

Examensübungsklausur: Die streikende Beamtin

Von Wiss. Angestellter Dr. **Holger Kremser**, Göttingen*

Die gekürzte Klausur wurde im Sommersemester 2013 im Klausurenkurs der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen als Probeexamensklausur zur Bearbeitung gestellt und besprochen. Ein Schwerpunkt der Klausur ist das Verhältnis von Grundgesetz und Europäischer Menschenrechtskonvention sowie die Frage, ob und inwieweit bei der Interpretation des Grundgesetzes Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) nach dem Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung zu berücksichtigen sind. Hierfür ist die Kenntnis der Rechtsprechung des BVerfG zum Fall Görgülü (BVerfGE 111, 307) und zur Sicherungsverwahrungproblematik (BVerfGE 128, 326) sehr hilfreich. Der zuvor genannte Problemkreis war in jüngster Zeit häufig Gegenstand in Examensklausuren. Von den 92 abgegebenen Klausuren wurden 56,92 % mit mangelhaft bewertet, 26,09 % erhielten die Note ausreichend, 11,95 % der Arbeiten waren befriedigend und 5,43 % der Klausuren wurden mit vollbefriedigend bewertet. Etliche Bearbeiter erkannten nicht, dass Art. 9 Abs. 3 GG auch für Beamte gilt. Darüber hinaus bereitete die rechtliche Fundierung des Beamtenstreikverbots nicht selten Schwierigkeiten. Schließlich hatten viele Bearbeiter Probleme mit der Handhabung des Grundsatzes der völkerrechtsfreundlichen Auslegung. Spezielle Kenntnisse zur neuen EGMR-Rechtsprechung über das Streikrecht wurden nicht vorausgesetzt.

Sachverhalt¹

R ist auf Lebenszeit verbeamtete Realschullehrerin im Schuldienst des Landes Niedersachsen. Sie übt keine Schulleitungsfunktion aus und erhält Dienstbezüge nach der Besoldungs-

* Tätig am Institut für Völkerrecht der Universität Göttingen.

¹ Der Klausuraufgabe liegt die Entscheidung des OVG Lüneburg NdsVBl. 2012, 266 zugrunde. Über einen Parallelfall hatte das VG Osnabrück (Urt. v. 19.8.2011 – 9 A 1/11) zu entscheiden. Das Urteil des VG Osnabrück und die Studienrelevanz der streitentscheidenden Rechtsnormen wurde bereits von *Wißmann*, ZJS 2011, 395 instruktiv erläutert. Über einen weiteren Parallelfall aus Nordrhein-Westfalen hatte das OVG Münster zu entscheiden, OVG Münster NWVBl. 2012, 306 mit einer Anm. von *Sachs*. Das Urteil des OVG Münster ist nicht rechtskräftig, weil das BVerwG der Nichtzulassungsbeschwerde der GEW stattgab (BVerwG, Beschl. v. 2.1.2013 – 2 C 1/13 = AuR 2013, 104 [Kurzzusammenfassung]). Das BVerwG stellte fest, dass in dem Revisionsverfahren geklärt werden kann, ob der Rechtsprechung des EGMR zum Streikrecht für Angehörige des öffentlichen Dienstes Bedeutung für die Geltung des verfassungsrechtlichen Streikverbots für Beamte oder für die disziplinarrechtliche Sanktionierung von Verstößen gegen das Streikverbot zukommt. Ferner hatte das VG Kassel (ZBR 2011, 386) über einen Parallelfall aus Hessen zu urteilen; das Urteil des VG Kassel ist allerdings noch nicht rechtskräftig und die Entscheidung des VGH Kassel steht noch aus.

gruppe A 13. Am 25.2.2009 nahm R an einem Warnstreik und an einer Kundgebung der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (GEW) im Zusammenhang mit damals stattfindenden Tarifverhandlungen zwischen der Tarifgemeinschaft deutscher Länder und der GEW teil. Ziel dieser Protestveranstaltung war im Wesentlichen die Übertragung der Tarifvereinbarungen für Arbeiter und Angestellte auf die Beamtinnen und Beamten des Landes Niedersachsen. R blieb an diesem Tag dem Dienst fern und kam ihrer Unterrichtsverpflichtung von vier Stunden nicht nach. Sie war zuvor vom Schulleiter darüber informiert worden, dass sie als Beamtin nicht streiken dürfe.

Demgegenüber wurde R von der GEW dazu ermuntert, dem Dienst in Ausübung des „mensenrechtlich verbürgten Streikrechts“ fernzubleiben. Denn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) sieht das Streikrecht als ein Ausfluss der Vereinigungsfreiheit im Sinn von Art. 11 EMRK an. In einem Verfahren gegenüber der Türkei habe der EGMR entschieden, dass jedenfalls ein allgemeines Streikverbot für Beamte menschenrechtswidrig sei, was tatsächlich zutrifft. Lediglich für Angehörige der Gruppen des öffentlichen Dienstes, die im Namen des Staates Hoheitsgewalt ausüben, soll nach dem EGMR ein Streikverbot nach Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK möglich sein. Von dieser Ausnahmeregelung soll der Beruf des Lehrers nach der Ansicht der GEW nicht erfasst sein. Das ergebe sich bereits aus der Tatsache, dass andere Bundesländer Lehrer teilweise nicht verbeamteten. Aufgrund der rechtlichen Beratung der GEW war sich R sicher, durch die Teilnahme am Warnstreik der GEW nicht ihre beamtenrechtlichen Dienstpflichten zu verletzen.

In der Folgezeit stellte die zuständige Landesschulbehörde nach Anhörung der R wegen unerlaubten Fernbleibens vom Dienst den Verlust der Dienstbezüge für die Zeit während der Teilnahme am Warnstreik fest. Zudem leitete die Behörde gegen R ein Disziplinarverfahren ein und erließ nach Anhörung am 11.1.2011 eine Geldbuße in Höhe von 100 EUR.

Gegen die Entscheidungen der Schulbehörde klagte R erfolglos beim zuständigen Verwaltungsgericht. Dieses führte aus, R habe sich nicht auf die Juristen der GEW verlassen dürfen. Einem Streikrecht für Beamte stehe entgegen, dass die Beamtenbesoldung einseitig durch Gesetz und nicht durch Tarifverträge festgelegt werde. Das Streikverbot der Beamten gehöre zum Kernbestand des deutschen Berufsbeamtentums. Aufgrund der zahlreichen Vorteile der Beamten bedürften sie eines Streikrechts nicht. Ein Streikrecht für Beamte laufe auf ein „Rosinenpicken“ hinaus, das dem Beamtenrecht fremd sei. Beamte, die sich unterbezahlt fühlten, hätten die Möglichkeit, eine amtsangemessene Besoldung gerichtlich einzuklagen. Das durch die Treuepflicht gebundene Berufsbeamtentum diene insbesondere in demokratischen Staaten mit beweglichen Mehrheiten der Stabilisierung des Staates. Das Streikverbot für Beamte sei namentlich im Hinblick auf die unkündbare Stellung und den sicheren Arbeitsplatz nicht unverhältnismäßig und müsse wegen seines grundlegenden Charakters beachtet werden. Der Grundsatz der völkerrechts-

freundlichen Auslegung könne daran nichts ändern. Denn dieser Grundsatz werde durch den verfassungsrechtlich geschützten Kernbestand des Art. 33 Abs. 4 und 5 GG begrenzt. Ohne eine Änderung des Grundgesetzes oder zumindest der Rechtsprechung des BVerfG sei folglich am Beamtenstreikverbot festzuhalten. Rechtsmittel der R bei den Fachgerichten blieben ohne Erfolg.

R ist über die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte sehr empört. Es könne doch nicht sein, dass sie als Beamtin in Niedersachsen schlechter gestellt sei als Beamte in der Türkei, wo im Gefolge der Rechtsprechung des EGMR ein Streikrecht für Beamte verfassungsrechtlich verankert wurde. R beauftragt Rechtsanwalt Dr. S damit, form- und fristgerecht eine Verfassungsbeschwerde gegen die verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen hinsichtlich der Geldbuße zu erheben.

Bearbeitervermerk

Prüfen Sie gutachtlich, ob die Verfassungsbeschwerde Aussicht auf Erfolg hat.

Anhang

Niedersächsisches Beamtengesetz (NBG) – Auszug

§ 1 Geltungsbereich

Dieses Gesetz gilt ergänzend zum Beamtenstatusgesetz (BeamStG) für die Beamtinnen und Beamten

1. des Landes (Landesbeamtinnen und Landesbeamte)
2. ...

§ 67 Fernbleiben vom Dienst

(1) Die Beamtin oder der Beamte darf dem Dienst nur mit Genehmigung fernbleiben, es sei denn, dass sie oder er wegen Krankheit oder aus einem anderen wichtigen Grund gehindert ist, ihre oder seine Dienstpflichten zu erfüllen.

- (2) ...

Lösung

Die Verfassungsbeschwerde der R hat nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG in Verbindung mit §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig (A.) und begründet (B.) ist.

A. Zulässigkeit

I. Beschwerdefähigkeit

R ist als natürliche Person „jedermann“ im Sinne von § 90 Abs. 1 BVerfGG und somit beschwerdefähig.

II. Beschwerdegegenstand

Beschwerdegegenstand ist nach § 90 Abs. 1 BVerfGG jeder Akt der öffentlichen Gewalt. Im Hinblick auf Art. 1 Abs. 3 GG unterfallen alle drei Staatsgewalten dem Begriff öffentliche Gewalt in § 90 Abs. 1 BVerfGG. R kann somit eine Urteilsverfassungsbeschwerde erheben. Diese kann sich gegen alle Entscheidungen der Fachgerichte und auch gegen die gerichtlich bestätigte Entscheidung der Schulbehörde richten.

III. Beschwerdebefugnis

R muss ferner nach § 90 Abs. 1 BVerfGG beschwerdebefugt sein.

1. Behauptung einer Grundrechtsverletzung

R behauptet substantiiert, durch die angegriffenen Gerichtsentscheidungen in den Grundrechten aus Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 3 Abs. 1 GG verletzt zu sein.

2. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

Fraglich ist, ob eine Grundrechtsverletzung der R überhaupt denkbar ist.

a) Problem der Geltung der Grundrechte in einem Sonderstatusverhältnis

Der Beamte hat aufgrund seines Beamtenstatus Aufgaben der öffentlichen Verwaltung grundrechtsgebunden zu erfüllen. Nach der früheren Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis ist der Beamte in den Staat eingegliedert. Als Teil des grundrechtsverpflichteten Staates ist der Beamte danach nicht grundrechtsberechtigt. Diese Sichtweise verkennt, dass ein Beamter nicht nur grundrechtsverpflichteter Staatsdiener ist. Vielmehr ist der einzelne Beamte auch ein Bürger und als solcher Träger von Grundrechten. Die Grundrechte gelten folglich grundsätzlich auch im Beamtenverhältnis. Allerdings kommt es für den Grundrechtsschutz des Beamten darauf an, ob er durch staatliche Maßnahmen in seiner dienstlichen Stellung oder nur in seiner Eigenschaft als Person betroffen wird.² Fraglich ist folglich, wie die Teilnahme eines Beamten an einem Streik zu bewerten ist. Ein Beamtenstreik wirkt sich auf seine Dienstausbübung und damit auf seine dienstliche Stellung aus. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass sich das grundrechtlich verbürgte Streikrecht aus der Natur der Sache heraus auf die Dienstausbübung des streikenden Beamten auswirkt. Zur Vermeidung von Schutzlücken ist folglich von einer Geltung des Art. 9 Abs. 3 GG für R auszugehen. Auch die Rechtsprechung³ geht davon aus, dass der persönliche Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG auch für Beamte eröffnet ist. Hierfür spricht der Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 S. GG, wonach die Koalitionsfreiheit „für jedermann und für alle Berufe gewährleistet“ ist.

b) Grundrechtsverletzung auf der Grundlage der Möglichkeitstheorie

Weiterhin ist zu fragen, ob eine Grundrechtsverletzung der R auf der Grundlage der Möglichkeitstheorie bejaht werden kann. Voraussetzung dafür ist, dass eine Verletzung des sachlichen Schutzbereichs von Art. 9 Abs. 3 GG durch das Beamtenstreikverbot nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Zwar ist nach der Rechtsprechung des BVerfG⁴ das Streikverbot für Beamte gem. Art. 33 Abs. 5 GG ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums. Jedoch stellt sich die Frage, ob an der bisherigen Einschränkung des Art. 9 Abs. 3 GG durch

² Volkmann, Staatsrecht II, 2. Aufl. 2011, § 9 Rn. 19.

³ BVerwGE 57, 29 (35 ff.).

⁴ BVerfGE 8, 1 (17); 44, 249 (264).

Art. 33 Abs. 5 GG festgehalten werden kann. Denn das BVerfG hat auch entschieden, dass die Gewährleistungen der EMRK die Auslegung der Grundrechte beeinflussen. Zudem hat das BVerfG⁵ betont, dass die Entscheidungen des EGMR bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes zu berücksichtigen sind. Das gilt auch für Entscheidungen des EGMR gegenüber anderen Staaten, die die EMRK ratifiziert haben, wozu auch die Türkei zählt. Denn das BVerfG⁶ berücksichtigt die gegenüber Drittstaaten ergangenen Entscheidungen des EGMR aufgrund der zumindest faktischen Präzedenzwirkung, um Konflikte zwischen den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland und dem nationalen Recht nach Möglichkeit zu vermeiden.

Allerdings wird die Höhe der Beamtenbesoldung durch Gesetz und nicht durch einen Tarifvertrag geregelt. Dies ergibt sich nach allgemeiner Ansicht aus Art. 33 Abs. 4 GG, wonach das Beamtenverhältnis ein „Dienst- und Treueverhältnis“ ist. Jedoch schließt die Festsetzung der Höhe der Beamtenbesoldung durch Gesetz nicht per Definition aus, dass Beamte zur Durchsetzung einer höheren Besoldung von dem Streikrecht Gebrauch machen können. Denn auch gegen Entscheidungen des Gesetzgebers ist ein Protest durch Streikmaßnahmen von Verfassungen wegen nicht ausgeschlossen.

Im Hinblick auf die neue Rechtsprechung des EGMR zur Menschenrechtswidrigkeit eines allgemeinen Beamtenstreikverbots ist im vorliegenden Fall von der Möglichkeit einer Verletzung des Art. 9 Abs. 3 GG auszugehen. Die Möglichkeit der Grundrechtsverletzung folgt allerdings nicht aus Art. 11 EMRK unmittelbar, sondern aus einer denkbaren unzureichenden Berücksichtigung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR bei der Grundrechtsauslegung der einschlägigen Grundrechte des Grundgesetzes. Die Nichtberücksichtigung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR kann als ein Verstoß gegen das in seinem Schutzbereich berührte Grundrecht in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip im Verfassungsbeschwerdeverfahren gerügt werden.⁷

3. Selbstbetroffenheit (eigene Beschwer)

R macht eine eigene Grundrechtsverletzungen geltend, weshalb eine Selbstbetroffenheit im Sinne von § 90 Abs. 1 BVerfGG vorliegt.

4. Unmittelbare Betroffenheit

R ist als Adressatin der angegriffenen belastenden Entscheidungen der Fachgerichte unmittelbar betroffen.

5. Gegenwärtige Betroffenheit

R ist auch gegenwärtig betroffen. Denn die angegriffenen Entscheidungen wurden nicht aufgehoben.

IV. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität

Aufgrund der Angaben im Sachverhalt ist der Rechtsweg nach § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG erschöpft. Sonstige Mög-

lichkeiten, den Grundverstoß anderweitig überprüfen zu lassen, sind nicht ersichtlich, weshalb der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde nicht entgegensteht.

V. Form und Frist

Die Verfassungsbeschwerde der R ist schriftlich und begründet zu erheben (§ 23 BVerfGG). Ferner ist die Monatsfrist in § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG zu beachten.

VI. Verfahrensvertretung

R kann sich nach § 22 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. BVerfGG durch Rechtsanwalt Dr. R vertreten lassen. Kommt es im Rahmen des Verfassungsbeschwerdeverfahrens zu einer mündlichen Verhandlung vor dem BVerfG, muss sich R nach § 22 Abs. 1 S. 1 letzter Hs. BVerfGG durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer vertreten lassen.

VII. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG in Verbindung mit §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG begründet, wenn R tatsächlich in einem Grundrecht oder in einem grundrechtsgleichen Recht verletzt ist.

I. Prüfungsmaßstab

Das BVerfG ist keine Superrevisionsinstanz. Es prüft nur, ob die angegriffenen fachgerichtlichen Entscheidungen spezifisches Verfassungsrecht verletzen. Abweichend vom herkömmlichen Maßstab hält das BVerfG⁸ es für geboten, die Anwendung und Auslegung völkerrechtlicher Verträge wie die EMRK durch die Fachgerichte zu überprüfen. Das BVerfG⁹ begründet dies damit, dass es im Rahmen seiner Zuständigkeit auch dazu berufen sei, Verletzungen des Völkerrechts, die in der fehlerhaften Anwendung oder Nichtbeachtung völkerrechtlicher Verpflichtungen durch die deutschen Gerichte liegen und eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit Deutschlands begründen können, nach Möglichkeit zu verhindern und zu beseitigen. Das BVerfG¹⁰ steht damit mittelbar im Dienst der Durchsetzung des Völkerrechts und vermindert damit das Risiko der Nichtbeachtung internationalen Rechts.

II. Art. 12 Abs. 1 GG

Zwar sind auch Beamte Träger der grundgesetzlichen Berufsfreiheit. Allerdings wird Art. 12 Abs. 1 GG durch Art. 33 Abs. 4 und 5 GG überlagert. Zudem ist fraglich, ob Streikmaßnahmen noch der beruflichen Tätigkeit zuzurechnen sind. Denn ein Streik zeichnet sich per Definition dadurch aus, dass nicht gearbeitet wird. Da das Streikrecht speziell in

⁵ BVerfGE 128, 326 (368).

⁶ BVerfGE 128, 326 (368 f.).

⁷ BVerfGE 111, 307 (316).

⁸ BVerfGE 111, 307 (328).

⁹ BVerfGE 111, 307 (328).

¹⁰ BVerfGE 111, 307 (328).

Art. 9 Abs. 3 GG verankert ist, wird Art. 12 Abs. 1 GG insofern weit jedenfalls verdrängt.

III. Art. 9 Abs. 1 GG

Der EGMR leitet das Streikrecht aus der Vereinigungsfreiheit in Art. 11 Abs. 1 EMRK ab. Das BVerfG verortet das Streikrecht demgegenüber in Art. 9 Abs. 3 GG und nicht in Art. 9 Abs. 1 GG, wo die grundgesetzliche Vereinigungsfreiheit verankert ist. Im Hinblick darauf, dass Völkerrecht und Landesrecht jeweils zwei selbständige Rechtskreise sind, besteht trotz der neuen Rechtsprechung des EGMR keine Notwendigkeit das Streikrecht auf der innerstaatlichen Grundrechtsebene in Art. 9 Abs. 1 GG zu verorten. Denn es steht dem nationalen Verfassungsgesetzgeber frei, wie er internationale Verpflichtungen innerstaatlich erfüllen möchte.

IV. Art. 9 Abs. 3 GG

1. Eingriff in den Schutzbereich

a) Schutzbereich

aa) Persönlicher Schutzbereich

Der persönliche Schutzbereich der grundgesetzlichen Koalitionsfreiheit ist für jedermann eröffnet, der Angehöriger eines Berufes ist. Art. 9 Abs. 3 GG ist ein sozial qualifiziertes Grundrecht, da es sich an alle Menschen in ihrer Eigenschaft als Berufsangehörige richtet.¹¹ Welcher Beruf ausgeübt wird, ist irrelevant, weshalb auch für Beamte der persönliche Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG eröffnet ist. R kann sich somit auch als Beamtin auf die individuelle Koalitionsfreiheit berufen. Daneben steht der GEW die kollektive Koalitionsfreiheit zu, die im vorliegenden Fall für R mittelbar eine Rolle spielt, da der Warnstreik von der GEW organisiert wurde.

bb) Sachlicher Schutzbereich

In sachlicher Hinsicht schützt Art. 9 Abs. 3 GG die Koalitionsfreiheit. Der Begriff Koalition meint im Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 3 GG Vereinigungen, die zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gebildet werden. Dieses Grundrecht steht sowohl der Arbeitgeberseite als auch der Arbeitnehmerseite zu. Allerdings gehört zum Begriff der Koalition auch, dass sie „gegnerfrei“ sein muss. Das bedeutet in einer Vereinigung dürfen die Mitglieder entweder nur Arbeitnehmer oder Arbeitgeber sein. Art. 9 Abs. 3 GG schützt die individuelle und die kollektive Koalitionsfreiheit. Die individuelle Koalitionsfreiheit schützt die Gründung einer Koalitionsvereinigung, den Beitritt zu einer Koalition und die Teilnahme an der geschützten Tätigkeit der Koalition. Die kollektive Koalitionsfreiheit bezieht sich insbesondere auf das Recht zum Aushandeln und zum Abschluss von Tarifverträgen. Das schließt auch die Führung von Arbeitskämpfen mit ein. Ein Streik ist als letztes Mittel zur Erzwingung eines Tarifvertrags zulässig. Auch Warnstreiks sind zulässig. Sie sollen lediglich die Kampfbereitschaft

manifestieren. Für Warnstreiks gilt nicht das Ultima Ratio-Prinzip.

Bei der Beamtenbesoldung ist allerdings strittig, ob es ein legitimes Streikziel gibt. Die aktuelle obergerichtliche Rechtsprechung¹² verneint dies entschieden und gelangt auf diese Weise zu dem Ergebnis, dass aus Art. 9 Abs. 3 GG kein Beamtenstreikrecht abzuleiten sei. Für diese Auffassung spricht, dass die Besoldung für Beamte einseitig durch Gesetz und nicht durch einen ausgehandelten Tarifvertrag festgelegt wird. Es fehlt aufgrund des Über- und Unterordnungsverhältnisses im Beamtenrecht an dem für Art. 9 Abs. 3 GG typischen Gleichgewicht der Kräfte.¹³ Gegen diese Argumentation spricht, dass auch Beamte gewerkschaftlich organisiert sein können und dass die Vertreter der Beamtengewerkschaften mit dem Dienstherrn in einen Dialog über die Höhe der Besoldung treten können. Ein Streikrecht für Beamte würde die Position der Beamten gegenüber dem Dienstherrn stärken. Zwar ist der Hinweis der obergerichtlichen Rechtsprechung¹⁴ auf die Zuständigkeit des Gesetzgebers für die Besoldung durchaus zutreffend. Allerdings ist es rechtlich möglich und auch vorstellbar, dass eine Beamtengewerkschaft mit der Arbeitgeberseite eine Besoldungserhöhung vertraglich vereinbart, die anschließend in Gesetzesform gegossen wird.

Gegen ein Streikrecht der Beamten aus Art. 9 Abs. 3 GG spricht, dass dieses Grundrecht durch Art. 33 Abs. 5 GG und den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums überlagert wird. Nach der bislang nicht veränderten Rechtsprechung des BVerfG¹⁵ ist das Streikverbot für Beamte ein hergebrachter Grundsatz im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG. Dem kann man entgegenhalten, dass die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums einer Neuinterpretation zugänglich sind, ohne dass es dafür eines Gesetzes im Sinne von Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG bedarf.¹⁶

Ernst zu nehmen ist der Einwand, wonach wichtige Aufgabenbereiche des Staates durch die Tätigkeit von Beamten aufrechterhalten bleiben müssen, was ein Streikrecht ausschließt.¹⁷ Das Argument der Aufrechterhaltung wichtiger Staatsaufgaben relativiert sich jedoch dadurch, dass es im

¹² OVG Lüneburg NdsVBl. 2012, 266 (267); OVG Münster NWVBl. 2012, 306 (308) – nicht rechtskräftig.

¹³ OVG Münster NWVBl. 2012, 306 (308) – nicht rechtskräftig.

¹⁴ OVG Lüneburg NdsVBl. 2012, 266 (267); OVG Münster NWVBl. 2012, 306 (308) – nicht rechtskräftig.

¹⁵ BVerfGE 8, 1 (17); 44, 249 (264).

¹⁶ In der Tat hat das VG Kassel (ZBR 2011, 386 [387] – nicht rechtskräftig) in einem Parallellfall aus Hessen die Forderung der Beamten nach einer höheren Besoldung als ein grundsätzlich streikfähiges Ziel i.S.v. Art. 9 Abs. 3 GG anerkannt. Allerdings betont das VG Kassel, dass ein Streikrecht für Beamte nur im nicht hoheitlichen Bereich und dort auch nur „unter bestimmten Voraussetzungen“ rechtlich möglich sei. Eine solche Neuinterpretation böte den Vorteil, dass eine Harmonisierung von nationalem Recht und der EMRK ohne eine Änderung des Grundgesetzes möglich wäre.

¹⁷ So OVG Münster NWVBl. 2012, 306 (309) – nicht rechtskräftig.

¹¹ Höfling, in: Sachs (Hrsg.), Kommentar zum GG, 6. Aufl. 2011, Art. 9 Rn. 111 m.w.N.

vorliegenden Fall allein um ein Streikrecht für Beamte in einem nicht hoheitlichen Bereich geht, weshalb hier der Auffassung gefolgt wird, wonach der sachliche Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG ein Streikrecht für nicht hoheitlich tätige Beamte umfasst.¹⁸ Denn die wichtigen Aufgabenbereiche des Staates zeichnen sich dadurch aus, dass sie in jedem Fall hoheitlich erfüllt werden müssen. Das ist bei Lehrern in nicht leitender Funktion nicht der Fall.

b) Eingriff

Die angegriffene Entscheidung greift im vorliegenden Fall gezielt in Art. 9 Abs. 3 GG ein, da die Teilnahme der R an einem Warnstreik einer Gewerkschaft disziplinarrechtlich geahndet wurde.¹⁹

2. Rechtfertigung (Schranken)

a) Kein ausdrücklicher Schrankenvorbehalt

Art. 9 Abs. 3 GG enthält keine ausdrückliche Schrankenregelung. Allerdings soll nach einer Auffassung im Schrifttum²⁰ die Schrankenregelung in Art. 9 Abs. 2 GG auch für die Koalitionsfreiheit gelten. Begründet wird dies damit, dass die Koalitionsfreiheit ein Unterfall der Vereinigungsfreiheit in Art. 9 Abs. 1 GG sei. Gegen diese Auffassung spricht die Systematik des Art. 9 GG, der die Koalitionsfreiheit als eine eigenständige Verbürgung ansieht. Demzufolge geht das BVerfG²¹ davon aus, dass Art. 9 Abs. 3 GG durch die verfassungsimmanenten Schranken beschränkt wird. Folglich sind die Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtsgüter in der Lage, Art. 9 Abs. 3 GG zu beschränken. Die Funktionsfähigkeit des Berufsbeamtentums hat im Hinblick auf Art. 33 Abs. 4 und 5 GG Verfassungsrang und ist somit für die Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG eine immanente Grundrechtsschranke.

Allerdings bedarf es einer rechtlichen Grundlage, die die immanenten Verfassungsschranken konkretisiert. Das allgemeine Streikverbot für Beamte ist in den meisten Landesbeamtengesetzen – so auch in Niedersachsen – nicht ausdrücklich gesetzlich normiert.²² Jedoch dürfen Beamte nach

¹⁸ Auch im Schrifttum wird die Zulässigkeit eines Beamtenstreikrechts kontrovers diskutiert, siehe hierzu die Entscheidungsanmerkung zu OVG Münster von *Sachs*, NWVBl. 2012, 306 (317 f. m.w.N. zu den unterschiedlichen Auffassungen in der Literatur).

¹⁹ Zwar ist auch die Feststellung des Verlusts der Dienstbezüge für die Zeit während der Teilnahme am Warnstreik ein Eingriff. Allerdings richtet sich die Verfassungsbeschwerde aufgrund der Angaben im Sachverhalt allein gegen die disziplinarrechtliche Geldbuße.

²⁰ *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum GG, 6. Aufl. 2010, Art. 9 Rn. 195 f.; *Löwer*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Kommentar zum GG, 6. Aufl. 2012, Art. 9 Rn. 110; *Bauer*, in: H. Dreier (Hrsg.), Kommentar zum GG, 2. Aufl. 2004, Art. 9 Rn. 93.

²¹ BVerfGE 103, 293 (306).

²² Anders dagegen in Rheinland-Pfalz (§ 50 LBG) und im Saarland (Art. 115 Abs. 5 SVerf), wo ausdrücklich im Landes-

§ 67 Abs. 1 NBG²³ dem Dienst nur mit Genehmigung fernbleiben. Eine Genehmigung für die Teilnahme an Streikmaßnahmen erhalten die Beamten nicht, da das BVerfG²⁴ das allgemeine Beamtenstreikverbot als einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG ansieht. Zudem wird das allgemeine Beamtenstreikverbot aus den bundesgesetzlichen Bestimmungen über die rechtliche Stellung des Beamten in §§ 33 f. BeamStG abgeleitet. Denn danach ist der Beamte dem Allgemeinwohl und der uneigennütigen Amtsführung verpflichtet und hat eigene Interessen zurückzustellen (§§ 33 Abs. 1 S. 2, 34 S. 2 BeamStG). Ferner haben sich Beamte nach § 34 S. 1 BeamStG mit vollem persönlichen Einsatz ihrem Beruf zu widmen. Auch soll das Berufsbeamtentum den Gesetzesvollzug institutionell jederzeit absichern und dadurch das Rechtsstaatsprinzip verwirklichen.²⁵

Aus dem zuvor Gesagten leitet die aktuelle Rechtsprechung in der Verwaltungsgerichtsbarkeit trotz der neuen Rechtsprechung des EGMR zum Beamtenstreikrecht überwiegend²⁶ ab, dass es den Beamten nicht gestattet sei, Berufsinteressen durch Streikmaßnahmen durchzusetzen. Die Teilnahme eines Beamten an einem Streik ist somit ein Dienstvergehen im Sinne von § 47 BeamStG. Das aus den oben genannten beamtenrechtlichen Bestimmungen abgeleitete allgemeine Beamtenstreikverbot ist folglich eine hinreichend gesetzlich konkretisierte immanente Beschränkung des Art. 9 Abs. 3 GG, die in Art. 33 Abs. 5 GG ihre verfassungsrechtliche Stütze findet.

b) Verfassungsmäßigkeit des allgemeinen Beamtenstreikverbots

aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit

(1) Gesetzgebungszuständigkeit

Der niedersächsische Landesgesetzgeber war nach Art. 30, 70 GG für den Erlass des NBG zuständig. Das NBG ergänzt gemäß § 1 NBG das BeamStG des Bundes. Der Bund hat nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG eine konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit allein für die Statusrechte und -pflichten der Beamten der Länder, Gemeinden und der anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts. Die Erforderlichkeitsprüfung für eine bundeseinheitliche Regelung nach Art. 72

beamtenrecht bzw. in der Landesverfassung geregelt ist, dass das Streikrecht mit dem Beamtenverhältnis unvereinbar ist.

²³ § 68 Abs. 1 LBG BW; Art. 95 Abs. 1 S. 1 BayBG; § 59 Abs. 1 S. 1 LBG BLN; § 61 Abs. 1 S. 1 LBG Bgb; § 67 Abs. 1 BremBG; § 67 Abs. 1 HmbBG; § 68 Abs. 1 S. 1 HBG; § 55 Abs. 1 LBG M-V; § 62 Abs. 1 S. 1 LBG NW; § 81 Abs. 1 LBG Rh-Pf. und § 50 LBG Rh-Pf. (ausdrückliches Streikverbot); § 81 Abs. 1 S. 1 SBG; § 92 Abs. 1 S. 1 SächsBG; § 70 Abs. 1 S. 1 LBG LSA; § 67 Abs. 1 S. 1 LBG S-H; § 79 Abs. 1 S. 1 ThürBG.

²⁴ BVerfGE 44, 249 (264).

²⁵ OVG Lüneburg NdsVBl. 2012, 266 (267).

²⁶ OVG Lüneburg NdsVBl. 2012, 266 (267) m.w.N. der Rspr.; a.A. allerdings VG Kassel ZBR 2011, 386 – nicht rechtskräftig.

Abs. 2 GG erstreckt sich nach dem Wortlaut der Bestimmung nicht auf Gesetze nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG.

(2) Gesetzgebungsverfahren

Mangels entgegenstehender Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass das Gesetzgebungsverfahren beim Erlass des NBG und des BeamStG beachtet wurde.

bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit

(1) Verhältnismäßigkeit

In materieller Hinsicht stellt sich zunächst die Frage, ob ein generelles Beamtenstreikverbot verhältnismäßig ist.

(a) Legitimer Zweck und legitimes Mittel

Das Beamtenstreikverbot soll den Gesetzesvollzug sicherstellen und damit das demokratische Staatswesen stabilisieren. Auch Lehrer sind am Gesetzesvollzug beteiligt. Denn aufgrund der gesetzlichen Schulbesuchspflicht schulpflichtiger Kinder hat das Land Niedersachsen dafür zu sorgen, dass der Unterricht an den Schulen tatsächlich stattfindet und nicht aufgrund von Streikmaßnahmen ausfallen muss. Ein generelles Streikverbot für Beamte ist zumindest nach der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG ein legitimes Mittel zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Berufsbeamtentums und des demokratischen Staatswesens. Zudem stellt ein Beamtenstreikverbot den Vollzug des Landesschulgesetzes in besonderer Weise sicher. Dadurch wird das grundgesetzliche Rechtsstaatsprinzip verwirklicht.²⁷

(b) Geeignetheit

Das allgemeine Beamtenstreikverbot ist auch geeignet, den gewünschten legitimen Zweck zu realisieren. Denn die Teilnahme von Beamten an einer Streikmaßnahme kann disziplinarrechtlich geahndet werden, weshalb Beamte in der Regel dem Dienst nicht unerlaubt fernbleiben.

(c) Erforderlichkeit

Mildere und gleich effektive Mittel zur Durchsetzung des legitimen Zwecks sind nicht ersichtlich.

(d) Angemessenheit ausschließlich im Lichte des nationalen Rechts

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung des allgemeinen Beamtenstreikverbots ist einerseits zu berücksichtigen, dass die Bürger ein sehr großes Interesse am Funktionieren der staatlichen Einrichtungen haben. Das gilt namentlich auch für den Schulbetrieb. Für viele Eltern ist es sehr wichtig, dass der Schulunterricht planmäßig stattfindet, weil häufig beide Elternteile berufstätig sind und sie oft nur schwer eine Aufsicht für ihre Kinder organisieren können, wenn der Unterricht plötzlich aufgrund von Streikmaßnahmen ausfällt. Andererseits ist zu beachten, dass das generelle Streikverbot für Beamte ein intensiver Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG ist. Berücksichtigt man jedoch die Besonderheiten des Beamtenstatus

relativiert sich der Grundrechtseingriff in Art. 9 Abs. 3 GG. Denn Beamte sind grundsätzlich unkündbar. Sie erhalten eine Beihilfe im Krankheitsfall und sind im Alter aufgrund der relativ hohen Pensionsansprüche gut abgesichert. In der Regel werden zwar die Tariferhöhungen für die Arbeiter und Angestellten im öffentlichen Dienst mit einer geringen zeitlichen Verzögerung auf die Beamten übertragen, jedoch geschieht dies in jüngster Zeit in manchen Bundesländern nur noch mit Einschränkungen.²⁸ Falls sich Beamte unterbezahlt fühlen, haben sie allerdings die Möglichkeit, eine amtsangemessene Besoldung bei den Verwaltungsgerichten und auch beim BVerfG einzuklagen. Das Argument, wonach das deutsche Beamtenrecht kein „Rosinenpicken“ vorsehe, kann man gut vertreten. Unter Berücksichtigung der oben dargelegten Aspekte ist somit ein allgemeines Beamtenstreikverbot durchaus angemessen.

(e) Angemessenheit im Lichte der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR nach dem grundgesetzlichen Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung des allgemeinen Beamtenstreikverbots ist allerdings auch der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung zu beachten. Er wird aus einer Zusammenschau von der Präambel des Grundgesetzes sowie von den Art. 1 Abs. 2; 9 Abs. 2; 23; 24; 25; 26; 59 Abs. 2 und 100 Abs. 2 GG abgeleitet.

(aa) Inhalt und Auswirkungen des Grundsatzes der völkerrechtsfreundlichen Auslegung

Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung besagt, dass das nationale Recht, wozu auch das Verfassungsrecht zählt, nach Möglichkeit so auszulegen ist, dass die Bundesrepublik Deutschland ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen erfüllen kann.

Wie sich der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung im Verhältnis von Grundgesetz und EMRK auswirkt, hat das BVerfG im Fall Görgülü²⁹ und im Fall der Sicherungsverwahrungproblematik³⁰ ausführlich dargelegt. Danach hat die EMRK innerstaatlich den Rang eines einfachen Bundesgesetzes. Ein Beschwerdeführer kann daher vor dem BVerfG nicht unmittelbar die Verletzung eines in der EMRK enthaltenen Menschenrechts mit einer Verfassungsbeschwerde rügen. Gleichwohl besitzen die Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention verfassungsrechtliche Bedeutung, insoweit sie die Auslegung der Grundrechte beeinflussen. Sowohl der Text der EMRK als auch die Rechtsprechung des EGMR dienen nach der Rechtsprechung des BVerfG³¹ als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen

²⁷ So OVG Lüneburg NdsVBl. 2012, 266 (267).

²⁸ Burger, FAZ v. 2.5.2013, S. 4.

²⁹ BVerfGE 111, 307.

³⁰ BVerfGE 128, 326.

³¹ BVerfGE 128, 326 (367 f.).

des Grundgesetzes.³² Mithin ist die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR bei der Auslegung des Grundrechts aus Art. 9 Abs. 3 GG zu berücksichtigen. Dies gilt auch für Art. 33 Abs. 5 GG, weil dieser zumindest nach der Rechtsprechung des BVerfG³³ eine grundrechtsgleiche Qualität hat, soweit ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums die persönliche Rechtsstellung des Beamten regelt. Genau das ist hinsichtlich des Beamtenstreikverbots der Fall. Denn die augenblickliche Anwendung des Art. 33 Abs. 5 GG zur Legitimation eines Beamtenstreikverbots führt nach der überwiegenden Meinung im Ergebnis dazu, dass ein wesentlicher Bereich der Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG den Beamten vorenthalten wird.

Fraglich ist, ob auch der Inhalt von EGMR-Entscheidungen für die Auslegung der Grundrechte von Bedeutung ist, die Streitgegenstände anderer Mitgliedstaaten der EMRK wie z.B. die Türkei betreffen. Das BVerfG³⁴ berücksichtigt auch solche Entscheidungen als Auslegungshilfe. Das beruht auf der jedenfalls faktischen Orientierungs- und Leitfunktion, die der Rechtsprechung des EGMR auch über den konkret entschiedenen Einzelfall hinaus zukommt.³⁵ Denn das Grundgesetz will vor dem Hintergrund der zumindest faktischen Präcedenzwirkung der Entscheidungen internationaler Gerichte Konflikte zwischen den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland und dem nationalen Recht nach Möglichkeit vermeiden.³⁶ Die Gewährleistungen der EMRK und die Entscheidungen des EGMR müssen von den deutschen Gerichten zur Kenntnis genommen werden und in den Willensbildungsprozess des zu einer Entscheidung berufenen Gerichts aber auch der zuständigen Behörden oder des Gesetzgebers einfließen.³⁷ Solange im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, trifft deutsche Gerichte die Pflicht, der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben.³⁸

(bb) Grenzen bei der Berücksichtigung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR

Die Berücksichtigung der EMRK und der Entscheidungen des EGMR hat zwar stets zu erfolgen, wenn dies notwendig ist. Allerdings kann dies nicht dazu führen, dass gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen das Verfassungsrecht verstoßen wird.³⁹ Die Möglichkeit einer konventionsfreundlichen Auslegung des nationalen Rechts endet dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und der Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint.⁴⁰

Eine absolute Grenze ist auch der Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes gemäß Art. 79 Abs. 3 GG.⁴¹

(cc) Neue Rechtsprechung des EGMR zum Streikrecht

Der EGMR⁴² gelangte bereits in 2008/2009 in zwei Entscheidungen gegenüber der Türkei zu einer neuen Interpretation des Art. 11 EMRK. Aufgrund einer dynamischen Interpretation des Art. 11 EMRK unter Berücksichtigung von internationalen Empfehlungen gelangt der EGMR⁴³ zu dem Ergebnis, dass ein Streik für die Gewerkschaften und ihrer Mitglieder zur Interessensdurchsetzung wichtig ist. Ein Streikverbot ist nach dem EGMR⁴⁴ gem. Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK nur für bestimmte Gruppen von Angehörigen des öffentlichen Dienstes, aber nicht insgesamt für den öffentlichen Dienst möglich. Voraussetzung für ein gruppenbezogenes Streikverbot ist, dass es sich um Angehörige des öffentlichen Dienstes handelt, die im Namen des Staates Hoheitsgewalt ausüben. Die vom Streikverbot betroffenen Gruppen des öffentlichen Dienstes müssen dem EGMR⁴⁵ zufolge so eindeutig und begrenzt wie möglich in gesetzlichen Bestimmungen genannt werden. Zudem muss eine Beschränkung des Streikrechts in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein (Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK).⁴⁶

(dd) Einpassung der neuen Rechtsprechung des EGMR zum Streikrecht in das innerstaatliche Recht

Aufgrund der bereits dargelegten Rechtsprechung des BVerfG zum Verhältnis von Grundgesetz und der EMRK muss bei der Auslegung von Art. 9 Abs. 3 GG und von Art. 33 Abs. 5 GG Art. 11 EMRK und die entsprechende Rechtsprechung des EGMR als Auslegungshilfe im Rahmen der Angemessenheitsprüfung herangezogen werden. Dieser Vorgang wird als „Einpassung“ der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR in das nationale Rechtssystem bezeichnet.⁴⁷

Man wird mit guten Gründen sagen können, dass das allgemeine Beamtenstreikverbot in Deutschland mit der zuvor dargelegten neuen Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK nicht in Einklang zu bringen ist. Zwar dürfen die Tarifangestellten (Arbeiter und Angestellte) des öffentlichen Dienstes streiken. Allerdings kommt es darauf nicht an. Denn entscheidend ist, ob die in Deutschland verbeamteten Perso-

³² Paulus/Kremser/Mattheis/J. Müller, Staatsrecht III mit Bezügen zum Völker- und Europarecht, 2010, Fall 9 Rn. 46 (S. 155 f.).

³³ BVerfGE 117, 330 (344).

³⁴ BVerfGE 128, 326 (368).

³⁵ Wißmann, ZJS 2011, 395 (399 f. m.w.N. im Schrifttum).

³⁶ BVerfGE 128, 326 (368 f.).

³⁷ BVerfGE 111, 307 (324).

³⁸ BVerfGE 111, 307 (329).

³⁹ BVerfGE 111, 307 (329).

⁴⁰ BVerfGE 128, 326 (371).

⁴¹ BVerfGE 128, 326 (371).

⁴² EGMR (Große Kammer), Urt. v. 12.11.2008 – 34503/97 (Demir u. Baykara/Türkei) = NZA 2010, 1425; EGMR (III. Sektion), Urt. v. 21.4.2009 – 68959/01 (Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei) = NZA 2010, 1423.

⁴³ EGMR (III. Sektion), Urt. v. 21.4.2009 – 68959/01 (Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei) = NZA 2010, 1423 (1424).

⁴⁴ EGMR (III. Sektion), Urt. v. 21.4.2009 – 68959/01 (Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei) = NZA 2010, 1423 (1424 f.).

⁴⁵ EGMR (III. Sektion), Urt. v. 21.4.2009 – 68959/01 (Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei) = NZA 2010, 1423 (1425).

⁴⁶ EGMR (III. Sektion), Urt. v. 21.4.2009 – 68959/01 (Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei) = NZA 2010, 1423 (1425).

⁴⁷ Paulus/Kremser/Mattheis/J. Müller (Fn. 32), Fall 9 Rn. 46 (S. 155).

nen im Namen des Staates Hoheitsgewalt ausüben. Das wird man namentlich für den Beruf des Lehrers nicht generell sagen können. Zwar ist das Ausstellen eines Schulzeugnisses ein Hoheitsakt. Jedoch hat dieser Umstand nicht zur Folge, dass alle Lehrer staatliche Hoheitsgewalt ausüben, sondern die Ausübung der staatlichen Hoheitsgewalt beschränkt sich vielmehr auf den Schulleiter bzw. auf die Schulleiterin. Zudem ist zu berücksichtigen, dass es Bundesländer gibt, die Lehrer nicht verbeamen.⁴⁸ Dadurch gibt das jeweilige Bundesland selbst zu erkennen, dass Lehrer keine nennenswerte Hoheitsgewalt ausüben. All dies spricht dafür, dass das Streikrecht nach Art. 11 EMRK und nach der Rechtsprechung des EGMR zumindest auf diejenigen Beamten zu erstrecken ist, die keine staatliche Hoheitsgewalt ausüben.

Fraglich ist, ob die Erstreckung des Streikrechts auf verbeamtete Lehrer im Sinne einer konventionsfreundlichen Auslegung im nationalen Rechtskreis auslegungsmethodisch möglich ist. Voraussetzung dafür ist, dass ein Streikrecht für nicht mit staatlicher Hoheitsgewalt handelnde Beamte nicht gegen höherrangiges Recht verstößt. Ausdrücklich ist im Grundgesetz kein Beamtenstreikverbot verankert.⁴⁹ Allerdings sieht das BVerfG in nunmehr ständiger Rechtsprechung das allgemeine Streikverbot für Beamte als einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums an. Der Wortlaut des Art. 33 Abs. 5 GG ist jedoch durchaus offen für eine Begrenzung des Beamtenstreikverbots auf diejenigen Beamten, die im Namen des Staates Hoheitsgewalt ausüben. Auch Art. 33 Abs. 4 GG steht einem partiellen Beamtenstreikrecht nicht entgegen, weil das Streikrecht die grundsätzliche Treuepflicht des Beamten nicht aufhebt. Zwar haben die Beamten im Vergleich zu anderen Berufsgruppen sehr viele Vorteile. Allerdings kann man durchaus der Ansicht sein, dass die Vorteile des Beamtenstatus kein generelles Beamtenstreikverbot legitimieren können. Auch ist der Hinweis auf die Möglichkeit der Einklagbarkeit einer amtsangemessenen Besoldung kein adäquater Ersatz für ein Streikrecht. Schließlich nimmt weder das Demokratieprinzip noch das Rechtsstaatsprinzip einen Schaden, wenn die nicht mit staatlicher Hoheitsgewalt ausgestatteten Beamten als letztes Mittel zum Streik zur Durchsetzung ihrer Ziele greifen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein längerer Streik nur unter vorher genau fest gelegten Bedingungen rechtlich zulässig ist. Aus diesen Gründen steht die Ewigkeitsgarantie in Art. 79 Abs. 3 GG einer Ausdehnung des Streikrechts auf Beamte ohne staatliche Hoheitsgewalt nicht entgegen.

Vertretbar ist allerdings auch die Gegenansicht, wonach das allgemeine Beamtenstreikverbot nicht durch eine konven-

tionskonforme Auslegung aufgeweicht werden kann. Denn eine Einpassung der Rechtsprechung des EGMR zum Verbot eines generellen Streikverbots für Beamte in das innerstaatliche Rechtssystem der Bundesrepublik Deutschland würde massive Folgeprobleme mit sich bringen.⁵⁰ So kennen die Beamtengesetze des Bundes und der Länder keine funktionsbezogenen Beamtenkategorien mit unterschiedlichen Rechten und Pflichten.⁵¹ Genau darauf würde eine Einpassung der neuen EGMR-Rechtsprechung in das innerstaatliche Recht hinauslaufen, da das Streikrecht aus Art. 11 EMRK an die jeweilige Funktion der Beamten anknüpft. Zudem entspricht das zurzeit praktizierte generelle Beamtenstreikverbot einer Interpretation des Art. 33 Abs. 5 GG, die sich immerhin auf die ständige Rechtsprechung des BVerfG berufen kann (s.o.). Für ein Festhalten an dem generellen Streikverbot für Beamte spricht auch folgendes: Das umfassende Beamtenstreikrecht leistet einen wichtigen Beitrag für die Umsetzung der demokratisch legitimierten Rechtsnormen. Auf diese Weise wird dem Demokratieprinzip und dem Rechtsstaatsprinzip Geltung verschafft. Hierbei handelt es sich um Staatsstrukturprinzipien, die aufgrund der Erfahrungen mit dem NS-Unrechtsregime nach Art. 79 Abs. 3 GG mit einer Ewigkeitsgarantie versehen wurden und die zum Identitätskern der gesamtdeutschen Verfassung gehören, was der EGMR bei einer Entscheidung gegen Deutschland im Hinblick auf nationale und historische Besonderheiten würdigen könnte.

Gegen eine Einbeziehung des allgemeinen Beamtenstreikverbots in die Ewigkeitsgarantie aus Art. 79 Abs. 3 und Art. 20 GG kann man allerdings einwenden, dass ein Beamtenstreikverbot kaum zum Kernbereich der Prinzipien des Art. 20 GG zählt. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass das Verfassungsrecht und das Beamtenrecht Neuinterpretationen und Änderungen zugänglich sind, um den Anforderungen des Art. 11 Abs. 2 EMRK Genüge zu leisten.⁵² Eine Gefahr für das Berufsbeamtentum droht aus einem anderen Grund: Es würde sich, wenn den Beamten ein Streikrecht zustünde, überflüssig machen können, weil es sich im Wesentlichen nicht mehr grundlegend von privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen unterscheidet.⁵³ Das wird man jedenfalls für diejenigen Beamten sagen können, die keine Hoheitsgewalt ausüben. Eine innerstaatliche Einpassung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR zum Beamtenstreikrecht wird folglich sehr wahrscheinlich dazu führen, dass sich der Personenkreis mit einem Beamtenstatus auf den Kernbereich staatlichen Hoheitshandelns reduzieren wird. Das ist allerdings keine ganz neue Entwicklung, wenn man sich vor Augen führt, dass namentlich die Privatisierung von Bahn und Post eine massive Reduzierung der verbeamteten Personen mit sich brachte.

⁴⁸ In Bayern haben Lehrer an öffentlichen Schulen allerdings nach Art. 133 BV in jedem Fall den Status eines „Staatsbeamten“.

⁴⁹ Zwar ist in Rheinland-Pfalz (§ 50 LBG) und im Saarland (Art. 115 Abs. 5 SVerf) ausdrücklich im Landesbeamtenrecht bzw. in der Landesverfassung geregelt, dass das Streikrecht mit dem Beamtenverhältnis unvereinbar ist. Allerdings hat Art. 11 EMRK den Rang eines einfachen Bundesgesetzes und steht folglich über einfachen Landesgesetzen und über dem Landesverfassungsrecht.

⁵⁰ So zu Recht *Wißmann*, ZJS 2011, 395 (401).

⁵¹ OVG Münster NWVBl. 2012, 306 (310) – nicht rechtskräftig.

⁵² So z.B. *Sachs*, Anm. zu OVG Münster NWVBl. 2012, 306 (317 f.) – nicht rechtskräftig – und VG Kassel ZBR 2011, 386 (387 f.) – nicht rechtskräftig.

⁵³ Hierauf weist ausdrücklich das OVG Münster NWVBl. 2012, 306 (309) – nicht rechtskräftig – hin.

(3) *Zwischenergebnis*

Das allgemeine Beamtenstreikverbot ist nicht angemessen und damit unverhältnismäßig (a.A. vertretbar – s.o.).

c) *Verfassungsmäßigkeit des Einzelaktes*

Aus dem zuvor Gesagten folgt, dass auch der angegriffene Einzelakt unverhältnismäßig ist. Denn R übt keine Schulleitungsfunktion aus. Folglich gehört sie nicht zu der Gruppe der Beamten, die im Namen des Staates Hoheitsfunktionen ausübt. Somit folgt aus Art. 9 Abs. 3 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip und unter Berücksichtigung von Art. 11 EMRK sowie der Rechtsprechung des EGMR als Auslegungshilfe zur Bestimmung der Reichweite der grundgesetzlichen Koalitionsfreiheit, dass R streiken durfte (a.A. vertretbar – s.o.).

3. *Ergebnis*

Art. 9 Abs. 3 GG ist verletzt (a.A. vertretbar – s.o.).

V. Art. 33 Abs. 5 GG

R kann zwar auch die Verletzung des grundrechtsähnlichen Art. 33 Abs. 5 GG im Verfassungsbeschwerdeverfahren rügen. Allerdings ist das für R nicht zielführend. Denn das Streikrecht ist kein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums. Die neu eingefügte Fortentwicklungsklausel erstreckt sich nach der Rechtsprechung des BVerfG⁵⁴ allein auf das einfache Beamtenrecht und nicht auf die verfassungsrechtlich tradierten Grundsätze des Berufsbeamtentums.

Selbst wenn man der Ansicht ist, dass die Fortentwicklungsklausel in Art. 33 Abs. 5 GG einer Rezeption der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR zugänglich ist, führt dies im Ergebnis nur zu einer Anwendung des Art. 9 Abs. 3 GG, da allein dort das Streikrecht verortet ist und da Art. 9 Abs. 3 GG auch für Beamte gilt. Insoweit kommt der Grundsatz der Spezialität zum Tragen.

VI. Art. 3 Abs. 1 GG

R rügt ferner eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG. Sie wird als Beamtin des Landes Niedersachsen gegenüber den Beamten in der Türkei ungleich behandelt. Denn die Türkei hat mittlerweile aufgrund der neuen Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK ein umfassendes Streikrecht in der Verfassung verankert,⁵⁵ worauf der Sachverhalt ausdrücklich hinweist. Gleichwohl liegt keine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung vor. Denn eine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung ist nur gegeben, wenn sie der gleichen Stelle zugerechnet werden kann. Daran fehlt es, wenn die beiden Sachverhalte von zwei verschiedenen Träger öffentlicher Gewalt gestaltet werden. Der Gleichheitssatz bindet jeden Träger der öffentlichen Gewalt allein in dessen

konkreten Zuständigkeitsbereich.⁵⁶ Folglich ist es für den niedersächsischen Gesetzgeber im Lichte von Art. 3 Abs. 1 GG irrelevant, dass die Türkei mittlerweile ein Beamtenstreikrecht verfassungsrechtlich verankert hat. Entscheidend ist allein, dass niedersächsische Stellen alle niedersächsischen Beamten hinsichtlich des Streikverbots gleich behandeln.

Demgegenüber liegt eine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung von Landesbeamten in Niedersachsen und Tarifangestellten in Niedersachsen vor. Denn die zuletzt genannte Vergleichsgruppe darf streiken. Allerdings ist die Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt. Die Rechtfertigung ergibt sich aus den dargelegten Besonderheiten des Berufsbeamtentums (s.o.).

Art. 3 Abs. 1 GG ist folglich vorliegend nicht verletzt.

VII. Endergebnis

Die Verfassungsbeschwerde der R hat Aussicht auf Erfolg (a.A. vertretbar).

⁵⁴ BVerfGE 121, 205 (232).

⁵⁵ Siehe Art. 53 Abs. 3 und Art. 54 Abs. 1 Verfassung Türkei, Fundstelle für die deutsche Übersetzung der Verfassung der Republik Türkei von RA Prof. Dr. Christian Rumpf: www.tuerkei-recht.de/downloads/verfassung.pdf.

⁵⁶ Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Kommentar zum GG, 12. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 9 m.w.N.