstab zugrunde, so dürfte entgegen einzelnen Literaturstimmen

- Paul Gooren, Das Ende des Beamtenstreikverbots, ZBR 2011, S. 400ff.; Klaus Lörcher, Beamtenstreikrecht zum ersten Mal grundsätzlich anerkannt, PersR 2011, S. 453f.

in der Tat eine Anpassung an die Streikrechts-Rechtsprechung des EGMR im Wege einer konventionskonformen Auslegung von Art. 33 Abs. 5 durch die deutschen Fachgerichte ausgeschlossen sein.

- Was den verfassungsändernden Gesetzgeber betrifft, so haben wir keine einzige Stimme finden können, die von ihm ein konfliktlösendes Einschreiten erwartet. Achim Seifert gibt wohl die allgemeine Einschätzung zutreffend wieder, wenn er insoweit zu Protokoll gegeben hat:
- "Ein mit Art. 11 EMRK vereinbarer Rechtszustand lässt sich indessen nicht im Wege einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung beamtenrechtlicher Vorschriften und von Art. 33 Abs. 4 und 5 GG herbeiführen. Es bedarf infolgedessen eines verfassungsändernden Eingriffs, was wegen der dazu erforderlichen verfassungsändernden Mehrheit dazu führen dürfte, dass die Schaffung eines Rechts auf Kollektivverhandlungen und eines Streikrechts für Beamte **in den Bereich des Unwahrscheinlichen rückt.**" (a.a.O., S. 377)
- So bleibt also offenbar und wie so häufig nur das Bundesverfassungsgericht als Konfliktlösungsinstanz übrig. Es müsste allerdings - dies ist allen Kundigen klar - über seinen

Schatten springen, würde es sich der Position des EGMR annähern. Daher überwiegen auch hier eindeutig die Zweifel, die von Battis in der Zusammenfassung seines Gutachtens wie folgt formuliert worden sind:

- "Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und Äußerungen von Mitgliedern des Gerichts legen es nahe, davon auszugehen, dass das Bundesverfassungsgericht ein Streikrecht für alle Beamten wegen ihres einheitlichen Status ablehnen wird. Ob das Bundesverfassungsgericht künftig mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des EGMR und im Anschluss an ältere und neuere Literaturstimmen eine funktionale Unterscheidung zuließe nach Beamten, die streiken dürfen, und solchen, die nicht streiken dürfen, ist eher zweifelhaft." (a.a.O., S. 42, Nr. 8)

Mit diesen Zweifeln wird man zum gegenwärtigen Zeitpunkt leben müssen. Sie entheben uns aber nicht der Notwendigkeit, die Klärung der Rechtslage voranzutreiben und klar Position zu beziehen.

4 | Fünf zentrale methodische Weichenstellungen

4.1 Auf der Suche nach dem verfassungsrechtlichen Sitz des Problems: Berufsbeamtentum oder Grundrecht der Koalitionsfreiheit?

Jeder Student, der in einer staatsrechtlichen Klausur die Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde prüfen soll, ist gut beraten, wenn er zunächst nach der maßstäblichen Prüfungs norm – in der Regel dem sachenächsten Grundrecht – Ausschau hält, um dann die Frage nach der Eröffnung des Schutzbereichs und die Schrankenproblematik zu erörtern. Dies ist hier nicht anders: als maßstäbliche Norm kommt entweder die institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. IV und V GG) oder das Grundrecht der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) in Betracht. Bei der zu treffenden Auswahlentscheidung hilft ein Blick in zwei der gängigsten Grundgesetz-Kommentare:

Im Grundgesetzkommentar von Jarass/Pieroth

- Hans D. Jarass/ Bodo Pieroth (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, 9. Aufl., München 2007

findet sich in der Kommentierung von Art. 33 (Bearbeitung Pieroth) der nicht näher erläuterte Hinweis, dass das Streikverbot zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums gehöre, allerdings mit dem Klammerzusatz (Rdnr. 56 zu Art. 9). Geht man diesem Verweis nach, findet sich (Bearbeiter Jarass) die folgende Auskunft:

- "Für Beamte ist gemäß Art. 33 Abs. 5 als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums [...] der Streik verboten [...], selbst in abgeschwächten Formen. [...] Für Arbeiter und Angestellte im öffentlichen Dienst ergeben sich aus Art. 33 Abs. 5 keine Einschränkungen der Koalitionsfreiheit".

Der verfassungsrechtliche Sitz des Streikproblems ist also offenbar das Grundrecht der Koalitionsfreiheit, während die hergebrachten Grundsätze als einschränkende Ausnahme fungieren.

Im "Sachs"

- Michael Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, vierte Aufl., München 2007

findet sich in der Kommentierung von Art. 33 (Bearbeiter Battis) nur die lapidare Benennung des Streikverbotes als hergebrachter Grundsatz (Rdnr. 73), während sich Wolfram Höfling in seiner Kommentierung der vom Wortlaut her ja schrankenlos geschützten Koalitionsfreiheit näher mit der Schrankenproblematik auseinandersetzt; als ein zur Schrankenziehung in Betracht kommendes "Rechtsgut mit Verfassungsrang" identifiziert er die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtenstums und merkt dazu folgendes an: "Schließlich kann die Koalitionsfreiheit zum Schutze anderer mit Verfassungsrang ausgestatteter Rechtspositionen eingeschränkt werden. So rechtfertigen es die in Art. 33 Abs. V verankerten hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, Beamten das Streikrecht zu verwehren."

Auch hier ist also der verfassungsrechtliche Sitz des Streikproblems das Grundrecht der Koalitionsfreiheit, das in den hergebrachten Grundsätzen eine nach den allgemein anerkannten Regeln der Grundrechtsdogmatik legitime Einschränkung erfährt. Noch deutlicher wird dieses Zusammenspiel von Grundsatz und Ausnahme in der nunmehr endlich im Wortlaut zu zitierenden Vorschrift des Art. 11 der europäischen Menschenrechtskonvention, in der es in mustergültiger Klarheit wie folgt heißt:

- "1. Alle Menschen haben das Recht sich friedlich zu versammeln und sich frei mit anderen zusammenzuschließen, einschließlich des Rechts, zum Schutze ihrer Interessen Gewerkschaften zu bilden und diesen beizutreten.

- 2. Die Ausübung dieser Rechte darf keinen anderen Einschränkungen unterworfen werden als den vom Gesetz vorgesehenen, die in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen und öffentlichen Sicherheit der Aufrechterhaltung der Ordnung und der Verbrechensverhütung, des Schutzes der Gesundheit und der Moral oder des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind. Dieser Artikel verbietet nicht, dass die Ausübung dieser Rechte durch Mitglieder der Streitkräfte, der Polizei oder der Staatsverwaltung gesetzlichen Einschränkungen unterworfen ist."

Umso erstaunter ist man als Leser des weit ausgreifenden Rechtsgutachtens zum beamtenrechtlichen Streikverbot von Udo Di Fabio,

- Das beamtenrechtliche Streikverbot. Das Streikverbot der Beamten als konstitutiver Bestandteil rechtsstaatlicher Demokratie, München 2012

dass darin die Koalitionsfreiheit als Maßstabsnorm nicht nur keine Rolle spielt, sondern überhaupt nicht vorkommt; als Prüfungsmaßstab fungieren ausschließlich die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums und damit letztlich die Institution des Beamtentums als solche. Dieser - wie man wohl ohne Übertreibung formulieren darf - beamtenrechtliche "Tunnelblick" überrascht umso mehr, als derselbe Autor in seinem Referat auf dem "Europarechtlichen Symposium" des Bundesarbeitsgerichts am 26./27. April 2012

- Udo Di Fabio, Nationales Arbeitsrecht im Spannungsfeld von Grundgesetz und Grundrechtscharta, vervielfältigtes Manuskript

die Europäische Menschenrechtskonvention gerade auch hinsichtlich ihrer arbeitsrechtlichen Bedeutung sehr wohl im Blick hatte, wie insbesondere das nachfolgende Zitat zeigt:

- "Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) ist nicht nur ein normaler völkerrechtlicher Vertrag, sie ist auch als regionale Konkretisierung und Akzentuierung der universellen Menschenrechte zu verstehen. Auch wenn die Konvention selbst im deutschen Recht keinen Verfassungsrang hat, so gebietet es doch das Gebot der Völkerrechts-freundlichkeit gerade aus diesem Zusammenhang heraus die Konvention auch bei der Auslegung der Verfassung zu berücksichtigen, das hat das BVerfG grund-legend mit der Görgülü-Entscheidung klargestellt und mit der Entschei-dung zur Sicherheitsverwahrung vor kurzem bekräftigt." (a.a.O., S. 8f.)

Liest man das Referat Di Fabios zu Ende, so findet sich dort eine wirklich interessante Passage, in der er sich gegen das von ihm so bezeichnete **Normshopping im Mehrebenensystem** wendet und dazu wie folgt argumentiert:

- "In diese Debatte [über den Mindestlohn, G.F.S.] will und kann ich natürlich nicht einsteigen. Sie ist aber exemplarisch für eine Verschiebung der Rechtsargumentation im europäischen Mehrebenensystem. Gerade im Arbeitsrecht, das korporatistisch in Widerlager geteilt ist, die Erkenntnis und Interesse in bemerkenswerter Form miteinander verbinden, fällt auf, wie man sich argumentativ auf allen Ebenen bedient und die eine Ebene gegen die andere in Stellung bringt, wenn es sein muss. Je nach Interessenlage schwankt die Sympathie zwischen Unionsrecht, Menschenrechtskonvention oder Verfas-sung, wenn es dem eigenen Interesse dient, begnügt man sich gerne mit dem einfachen Gesetz oder dem Tarif-vertrag, andernfalls fällt einem schon eine Richtlinie ein, die verletzt sein könnte: **Normshopping in Mehrebe-nenwelt.**" (a.a.O., S. 12)

Diesen Vorwurf des Normshoppings wird er sich selbst ent-gegenhalten lassen müssen: allein auf die hergebrachten Grundsätze abzustellen und das Grundrecht der Koalitions-

freiheit völlig auszublenden, ist nichts anderes als eine Form des Normshoppings und wird den methodischen Standards einer die Einheit Verfassung im Auge habenden Verfassungsinterpretation nicht gerecht. Worum es also geht – und dies ist als erstes Zwischenergebnis festzuhalten – ist, die Diskussion um das Streikverbot für Beamte vom beamtenrechtlichen Kopf auf die arbeitskampfrechtlichen Füße zu stellen; nur dann wird man eine frühzeitige Verengung des Blickwinkels vermeiden können.

4.2 Auf der Suche nach der problemangemessenen Perspektive: Status- oder Funktionsbezogenheit der hergebrachten Grundsätze?

Es geht bei diesem Gliederungspunkt des Gutachtens – um Missverständnissen vorzubeugen – nicht darum, den Charakter des Streikverbotes für Beamte als hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums zu bestreiten oder die Gesamtheit der hergebrachten Grundsätze – über deren Zahl und Inhalt ja weitgehend Einigkeit besteht – als eine Ansammlung alter Zöpfe zu karikieren; es geht vielmehr allein um die Frage, ob die hergebrachten Grundsätze und die Institution des Beamtentums aus ihrer spezifischen Funktion für den modernen Verwaltungsstaat zu begründen sind oder ob sie ohne jede funktionale Differenzierung an den formalen Beamtenstatus anknüpfen. Wenn die Frage – richtiger Weise – so gestellt wird, ist sie einfach und klar zu beantworten:

4.2.1 Art. 33 GG als funktionsgebundene Garantie des Berufsbeamtentums

Der Begriff der "hergebrachten" Grundsätze im Art. 33 Abs. 5 macht deutlich, dass das Grundgesetz vom Beamtentum als einer historisch gewachsenen Institution ausgeht, als einer historisch bedingten und eingebetteten Antwort auf die personellen Erfordernisse des modernen Verwaltungsstaats. Art. 33 Abs. 4 und Abs. 5, die zusammen eine Regelungseinheit bilden, sind in ihrer Bedeutung und Aussagekraft nur zu verste-

hen als eine positive Bestätigung des historischen Prozesses der Entwicklung des modernen Staats als Beamtenstaat.

- dazu G. Schmoller, Der deutsche Beamtenstaat vom 16. bis 18. Jahrhundert, in: Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich, 1894 (18. Jahrgang), S. 1ff.

Das Grundgesetz formuliert also nicht nur Staatsziele, vom Staat zu respektierende Grundrechte, Prinzipien der Staatsorganisation sowie Grundzüge der Finanzverfassung, es wendet seine Aufmerksamkeit auch der Frage zu, wie der Staat das Bündel seiner Aufgaben personell bewältigen soll. Dabei knüpft der Verfassungsgeber an die

Herausbildung eines als Beruf verstandenen Beamtentums im 18. und 19. Jahrhundert an. Die Art. 129, 130 der Weimarer Reichsverfassung und Art. 33 des Grundgesetzes, die das Berufsbeamtentum als überkommene Einrichtung voraussetzen und seinen Fortbestand garantieren wollen, sind als "Beamtenartikel" ein durchaus zutreffendes Kürzel für die Entwicklung eines mit der Herausbildung des modernen Staates untrennbar verknüpften hauptberuflich die notwendigen Staatsaufgaben wahrnehmenden öffentlichen Dienstes. Sehen wir – was der historischen Entwicklung entspricht – als idealtypischen Vertreter des "allgemeinen Standes", der "die allgemeinen Interessen des gesellschaftlichen Zustandes zu seinem Geschäft macht",

- so die Formulierung Hegels in seiner 1821 begonnenen Vorlesung "Naturrecht und Staatswissenschaft oder Philosophie des Rechts", herausgegeben von Johannes Hoffmeister unter dem Titel "Grundlinien der Philosophie des Rechts", 1967, § 303 (S. 264), § 205 (S. 177).

den Berufsbeamten an, so bezeichnen die Begriffe moderner Verwaltungsstaat – Beamtenstaat – Beamtenartikel **einen historischen und funktionalen Zusammenhang** aus personeller Perspektive.

Die Entstehungsgeschichte und insbesondere das Ringen um die Formulierung des den Beamten zukommenden Aufgabenbereichs

- näher dazu G. F. Schuppert, Kommentierung von Art. 33 Abs. 4 und 5, in: Erhard Denninger et al. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Band 1, 2. Auflage Neuwied 1989, Rz. 8ff.

belegen eindeutig, dass Art. 33 Abs. 4 das Berufsbeamtentum nicht im Sinne einer Anknüpfung an bestimmte Formalien garantieren wollte: die Tätigkeit als Beamter, d.h. als ein in einem öffentlich-rechtlichen Treueverhältnis stehender Angehöriger des Öffentlichen Dienstes gewinnt ihre Rechtfertigung aus der Wahrnehmung bestimmter, nämlich hoheitlicher Aufgaben. Zutreffend sieht Franz Mayer

- Rechtsgutachten, in: Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Band 5, 1973, S. 597ff.

daher in Art. 33 Abs. 4 "eine Rückkehr zum ursprünglichen funktionalen Verständnis des Beamtenverhältnisses". Entstehungsgeschichtlich sind Art. 33 Abs. 4 und 5 Ausdruck einer funktionsgebundenen Garantie des Berufsbeamtentums.

Wenn sich dies so verhält, gilt es in einem zweiten Schritt, den Begriff der "hoheitlichen Befugnisse" zu klären.

4.2.2 Hoheitsrechtliche Befugnisse als Synonym für „notwendig staatliche Ausgaben“

Die Besonderheiten des Beamtenverhältnisses, insbesondere seine besondere Pflichtigkeit lassen sich nur funktional, d.h. von den Besonderheiten der wahrgenommenen Aufgaben begründen. Von diesem Ausgangspunkt her ist zu fragen, für welche staatlichen Tätigkeitsbereiche die überkommenen Be-

sonderheiten des Beamtenverhältnisses besonders funktionsadäquat sind. Diese Fragestellung ergibt sich auch aus der Aufgabenstellung von Art. 33 Abs. 4, als Funktionsgarantie für das Beamtentum zu wirken: d.h. diese Vorschrift gibt nicht primär Auskunft darüber, in welchen Bereichen es sinnvoll, wünschbar und zulässig ist, Berufsbeamte zu beschäftigen; sie will vielmehr ein garantiertes Minimum der den Beamten vorbehalteten Tätigkeiten umgrenzen.

- ebenso Josef Isensee, Beamtenstreik Zur rechtlichen Zulässigkeit des Dienstkampfes 1971.

Die Aufgabenbereiche nun, in denen der Staat im besonderen Maße auf eine dienstrechtlich abgesicherte Verlässlichkeit und Verfügbarkeit des Verwaltungspersonals im Sinne eines besonderen Beamtenstatus angewiesen ist, sind seine unverzichtbaren Hoheitsaufgaben. Isensee (a.a.O.) schlägt vor, insoweit die Unterscheidung von ausschließlichen und konkurrierenden Staatsaufgaben fruchtbar zu machen und den Funktionsvorbehalt auf die durch die ausschließliche Zuständigkeit der Staatsorganisation für den Einsatz obrigkeitlichen Zwanges gekennzeichneten Tätigkeiten zu beschränken (Polizei, Finanzhoheit). Richard Rose in seiner Untersuchung "On the Priorities of Government"

- A Developmental Analysis of Public Policies, European Journal of Political Research, 1976, 247-289.

nennt in seiner Typologie der Staatsaufgaben die mit der Herausbildung des modernen Staates notwendig verbundenen Aufgaben "sine qua non activities" oder auch, da für die moderne Staatlichkeit begriffsnotwendig, "defining activities". Es sind dies der Schutz der territorialen Integrität, die Aufrechterhaltung der Ordnung im Innern und die Sicherung einer finanziellen Basis durch Erhebung von Steuern. Typisch für diese Aufgabenbereiche ist das vom Staat unbedingt beanspruchte **Wahrnehmungsmonopol** Während in Bereichen des Kultur- und Wohlfahrtszwecks der Staat mit Privaten oder dem

Bereich der Öffentlichkeit zugehörigen Organisationen kooperiert

- Auf diese organisatorischen und personalpolitischen Konsequenzen der Unterscheidung der Staatszwecke hatte schon Adolf Wagner hingewiesen, in: Staat in nationalökonomischer Hinsicht, Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd. VIII, 3. Aufl. 1911, S. 727ff.

oder Aufgaben gar delegiert, fällt der Rechts- und Machtzweck in die ausschließlich staatliche Zuständigkeit. Überträgt man den Bereich des Staatlichen Gewaltmonopols (Isensee) bzw. des staatlichen Wahrnehmungsmonopols (Rose, Wagner) in den Bereich "Personal der Verwaltung", so ergibt sich, dass sinnvollerweise der Vorbehaltsbereich für Berufsbeamte als einer dienstrechtlich besonders in Pflicht genommenen Gruppe öffentlicher Bediensteter mit diesem Bereich notwendig staatlicher Aufgabenwahrnehmung deckungsgleich ist.

- ebenso Isensee, a.a.O., S. 84ff.; Jung, Die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes, 1971; Werner Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes (Art. 33 GG), 1961; derselbe, Der Aufgabenbereich der Angestellten im öffentlichen Dienst (und die hoheitsrechtlichen Befugnisse nach Art. 33 Abs. 4 des Grundgesetzes), 1962.

Die überwiegende Meinung in der Literatur hat hinsichtlich der Interpretation der Reichweite des Funktionsvorbehalts von Art. 33 Abs. 4 einen anderen Weg eingeschlagen, um mit einer weiten Auslegung des Begriffs der hoheitlichen Befugnisse der allenthalben zu beobachtenden Ausdehnung der Staatstätigkeit und insbesondere der Schwerpunktverlagerung von der Eingriffs- zur Leistungsverwaltung Rechnung zu tragen. Repräsentativ für diese Argumentation ist die im Grundgesetzkommentar von Maunz/Dürig/Herzog/Scholz

- Loseblattausgabe, Art. 33 Rdnr. 33

vorgeschlagene **dynamische Interpretation**. Bei der Auslegung des Funktionsvorbehaltes, so heißt es dort, "darf nicht übersehen werden, dass die Eingriffsverwaltung im engeren Sinne im Rahmen der gesamten staatlichen Tätigkeit in zunehmenden Maß von anderen Bereichen (Daseinsvorsorge, Subventionen u.a.) verdrängt wird. Eine Beschränkung des Abs. 4 auf die Eingriffsverwaltung müsste daher im Ergebnis zu einer erheblichen und ständig zunehmenden Einenung seines Anwendungsbereichs führen. Aus diesem Grunde muss der Begriff ‚hoheitsrechtliche Befugnisse‘ unter Beachtung der geänderten Verfassungswirklichkeit ‚dynamisch‘ interpretiert werden. So wie die öffentliche Gewalt im Sinne von Art. 19 Abs. 4 heute nicht mehr i. S. von Eingriffsverwaltung verstanden werden kann [...] so müssen auch die hoheitsrechtlichen Befugnisse in einem Sinne ausgelegt werden, der nicht den zahlenmäßigen, aber den materiellen Schwerpunkt der Staatstätigkeit bei den in dieser Vorschrift genannten Staatsbediensteten konzentriert."

Wir selbst haben dieser auf den ersten Blick so plausibel dacherkommenden dynamischen Interpretation kritisch gegenübergestanden und hatten in unserer Kommentierung von Art. 33 Abs. 4 und 5

- a.a.O., Rdnr. 30

dazu folgendes angemerkt:

- "Sicherlich ist es richtig und erforderlich, der Ausdehnung der staatlichen Tätigkeit, dem Hinauswachsen des Staates aus der sog. Eingriffsverwaltung und seinem Vordringen in das Gebiet privatrechtlicher Handlungs- und Organisationsformen mit einer entsprechenden Entwicklung verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Begrifflichkeit auf der Spur zu bleiben. Dies ist der gute

Sinn der weiten Auslegung des Begriffs öffentliche Gewalt bei Art.

19 Abs. 4 (Rechtsschutzfunktion), der Begriffsschöpfung des Verwaltungsprivatrechts (Verhinderung der Flucht ins Privatrecht ohne Grundrechtsbindung), der ‚Erfindung‘ der Zwei-Stufen-Theorie (öffentlich rechtliche Disziplinierung des Subventionswesens; Rechtsschutz) und auch der Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts auf die Leistungsverwaltung (Wahrung der Steuerungsfunktion des Parlaments im Sozialstaat). Es handelt sich hier um gelungene Versuche der Rechtswissenschaft, unter dem Gesichtspunkt des Gesetzesvorbehalts, der Grundrechtsbindung und der Rechtsschutzgarantie einen aufgabenexpansiven und in immer mehr gesellschaftliche Bereiche vordringenden Staat zu domestizieren. Diese spezifische Zielrichtung nun kann - wie Isensee zutreffend dargelegt hat - nicht ohne weiteres auf die Interpretation der Funktionsgarantie des Art. 33 Abs. 4 übertragen werden. Isensee verdient volle Zustimmung, wenn er schreibt: „Die Ausweitung des Beamtenvorbehalts beruht weithin auf einen Fehlschluß von der Ordnung der staatlichen Aufgaben auf die dienstrechtliche Struktur. Die Notwendigkeit, daß die öffentliche Gewalt bestimmte Kompetenzen übernimmt sagt nichts über die Notwendigkeit aus, die Kompetenzwalter zu verbeamten.“ (a.a.O., S. 89)

Diese Einwände gegen die einladende Formel der dynamischen Interpretation sind durch die Entwicklung auf dem Gebiet der Staats- und Verwaltungsorganisation eindrücklich bestätigt worden. Die Verwaltungsorganisation hat auf die Ausweitung der Staatsaufgaben und die Entwicklung zum „Dienstleistungsstaat“

- Andreas Voßkuhle, Der „Dienstleistungsstaat“. Über Nutzen und Gefahren von Staatsbildern, in: Der Staat, Bd. 40 (2001); S. 495ff.

nicht etwa durch eine Verstaatlichung der Aufgabenfülle reagiert, sondern – im Gegenteil – durch Privatisierung, Con-

tracting Out, Public Private Partnerships - um nur einige besonders beliebte Gestaltungsmöglichkeiten zu benennen.

- ausführlich dazu G. F. Schuppert, Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. München 2012, S. 1067-1159.

Bei der Privatisierung der Dienstleistungsverwaltungen von Bahn und Post bedurfte es gar – wie erinnerlich – einer verfassungsrechtlich abgesicherten Beleihung von Privatunternehmen mit der Dienstherrenfähigkeit (Art. 143a, 143b GG), um den bei Bahn und Post aus historischen Gründen besonders hohen Beamtenanteil auch weiterhin beschäftigen zu können.

- Die "Orientierungswirkung" der Rechtssprechung des europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und der klare Wortlaut von Art. 11 EMRK, der eine Einschränkung des Streikrechts im Bereich des öffentlichen Dienstes nur unter engen, funktionsbezogenen Grenzen vorsieht, bieten Anlass, zu der entstehungsgeschichtlich geforderten funktionalen Rechtfertigung der hergebrachten Grundsätze zurückzukehren und Art. 33 GG als das zu verstehen, was er immer war, nämlich eine funktionsgebundene Garantie des Berufsbeamtentums. Eine solche konventionsrechtlich veranlasste Rückbesinnung auf eine enge Auslegung des Funktionsvorbehaltes von Art. 33 Abs. 4 hätte erhebliche Konsequenzen: sie würde im Klar- text bedeuten, dass all diejenigen Angehörigen des öffentlichen Dienstes, die zwar den Status eines Beamten haben, aber keine hoheitlichen Aufgaben erfüllen, das Streikrecht nicht vor- enthalten werden kann. Die Auswirkungen wären in der Tat erheblich:
- Einmal wäre – wenn diese Rückbesinnung nachvollzogen würde – wohl die größte Beamtengruppe überhaupt betrof- fen, nämlich die der beamteten Lehrer,

- erinnert sei an das Diktum Frido Wagners, Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart, VVDStRL 37 (1978), S. 220: "Der Zahl nach (und dies wird immer wieder vergessen) ist der Lehrer der typische Beamte".

da sie nach richtiger und vom Bundesverfassungsgericht geteilter Ansicht keine schwerpunktmäßig hoheitlich geprägten Aufgaben wahrnehmen; in seinem Beschluss vom 19.09.2007 zur antragslosen Teilzeitbeschäftigung von Beamten

- DVBl. 2007, S. 1359ff., 1362

hat das BVerfG sich dazu klar und deutlich wie folgt geäußert

- "Hinsichtlich der von der angegriffenen Regelung ganz überwiegend betroffenen Berufsgruppe der Lehrer ist die – seit Jahren in großem Umfang praktizierte – Einstellung im Angestelltenverhältnis auch mit den Vorgaben des Art. 33 Abs. 4 GG vereinbar, weil Lehrer in der Regel nicht schwerpunktmäßig hoheitlich geprägte Aufgaben wahrnehmen, die der besonderen Absicherung durch den Beamtenstatus bedürften (vgl. Masing, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl., 2006, Art. 33, Rn. 67 m.w.N.). Der Dienstherr hat daher die Möglichkeit, Lehrer im Angestelltenverhältnis einzustellen. Er ist dann den besonderen institutionellen Vorgaben nicht unterworfen, die das Grundgesetz mit der Einrichtung des Berufsbeamtentums verbindet."
- Aber es geht – um Missverständnissen vorzubeugen – nicht nur um die Personengruppe der Lehrer, sondern auch um die große Zahl derer, die zwar ihren Beamtenstatus behalten haben, deren Tätigkeitsbereich und deren Dienstherr durch Privatisierung "**enthoheitlicht**" worden sind. Durch die Privatisierung existenzieller Infrastrukturen wie Bahn und Post

- Siehe dazu die Beiträge in Martin Höchhuth (Hrsg.), Rückzug des Staates und Freiheit des Einzelnen. Die Privatisierung existenzieller Infrastrukturen, Berlin 2012

Ist an die Stelle administrativer Daseinsvorsorge die privatwirtschaftlich organisierte Erbringung von im Allgemeininteresse liegenden Dienstleistungen getreten,

- vgl. dazu Martin Bullinger, Von administrativer Daseinsvorsorge zu privatwirtschaftlicher Leistung unter staatlicher Rahmengarantie, in: Franz Ruland u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Zacher, 1998, S. 85ff.

ein fundamentaler Vorgang, der nicht nur Staatsorganisationsrecht betrifft, sondern auch von anderen Teilen der Rechtsordnung zur Kenntnis zu nehmen ist.

Ein lehrreiches Beispiel dafür ist die Notwendigkeit einer Neubestimmung der Finanzkontrolle der Bahnunternehmen durch den Bundesrechnungshof, eine Neubestimmung, die der Tatsache Rechnung trägt, dass die Bahn nicht mehr Teil einer Bundesbahnverwaltung ist, die in vollem Umfang der klassischen Rechnungshofkontrolle unterfiele, sondern als privatisiertes Unternehmen marktwirtschaftlich tätig ist.

- näher dazu G. F. Schuppert/Florian Meinel, Die Finanzkontrolle der Gewährleistungsverwaltung, in: Verwaltungs-Archiv (2011), S. 459-490.

Den Bund trifft aus Art. 87e Abs. 4 GG nunmehr "nur" noch eine Infrastrukturverantwortung für das Schienennetz, die er insbesondere durch finanzielle Leistungen an die Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU) aufgrund des Bundesschienenwegeausbaugesetzes (BschWAG) wahrnimmt. Der Umfang dieser Leistungen ist nicht gesetzlich geregelt, sondern in § 9 BschWAG einer Vereinbarung zwischen den EIU und der finanzierenden Gebietskörperschaft vorbehalten. Anfang 2009 wurden sämtliche bisher bestehenden Finanzierungsvereinbarungen durch eine globale Leistungs- und Finanzverein-

barung - die sog. LuFV - zwischen dem Bund und den Netzunternehmen der Bahn des Bahnkonzerns abgelöst. Der Bund hat sich in der LuFV verpflichtet, an die Infrastruktur-Tochtergesellschaften der Bahn von 2009 bis 2013 einen jährlichen Infrastrukturbetrag von insgesamt 2,5 Milliarden Euro zu leisten. Die Unternehmen sind im Gegenzug verpflichtet, einen eigenen Mindestinstandhaltungsbeitrag von mindestens einer Milliarde Euro zu leisten und ein bestimmtes, im Einzelnen festgelegtes Qualitätsniveau der Schieneninfrastruktur aufrechtzuerhalten. Für die Überprüfung dieses Qualitätsniveaus sowie für die ordnungsgemäße Verwendung der Gelder sind in der LuFV eigene Kontrollmechanismen vorgesehen, wie etwa die Einschaltung unabhängiger Wirtschaftsprüfer. Damit ist die klassische Rechnungshofkontrolle weitgehend obsolet; sie hat sich als Konsequenz der Enthoheitlichung der Bahn auf die Kontrolle zu beschränken, ob dieses in der LuFV installierte Kontrollsysteum funktionsfähig und geeignet ist, dem Ziel einer sparsamen Verwendung öffentlicher Mittel Rechnung zu tragen.

- näher dazu Schuppert/Meinel, a.a.O., S. 476f.

Die Auswirkungen der Enthoheitlichung der bisherigen Datensiehvorsorgeverwaltung beschränken sich aber nicht nur auf das Gebiet der Finanzkontrolle, das hier nur als Beispiel herangezogen wurde. Wegen der Aufgabenabhängigkeit nicht nur des Organisations- sondern auch des Personalrechts wäre es schlicht anachronistisch, den aus historischen Gründen immer noch verbeamteten Mitarbeitern von privatisierten Unternehmen das Streikrecht zu verweigern.

- Zum anderen wären die Konsequenzen zu bedenken, die sich aus der konventionsrechtlich gebotenen Relativierung des generellen Streikverbots für Beamte ergeben. Dies betreffe einmal Grundfragen der Personalpolitik der Länder, die sich nun wohl mehr denn je vor die Entscheidung gestellt sähen, Lehrer entweder im Angestellten- oder im Beamtenverhältnis zu beschäftigen;

- zu dem bisherigen Wahlrecht und den dabei zulässigen Erwägungen siehe ebenfalls die Entscheidung zur antragslosen Teilzeitbeschäftigung, BVerfG DVBl 2007, S. 1362.

des weiteren würden schwierige Reformfragen des Beamtenrechts aufgeworfen, da der Fortfall eines generellen beamtenrechtlichen Streikverbots andere Strukturprinzipien und hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums – wie etwa das Alimentationsprinzip – tangieren würde, was eine grundsätzlich neue Austarierung der Bausteine der Institution des Berufsbeamtentums erforderlich macht. Vielleicht gelingt dann die Reform des öffentlichen Dienstrechts, die in den siebziger Jahren trotz intensiver Vorbereitung durch eine eigens dazu eingerichtete Studienkommission just an der Frage des Streikrechts gescheitert war.

Wenn wir auch zu diesem Gliederungspunkt eine **Zwischenbilanz** formulieren wollen, so können wir dies mit den Worten von Herbert Landau und Martin Steinkühler

- Zur Zukunft des Berufsbeamtentums in Deutschland, DVBl. 2007, S. 133ff., 143

mit den folgenden Worten tun:

- "Das Beamtenrecht und das Berufsbeamtentum als solche haben sich bewährt. [...] Die hohen Anforderungen, die an das Berufsbeamtentum gestellt werden, passen allerdings nicht auf alle Beschäftigungsverhältnisse, sondern sind nur für den durch Art. 33 Abs. 4 vorgegebenen Kernbereich staatlichen Handelns - Polizei, Justiz, Steuern- und Ministerialverwaltung - gerechtfertigt, dort aber auch erforderlich. Auf diesen Kernbereich sollte deshalb der Einsatz von Beamten beschränkt werden. Eine solche Beschränkung entspricht im übrigen auch europarechtlichen Vorgaben".

4.3 Auf der Suche nach dem problemangemessenen Blickwinkel: nationalstaatlicher Autismus oder Europäisierung und Internationalisierung von Staatlichkeit

Nach Herbert Landau und Martin Steinkühler ist das Berufsbeamtentum eine "staatsimmanente Institution".

- Zur Zukunft des Berufsbeamtentums in Deutschland, a.a.O., S. 133.

Wenn dies – wofür der historische Entstehungsprozess des modernen Verwaltungsstaates spricht – richtig ist, dann nimmt die Institution des Berufsbeamtentums notwendigerweise auch am Prozess des Wandels von Staatlichkeit teil.

4.3.1 Berufsbeamtentum und Wandel von Staatlichkeit 1: das Beispiel von Europäisierung und Internationalisierung

In der breitgefächerten Diskussion über den Wandel von Staatlichkeit

- näher dazu G. F. Schuppert, Was ist und wie misst man Wandel von Staatlichkeit?, in: Der Staat, 47. Band, 2008, S. 325-358 mit der Replik von Philipp Genschel und Stephan Leibfried, Schupperts Staat. Wie beobachtet man den Wandel einer Formidee?, ebenda, S. 359-380.

gilt es als ausgemacht, dass die Europäisierung der Nationalstaatlichkeit als der Hauptanwendungsfall externen Wandels zu gelten hat.

- Zur Unterscheidung von externem und internem Wandel siehe Helmuth Schulze-Fielitz, Staatsrechtslehre als Wissenschaft: Dimensionen einer nur scheinbar akademischen Fragestellung, in: derselbe (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, S. 11, 38f.

Zu Recht ist die Europäisierung überkommener Nationalstaatlichkeit als Fundamentalvorgang charakterisiert worden.

- Rainer Wahl, Herausforderungen und Antworten: Das öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, Berlin 2006, S. 94ff.

Denn bei der Europäisierung geht es nicht nur um eine Aufgabeneuropäisierung, sondern eine tiefgreifende Europäisierung der nationalen Rechtsordnungen, der nationalen Governance-Strukturen, ja der gesamten nationalstaatlichen politischen Kultur, seien dies die Institutionenkultur, die Rechts- und Verwaltungskultur, die Konfliktkultur oder die Entscheidungskultur, um nur diese besonders wichtigen Aspekte der politischen Kultur eines Gemeinwesens zu nennen. Darin liegt keine beklagenswerte Auflösungserscheinung des Nationalstaates, sondern es geht um eine Mutation des Nationalstaates vom klassischen souveränen Einzelstaat zum Mitgliedsstaat. Wir haben es mit einem fundamentalen Rollenwechsel vom klassischen, mehr oder weniger autonom gedachten Nationalstaat zum Mitgliedsstaat zu tun, der als Mitglied-Staat eine andere Beschaffenheit und Qualität aufweist als der "Nur-Nationalstaat", der er vorher war und den es durch die Mitgliedwerdung als solchen auch nicht mehr gibt; Rainer Wahl, (a.a.O., S. 95f.) hat diesen Vorgang ebenso eindringlich wie zutreffend wie folgt kommentiert:

- "Deutschland ist weiterhin ein Staat, gewiß, aber in vielerlei Hinsicht ist es treffender, es als Mitglied-Staat zu charakterisieren. Seine Rechtsordnung ist nicht mehr autark oder autonom. Das Recht in einem Mitgliedstaat ist pluralisiert. Das in Deutschland geltende Recht ist nicht nur deutsches Recht, sondern ein aus mehreren Quellen stammendes, zusammengesetztes und ineinander verwobenes Recht. Dieser Grundsachverhalt bestimmt die Ausgangslage für nahezu jedes Rechts-

gebiet Es gibt kein Refugium mehr, in dem ein deutsches Rechtsgebiet mit sich selbst allein ist. Stattdessen ist es zur Normallage geworden, daß jedes konkrete Rechtsgebiet in dem Sinne europäisiert worden ist, daß es vorrangiges Gemeinschaftsrecht und eine Reihe von indirekten Wegen der Beeinflussung gibt."

Wenn sich dies so verhält, erhält auch die neuere Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts **zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung**, insbesondere im Hinblick auf die europäische Menschenrechtskonvention, ihren spezifischen Stellenwert. Die nachfolgende Passage aus dem Urteil zur Sicherungsverwahrung vom 4. Mai 2011

- BVerfGE 128,326ff.- Sicherungsverwahrung

liest sich wie eine direkte Antwort auf das oben wiedergegebene Zitat aus der Schrift Rainer Wahls über die Entwicklung des öffentlichen Rechts in Deutschland und wie eine Reaktion auf den Befund einer Europäisierung klassischer Nationalstaatlichkeit (S. 367f.):

- "Der innerstaatliche Rang der Europäischen Menschenrechtskonvention entspricht dem eines Bundesgesetzes. [...] Gleichwohl besitzen die Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention **verfassungsrechtliche Bedeutung**, indem sie die Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes beeinflussen. Der Konventionstext und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dienen nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes [...]. Im Rahmen der Heranziehung der Europäischen Menschenrechtskonvention als Auslegungshilfe berücksichtigt das Bundesverfassungsgericht Entscheidungen des Europäischen

Gerichtshofs für Menschenrechte auch dann, wenn sie nicht denselben Streitgegenstand betreffen. Dies beruht auf der jedenfalls **faktischen Orientierungs- und Leitfunktion**, die der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte für die Auslegung der Europäischen Menschenrechtskonvention auch über den konkret entschiedenen Einzelfall hinaus zukommt [...]. Die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes ist damit Ausdruck eines Souveränitätsverständnisses, das einer Einbindung in inter- und supranationale Zusammenhänge sowie deren Weiterentwicklung nicht nur nicht entgegensteht, sondern diese voraussetzt und erwartet. Vor diesem Hintergrund steht auch das "letzte Wort" der deutschen Verfassung einem internationalen und europäischen Dialog der Gerichte nicht entgegen, sondern ist dessen normative Grundlage."

Wenn man diese Rechtssprechung zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung

- vorher schon Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Oktober 2004 BVerfGE 111, 307ff.

auf diese Weise in den Kontext der Europäisierung als eines Anwendungsfalls externen Wandels von Staatlichkeit stellt, wird deutlich, dass es sich bei ihr nicht um einen Akt der Courtoisie des Grundgesetzes und des Bundesverfassungsgerichts gegenüber der Europäischen Menschenrechtskonvention handelt, sondern um eine einsichtsvolle Konsequenz aus dem Befund/ dass es sich bei der Bundesrepublik Deutschland als Mitglied der Europäischen Union und als Vertragsstaat der EMRK um einen europäisierten Mitgliedsstaat der - im weiteren Sinne - europäischen Rechtsgemeinschaft handelt und der deshalb gut daran tut, die von dieser Rechtsgemeinschaft ausgehende Ausstrahlungswirkung auch für den Bereich der eigenen Staatsorganisation und des eigenen Staatspersonals zu überdenken.

4.3.2 Berufsbeamtentum und Wandel von Staatlichkeit 2: vom Obigkeit- zum Dienstleistungsstaat

Es ist hier nicht der Ort, den internen Wandel von Staatlichkeit in grundsätzlicher Weise zu erörtern, wie er insbesondere in den verschiedenen Konzepten und Strategien der Staats- und Verwaltungsmodernisierung zum Ausdruck kam und kommt.

- vgl. dazu Andreas Voßkuhle, "Schlüsselbegriffe" der Verwaltungsrechtsreform. Eine kritische Bestandsaufnahme, in: Verwaltungsarchiv 93 (2002), S. 184-216; G. F. Schuppert, Modernisierungskonzepte und -strategien für die öffentliche Verwaltung in Europa, in: Heinz Schäffer/Julia Iliopoulos-Stragas (Hrsg.), Staatsmodernisierung in Europa, Athen/ Berlin/ Brüssel 2007, S. 183-228.

Vielmehr soll ein einziger Aspekt herausgegriffen werden, der für das hier zu erörternde Thema "Berufsbeamtentum und Wandel von Staatlichkeit" wichtig erscheint. Gemeint ist die in den letzten Jahrzehnten der deutschen Staatsentwicklung zu machende Beobachtung, dass sich eigentlich nicht die **Staatsaufgaben als solche** verändert haben, sondern primär das **Aufgabenverständnis** – ein Vorgang, den man besonders deutlich am Beispiel von Bahn und Post studieren konnte. Eine lange Zeit als Hoheitsfunktion verstandene Aufgabe wie die der Post mutierte zu einer Dienstleistungsfunktion, die allerdings wegen ihrer infrastrukturellen Bedeutung nach wie vor der hoheitlichen Regulierung bedarf.

- näher zu dem allgemeinen Phänomen des Wandels des Staats- und Aufgabenverständnisses G. F. Schuppert, "Geändertes Staatsverständnis als Grundlage des Organisationswandels öffentlicher Aufgabenwahrnehmung, in: Dietrich Budäus (Hrsg.), Organisationswandel öffentlicher Aufgabenwahrnehmung, Baden-Baden 1998, S. 19-59.

Wirft man nun ergänzend einen Blick auf die von A. Voßkuhle aufgelisteten Strategien der Verwaltungsmodernisierung (a.a.O., S. 203ff.), nämlich

- Kooperationalisierung
- Deregulierung
- Privatisierung
- Ökonomisierung
- regulierte Selbstregulierung

so drängen sich zur Kennzeichnung dieses Wandels zwei Begriffe geradezu auf, die hier kurz eingeführt werden sollen: man könnte einmal – den Begriff der Kooperationalisierung aufgreifend – von **verflochtener Staatlichkeit** sprechen, vor allem aber – worauf es uns hier ankommt – von **enthoheitlicher Staatlichkeit**: die Steuerungstechniken des modernen Staates – darin sind sich die verwaltungswissenschaftliche ebenso wie die politikwissenschaftliche Analyse vollkommen einig-

- vgl. etwa die Beiträge von Fritz W. Scharpf, Die Handlungsfähigkeit des Staates am Ende des 20. Jahrhunderts, in: Beate Kohler-Koch (Hrsg.), *Staat und Demokratie in Europa*, Opladen 1992; Renate Mayntz, Politische Steuerung: Aufstieg, Niedergang und Transformation einer Theorie, in: *Politische Vierteljahresschrift (PVS)*, Sonderheft 26 (1995), S. 148ff.

haben sich signifikant verändert: von der hoheitlichen Anordnung zu konsensualen Lösungstechniken sowie Überzeugungs- und Anreizprogrammen. Würde die oben skizzierte, in der Literatur so populäre "dynamische Interpretation konsequent weiter verfolgt, müsste sich die Enthoheitlichung des Aufgabenverständnisses auch in einem Rückbau des Hoheitspersonals in Zukunft wiederspiegeln; aber dieser Gedanke soll hier nicht weiter verfolgt werden.

4.4 Auf der Suche nach dem angemessenen Institutionenverständnis: institutionelle Beharrung oder institutioneller Wandel?

4.4.1 Das Berufsbeamtentum als bewahrenswerte Institution

Die Würdigung des Berufsbeamtentums als einer zentralen Institution moderner Staatlichkeit steht im Mittelpunkt der Argumentation von Udo Di Fabios Rechtsgutachten über das beamtenrechtliche Streikverbot; ihm geht es – so der letzte Satz seines Vorwortes – darum, "den Wert von Institutionen neu zu bemessen und in einem Mehrebenensystem der wechselseitigen Rücksichtnahme angemessen zu gewichten". In dieser Wertschätzung der Bedeutung und Funktion von Institutionen ist ihm durchaus zuzustimmen. Zuzustimmen ist auch seinem Institutionenbegriff, dem die Elemente von Dauer und Stabilität immanent sind, sodass die Rede von institutioneller Versteinerung und die Verwendung ähnlicher Bilder neben der Sache liegt; auch wir legen hier einen Institutionenbegriff zugrunde, wie in Übereinstimmung mit dem mainstream der Institutionentheorie

- vgl. Gerhard Göhler (Hrsg.), Grundfragen der Theorie politischer Institutionen, Opladen 1987; Rainer Schmalz-Brunns, Ansätze und Perspektiven der Institutionentheorie, Wiesbaden 1989

von Arthur Benz

- Institutionentheorie und Institutionenpolitik, in: Arthur Benz/Heinrich Siedentopf /Karl-Peter Sommermann (Hrsg.), Institutionenwandel in Regierung und Verwaltung. Festschrift für Klaus König zum 70. Geburtstag, Berlin 2004, S. 19

wie folgt formuliert worden ist:

- "Institutionen sind in einer Gesellschaft anerkannte, auf Dauer gestellte Regelsysteme. Sie sollen das Verhalten von Individuen lenken und mit dem Verhalten anderer In-

dividuen koordinieren, um auf diese Weise kollektives Handeln möglich zu machen. Im anhaltenden Fluss der Ereignisse sorgen Institutionen also für Ordnung, Orientierung, Koordination und Stabilität und sie entlasten dadurch Akteure vom ständigen Rechtfertigungs- und Entscheidungsdruck."

Zuzustimmen ist Di Fabio drittens darin, dass es dem Vorhaben, das beamtenrechtliche Streikverbot auf den Prüfstand zu stellen, nicht dienlich wäre, sein Heil in einer "populistisch eingefärbten Bürokratie- und Beamtenkritik" (a.a.O., S. 47) zu suchen. All diese Zustimmung kann aber dem Mangel nicht abhelfen, dass die umfängliche Darstellung der Genese des Berufsbeamtentums zu dem zu lösenden Problem - Zulässigkeit eines generellen Streikverbots für Beamte - nicht weiterhilft. Es geht doch nicht darum, ob ein generelles Streikverbot als tragender Pfeiler des gewachsenen Beamtentums taugt und nützlich ist, sondern ob es angesichts seiner nicht zu bestreitenden Konventionswidrigkeit und des beobachtbaren Wandels von Staatlichkeit weiterhin aufrechterhalten werden kann oder ob nicht ein Wandel des Beamtenrechts im Sinne seiner Fortentwicklung angezeigt ist.

Als Vorüberlegung dazu scheint es uns erforderlich zu sein, die Betrachtungsperspektive etwas zu erweitern und nicht nur die Stabilität von Institutionen im Auge zu haben, sondern auch ihre gezielte Umgestaltung und ihren Wandel.

4.4.2 Institutionenpolitik und institutioneller Wandel

Was zunächst die Institutionenpolitik angeht, also die gezielte Errichtung und Veränderung von Institutionen der Staats- und Verwaltungsorganisation, so gehört sie zur Realität jeder Institution und bestimmt ihre Funktionsweise und Effektivität

- näher dazu Joachim Jens Hesse/ Arthur Benz, Die Modernisierung der Staatsorganisation, Baden-Baden 1990.

Beispiele dafür gibt es in Hülle und Fülle. Als besonders prominente Beispiele von durchaus umkämpfter Institutionenpolitik können etwa die folgenden gelten:

- Föderalismusreform 1 und 2
- Reform der Kommunalverwaltung durch Einführung des sog. Neuen Steuerungsmodells
- Reform des Arbeitsmarktes (Hartz IV und all das)
- Gesundheitsreform
- Schul- und Universitätsreform

und vieles andere mehr.

Fast alle großen politischen Reformen waren und sind Reformen von Regelungs- und Organisationsstrukturen, also von Institutionen, und dies ist es auch, was sie so schwer durchsetzbar macht, weil sich in und hinter diesen Regelungs- und Organisationsstrukturen in aller Regel bestimmte Interessen und Machtpositionen verbergen, sodass nahezu automatisch die zwei Lager der Reformbefürworter und der Reformgegner entstehen; ob man hierbei eher an die gegenwärtige Katholische Kirche oder eher an die verschiedenen Reformversuche des öffentlichen Dienstes denkt, mag jeder für sich entscheiden.

Was den institutionellen Wandel betrifft, so ist er deswegen so interessant, weil er sich in aller Regel nicht in revolutionären Schüben entlädt, sondern sich allmählich oder gar schleichend vollzieht, ohne dass sich dabei das institutionelle Gewand selbst verändern muss.

- vgl. dazu die Beiträge in Gerhard Göhler (Hrsg.), *Institutionenwandel*, Leviathan-Sonderheft Nr. 16, Opladen 1997.

Wir haben zwei Beispiele dafür ausgewählt, die auf den ersten Blick etwas entlegen erscheinen mögen, die aber deshalb interessant sind, weil sie mit **Veränderungen auf der hoheitlich-kommerziell-ökonomischen Schiene** zu tun haben und zu zeigen vermögen, wie sich der Charakter einer Institution allmählich zu verändern vermag:

- Das erste Beispiel ist das der englischen "East Indian Company", die 1600 in London als Vereinigung der im Ostindiengeschäft tätigen Fernkaufleute gegründet wurde und im Sinne der oben erwähnten verflochtenen Staatlichkeit durch eine königliche Charta mit bestimmten Privilegien ausgestattet wurde.
- informativer Überblick bei Jürgen G. Nagel, Abenteuer Fernhandel Die Ostindienkompanien, Darmstadt 2007.

Dieser Typ der "Chartered Companies" gilt der Globalisierungs-Literatur als "institutionelle Innovation" und als Vorfänger der heutigen Aktiengesellschaft. Besonders lehrreich aber ist die East India Company als Paradefall institutionellen Wandels. Begonnen als kommerzielle Unternehmung mutierte sie im Laufe der Entwicklung des "British Empire" zu einer hoheitlichen Institution mit eigenem Steuererhebungsrecht und eigenem Militär; auf diese Weise wurde aus einer Kaufmannsvereinigung ein Eckpfeiler des Empire.

- Das zweite Beispiel ist die inzwischen nicht mehr existierende Treuhandanstalt, die eine eher gegenläufige Entwicklung durchlaufen hat. Als bundesunmittelbare Anstalt des öffentlichen Rechts gegründet, war sie von ihrer Rechtsform eine der Aufsicht des Bundeswirtschaftsministeriums unterstehende Behörde, hatte aber von Beginn an insofern einen hybriden Charakter, als ihre Binnenstruktur dem Vorbild der Aktiengesellschaft nachgebildet war und ihre Haupttätigkeit in der Durchführung ökonomischer Transaktionen bestand. Was sollte man von einer Institution halten, die - so Roland Czada -
- Die Treuhandanstalt im Umfeld von Politik und Verbänden, in: Wolfram Fischer/Herbert Hax/Hans K. Schneider (Hrsg.), Treuhandanstalt - das Unmögliche wagen, 1993, S. 148ff.

"rechtlich kein Unternehmen und faktisch keine staatliche Behörde ist, offenbar zugleich bundesunmittelbare Anstalt des öffentlichen Rechts wie qualifizierter faktischer Konzern, von der Rechtsform her Einheit der mittelbaren Staatsverwaltung, vom Selbstverständnis her eher Konkursmanagement?" Wie dem auch sei; im Laufe ihrer Entwicklung setzte sich das institutionelle Selbstverständnis eines nach ökonomischer Rationalität zu betreibenden Liquidationsmanagements mehr und mehr durch, sodass wir es hier mit einem Beispiel institutionellen Wandels durch faktische Enthoheitlichung zu tun haben.

Diese beiden Beispiele, die das ubiquitäre Phänomen institutionellen Wandels lediglich veranschaulichen sollten, und zwar gerade an dem für das Beamtentum interessanten Punkt einer Veränderung des Aufgabenverständnisses von kommerziell zu hoheitlich bzw. von bürokratisch-behördlich zu managementorientiert geben Anlass zu der Überlegung, wie damit umzugehen ist, dass ein großer Teil des "eigentlich" für die Wahrnehmung von Hoheitsaufgaben gedachten beamteten Personals Aufgaben erfüllt, die nach heutigem Aufgabenverständnis Dienstleistungscharakter haben und diese in Institutionen wie der Schule erbringt, die von dem dort beschäftigten Lehrern nicht als "Verwaltung", sondern als pädagogische Aufgabe von hoher gesellschaftlicher Relevanz wahrgenommen werden: der Begriffswandel von der Lehranstalt zur Schule mag hier als Kürzel ausreichen.

4.4.3 Zur Funktion des Rechts für die Reform staatlicher Institutionen

Genau dieses in der Überschrift bezeichnete Problem wurde auf einem Symposium zum 70. Geburtstag des Schweizer Staatsrechtslehrers Kurt Eichenberger behandelt

- Georg Müller et al. (Hrsg.), Zur Funktion des Rechts für die Reform staatlicher Institutionen. Symposium zum 70. Geburtstag von Kurt Eichenberger, Basel, 1993.

und es ist durchaus lohnend, in zwei der dort gehaltenen Referate kurz hereinzu hören:

- In dem ersten dem Tagungsthema gewidmeten Referat behandelte der Referent - Dietrich Schindler - die Fälle, in denen durch die **Zugehörigkeit zu einem Mehrebenensystem** institutionelle Reformen erforderlich wurden; da es hierbei gerade auch um durch die **Rechtssprechung zur europäischen Menschenrechtskonvention** veranlasste Reformen ging, sei diese Passage im Zusammenhang wiedergegeben:
 - "Eine besondere Rolle des Rechts zeigt sich beim Zusammenspiel der Rechtsordnungen einander über- und untergeordneter Gemeinwesen. Ein übergeordnetes Gemeinwesen kann die ihm untergeordneten Körperschaften zur Schaffung bestimmter Institutionen anhalten. Der Bund verpflichtet die Kantone, Organe zu bezeichnen, denen der Vollzug von Bundesrecht obliegt. Die Kantone ihrerseits verpflichten die Gemeinden zu ähnlichem Tun. Auch internationale und über nationale Staatengemeinschaften können von den Mitgliedstaaten bestimmte institutionelle Reformen verlangen. **Die Schweiz war aufgrund der Rechtssprechung zur Europäischen Menschenrechtskonvention gehalten, verschiedene institutionelle Reformen durchzuführen.** Auch im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften können die Mitgliedstaaten zu gewissen Reformen verpflichtet werden. Im Fall der EG sind jedoch zwei andere Wirkungen von eher grösserer Bedeutung. Erstens werden Reformen innerhalb der Mitgliedstaaten weniger aus rechtlicher Verpflichtung als eher aus **sachlicher Notwendigkeit** erforderlich. In der Schweiz z.B. würde im Fall eines Beitritts zur EG eine Regierungsreform unumgänglich, jedoch wäre die Schweiz rechtlich dazu nicht verpflichtet. Zweitens bringt die Mitgliedschaft in der EG Änderungen im strukturellen Gefüge der Mitgliedstaaten mit sich, die ohne jede Reform eintreten. So wird die Stel-

lung der Regierungen gestärkt, jene der Parlamente und des Volkes geschwächt, weil gewisse Rechtsetzungsaufgaben, die auf der staatlichen Ebene der Legislative, teilweise unter Mitwirkung des Volkes, zustehen, auf der Ebene der Gemeinschaften vom Ministerrat wahrgenommen werden." (Schindler, a.a.O., S. 7f.)

Diese Passage provoziert geradezu die Frage, ob es sich bei der Relativierung des generellen beamtenrechtlichen Streikverbotes eher um die Reaktion auf eine aus der Konventionswidrigkeit folgende rechtliche Verpflichtung oder aus sachlicher Notwendigkeit handeln würde – oder beidem.

- In dem dritten, dem Tagungsthema gewidmeten Referat stellte der Referat - Ernst-Wolfgang Böckenförde - zunächst einige allgemeine Überlegungen zur Funktion des Rechts an, eine bestehende Institution zu stützen:
 - „Im Blick auf die Reform von Institutionen durch Recht ergibt sich ein besonderes Problem daraus, dass dem Recht vielfach eine stützende Funktion für die ausserrechtlichen Komponenten zukommt, die die Institution prägen oder ihr eigentliches Um-willen [sie!] ausmachen. Hat das Recht eine solche stützende Funktion, dann kann eine Verstärkung oder Veränderung rechtlicher Regelungen in der Tat bewirken, dass unter veränderten Bedingungen diese stützende Wirkung erhalten bleibt. Allerdings ist die Voraussetzung dafür, dass diese ausserrechtlichen Komponenten oder die anerkannte Aufgabe ihrerseits noch wirklich vorhanden sind und sich nicht bereits verflüchtigt haben. Sind sie indes zerbröselt, haben sie ihre Akzeptanz verloren, können stützende rechtliche Regelungen nicht als Kompensation dafür dienen; sie werden dann leicht disfunktional.“ (Böckenförde, a.a.O., S. 47)

Dieses Dysfunktional-Werden rechtlicher Abstützung erläutert Böckenförde interessanter Weise gerade am Beispiel der

hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtenums; die lebenswerte Passage hat folgenden Wortlaut:

- "Unter diesem Gesichtspunkt kann man heute ernsthaft über die Wirkung nachdenken, die die ‚hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtenums‘ haben, die in unserer Verfassung besonders gewährleistet sind. Sie dienen zunächst zur Abstützung der Idee des Berufsbeamtenums, die davon geprägt war, dass die Beamten in einer Statusbindung zum Staat stehen und sich in besonderer Weise dem Staat zum Dienst verpflichtet fühlen. Inzwischen ist die Zahl der Beamten so angewachsen und das Recht der Beamten so differenziert nach Rechten und Pflichten ausgeformt worden, dass die leitende Idee, um deretwillen dies geschaffen wurde, darüber teils in Vergessenheit geraten ist, teils sich rückgebildet hat. Einmal lassen sich bei einer so grossen Zahl von Beamten, wie wir sie heute haben, diese besonderen Anforderungen gar nicht mehr allgemein, als den Typus bestimmend, durchführen. Zum anderen wirkt das ausgeformte Rechtssystem des Beamtenrechts mit seinen vielerlei Absicherungen und Vergünstigungen seinerseits natürlich verhaltens- und einstellungsprägend und lässt den ursprünglichen Gedanken des uneigennützigen Dienstes, des Sich-ganz-Hineinstellens in die Aufgabe, zurücktreten.

Zwei Hinweise dazu: Bei der Diskussion, die wir in Deutschland wegen der Verlagerung der Regierungs- und Verwaltungszentren nach Berlin im Zusammenhang mit der Entscheidung über die Hauptstadt und die Verlegung von Gerichts- und Behördensitzen in die neuen Bundesländer hatten, ist es den Beamtenfunktionären eingefallen, Entschädigungsfordernungen für die Wertminderung der Eigenheime zu stellen, die man in Bonn und Umgebung habe, wenn man denn gezwungen sei, an einen anderen Dienstort überzuwechseln. Und drei Präsidenten von obersten Bundesgerichten haben es für nötig erachtet,

heftig dafür zu plädieren, dass die Gerichte an dem Sitz bleiben müssen, an dem sie sich befänden, der Bundesgerichtshof in Karlsruhe, das Bundesarbeitsgericht und das Bundessozialgericht in Kassel. Herr Bettermann hat früher mal von dem Richter als Staatsdiener gesprochen; hier kann man die **Entwicklung vom Staatsdiener zum Arbeitnehmer** verfolgen." (Böckenförde a.a.O., S. 47f.)

Dieser klarsichtigen Analyse ist wenig hinzuzufügen.

4.4.4 Eine Fortentwicklungs klausel, die ihren Namen schwerlich verdient

Dass Institutionen sich fortentwickeln, ist eigentlich eine organisationstheoretische Binsenweisheit. Das Bundesverfassungsgericht spricht denn auch in seinem Urteil zur Professorenbesoldung

- Urteil vom 14. Februar 2012, NVwZ 2012,357.

von der Entwicklungs- und Anpassungsfähigkeit des Alimentationsprinzips, die grundsätzlich auch Systemwechsel im Besoldungsrecht der Beamten ermöglichen. Im Rahmen der Föderalismusreform 1 wurde zum 1. September 2006 sogar die sog. "Fortentwicklungs klausel" eingeführt, gemäß der – so der neue Wortlaut von Art. 33 Abs. 5 GG – "Das Recht des öffentlichen Dienstes [...] unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln **und fortzuentwickeln**" ist. Ausweislich der Begründung des verfassungsändernden Gesetzgebers wird mit ihr "die Notwendigkeit einer Modernisierung und Anpassung des öffentlichen Dienstrechts an sich ändernde Rahmenbedingungen hervorgehoben. So sollen Gesetzgebung und Rechtssprechung die Weiterentwicklung des öffentlichen Dienstrechts erleichtern. Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums sind auch weiterhin zu berücksichtigen. Unberührt bleibt die verfassungsrechtliche Garantie des Berufsbeamtentums".

- BT-Drs. 16/813, S. 10.

Damit bezieht sich der verfassungsrechtliche Fortentwicklungsaufrag vom Wortlaut her nur auf das Recht des öffentlichen Dienstes, nicht aber auf die hergebrachten Grundsätze oder die institutionelle Gewährleistung des Berufsbeamteniums. Diese wörtliche wie historische Auslegung des neuen Art. 33 Abs. 5 hat auch das BVerfG in einem obiter dictum gewissermaßen echohaft bestätigt: "Fortzuentwickeln ist nach der eindeutigen Gesetzesfassung alleine das Recht des öffentlichen Dienstes, nicht aber der hierfür geltende Maßstab, die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums".

- BVerfGE 119, 247, 273.

Bei Licht besehen ist dies eine merkwürdige Konstruktion, die so tut, als hätten die beiden Normschichten - das Recht des öffentlichen Dienstes und die hergebrachten Grundsätze - nur in einer einzigen Richtung etwas miteinander zu tun, nämlich im Sinne einer Ausstrahlung – und Direktionswirkung der verfassungsrechtlich gesalbten Grundsätze auf das "einfache" Recht des öffentlichen Dienstes. Nun weiß man aber aus der Beschäftigung mit Mehrebenensystemen, dass beide Ebenen sich wechselseitig beeinflussen: der Siegeszug des deutschen Verhältnismäßigkeitsprinzips im Gemeinschaftsrecht der EU und anderen Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten ist dafür ein beeindruckender Beleg. Das enge Verständnis der Fortentwicklungs klausel ist daher in seiner Eindimensionalität eine artifizielle, den untrennbaren Zusammenhang beider Normschichten vernachlässigende und damit letztendlich verfehlte Konstruktion. Es ist Jens Kersten zu verdanken,

- Neues Arbeitskampfrecht Über den Verlust institutionellen Verfassungsdenkens, Tübingen 2012, S. 29f.

dies klar ausgesprochen zu haben:

- Es vernachlässigt das normative Gegenstromprinzip, dass der demokratisch legitimierte Gesetzgeber mit seiner Konkretisierung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtenstums im öffentlichen Dienstrechts entfaltet: einerseits hat der Gesetzgeber die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtenstums bei seiner Modernisierung und Anpassung des Dienstrechts an neue Rahmenbedingungen zu berücksichtigen bzw. – im Fall von besonders wesentlichen, strukturprägenden Gewährleistungen – zu beachten. Andererseits wirkt diese demokratische legitimierte Gestaltung aktueller Herausforderungen im einfachen Dienstrechts auf das normale Verständnis der hergebrachten Grundsätze zurück, um als neue politische wie rechtliche Erfahrung in der institutionellen Garantie des Berufsbeamtenstums **normativ gespeichert zu werden**. Auf diese Weise entwickeln sich auch die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtenstums fort."

Wenn wir auch zu diesem Gliederungspunkt eine kurze Zwischenbilanz ziehen wollen, so wäre folgendes festzuhalten: Das Berufsbeamtenstum ist eine bewährte und bewahrenswerte Institution des demokratischen Rechtstaats. Wie jede Institution unterliegt sie der Fortentwicklung und einem stetigen Wandel, denn ohne eine gewisse Anpassungsfähigkeit kann keine Institution auf Dauer überleben. Die Neufassung von Art. 33 Abs. 5 GG vollzieht nunmehr auf der verfassungsrechtlichen Ebene diesen institutionentheoretisch wohl fundierten Sachverhalt nach, verkennt dabei aber das "**normative Gegenstromprinzip**", das in jeder mehrstufigen Rechtsordnung angelegt ist. Auch die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtenstums können sich fortentwickeln und haben dies in vielerlei Hinsicht auch längst getan.

4.5 Auf der Suche nach einem Ausweg aus einem strukturell bedingten Rollendilemma: der Staat als Dienstherr und Besoldungsgesetzgeber

Der Beamtenstaat, d.h. derjenige Staat, der die "Steuerungsebene Personal"

- ausführlich zur zentralen Bedeutung der Steuerungsebene
Personal G. F. Schuppert, Verwaltungswissenschaft, Baden-Baden 2000, S. 625ff.

durch ein auf ihn verpflichtetes Beamtentum wahrnimmt, befindet sich in einer – verglichen mit sonstigen Arbeits- und Dienstverhältnissen – merkwürdigen **Doppelrolle**. Einerseits ist er Arbeitgeber, zugleich aber ein "Dienstherr", der die Bezüge seines Personals einseitig festsetzt, und zwar mit hoher Rechtsverbindlichkeit, nämlich durch Gesetz. Diese Doppelrolle bürdet dem Staat als Dienstherrn eine hohe Verantwortung auf – Stichworte: Fürsorgepflicht, Alimentationsprinzip –, bringt aber auch gewisse Versuchungen mit sich.

4.5.1 Die Dauerversuchung des Staates: Absenkung / Einfrieren der Beamtenbesoldung als scheinbar probates Mittel der Haushaltssolidierung

Für diesen Sachverhalt, auf den schon Helmut Lecheler hingewiesen hat,

- Helmut Lecheler, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2. Band, S. 359ff./371f.

haben Herbert Landau und Martin Steinkühler

- Zur Zukunft des Berufsbeamtentums in Deutschland, DVBl 2007, S. 133ff., 143.

die folgend deutlichen Worte gefunden:

- „Was die Kosten des öffentlichen Dienstes anbelangt, so haben Dienstherren und Parlamente ihre einseitige Regelungskompetenz viel zu lange dazu missbraucht, die Beamtenbesoldung als Steinbruch zum Füll-Mitbestimmungsförderung | Arbeitsrecht | Februar 2014 | www.boeckler.de 56

len von Haushaltlöchern zu nutzen. Dem Bürger muss vor Augen geführt werden, dass er sich nicht ‚staatlicher Rundumversorgung‘ erfreuen kann, ohne die hierfür erforderlichen Geldmittel bereitzustellen zu wollen.“

Der „jüngste Fall“ einer solchen Politik, zur Haushaltssolidierung auf die Beamtenbesoldung zuzugreifen, wird aus Nordrhein-Westfalen gemeldet; in der Berliner Zeitung vom 18. Juli 2013 (Nr. 165, S. 6) heißt es dazu wie folgt

- "Die Düsseldorfer Regierungschefin und als musterhaft geltende Sozialdemokratin hat im Jahr der Bundestagswahl einen riskanten Kurs eingeschlagen: Kurz vor der Sommerpause hat die rot-grüne Regierung im Landtag beschlossen, den Beamten ein Sonderopfer zur Sanierung des Landeshaushalts abzuverlangen: Der Tarifabschluss für die Angestellten soll in NRW nur bis zur Besoldungsgruppe A 10 übertragen werden. Für Beamte in den Gruppen A 11 und A 12 gibt es über zwei Jahre je ein Prozent mehr. Alle höheren Beamten ab A 13, der Einstiegsstufe für einen Lehrer am Gymnasium, müssen für 2013 und 2014 eine Nullrunde hinnehmen. Damit will die Landesregierung in den nächsten zwei Jahren rund 700 Millionen Euro sparen. CDU und FDP haben schon angekündigt, gegen das Gesetz vor dem Landesverfassungsgericht zu klagen: Sie argumentieren, auch Staatsdienern dürften nicht willkürlich von der Einkommensentwicklung abgekoppelt werden. Das sehen viele Verfassungsrechtler ähnlich, die in den letzten Woche im Düsseldorfer Parlament ein und aus gingen.“

Angesichts dieser in Zeiten knapper öffentlicher Mittel besonders klar hervortretenden Macht-Asymmetrie zwischen regelungsbefugten Dienstherrn und nicht-streikberechtigtem beamteten Personal liegt es nahe, nach Auswegen Ausschau zu halten, um diese Situation zu entschärfen.

4.5.2 Auswege und Irrwege

a) Jahrzehntelange Übernahme der Ergebnisse der Tarifabschlüsse als faktischer Ausweg

Ein Bedürfnis für ein Streikrecht von Beamten aller Art bestünde – so könnte man praxisnah argumentieren – in der Tat nicht, würden die Tarifabschlüsse des nicht-beamteten Personals den Beamten de facto zugutekommen. Eine solche Übernahme war – wie auch der Gutachter selbst sich sorgenfrei erinnert – jahrzehntelang gängige Praxis; durch diesen gehandhabten Automatismus wurden die Beamten sozusagen zum Trittbrettfahrer von von ihnen nicht selbst erstrittenen Tarifabschlüssen. In dem Moment, in dem dieser Übernahmeautomatismus wegen klammer öffentlicher Kas sen aufgegeben wird, steht die Rechtsfrage – Zulässigkeit eines generellen beamtenrechtlichen Streikverbots? – plötzlich und ungelöst wieder im Raum.

b) Auswege rechtlicher Art

- Schon in einer sehr frühen Entscheidung hatte das Bundesverfassungsgericht die soeben skizzierte Einfluss-Asymmetrie thematisiert

- BVerfGE 8, 1, 17

und aus ihr gefolgert, dass Art. 33 Abs. 5 GG zwar - wie seine Entstehungsgeschichte belege – vor allem **objektives Recht** im Sinne einer Einrichtungsgarantie darstelle, dieser Befund aber nicht daran hindere, auch dem einzelnen Beamten aus Art. 5 ein **grundrechtähnliches**, mit der Verfassungsbeschwerde durchsetzbares **Individualrecht** zu gewähren; interessant ist wirklich die Begründung, die wie folgt lautet (a.a.O., S.17):

- "Mit der unmittelbaren objektiven Gewährleistung des angemessenen Lebensunterhaltes gibt Art. 33 Abs. 5 GG

zugleich aber auch dem einzelnen Beamten ein grundrechtsähnliches Individualrecht gegenüber dem Staat. Das muß vor allem aus der Eigenart des beamtenrechtlichen Rechtsverhältnisses gefolgert werden. Der Beamte steht dem Staat als seinem Dienstherrn gegenüber, aber dieser Dienstherr ist in seiner Stellung als Gesetzgeber zugleich für die Regelung des Rechtsverhältnisses, die Verteilung der gegenseitigen Rechte und Pflichten allein zuständig und verantwortlich. Der einzelne Beamte hat keine eigenen rechtlichen Möglichkeiten, auf die nähere Ausgestaltung seines Rechtsverhältnisses, insbesondere auf die Höhe seines Gehalts, einzuwirken; ebensowenig ist er nach den hergebrachten Grundsätzen befugt, zur Förderung gemeinsamer Berufsinteressen kollektive Kampfmaßnahmen zu ergreifen. Er ist auf die Regelung angewiesen, die sein Dienstherr als Gesetzgeber getroffen hat. Wenn daher das Grundgesetz an Art. 33 Abs. 5 GG unmittelbar die Gewähr dafür bieten will, daß die beamtenrechtliche Gesetzgebung bestimmten eng begrenzten verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen entspricht, dann liegt die Annahme nahe, daß den hauptsächlich und unmittelbar betroffenen ein entsprechendes Individualrecht eingeräumt werden soll, damit die insoweit in Übereinstimmung mit den rechts- und sozialstaatlichen Grundprinzipien **ihre verfassungsmäßige Stellung auch rechtlich wahren können.**"

In unserer damaligen 1989 erfolgten Kommentierung von Art. 33 Abs. 4 und 5 hatten wir dazu kritische Worte gefunden; sie sollen hier noch einmal wiedergegeben werden, um dem Leser dieses Gutachtens - die jüngste Entscheidung des BVerfG zur Professorenbesoldung vor Augen - selbst ein Urteil darüber zu ermöglichen, ob diese Entwicklung - Letztentscheidung über die Besoldungshöhe durch das Bundesverfassungsgericht - als Königsweg oder als Irrweg zu bewerten ist:

- "Diese Begründung, das fehlende Recht zu kollektiven Kampfmaßnahmen durch die Wächterrolle des Bundesverfassungsgerichts zu kompensieren, ist wenig überzeugend. Dies vor allem aus zwei Gründen. Die Anerkennung der hergebrachten Grundsätze als grundrechtsähnliche Individualrechte hat zu einer ausgedehnten Beamtenrechtsprechung des Zweiten Senats geführt, die - was nicht überraschen kann - sich in der Hauptsache um besoldungs- und versorgungsrechtliche Fragen dreht. Über das Vehikel der Verfassungsbeschwerde denaturiert die objektive Einrichtungsgarantie des Berufsbeamtentums zu einem verfassungsrechtlichen Schutzwall für gruppenspezifische Berechtigungen. Zum anderen weist die Rechtsprechung des Zweiten Senats dem BVerfG eine Rolle zu, die ihm im politischen Prozeß und der Funktionenordnung des Grundgesetzes nicht zukommt. Es ist nicht Sache des BVerfG, an einem immer dichter werdenden Netz der Beamtenrechtsprechung zu wirken, das aufgrund seiner Bindungswirkung den Gesetzgeber unnötig einengt und das Gericht zum Beamtengesetzgeber 1. Klasse macht." (Schuppert a.a.O., Rdnr. 74)

- Neben der „Aufrüstung“ des einzelnen Beamten durch die Einräumung einer Individualverfassungsbeschwerde kommt als zweiter Ausweg die Intensivierung der "Beteiligungsrechte der deutschen Beamten" in Betracht, ein Ausweg, den Ulrich Battis in seinem Rechtsgutachten empfiehlt,
- a.a.O, Zusammenfassung, Nr. 14.

weil er einen konsensorientierten Dialog zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte erleichtern würde.

Auch Claudia Schubert

- Das Streikverbot für Beamte und das Streikrecht aus Art. 11 EMRK im Konflikt, AöR Band 137 (2012), S. 92fC 116f.

rät zu diesem Weg, biete er doch eine Möglichkeit, eine Verletzung des Art. 11 Abs. 1 EMRK zu vermeiden:

- "Die Anerkennung eines Rechts auf Kollektivverhandlungen und eines Streikrechts für Beamte durch den EGMR wird die Diskussion über die Reform des öffentlichen Dienstes und des Beamtenrechts im Besonderen erneut beleben. Die Einführung eines Streikrechts für Beamte gebietet Art. 11 Abs. 1 EMRK aber nur, wenn die Besonderheiten des nationalen Rechts keine abweichende Bewertung vorgeben. Am generellen Streikverbot für Beamte kann im deutschen Recht festgehalten werden, wenn der sachliche Schutzbereich des Art. 11 Abs. 1 EMRK in der hier vorgeschlagenen Weise einschränkend ausgelegt wird. Allerdings muss die Mitwirkung der Berufsverbände der Beamten an der Regelung der Arbeitsbedingungen im Sinne eines Verhandlungsmodells intensiviert werden, will man eine Verletzung des Art. 11 Abs. 1 EMRK vermeiden."

Wir sind der Auffassung, dass es sich hier nur um einen vermeintlichen Ausweg handelt; weder besteht Klarheit darüber, wie ein solches Beteiligungsmodell aussehen könnte, noch gibt es mit bisherigen Erfahrungen begründbare Aussichten, dass es auch funktionieren würde.

5 | Zusammenfassung und Ausblick

1. Die deutsche Diskussion über ein Streikverbot für Beamte war und ist durch eine ausgesprochene Pfadabhängigkeit geprägt. Diese Pfadabhängigkeit zeigt sich in einer konsequenten Ausblendung der arbeitskampfrechtlichen Dimension des Problems und seiner Verortung allein in Art. 33 Abs. 4 und 5 GG: diese Binnensicht des Berufsbeamtenstums und seiner hergebrachten Grundsätze prägte und prägt den Streikverbots-Diskurs, mit der Folge, dass sich - auf diese Weise immunisiert gegen die Ausstrahlungswirkungen des Arbeitskampfrechts und flankiert durch eine gleichsinnige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – eine herrschende Meinung etablieren konnte, die das Streikverbot so fest in Art. 33 GG verankert sah, dass kritische Nachfragen bisher nicht veranlasst schienen.

2. Durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte hat sich dies geändert, und zwar grundlegend. Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit verschafft sich Einlass in eine Diskursarena, die ihre bisher ausschließlich nationale Rahmung verloren hat und nunmehr eine europäische und internationale Dimension aufweist. Vollkommen zutreffend ist daher von einer "Denationalisierung des Streikrechts

- so Mathias Niedobitek, Denationalisierung des Streikrechts – auch für Beamte? Tendenzen im europäischen und internationalen Recht, ZBR 2010, S.362ff.

gesprochen worden. Dieser Denationalisierungsprozess, in dem sich ein Wandel klassischer Nationalstaatlichkeit manifestiert, zwingt zum Umdenken: das Thema des Streikverbotes ist von seinem beamtenrechtlichen Kopf auf seine arbeitskampfrechtlichen Füße zu stellen.

3. Zu diesem Umdenken zwingt die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) und zwar völlig unabhängig vom Ausmaß seiner rechtlichen Bindungswirkung. Der ihr über die vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich attestierte Orientierungswirkung hinausgehende Charakter als Auslegungsmaxime nationalen Rechts muss sich - wenn sie denn eine nachhaltige Wirkung erzielen soll - auch und gerade in den Köpfen der Diskursteilnehmer auswirken, ein Prozess, der sich in der Auseinandersetzung der deutschen Verwaltungsgerichte mit der Rechtsprechung des EGMR wie in einem Bilderbuch beobachten lässt. Alle Reformbewegungen und Reformvorhaben - dies weiß man aus den Erfahrungen mit verschiedensten Verwaltungsreformen - haben nur Aussicht auf Erfolg, wenn sie nicht abstrakte Grundsätze bleiben, sondern die Köpfe der Mitarbeiter erreichen und dort handlungsleitend wirken.

- vgl. dazu die Darstellung der deutschen Kommunalverwaltung durch Christoph Reichard mit dem treffenden Titel „Umdenken im Rathaus“, Berlin 1994 sowie die amerikanische "Reformbibel" von David Osborne und Ted Gaebler "Reinveting Government" mit dem bezeichnenden Untertitel "How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector", New York 1992.

Dieser Prozess des Umdenkens findet offenbar gegenwärtig in der Bundesrepublik statt, was naturgemäß auch Abwehrreaktionen bei denjenigen hervorruft die sich im Hort von Art. 33 GG vor auswärtiger Reformzugluft sicher wähnten. Mit dem Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung aber hat das Bundesverfassungsgericht das Tor zu einem Dialog der Rechtsordnungen - und auch ihrer Gerichte - soweit aufgemacht, dass das Einströmen der konventionsrechtlichen Einflüsse in den deutschen Rechtsdiskurs irreversibel erscheint.

4. Wirft man nun einen Blick auf die Europäische Menschenrechtskonvention – hier: Art. 11 EMRK – und die neue-

re Rechtsprechung des EGMR dazu, so zeigt sich eine völlig eindeutige Regelungsstruktur: nach Art. 11 Abs. 1 steht das Grundrecht der Koalitionsfreiheit allen Menschen zu; Abs. 2 buchstabiert die Voraussetzungen aus, unter denen dieses Menschenrecht eingeschränkt werden kann. Damit hat Art. 11 EMRK eine klare Regel-Ausnahme-Struktur: das Grundrecht der Koalitionsfreiheit ist der Grundsatz; von diesem Grundsatz sind mögliche Ausnahmen – dies ist im deutschen Verfassungsrecht nicht anders- prinzipiell rechtfertigungsbedürftig. In dieser klaren Architektur von Art. 11 EMRK bedarf es daher – anders als bei dem vorbehaltlos formulierten Art. 9 Abs. 3 GG – der Konstruktion von immanenten Grundrechtsschranken gar nicht (kollidierende Grundrechte dritter, Rechtsgüter mit Verfassungsrang) und des Instituts der praktischen Konkordanz; es bedarf lediglich der Prüfung, ob eine rechtfertigungstaugliche Einschränkung der Koalitionsfreiheit vorliegt oder nicht.

5. Damit verengt sich das Streikproblem auf die Frage, welches Rechtfertigungsnarrativ als ein verfassungsrechtlich zulässiges angesehen werden kann. Wie im Vergleich von Art. 11 Abs. 2 EMRK mit dem Funktionsvorbehalt von Art. 33 Abs. 4 GG zeigt, kommen als eine Rechtfertigung für die Einschränkung der Koalitionsfreiheit nur die spezifischen Funktionen in Betracht, die bestimmte Gruppen von öffentlichen Bediensteten für die Gewährleistung eines effektiven Staatswesens erbringen; dies sind – orientiert an den sogenannten notwendigen Staatsaufgaben – diejenigen Beamten, die um die äußere und innere Sicherheit besorgt sind, das Personal der Justiz und die Bediensteten der Finanzverwaltung – um nur die wichtigsten zu nennen. Für die Wahrnehmung dieser Aufgaben bedarf es der Ausstattung mit hoheitsrechtlichen Befugnissen, womit sich der Argumentationskreis schließt und in den Funktionsvorbehalt von Art. 33 Abs. 4 mündet.

6. Will also die Bundesrepublik Deutschland die Konventionswidrigkeit ihres Beamtenrechts vermeiden, wäre genau

dieser Weg einer **funktionsbezogenen Differenzierung des Streikverbotes** zu gehen. Damit würde von der deutschen Rechtsordnung und ihren Interpreten nichts Unvertrautes verlangt, ganz im Gegenteil. Es würde lediglich eine Rückkehr zum Verständnis von Art. 33 GG als einer funktionsgebundenen Garantie des Berufsbeamtentums und zu einer funktionsgebundenen Auslegung von Art. 33 Abs. 4 bedeuten, einem Verständnis, das allein der Entstehungsgeschichte gerecht zu werden vermag und einer Auslegung, die in der Zeit einer Akzentverschiebung von der Eingriffs- zur Leistungsverwaltung durch die sog. dynamische Interpretation des Funktionsvorbehalts von Abs. 4 folgenreich verschüttet wurde; hinzu kam – ohne dass dies hier vertieft werden muss – der politische Wille, bei der Auseinandersetzung mit dem Terrorismus der späten 60er Jahre die Anforderungen an die Verfassungstreue gerade nicht an der Funktion, sondern am Status des Beamten festzumachen (Stichwort "Radikalbeschluss", BVerfGE 39, 334, 343ff.)

7. Ist also nach alledem die Garantie des Berufsbeamtentums als eine funktionsgebundene Garantie zu verstehen und der Funktionsvorbehalt – was in der Frühzeit der Bundesrepublik Konsens war – eng auszulegen/ dann bedeutet dies im Ergebnis/ dass der zahlenmäßig größten Gruppe der deutschen Beamtenschaft den Lehren – das Streikrecht nicht vorenthalten werden kann. Denn Lehrer wie Hochschullehrer nehmen – wie das Bundesverfassungsgericht dargestellt hat – „in der Regel nicht schwerpunktmäßig hoheitlich geprägte Aufgaben wahr, die der besonderen Absicherung durch den Beamtenstatus bedürfen“ (BVerfGE DVB12007, S.162).

8. Dieses Ergebnis ist nicht einfach zur Kenntnis zu nehmen, sondern gibt – ganz im Gegenteil — Anlass, über seine Konsequenzen nachzudenken und sich darüber zu vergewissern, was es für die Gesamtarchitektur der Institution des Berufsbeamtentums und das Verständnis der hergebrachten Grundsätze bedeutet. Zudem bietet es die Chance/ nicht nur

im Sinne einer Konsequenzen-Minimierung nachzudenken, sondern zu überlegen, wie sich auch angesichts der Europäisierung der Nationalstaatlichkeit und eines Wandels von Staatlichkeit vom hoheitlichen Staat zum Dienstleistungsstaat ein leistungsfähiges Beamtentum gewährleisten lässt.

9. Eine erste Konsequenz dürfte darin bestehen, dass die Länder als Dienstherren der meisten beamteten öffentlichen Bediensteten in Zukunft mehr denn je gehalten sind ihre Personalpolitik an klaren Grundsätzen auszurichten. Diese Notwendigkeit einer „konsequenten Statuspolitik“ ist jüngst insbesondere von Jens Kersten hervorgehoben worden (2012, S. 38); in der Tat gibt das den Dienstherrn vom Bundesverfassungsgericht eingeräumte Wahlrecht Gelegenheit, sich über die Kriterien Rechenschaft abzulegen, die der Wahrnehmung dieser "Choice-Situation" zugrunde liegen sollen.

Da es dem Dienstherrn nach den Vorgaben des BVerfG weiterhin freistehen dürfte, auch Lehrer und Hochschullehrer zu verbeamten, wird es um so dringlicher, über die weiteren Konsequenzen nachzudenken: gilt das Streikrecht von beamteten Lehrern unbeschränkt oder unterliegt es funktionsgebundenen Grenzen, und wie verhält es sich zum Alimentationsprinzip und dergleichen mehr.

10. Hier nun kommt die aus ihrer korsetthaft engen Auslegung zu befreende Fortentwicklungsklausel ins Spiel. Die Rechtssprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und die sich aus ihr ergebende Konsequenz, dass Beamte, die keine Hoheitsfunktion wahrnehmen, streikberechtigt sind, kann geradezu als Fortentwicklungsaufrag verstanden werden, und zwar in dem Sinne, diesem Streikrecht Konturen zu verleihen und den hergebrachten Grundsatz des beamtenrechtlichen Streikverbots zu modifizieren.

Damit wird keineswegs das Ende der Institution des Berufsbeamtentums oder der Untergang des Abendlandes eingeläutet. Der deutschen Rechtsordnung ist die Vorstellung, die

Ausübung von Rechten nicht in das private Belieben zu stellen, sondern an die Erfordernisse des Gemeinwohls zu binden, wohl vertraut. Daher geht es nicht um ein "wildes" Streikrecht, dass es etwa der Gruppe der Lehrer ermöglichen würde, den "Bildungsstaat" Deutschland nach Belieben lahmzulegen. Der die gesamte öffentliche Ordnung der Bundesrepublik bestimmende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der eingesetzten Mittel gilt auch und gerade im Arbeitskampfrecht. Zudem sind verpflichtende Schlichtungsrunden und Notdienste bewährte Instrumente der Rechtsordnung, die nicht neu erfunden werden müssen. Worum es also geht, ist, sich mit allen Beteiligten über die Konturierung eines auch die besonderen Funktionsbedingungen einer Berufsgruppe berücksichtigenden gemeinwohlverträglichen Streikrechts zu verständigen.

11. Besonders schwierig scheint - jedenfalls auf den ersten Blick - das Verhältnis eines funktionsgebundenen Streikrechts zum hergebrachten Grundsatz des Alimentationsprinzips zu sein. Aber auch hier macht man sich es mit der Behauptung einer Unvereinbarkeit von Streikrecht und Alimentationsprinzip zu leicht.

- So zutreffend Hartwig Schröder, ist ein funktional differenziertes Streikrecht für Beamte iSv. Art. 11 EMRK mit dem Grundgesetz vereinbar?, in: Arbeit und Recht (AuR) 2013, S. 280-285.

Das schlagendste Argument dafür, dass es mit einem blinden Vertrauen auf die Funktionsfähigkeit des Alimentationsprinzips nicht getan ist, ist das Urteil des BVerfG zur Professorenbesoldung. Aber nicht immer und nicht für jede Beamtengruppe steht das Bundesverfassungsgericht bereit, um einem seine Sparpolitik auf Kosten einer angemessenen Beamtenbesoldung durchsetzenden Gesetzgeber in den Arm zu fallen. Das Bundesverfassungsgericht ist gewiss eine multifunktionale Institution, aber ein Ersatz für ein fehlendes Streikrecht kann es nicht sein.

Auch hier ginge es also darum, verschiedene Belange und Interessen miteinander in Einklang zu bringen.

Ein Fingerzeig aber, wie man Streikrecht und Alimentationsprinzip miteinander ausbalancieren könnte, findet sich ebenfalls im Urteil des BVerfG zur Professorenbesoldung, in dem das Gericht seine Kontrollkompetenz auf den Maßstab evidenter Sachwidrigkeit begrenzte. Hieran anknüpfend könnte man – dem Grundgedanken des Verhältnismäßigkeitsprinzips verpflichtet – die Zulässigkeit eines Besoldungsstreiks auf die Fälle einer groben Verletzung der Alimentationsverpflichtung beschränken; ob Anhaltspunkte für eine solche grobe Verletzung bestehen, könnte durch eine nach dem Vorbild der Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten eingerichtete Sachverständigungsgremium vorgeprüft werden.

Insgesamt gesehen besteht daher kein Anlass, nach der Relativierung des generellen Streikverbots für Beamte eine Beschädigung des Berufsbeamtentums und seiner hergebrachten Grundsätze zu erwarten; vielmehr böte sich die Chance einer Reform, das deutsche Berufsbeamtentum europarechtskompatibel und dem Wandel von Staatlichkeit anpassend fortzuentwickeln.

Literaturübersicht

Alber, Siegbert/Widmaier, Ulrich: Menschenrecht auf Streik auch für deutsche Beamte?, Zeitschrift für Europarechtliche Studien 15 (2012), S. 387.

Battis, Ulrich: Art. 33 Gleichstellung als Staatsbürger, Öffentlicher Dienst, in: Sachs. Grundgesetz (2007), München, S. 1178.

Battis, Ulrich: Streikverbot für Beamte (2013), Bonn.

Benz, Arthur: Institutionentheorie und Institutionenpolitik in: Benz. Institutionenwandel in Regierung und Verwaltung (2004), Berlin, S. 19.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Referat, in: Müller. Zur Funktion des Rechts für die Reform staatlicher Institutionen (1993), Basel S. 34.

Bullinger, Martin: Von administrativer Daseinsvorsorge zu privatwirtschaftlicher Leistung unter staatlicher Rahmengarantie, in: Zacher/Ruland/Maydell/Papier. Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats (1998), Heidelberg, S. 85.

Czada, Roland: Die Treuhandanstalt im Umfeld von Politik und Verbänden, in: Fischer/Hax/Schneider. Treuhandanstalt (1993), Berlin, S. 148.

Di Fabio, Udo: Nationales Arbeitsrecht im Spannungsfeld von Grundgesetz und Grundrechtscharta. Vervielfältigtes Manuscript.

Di Fabio, Udo: Das beamtenrechtliche Streikverbot. Das Streikverbot der Beamten als konstitutiver Bestandteil rechtsstaatlicher Demokratie; Rechtsgutachten im Auftrag des Deutschen Beamtenbundes (2012), München

Göhler, Gerhard (Hrsg.): Grundfragen der Theorie politischer Institutionen. Forschungsstand, Probleme, Perspektiven (1987), Opladen.

Göhler, Gerhard (Hrsg.): Institutionenwandel (1997), Opladen.

Gooren, Paul: Das Ende des Beamtenstreikverbots, Zeitschrift für Beamtenrecht 59 (2011), S. 400.

Heget Georg Wilhelm Friedrich/Hoffmeister, Johannes: Grundlinien der Philosophie des Rechts (1967), Hamburg.

Heinrich Amadeus Wolff: Mitwirkungsmöglichkeiten der Beamtenbewerkschaften bei der Normsetzung im Beamtenrecht Rechtsgutachten (Juni 2011).

Hesse, Joachim Jens/Benz, Arthur: Die Modernisierung der Staatsorganisation. Institutionspolitik im internationalen Vergleich: USA, Großbritannien, Frankreich, Bundesrepublik Deutschland, 1. Aufl. (1990), Baden-Baden.

Hochhuth, Martin (Hrsg.): Rückzug des Staates und Freiheit des Einzelnen. Die Privatisierung existenzieller Infrastrukturen (2012), Berlin.

Höfling, Wolfram: Art. 8 Versammlungsfreiheit, in: Sachs. Grundgesetz (2007), München, S. 414.

Isensee, Josef: Beamtenstreik Zur rechtlichen Zulässigkeit des Dienstkampfes (1971), Bonn, Stuttgart.

Jarass, Hans D; Pieroth, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 9. Aufl. (2007), München.

Jung, Jörg: Die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes (1971), Berlin.

Kersten, Jens: Neues Arbeitskampfrecht Über den Verlust institutionellen Verfassungsdenkens, 1., neue Ausgabe (2012), Tübingen.

Klask, Fabian: Kraft verprellt Beamte und Gewerkschaft, Berliner Zeitung 18.07.2013, S. 6.

Landau, Herbert/Steinkühler, Martin: Zur Zukunft des Berufsbeamtenums in Deutschland, Deutsches Verwaltungsblatt 2007, S. 133.

Lecheler, Helmut: Das Berufsbeamtenum - Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, in: Dreier/Badura. Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht (2001), Tübingen, S. 359.

Leibfried, Stephan/Genschet Philipp: Schupperts Staat. Wie beobachtet man den Wandel einer Formidee?, Der Staat 47 (2008), S. 359.

Lörcher, Klaus: Beamtenstreikrecht zum ersten Mal grundsätzlich anerkannt, Der Personalrat (2011), S. 452.

Maunz, Theodor/ Herzog, Roman/Dürig, Günter: Grundgesetz Kommentar. Art. 28- Art. 69 (1958), München.

Mayer, Franz: Rechtsgutachten, in: Forsthoff Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts (1973), Baden-Baden S. 597.

Mayntz, Renate: Politische Steuerung: Aufstieg, Niedergang und Transformation einer Theorie, in: Beyme/ Offe. Politische Theorien in der Ära der Transformation (1996), Wiesbaden, S. 148.

Müller, Georg (Hrsg.): Zur Funktion des Rechts für die Reform staatlicher Institutionen. Symposium zum 70. Geburtstag von Kurt Eichenberger (1993), Basel.

Nagel, Jürgen G.: Abenteuer Fernhandel Die Ostindienkompanien, 2. Aufl. (2011), Darmstadt

Niedobitek, Matthias: Denationalisierung des Streikrechts – auch für Beamte? Tendenzen im europäischen und internationalen Recht, Zeitschrift für Beamtenrecht 58 (2010), S. 361.

Nußberger, Angelika: Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf das Deutsche Arbeitsrecht. Referat auf dem europarechtlichen Symposium am 26./27.4.2012.

Osborne, David/Gaebler, Ted: Reinventing Government. How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector (1992), Reading.

Polakiewicz, Jörg/Kessler, Adriana: Das Streikverbot für deutsche Beamtinnen auf dem Prüfstand der Europäischen Menschenrechtskonvention. Rechtsgutachten im Auftrag der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (GEW) (Januar 2012).

Reichard, Christoph: Umdenken im Rathaus. Neue Steuerungsmodelle in der deutschen Kommunalverwaltung, 5., unveränderte Aufl. (1996), Berlin.

Rose, Richard: On the Priorities of Government: A Developmental Analysis of Public Policies, European Journal of Political Research 4 (1976), S. 247.

Sachs, Michael: Grundgesetz. Kommentar, 4. Aufl. (2007), München.

Scharpf, Fritz W.: Die Handlungsfähigkeit des Staates am Ende des 20. Jahrhunderts, in: Kohler-Koch. Staat und Demokratie in Europa (1992), Opladen, S. 93.

Schindler, Dietrich: Referat, in: Müller. Zur Funktion des Rechts für die Reform staatlicher Institutionen (1993), Basel, S. 4.

Schmalz-Brunn, Rainer: Ansätze und Perspektiven der Institutionentheorie. Eine bibliographische und konzeptionelle Einführung (1989), Wiesbaden.

Schmoller, Gustav von: Der deutsche Beamtenstaat vom 16. bis 18. Jahrhundert, Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 18 (1894), S. 1.

Schröder, Hartwig: Ist ein funktional differenziertes Streikrecht für Beamte iSv. Art. 11 EMRK mit dem Grundgesetz vereinbar?, Arbeit und Recht 61 (2013), S. 280.

Schubert, Claudia: Das Streikverbot für Beamte und das Streikrecht aus Art. 11 EMRK im Konflikt, Archiv des Öffentlichen Rechts 137 (2012), S. 92.

Schulze-Fielitz, Helmuth: Staatsrechtslehre als Wissenschaft: Dimensionen einer nur scheinbar akademischen Fragestellung, in: Schulze-Fielitz. Staatsrechtslehre als Wissenschaft (2007), Berlin, S. 11.

Schuppert, Gunnar Folke: Kommentierung von Art. 33 Abs. 4 und 5, in: Denninger. Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (1989), Neuwied, Rdn. 8.

Schuppert, Gunnar Folke: Geändertes Staatsverständnis als Grundlage des Organisationswandels öffentlicher Aufgabenwahrnehmung, in: Budäus/Beyer. Organisationswandel öffentlicher Aufgabenwahrnehmung (1998), Baden-Baden, S. 19.

Schuppert, Gunnar Folke: Verwaltungswissenschaft Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre (2000), Baden-Baden.

Schuppert, Gunnar Folke: Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Voßkuhle. Grundlagen des Verwaltungsrechts (20012), München, S. 1067.

Schuppert, Gunnar Folke: Modernisierungskonzepte und -Strategien für die öffentliche Verwaltung in Europa, in: Schäffer/Iliopoulos-Strangas. Staatsmodernisierung in Europa (2007), Athen, Berlin, Brüssel S. 183.

Schuppert, Gunnar Folke: Was ist und wie misst man Wandel von Staatlichkeit?, Der Staat 47 (2008), S. 325.

Schuppert, Gunnar Folke/Meinet Florian: Die Finanzkontrolle der Gewährleistungsverwaltung, Verwaltungsarchiv 102 (2011), S. 459.

Seifert, Achim: Recht auf Kollektivverhandlungen und Streikrecht für Beamte: Anmerkungen zur neuen Rechtsprechung des EGMR zur Vereinigungsfreiheit Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 92 (2009), S. 357.

Thieme, Werner: Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes. (Art. 33 GG) (1961), Göttingen.

Thieme, Werner: Der Aufgabenbereich der Angestellten im öffentlichen Dienst und die hoheitsrechtlichen Befugnisse nach Artikel 33 Absatz 4 des Grundgesetzes (1962), Hamburg.

Voßkuhle, Andreas: Der "Dienstleistungsstaat". Über Nutzen und Gefahren von Staatsbildern, *Der Staat* 40 (2001), S. 495.

Voßkuhle, Andreas: "Schlüsselbegriffe" der Verwaltungsrechtsreform. Eine kritische Bestandsaufnahme, *Verwaltungsarchiv* 92 (2001), S. 184.

Wagner, Adolf: Staat in nationalökonomischer Hinsicht, in: Elster / Weber / Wieser. *Handwörterbuch der Staatswissenschaften* (1911), Jena, S. 727.

Wagner, Frido: Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart, *VVDStRL* 37 (1978), S. 215.

Wahl, Rainer: Herausforderungen und Antworten. Das öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte (2006), Berlin.

Autor

Prof. em. Dr. Gunnar Folke Schuppert

Professor für Staats- und Verwaltungswissenschaft, Juristische Fakultät, Humboldt-Universität Berlin

Ansprechpartner

Dr. Andreas Priebe

Hans-Böckler-Stiftung
Abteilung Mitbestimmungsförderung
Referatsleiter Arbeits- und Sozialrecht

Hans-Böckler-Straße 39
40476 Düsseldorf
Tel.: 0211 / 77 78 183
Fax: 0211 / 77 78 4183

Andreas-Priebe@boeckler.de
www.boeckler.de