

# Beamtenstreik zwischen Karlsruhe und Straßburg: Art. 11 EMRK und die konventionskonforme Auslegung durch das BVerfG

Anmerkungen und Überlegungen zu BVerfG,  
Urt. v. 12.6.2018, Az. 2 BvR 1738/12

*Laura Hering\**

Abstract	241
I. Einführung	242
II. Die Vorgeschichte	243
III. Das deutsche Beamtenstreikverbot im Lichte von Art. 11 EMRK	247
1. Keine Kollision zwischen Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 11 Abs. 1 EMRK	247
2. Jedenfalls: Rechtfertigung	252
IV. Die Berücksichtigung der EMRK und der EGMR-Rechtsprechung vor dem BVerfG	256
1. Konturierung der sog. Orientierungs- und Leitfunktion der EGMR-Rechtsprechung	256
a) Ansatz der sog. "Kontextualisierung"	257
b) Keine bloße "Begriffsparellisierung"	259
c) Auseinandersetzung nur mit "Aussagen zu Grundwertungen der Konvention"	261
2. Grenzen der EMRK-Freundlichkeit des Grundgesetzes	265
V. Ausblick	269
Summary: Strike Action of Civil Servants between Karlsruhe and Strasbourg: Art. 11 ECHR and the FCC's ECHR-Compliant Interpretation of Domestic Law. Comments and Reflections on BVerfG, Urt. v. 12.6.2018, Az. 2 BvR 1738/12	270

## Abstract

Am 12.6.2018 bestätigte das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in einer Entscheidung von großer Tragweite das deutsche Streikverbot für Beamte. Dass Karlsruhe sich mit der fast unbestrittenen Gewissheit, dass deutschen

---

\* Dr. *iur.*, LL.M. (Brügge), Referentin am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg. Ich danke Herrn Dr. *Matthias Hartwig* für seine Kritik und Kommentare.

Beamten das Mittel des Arbeitskampfes nicht zur Verfügung steht, befassen musste, ist vor allem zwei Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) aus den Jahren 2008 und 2009 zum Recht des türkischen öffentlichen Dienstes zu verdanken.

Das BVerfG misst das Beamtenstreikverbot erstens am Grundgesetz. Neben dieser originär verfassungsrechtlichen Argumentationslinie befasst sich das BVerfG aber auch mit der Vereinbarkeit des deutschen Beamtenstreikverbots mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Dieser Beitrag widmet sich der Analyse dieser konventionsrechtlichen Dimension des Urteils: Zum einen untersucht er die Ausführungen des BVerfG zu der konkreten Frage nach der Vereinbarkeit des in Art. 33 Abs. 5 Grundgesetz (GG) verorteten deutschen Beamtenstreikverbots mit Art. 11 EMRK. Zum anderen befasst sich der Beitrag mit den allgemeinen dogmatischen Erwägungen des BVerfG zur Berücksichtigung der EGMR-Rechtsprechung, die sich im Maßstabteil des Urteils finden. Der Senat nutzt die Gelegenheit, um die bestehenden verfassungsrechtlichen Maßstäbe der Pflicht zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes zu rekapitulieren, gleichzeitig aber auch die sog. Orientierungs- und Leitfunktion der EGMR-Rechtsprechung schärfer zu konturieren. Schließlich nutzt das BVerfG die Gelegenheit auch, um der konventionsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes klare Grenzen zu ziehen.

## I. Einführung

Am 12.6.2018 bestätigte das BVerfG das Beamtenstreikverbot – und zwar ausnahmslos und für alle.<sup>1</sup> Mit dieser Entscheidung setzte es der durch die Rechtsprechung des EGMR und anderslautender Urteile deutscher Verwaltungsgerichte ins Rollen gekommenen Diskussion um das Beamtenstreikverbot ein (zumindest vorläufiges)<sup>2</sup> Ende, was Anlass zu einer Analyse gibt.

Das Urteil folgt zwei Argumentationslinien: Zum einen misst das BVerfG das Beamtenstreikverbot am Grundgesetz. Es setzt einen (vorläufigen) Schlusspunkt in der langjährigen Diskussion um das grundgesetzliche Spannungsverhältnis zwischen Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 33 Abs. 5 GG, indem es das Beamtenstreikverbot als hergebrachten allgemeinen Grundsatz

---

<sup>1</sup> BVerfG, 12.6.2018, Az. 2 BvR 1738/12. Soweit im Folgenden Randnummernangaben ohne weitere Zusatzangaben erfolgen, beziehen sie sich auf dieses Urteil des BVerfG.

<sup>2</sup> Nach Art. 34, 35 EMRK können die Beschwerdeführer innerhalb von 6 Monaten Individualbeschwerde beim EGMR erheben, siehe hierzu unter V.

des Berufsbeamtentums bestätigt.<sup>3</sup> Diese originär verfassungsrechtliche Argumentationslinie des Urteils birgt keine großen Überraschungen. Zum anderen befasst sich das BVerfG mit der Vereinbarkeit des deutschen Beamtenstreikverbots mit der EMRK. Diese völkerrechtliche Seite war mit besonderer Spannung erwartet worden, insbesondere, da das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) vier Jahre zuvor geurteilt hatte, dass das Verbot nach Art. 33 Abs. 5 GG mit Art. 11 EMRK inhaltlich unvereinbar sei.

Dieser Beitrag möchte sich dieser konventionsrechtlichen Dimension des Urteils widmen, da die Positionierung der Karlsruher Richter diesbezüglich an vielen Stellen zum Widerspruch herausfordert.<sup>4</sup> Nach einem kurzen Blick zurück, insbesondere zu der Rechtsprechung des EGMR, der wir es letztendlich zu verdanken haben, dass Karlsruhe sich mit dem Beamtenstreikverbot befasst hat (II.), wendet sich der Beitrag der völkerrechtlichen Argumentationslinie des BVerfG zu, die sich auf zwei Ebenen traktieren lässt: Zum einen entscheidet das Verfassungsgericht über die konkrete Frage der Vereinbarkeit des in Art. 33 Abs. 5 GG verorteten deutschen Beamtenstreikverbots mit Art. 11 EMRK (III.). Zum anderen ist das Urteil des BVerfG aber von einer besonderen Brisanz, da es im Maßstabteil bemerkenswerte Grundaussagen zu der Frage der sog. Orientierungs- und Leitfunktion der Straßburger Rechtsprechung für das BVerfG und ihre Grenzen trifft (IV.). Schlussendlich wird ein Ausblick gewagt (V.).

## II. Die Vorgeschichte

Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet anerkanntermaßen Arbeitskampffreiheit und als Teilausprägung davon auch das Streikrecht.<sup>5</sup> Obwohl die Grundrechte auch im Beamtenverhältnis gelten, unterliegen deutsche Beamte jedoch einem Streikverbot.<sup>6</sup> Gerechtfertigt wird diese Einschränkung maß-

---

<sup>3</sup> Grundgesetzliche Argumentation des BVerfG in Rn. 137-162.

<sup>4</sup> Zur verfassungsrechtlichen Dimension des Urteils siehe bereits *T. Hebel*, Die Beamtenstreikentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, ZTR 7.2018, 368, 370 f.; *M. Jacobs/M. Payandeh*, Das beamtenrechtliche Streikverbot: Konventionsrechtliche Immunität durch verfassungsgerichtliche Petrifizierung, JZ 74 (2019), 19, 19 ff.; *J. Lorse*, Der Beamtenstreik ist abgesagt, ZBR 66 (2018), 325, 327 f. und 330 ff.; *T. von Roetteken*, Kein Streikrecht für Beamtinnen und Beamte?, ZBR 66 (2018), 292 ff.

<sup>5</sup> *W. Höfling*, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 9 GG Rn. 102 ff.; BVerfG, 26.6.1991, Az. 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, 225.

<sup>6</sup> Exemplarisch BVerfG, 11.6.1958, Az. 1 BvR 1/52, 46/52, BVerfGE 8, 1, 17; BVerfG, 30.3.1977, Az. 2 BvR 1039, 1045/75, BVerfGE 44, 249, 264; BVerfG, 19.9.2007, Az. 2 BvF 3/02, BVerfGE 119, 247, 264; BVerwG, 22.11.1979, Az. 1 D 84.78, BVerwGE 63, 293, 300; BVerwG, 3.12.1980, Az. 1 D 86.79, BVerwGE, 73, 97, 102. Dem folgt auch die herrschende

geblich damit, dass das beamtenrechtliche Streikverbot ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums gem. Art. 33 Abs. 5 GG ist<sup>7</sup> und diese Norm Art. 9 Abs. 3 GG überlagere.<sup>8</sup> Kompensiert werde das Streikverbot zum einen durch die Grundsätze der Versorgung, Fürsorge und Alimentation. Zum anderen werde die Besoldung von Beamten durch Gesetz und nicht durch Tarifvertrag geregelt, sodass ein Streik sich gegen den Gesetzgeber wenden müsste, was die Funktionsfähigkeit des demokratischen Staates gefährden könnte.<sup>9</sup> Kritiker delegitimieren das beamtenrechtliche Streikverbot hingegen als obsolet,<sup>10</sup> schlicht "die Vergangenheit konservierend"<sup>11</sup> und dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip zuwiderlaufend<sup>12</sup>. Hinzu kommt, dass die Grundsätze des Berufsbeamtentums – einschließlich des Streikverbots – nie vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber kodifiziert wurden.<sup>13</sup> Die Bundesrepublik wurde für das beamtenrechtliche Streikverbot – das in anderen europäischen Staaten nur selten eine Entsprechung findet<sup>14</sup> – von internationalen Überwachungsgremien bereits mehrfach getadelt: Der Ausschuss der Vereinten Nationen (UN) für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte bemängelte, dass ein für alle, und nicht lediglich für solche Beamte, die Kernaufgaben erfüllen, geltendes Streikverbot eine Einschränkung der Gewerkschaftstätigkeit sei, die über das von Art. 8 Abs. 2 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights erlaubte Maß hinausgehe.<sup>15</sup> Auch der Europäische Ausschuss für Soziale Rechte

---

Meinung in der Literatur, siehe *G. Buchholtz*, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge, 2014, 40 ff. m. w. N. Trotzdem wurde im Schrifttum auch immer wieder ein Streikrecht für Beamte bejaht, etwa von *W. Däubler*, Der Streik im öffentlichen Dienst, 1970, 193 ff.; *R. Hoffmann*, Beamtentum und Streik, AöR 91 (1966), 144, 183 ff.

<sup>7</sup> BVerfG, 11.6.1958, Az. 1 BvR 1/52, 46/52, BVerfGE 8, 1, 17; BVerfG, 30.3.1977, Az. 2 BvR 1039, 1045/75, BVerfGE 44, 249, 264; *U. Battis*, in: *U. Battis/K. J. Grigoleit/T. Hebler*, Bundesbeamtengesetz, 5. Aufl. 2017, § 4 BBG Rn. 15.

<sup>8</sup> *T. Hebler*, in: *U. Battis/K. J. Grigoleit/T. Hebler* (Anm. 7), § 116 BBG Rn. 3.

<sup>9</sup> BVerfG, 28.5.2008, Az. 2 BvL 11/07, BVerfGE 121, 205, 219.

<sup>10</sup> *J. Rottmann*, Über das Obsolet-Werden von Verfassungsnormen, in: *W. Fürst/R. Herzog/D. C. Umbach* (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. 2, 1987, 1097, 1115 f.

<sup>11</sup> *W. Thieme*, Empfiehlt es sich, das Beamtenrecht unter Berücksichtigung der Wandlung von Staat und Gesellschaft neu zu ordnen: Gutachten für den 48. Deutschen Juristentag, 1970, D 12; vgl. auch *U. Battis* (Anm. 7), § 4 BBG Rn. 11.

<sup>12</sup> *D. Hensche*, Der Streik im öffentlichen Dienst, in: *W. Däubler* (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 18a.

<sup>13</sup> *J. Polakiewicz/A. Kessler*, Das Streikverbot für deutsche BeamtInnen, NVwZ 31 (2012), 841 ff.

<sup>14</sup> Zur Lage im Ausland siehe mit umfangreichen Nachweisen *U. Battis* (Anm. 7), § 4 BBG Rn. 5.

<sup>15</sup> UN-Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Consideration of Reports submitted by States Parties under Articles 16 and 17 of the Covenant, Concluding Observations, Germany (20.5.2011), E/C.12/DEU/CO/5, Rn. 20.

monierte, dass ein absolutes Streikverbot für Beamte, die keine Hoheitsgewalt ausüben, nicht gerechtfertigt werden könne.<sup>16</sup> Diese Kritik verhallte in Deutschland jedoch ungehört.

Die Hoffnung, es könne sich etwas ändern, schürten jedoch zwei Urteile des EGMR gegen die Türkei aus den Jahren 2008 und 2009, wo sich der Straßburger Gerichtshof ausführlich mit der Auslegung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit gem. Art. 11 EMRK befasste. Den Urteilen lagen Individualbeschwerden von türkischen Gemeindebeamten sowie einer Gewerkschaft des öffentlichen Dienstes gegen die Türkei zugrunde. In der Rechtssache *Demir und Baykara* aus dem Jahr 2008<sup>17</sup> befand die Große Kammer, dass der sachliche Schutzbereich des Art. 11 Abs. 1 EMRK auch ein Recht der Gewerkschaften erfasse, Tarifverhandlungen mit einem Arbeitgeber zu führen.<sup>18</sup> Ausgehend von diesem Verständnis zog die dritte Kammer nur ein knappes halbes Jahr später in der Rechtssache *Enerji Yapi-Yol Sen*<sup>19</sup> die Konsequenz, dass der Schutzbereich von Art. 11 EMRK neben dem Recht auf Tarifverhandlungen auch das Streikrecht umfasse. Diese Rechtsprechungsänderung begründete sie mit Verweis auf die Konvention der Internationalen Arbeitsorganisation und die Europäische Sozialcharta, die das Streikrecht als Mittel zur wirksamen Ausübung des Rechts auf Tarifverhandlungen ansehen.<sup>20</sup> Damit gibt der Straßburger Gerichtshof seine anfangs noch zaghafte und restriktive Haltung auf, das Streikrecht als von Art. 11 Abs. 1 EMRK geschützt anzuerkennen.<sup>21</sup> Im Rahmen der Prüfung, ob der Eingriff in das von Art. 11 Abs. 1 EMRK geschützte Streikrecht gem. Art. 11 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt sein könnte, unterstreicht der EGMR zunächst, dass das Streikrecht nicht absolut gelte, sondern grundsätzlich beschränkt werden könne. Vor allem sei es möglich, das Streikrecht von Angehörigen des öffentlichen Dienstes einzuschränken, die Hoheitsgewalt ausüben. Lediglich ein generelles Streikverbot, das für den öffentlichen Dienst insgesamt ausgesprochen wird, sei unverhältnismäßig und entspreche auch keinem dringenden sozialen Bedürfnis.<sup>22</sup>

<sup>16</sup> European Committee of Social Rights, European Social Charter, Conclusions XIX-3 (2010), 104 f.

<sup>17</sup> EGMR, 12.11.2008, Rs. 34503/97 – *Demir und Baykara v. Türkei*. Nicht amtliche deutsche Übersetzung in NZA 27 (2010), 1425 ff.

<sup>18</sup> *Demir und Baykara v. Türkei* (Anm. 17), Rn. 154.

<sup>19</sup> EGMR, 21.4.2009, Rs. 68959/01 – *Enerji Yapi-Yol Sen v. Türkei*. Nicht amtliche deutsche Übersetzung in NZA 27 (2010), 1423 ff.

<sup>20</sup> *Enerji Yapi-Yol Sen v. Türkei* (Anm. 19), Rn. 24.

<sup>21</sup> J. Iliopoulos-Strangas, Soziale Grundrechte, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. VI/1, 2010, § 145 Rn. 39; *Niedobietek*, Denationalisierung des Streikrechts – auch für Beamte?, ZBR 58 (2010), 361, 367.

<sup>22</sup> *Enerji Yapi-Yol Sen v. Türkei* (Anm. 19), Rn. 32 f.

Beflügelt durch diese EGMR-Judikate wagten immer mehr Lehrer in Deutschland den Streik.<sup>23</sup> Der Entscheidung des BVerfG lagen vier, zu einer gemeinsamen Entscheidung verbundene, Verfassungsbeschwerdeverfahren von beamteten Lehrern zugrunde, die an Protestveranstaltungen teilgenommen hatten. Da sie infolgedessen ihrer Unterrichtsverpflichtung nicht nachgekommen waren, wurden sie von der zuständigen Disziplinarbehörde mit Disziplinarverfügungen belegt. Diese stellten sie – erfolglos – zur verwaltungsgerichtlichen Überprüfung vor die Verwaltungs-<sup>24</sup> und Oberverwaltungsgerichte<sup>25</sup> sowie schließlich vor das Bundesverwaltungsgericht,<sup>26</sup> sodass der Rechtsweg erschöpft und damit der Weg nach Karlsruhe frei war.<sup>27</sup> Bemerkenswert ist, dass das BVerfG die Urteile der vorausgehenden Instanzen vergleichsweise ausführlich rekapituliert.<sup>28</sup> Die Gründe hierfür sind in den erheblich unterschiedlichen Auffassungen des BVerfG einerseits und der Fachgerichte bzw. des BVerwG andererseits zu sehen, was die Karlsruher Richter dazu veranlasste, beim Verfassen ihres Urteils nicht nur

<sup>23</sup> In Schleswig-Holstein sollen 2010 mehr als 1800, in Hessen seit 1979 mehrfach mehrere Tausend verbeamtete Lehrer gestreikt haben. Zu diesen Zahlen siehe *U. Battis*, Streikverbot für Beamte, 2013, 5 m. w. N.

<sup>24</sup> VG Osnabrück, 19.8.2011, Az. 9 A 1/11, NVwZ-RR 25 (2012), 323 (siehe hierzu *R. Hoffmann*, Zum Streikrecht der Beamten: § 31 Abs. 1 BVerfGG und die konventionskonforme Auslegung von Verfassungsrecht durch die Fachgerichte, NdsVbl. 19 (2012), 151); VG Düsseldorf, 15.12.2010, Az. 31 K 3904/10.O, BeckRS 2010, 56864. Die Entscheidungen des VG Stade, 6.12.2012, Az. 9 A 171/11 und des VG Schleswig, 8.8.2012, Az. 17 A 21/11 sind nicht veröffentlicht. Die Entscheidungen des VG Osnabrück und des VG Düsseldorf hätten unterschiedlicher kaum ausfallen können: Das VG Osnabrück wies die Klagen als unbegründet zurück. Es berief sich auf seine Bindung an die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 33 Abs. 5 GG gem. § 31 BVerfGG. Das VG Düsseldorf hingegen wertete den Streik zwar als Dienstvergehen, hob jedoch die gegen die Lehrerin ergangene Disziplinarverfügung auf, da sie Art. 11 EMRK verletze.

<sup>25</sup> OVG Lüneburg, 12.6.2012, Az. 20 BD 8/11, BeckRS 2012, 51817; OVG Münster, 7.3.2012, Az. 3d A 317/11.O, NVwZ 31 (2012), 890. Die Entscheidungen des OVG Lüneburg, 16.5.2013, Az. 20 AD 2/13 und OVG Schleswig, 29.9.2014, Az. 14 LB 3/13 sind nicht veröffentlicht.

<sup>26</sup> BVerwG, 27.2.2014, Az. 2 C 1.13, BVerwGE 149, 117 = NVwZ 33 (2014), 736; BVerwG, 26.2.2015, Az. 2 B 10.15, JurionRS 2015, 12585. Hierzu *M. Böhm*, Beamtenstreikverbot auf dem Prüfstand, ZBR 67 (2019), 73, 73 f.; *C. Walter*, Der Internationale Menschenrechtsschutz zwischen Konstitutionalisierung und Fragmentierung, ZaöRV 75 (2015), 753, 756 ff. In den beiden niedersächsischen Verfahren war eine Revision vor dem BVerwG nicht möglich.

<sup>27</sup> Überblick über die Judikate der nationalen Gerichte bei *T. Kaiser*, Streikrecht für Beamte – Folge einer Fehlrezeption?, AöR 142 (2017), 417, 429 f.; *G. A. Neubäuser/P. C. Otto*, Kein generelles Streikverbot für Beamte!, DVBl. 131 (2016), 393, 394 f.

<sup>28</sup> Rn. 7 ff. Zutreffend *U. Battis*, Streikverbot für Beamte, ZBR 66 (2018), 289, 289; *R. Tietze/H. A. Wolff*, Die Anerkennung eines verfassungsrechtlichen Streikverbots für Beamte durch das BVerfG, ZBR 67 (2019), 78, 78.

den EGMR, sondern auch das BVerwG als Dialogpartner vor Augen zu haben.<sup>29</sup>

### III. Das deutsche Beamtenstreikverbot im Lichte von Art. 11 EMRK

Im Subsumtionsteil des Urteils setzt sich das BVerfG ausführlich mit der Frage auseinander, ob das deutsche Beamtenstreikverbot mit der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes und insbesondere Art. 11 EMRK in Einklang zu bringen ist.<sup>30</sup> Die Karlsruher Richter entwickeln dabei mehrere Argumentationsstränge: Anders als alle vorbefassten Instanzen, einschließlich des BVerwG, verneinen sie bereits eine Kollisionslage zwischen deutschem Recht und der Konvention (1.). Präventiv – für den Fall, dass der EGMR dies anders beurteilen sollte – bejahen sie im Wege des *distinctioning* die Rechtfertigung eines Eingriffs sowohl gem. Art. 11 Abs. 2 S. 1 als auch Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK (2.).

#### 1. Keine Kollision zwischen Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 11 Abs. 1 EMRK

Unter Berücksichtigung wesentlicher Grundwertungen der Urteile des EGMR aus den Jahren 2008 und 2009 kommt das BVerfG zu dem Schluss, dass “sich eine Kollisionslage zwischen deutschem Recht und EMRK gegenwärtig nicht feststellen” lässt.<sup>31</sup>

Die Ablehnung einer Kollisionslage stützt das BVerfG auf eine ausführliche Auseinandersetzung mit der EGMR-Rechtsprechung: In erster Linie beruft es sich auf die Rechtssache *Demir und Baykara*. Dabei fällt auf, dass das BVerfG auf jegliche Kritik an der Methodik der Entscheidungsfindung des EGMR in dieser Rechtssache verzichtet.<sup>32</sup> Kritik wäre durchaus angebracht gewesen, stützt sich der EGMR zur Auslegung doch beispielsweise auf Art. 6 der Europäischen Sozialcharta, die von der Türkei gar nicht ratifiziert wurde.<sup>33</sup> Insbesondere beruft sich das BVerfG auf das Sondervotum

<sup>29</sup> R. Tietze/H. A. Wolff (Anm. 28), 78; J. Lorse (Anm. 4), 330.

<sup>30</sup> Rn. 163-188.

<sup>31</sup> Rn. 163 (Hervorhebung durch Verfasserin).

<sup>32</sup> J. Lorse (Anm. 4), 332.

<sup>33</sup> Zur Kritik siehe T. Rothballer, Zulässigkeit des Beamtenstreiks?, NZA 33 (2016), 1119, 1121; M. Schlachter, Beamtenstreik im Mehrebenensystem, RdA 64 (2011), 341, 345.



des Richters *Spielmann*, der “den Staaten [...] eine gewisse Wahlfreiheit und Flexibilität” zugestehen möchte.<sup>34</sup> Es leuchtet ein, dass sich das BVerfG auf das Sondervotum stützt, denn es liegt ganz auf der Karlsruher Linie. Jedoch erweckt diese Darstellung, die dem Sondervotum mehr Platz einräumt als der Mehrheitsentscheidung, den Eindruck, dass Karlsruhe die Straßburger Mehrheitsverhältnisse missachtet.<sup>35</sup> Ferner beruft sich das BVerfG in seiner Analyse auch auf eine ganze Reihe weiterer EGMR-Urteile, allesamt gegen die Türkei, wie der Rechtssache *Saima Özcan v. Türkei*, die türkische Lehrerinnen betraf.<sup>36</sup>

Die Gründe für diese intensive Auseinandersetzung mit der EGMR-Rechtsprechung sind zweierlei, der erste prozessualer, der zweite inhaltlicher Natur: Zunächst ist es strategisch sinnvoll, dass sich der Senat detailliert mit der Straßburger Rechtsprechung auseinandersetzt. Denn der einem Vertragsstaat gewährte Beurteilungsspielraum (sog. *margin of appreciation*) ist umso weiter, je intensiver sich ein nationales Gericht mit Vorgaben der EGMR-Rechtsprechung auseinandersetzt.<sup>37</sup> Indem die Karlsruher Richter den Straßburger Richtern zeigen, dass sie ihre Urteile ernst nehmen, wird es für letztere schwieriger, das Endergebnis als nicht EMRK-konform zu korrigieren. Zweitens ist das Erfordernis der Rechtswegerschöpfung, das erfüllt sein muss, um den EGMR anzurufen, so konzipiert, dass die Auslegung der EMRK und EGMR-Rechtsprechung im Risikobereich der nationalen Gerichte der Konventionsstaaten liegt. Der EGMR nimmt nur eine *ex post*-Kontrolle vor. Ein Vorabentscheidungsverfahren wie beim Europäischen Gerichtshof (EuGH) existiert nicht. Das von Protokoll Nr. 16 vorgesehene

<sup>34</sup> Rn. 166.

<sup>35</sup> *M. Jacobs/M. Payandeh* (Anm. 4), 23.

<sup>36</sup> Rn. 171.

<sup>37</sup> Zur sog. *margin of appreciation* siehe wegweisend EGMR, 13.6.1979, Rs. 6833/74 – *Marckx v. Belgien*, Rn. 27 ff.; zuletzt EGMR, 22.4.2013, Rs. 48876/08 – *Animal Defenders International v. Vereinigtes Königreich*, Rn. 102, 123; EGMR, 19.2.2013, Rs. 19010/07 – *X u. a. v. Österreich*, Rn. 102; aus der Literatur *R. Bernhardt*, Internationaler Menschenrechtsschutz und nationaler Gestaltungsspielraum, in: R. Bernhardt (Hrsg.), *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte. Festschrift für H. Mosler*, 1983, 75, 81; *C. Binder*, The Concept of Margin of Appreciation, *Journal für Rechtspolitik* 23 (2015), 56 ff.; *E. Brems*, The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights, *ZaöRV* 56 (1996), 240 ff.; *J. A. Frowein*, Die EMRK in der neueren Praxis der Europäischen Kommission und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, *EuGRZ* 7 (1980), 231, 237; *D. Spielmann*, Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?, *Cam. Y.B. Eur. Legal Stud.* 14 (2011-2012), 381 ff.; *J. Asche*, *Die Margin of Appreciation*, 2018.



Vorabgutachtenverfahren ist für Deutschland mangels Ratifikation bis auf Weiteres nicht relevant.<sup>38</sup>

Der Senat arbeitet die Unterschiede des deutschen Beamtenrechts im Vergleich zum türkischen detailliert heraus, die seiner Meinung nach das Streikverbot für Beamte rechtfertigen. Er betont, dass der EGMR in der Rechtssache *Enerji Yapi-Yol Sen*

“die verallgemeinerungsfähige Auslegungsmaxime formuliert [hat], dass der Streik eine Möglichkeit der Gewerkschaften darstelle, sich Gehör zu verschaffen und dadurch ihre Interessen zu schützen”.<sup>39</sup>

Ein Streikverbot kollidiert nach Auffassung des BVerfG nicht mit Art. 11 EMRK, solange es durch anderweitige Möglichkeiten der Beamten, sich Gehör zu verschaffen, kompensiert werde.<sup>40</sup> Dieser Ausgleich geschehe im deutschen beamtenrechtlichen Rechtssystem zum einen durch Beteiligungsrechte der Beamten bzw. ihrer Vertreter bei Vorbereitung allgemeiner Regelungen der beamtenrechtlichen Verhältnisse gem. § 118 Bundesbeamtengesetz (BBG) und § 53 Beamtenstatusgesetz (BeamtStG).<sup>41</sup> Zum anderen können Beamte ihre Alimentationsansprüche einer gerichtlichen Prüfung unterziehen.<sup>42</sup> Kompensation ist damit das entscheidende Argument des BVerfG, um zur EGMR-Rechtsprechung zu differenzieren.

Die Möglichkeit der Kompensation durch Beteiligungsrechte, die das BVerfG anführt, vermag jedoch nicht zu überzeugen.<sup>43</sup> Beteiligungsrechte verleihen den Gewerkschaften nicht die Macht, missliebige Gesetze zu verhindern oder gewünschte Reformen zu erzwingen. Das Beteiligungsverfahren ist nicht in der Lage, eine einem Streik vergleichbare Drucksituation aufzubauen, wie das BVerfG selbst zugesteht.<sup>44</sup> Zum zahnlosen Tiger macht die Beteiligungsrechte außerdem, dass ihre Verletzung keine Sanktion nach

---

<sup>38</sup> M. Breuer, Karlsruhe und das Beamtenstreikverbot – Dialogangebot mit Dolch im Gewande?, VerfBlog, 14.6.2018, abrufbar unter <<https://www.verfassungsblog.de>>.

<sup>39</sup> Rn. 175; *Enerji Yapi-Yol Sen v. Türkei* (Anm. 19), Rn. 24. In früheren EGMR-Urteilen wurde dieser Aspekt noch stärker betont, siehe EGMR, 2.7.2002, Rs. 30668/96 u. a. – *Wilson, National Union of Journalists u. a. v. Vereinigtes Königreich*, Rn. 45.

<sup>40</sup> Vgl. Rn. 175 und 183.

<sup>41</sup> Rn. 175 und 183.

<sup>42</sup> Rn. 183.

<sup>43</sup> Sehr skeptisch auch T. Klein, Beamtenstreik zwischen BVerfG und EGMR, AuR 66 (2018), 479, 482, der der Auffassung ist, dass die EGMR-Entscheidung *Enerji Yapi-Yol Sen* bereits nicht so gelesen werden könne; skeptisch auch T. Hebel (Anm. 4), 368, 372; R. Tietze/H. A. Wolff (Anm. 28), 82. Zustimmung hingegen M. Jacobs/M. Payandeh (Anm. 4), 19, 23 f.

<sup>44</sup> Rn. 175.

sich zieht.<sup>45</sup> Überzeugender ist hingegen eine Kompensation durch die Möglichkeit der gerichtlichen Prüfung der Alimentationsansprüche. Es ist zwar nicht von der Hand zu weisen, dass gerichtliche Verfahren kosten- und zeitintensiv sind und die Möglichkeit einer gerichtlichen *ex post*-Kontrolle der Alimentationsansprüche nicht mit Mitteln vergleichbar ist, die es ermöglichen, von vornherein Druck auf die Schaffung angemessener Arbeitsbedingungen auszuüben. Zwar ist sowohl der Ausgang eines gerichtlichen Verfahrens als auch der einer Streikmaßnahme ungewiss. Der Vorteil eines gerichtlichen Verfahrens ist jedoch, dass im Falle eines Erfolges des Beamten, das Urteil Bindungswirkung entfaltet und die unterliegende Seite die Kosten tragen muss, während die Kosten einer Streikmaßnahme hoch sind und in jedem Fall von den Beamten gestemmt werden müssten.

Interessant ist darüber hinaus vor allem der Vergleich mit der Entscheidung des BVerwG, da Karlsruhe ein grundlegend anderes EMRK-Verständnis als der Leipziger Gerichtshof hat, was angesichts der sonst so bezeichnenden Einmütigkeit der beiden Gerichte erstaunlich ist.<sup>46</sup> Dies wird auch der Grund für die vergleichsweise ausführliche und damit bemerkenswerte Rekapitulation der Rechtsprechung der vorausgehenden Instanzen im BVerfG-Urteil sein.<sup>47</sup>

Das BVerwG räumte den Konventionsverstoß der deutschen Rechtslage relativ schnörkellos ein. Es urteilte, dass das verfassungsrechtliche Verbot des Art. 33 Abs. 5 GG statusbezogen sei: Es gelte für alle Beamte, unabhängig davon, ob sie hoheitlich tätig sind oder nicht. Art. 11 Abs. 2 EMRK hingegen lasse ein solches generelles Verbot nicht zu, sondern verlange eine Differenzierung nach Aufgabenbereichen. Art. 33 Abs. 5 GG sei damit mit dem Streikrecht gem. Art. 11 EMRK für Beamte, die nicht hoheitlich tätig sind, unvereinbar.<sup>48</sup> Jedoch könne die Tatsache, dass die Streikteilnahme zwar gegen das Verbot nach Art. 33 Abs. 5 GG verstoße, aber mit Art. 11 EMRK in Einklang stehe, nicht zu einer Änderung der beamtenrechtlichen Pflichten führen.<sup>49</sup> Dem Verfassungsrecht gebühre der Vorrang gegenüber der EMRK, die nur den Rang eines einfachen Bundesgesetzes habe. Das BVerwG rief den deutschen Gesetzgeber daher in Form eines eindringlichen *obiter dictums* dazu auf, diese Kollision aufzulösen.<sup>50</sup> Denn der Traditions-

<sup>45</sup> J. Jekewitz, Die Beteiligung der gewerkschaftlichen Spitzenorganisationen des öffentlichen Dienstes an der Regelung beamtenrechtlicher Verhältnisse, *Der Staat* 34 (1995), 79, 102 m. w. N.

<sup>46</sup> R. Tietze/H. A. Wolff (Anm. 28), 78.

<sup>47</sup> Rn. 7 ff. Zutreffend U. Battis (Anm. 28), 289; R. Tietze/H. A. Wolff (Anm. 28), 78.

<sup>48</sup> BVerwG, 27.2.2014, (Anm. 26), Rn. 47 ff.

<sup>49</sup> BVerwG, 27.2.2014, (Anm. 26), Rn. 51.

<sup>50</sup> BVerwG, 27.2.2014, (Anm. 26), Rn. 56 ff.

bestand des Art. 33 Abs. 5 GG könne nicht durch einen Richter im Wege der konventionskonformen Auslegung geändert werden, sondern nur durch Tätigwerden des Gesetzgebers.<sup>51</sup> Solange dies nicht geschehe, gebühre Art. 33 Abs. 5 GG und dem statusbezogenen beamtenrechtlichen Streikverbot der Vorrang vor Art. 11 EMRK.

Insbesondere folgte das BVerfG<sup>52</sup> der Überlegung des BVerwG<sup>53</sup> nicht, praktische Konkordanz unter Heranziehung von Art. 33 Abs. 4 GG durch eine Unterscheidung von Kern-<sup>54</sup> und Randbereichsbeamten<sup>55</sup> und eine Begrenzung des Streikverbots auf erstere herzustellen. Gegen die Bildung zweier Beamtenrechtsuntertypen bringt das BVerfG erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten vor sowie das Argument, dass bei Anerkennung eines Streikrechts für die sog. Randbereichsbeamten die Stabilität der Verwaltung und hoheitliche Aufgabenerfüllung nicht mehr gewährleistet seien.<sup>56</sup> Ob dies tatsächlich der Fall wäre, ist zweifelhaft.<sup>57</sup> Insbesondere das Argument der Abgrenzungsschwierigkeiten vermag nicht zu überzeugen: Ihnen begegnet der Rechtsanwender regelmäßig und sie sind in den Griff zu bekommen. So hat das BVerwG in seinem Urteil aus dem Jahr 2014 überzeugend dargelegt, welche Verwaltungsbereiche einer hoheitlichen Tätigkeit zuzuordnen sind.<sup>58</sup> Ob die Stabilität der Verwaltung und die staatliche Aufgabenerfüllung durch die Zuerkennung eines Streikrechts für sog. Randbereichsbeamte gefährdet ist, unterliegt mit Blick auf die zahlreichen Angestellten im öffentlichen Dienst und der stetigen Privatisierung öffentlicher Aufgaben ebenfalls Zweifeln.<sup>59</sup> Hingegen wäre die Bildung von Beamtenrechtsuntertypen eine Möglichkeit für den Reformgesetzgeber gewesen, die

<sup>51</sup> BVerwG, 27.2.2014, (Anm. 26), Rn. 57.

<sup>52</sup> Rn. 158 und 161.

<sup>53</sup> BVerwG, 27.2.2014, (Anm. 26), Rn. 60 ff.

<sup>54</sup> Die im Schwerpunkt hoheitliche Tätigkeiten ausführen und damit nicht streikberechtigt sind.

<sup>55</sup> Die im Schwerpunkt nicht hoheitlich tätig und damit streikberechtigt sind.

<sup>56</sup> Rn. 161.

<sup>57</sup> Kritisch auch *M. Böhm* (Anm. 26), 76; *M. Jacobs/M. Payandeh* (Anm. 4), 21. Dem BVerfG zustimmend hingegen *T. Hebel* (Anm. 4), 368, 371 und 373.

<sup>58</sup> BVerwG, 27.2.2014, (Anm. 26), 736, 741, Rn. 61: "Zur genuin hoheitlichen Verwaltung in diesem Sinne dürften neben den Streitkräften und der Polizei sonstige Ordnungskräfte, Rechtspflege, Steuerverwaltung, Diplomatie sowie Verwaltungsstellen auf Bundes-, Landes- und Kommunalebene gehören, die mit der Ausarbeitung von Rechtsakten, deren Durchführung und mit hoheitlichen Aufsichtsfunktionen betraut sind. Nicht erfasst sein dürften etwa die staatlichen Bildungs- und Wissenschaftseinrichtungen und sonstige Einrichtungen der Daseinsvorsorge unabhängig von ihrer Rechtsform." Ebenso *M. Jacobs/M. Payandeh* (Anm. 4), 21.

<sup>59</sup> Vgl. BVerwG, 27.2.2014, (Anm. 26), 736, 741, Rn. 62; *M. Jacobs/M. Payandeh* (Anm. 4), 21.

Kollision zwischen Art. 33 Abs. 5 GG und Art. 11 EMRK aufzulösen. Dieser Weg zu einem Kompromiss ist jetzt jedoch versperrt. Anders als das BVerwG, formuliert das BVerfG keinen Aufruf an den Gesetzgeber zu handeln und das Beamtenrecht zu reformieren. Im Gegenteil: Zwar gesteht es dem Gesetzgeber auch bei hergebrachten Grundsätzen einen Gestaltungsspielraum zu, damit dieser “die Beamtengesetzgebung den Erfordernissen des freiheitlichen demokratischen Staates sowie seiner fortschreitenden Entwicklung anpassen” könne. Jedoch betont es gleichzeitig, dass damit “keine strukturelle Veränderung an den für die Institution des Berufsbeamtentums wesentlichen Regelungen” einhergehen können.<sup>60</sup> Ein Streikrecht, auch nur für einen Teil der Beamten, würde dies aber gerade bewirken.<sup>61</sup> Mit dieser klaren Entscheidung gegen eine Trennung von Kern- und Randbereichsbeamten, verschließt das BVerfG die Hintertür für eine gesetzliche Regelung, mit der das GG in Einklang mit der EMRK gebracht werden könnte.

## 2. Jedenfalls: Rechtfertigung

Obwohl das BVerfG bereits keine Kollision des GG mit der EMRK erkennt, prüft es hilfsweise die Rechtfertigung des Eingriffs nach Maßgabe von Art. 11 Abs. 2 EMRK. Es geht auf Satz 1<sup>62</sup> und Satz 2<sup>63</sup> je gesondert ein.

Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK erlaubt Einschränkungen der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit, wenn diese

“gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale oder öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer”.

Das BVerfG betont zunächst, dass das Beamtenstreikverbot in Deutschland *gesetzlich vorgesehen* und seit Jahrzehnten höchstrichterlich anerkannt ist.<sup>64</sup> Ferner verfolgen die Disziplinarmaßnahmen gegen die deutschen Lehrer das *legitime Ziel*, den staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag und ein funktionierendes Schulwesen zu gewährleisten. Mithin seien sie für die

---

<sup>60</sup> Rn. 125.

<sup>61</sup> Rn. 153.

<sup>62</sup> Rn. 177-183.

<sup>63</sup> Rn. 184-188.

<sup>64</sup> Rn. 177.

Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung *erforderlich*.<sup>65</sup> Dem BVerfG ist im Grundsatz darin beizupflichten.<sup>66</sup> Jedoch hätte es einen etwas höheren Begründungsaufwand betreiben können, da eine Gefahr für die öffentliche Ordnung durch streikbedingten Ausfall von Schulunterricht keineswegs offensichtlich ist.

Im Rahmen der *Verhältnismäßigkeitsprüfung* setzt sich das Karlsruher Gericht ausführlich mit der Straßburger Rechtsprechung und der vom EGMR vorgenommenen Differenzierung auseinander: Handle es sich um eine gesetzliche Einschränkung, die den Kern gewerkschaftlicher Tätigkeit betrifft, komme dem Gesetzgeber des Konventionsstaats nur ein geringer Beurteilungsspielraum zu. Die Anforderungen an die Rechtfertigung des Eingriffs seien dann höher. Betreffe der Eingriff hingegen nicht den Kern, sondern lediglich einen Nebenaspekt gewerkschaftlicher Tätigkeit, sei der Beurteilungsspielraum weiter. Die Wahrscheinlichkeit eines verhältnismäßigen Eingriffs erhöhe sich damit. Unter Rückgriff auf die Rechtssache *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. Vereinigtes Königreich*, wo der EGMR den Unterstützungstreik vom Kernbereich der Vereinigungsfreiheit ausnimmt, qualifiziert der Senat den Streik der Beschwerdeführer als Unterstützungstreik für die angestellten Lehrer, die auf den Abschluss eines Tarifvertrags hinwirken. Damit ist der Kernbereich des Art. 11 Abs. 1 EMRK nicht betroffen und dem nationalen Gesetzgeber kommt ein weiter Beurteilungsspielraum zu.<sup>67</sup> Auch die Grenzen des Beurteilungsspielraums seien nicht überschritten worden: Das BVerfG arbeitet überzeugend heraus, dass das deutsche Beamtenrecht ein in sich austariertes Gefüge von Rechten und Pflichten ist. Stünde Beamten ein Streikrecht zu, würde dies grundlegenden beamtenrechtlichen Prinzipien (wie der Treuepflicht, dem Lebenszeitprinzip oder dem Alimentationsprinzip) zuwider laufen.<sup>68</sup> Zudem seien zwei zusätzliche Aspekte in die Interessenabwägung einzustellen: Erstens diene das Streikverbot dem in Art. 2 Zusatzprotokoll 1 der EMRK verankerten Menschenrecht auf Bildung.<sup>69</sup> Zweitens werde das Streikverbot zweifach kompensiert: Zum einen durch eine Beteiligung der Gewerkschaften bei der Vorbereitung der gesetzlichen Regelungen der beamtenrechtlichen Verhältnisse, zum anderen durch die Möglichkeit der Beamten, die Verfassungsmäßigkeit ihrer Alimentation gerichtlich überprüfen zu lassen.<sup>70</sup>

---

<sup>65</sup> Rn. 178.

<sup>66</sup> Zustimmend auch *T. Hebel* (Anm. 4), 368, 372.

<sup>67</sup> Rn. 180.

<sup>68</sup> Rn. 181.

<sup>69</sup> Rn. 182.

<sup>70</sup> Rn. 183.

Zudem ordnet der Senat beamtete Lehrer dem Bereich der Staatsverwaltung zu, sodass auch der Rechtfertigungstatbestand des Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK greift.<sup>71</sup> Die Karlsruher Richter geben zwar zu, dass Lehrer grundsätzlich nicht im Schwerpunkt hoheitlich geprägte Aufgaben wahrnehmen. Jedoch bestehe ein besonderes Interesse des Staates an der Aufgabenerfüllung durch Beamte, welches eine Zuordnung zum Bereich der Staatsverwaltung rechtfertige.<sup>72</sup> Ob ein besonderes Interesse des Staates an der Aufgabenerfüllung zur Begründung der Zuordnung zum Bereich der Staatsverwaltung ausreichend ist, ist fraglich. Letztendlich besteht ein besonderes Interesse an der Aufgabenerfüllung bei allen Beschäftigten des öffentlichen Dienstes.<sup>73</sup>

Ob das BVerfG mit der Zuordnung der Lehrer zum Bereich der Staatsverwaltung richtig liegt, kann bezweifelt werden.<sup>74</sup> Ein Blick auf die EGMR-Rechtsprechung lässt das genaue Gegenteil vermuten: Zwar hat sich der Straßburger Gerichtshof noch nicht explizit zu der Frage geäußert, ob Lehrer dem Bereich der Staatsverwaltung zuzuordnen sind.<sup>75</sup> Jedoch ist zu erwarten, dass Straßburg Lehrer nicht zu den Angehörigen der Staatsverwaltung i. S. v. Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK zählen wird. So unterstreicht der Gerichtshof, dass der Bereich der Angehörigen der Staatsverwaltung eng auszulegen sei.<sup>76</sup> Um eine gewisse Vergleichbarkeit mit den in Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK ausdrücklich genannten Bereichen der Streitkräfte und Polizei zu gewährleisten, sei ferner notwendig, für den Bereich der Staatsverwaltung die Wahrnehmung staatlicher Verwaltungstätigkeiten im Sinne einer Ausübung hoheitlicher Befugnisse zu verlangen.<sup>77</sup> Dies wäre auch auf der Linie der Spruchpraxis der Organe der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO), die der EGMR als Argumentationsvorbild nutzt. Wie das BVerfG aber selbst eingesteht, nehmen Lehrer keine hoheitlich geprägten Aufgaben

<sup>71</sup> Rn. 184 ff.

<sup>72</sup> Rn. 188.

<sup>73</sup> So auch *T. Klein* (Anm. 43), 483.

<sup>74</sup> Es wäre auch nicht das erste Mal, dass die Meinungen der Karlsruher und Straßburger Richter auseinandergehen, siehe Nichtannahmebeschluss des BVerfG, 6.12.2007, 1 BvR 1905/07 und die darauf folgende Verurteilung Deutschlands durch den Straßburger Gerichtshof, EGMR, 21.10.2011, Rs. 28274/08 – *Heinisch v. Deutschland*, nicht amtliche Übersetzung bei NJW 64 (2011), 3501 ff.

<sup>75</sup> EGMR, 24.6.2015, Rs. 36807/07 – *Sezer v. Türkei*, Rn. 30; EGMR, 29.9.1995, Nr. 17851/91 – *Vogt v. Deutschland*, Rn. 68; EGMR, 22.11.2001, Rs. 39799/98 – *Volkmer v. Deutschland*. Hierauf weist auch das BVerfG hin, Rn. 186.

<sup>76</sup> *Demir und Baykara v. Türkei* (Anm. 17), Rn. 97; EGMR, 29.9.1995, Rs. 17851/91 – *Vogt v. Deutschland*, Rn. 67. Hierauf weist auch das BVerfG hin, Rn. 185.

<sup>77</sup> EGMR, 8.12.1999, Rs. 28541/95 – *Pellegrin v. Frankreich*, Rn. 64 ff. Siehe auch *G. Buchholtz* (Anm. 6), 265 ff.; *C. Ickenroth*, Das deutsche Beamtenstreikverbot im Lichte der EMRK, 2016, 173 ff.; *T. Klein* (Anm. 43), 483.

wahr.<sup>78</sup> Lehrer nicht unter Art. 11 Abs. 2 S. 2 zu fassen, würde wertungsmäßig auch zu früheren Straßburger Entscheidungen passen: So führt der EGMR in der Rechtssache *Demir und Baykara* aus, dass

“Gemeindebedienstete, deren Tätigkeit nicht zur Verwaltung des Staates an sich gehört, grundsätzlich nicht den ‘Angehörigen der Staatsverwaltung’ gleichzustellen”

sind.<sup>79</sup>

Zweifel an dieser Auslegung ergeben sich aber nicht nur aus der EGMR-Rechtsprechung: Der EuGH legt die Bereichsausnahme “Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung” gem. Art. 45 Abs. 4 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) eng aus und beschränkt sie auf solche Stellen, wo eine Begrenzung auf die eigenen Staatsangehörigen zur Wahrung der Belange des Mitgliedstaats “unbedingt erforderlich ist”.<sup>80</sup> Das sind die Stellen,

“die eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und an der Wahrnehmung von Aufgaben mit sich bringen, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staats oder anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet sind, so dass sie ein Verhältnis besonderer Verbundenheit des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat sowie die Gegenseitigkeit der Rechte und Pflichten voraussetzen, die dem Staatsangehörigkeitsband zu Grunde liegen”.<sup>81</sup>

Nicht erfasst werden hingegen

“Stellen, die zwar dem Staat oder anderen öffentlich-rechtlichen Einrichtungen zuzuordnen sind, jedoch keine Mitwirkung bei der Erfüllung von Aufgaben mit sich bringen, die zur öffentlichen Verwaltung im eigentlichen Sinne gehören”.<sup>82</sup>

Der EuGH errichtet noch eine zusätzliche Hürde: Auch wenn grundsätzlich hoheitliche Gewalt ausgeübt werden kann, muss untersucht werden, ob “diese Befugnisse von dem Stelleninhaber tatsächlich regelmäßig ausgeübt werden und nicht nur einen sehr geringen Teil seiner Tätigkeiten ausmachen”.<sup>83</sup>

<sup>78</sup> Rn. 188.

<sup>79</sup> *Demir und Baykara v. Türkei* (Anm. 17), Rn. 97. Ebenso *Sezer v. Türkei* (Anm. 75), Rn. 29.

<sup>80</sup> EuGH, 10.9.2014, Rs. C-270/13, ECLI:EU:C:2014:2185 – *Haralambidis v. Casilli*, Rn. 43. Zuvor bereits EuGH, 3.7.1986, Rs. 66/86, Slg. 1986, 2121 – *Lawrie-Blum v. Land Baden-Württemberg*, Rn. 26.

<sup>81</sup> *Haralambidis v. Casilli* (Anm. 80), Rn. 44.

<sup>82</sup> *Haralambidis v. Casilli* (Anm. 80), Rn. 45.

<sup>83</sup> *Haralambidis v. Casilli* (Anm. 80), Rn. 58.



## IV. Die Berücksichtigung der EMRK und der EGMR-Rechtsprechung vor dem BVerfG

Das BVerfG setzt sich aber nicht nur mit der konkreten Frage nach der Konventionskonformität des deutschen Beamtenstreikverbots auseinander. Vielmehr finden sich im Maßstabteil des Urteils, über die konkrete Entscheidung des Einzelfalls hinaus, bemerkenswerte allgemeine dogmatische Erwägungen zur Berücksichtigung der EGMR-Rechtsprechung. Der Senat nutzt das Urteil zum einen, um in gut verständlicher Form die bestehenden verfassungsrechtlichen Maßstäbe der Pflicht zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes zu rekapitulieren, gleichzeitig aber auch die sog. Orientierungs- und Leitfunktion der EGMR-Rechtsprechung schärfer zu konturieren (1.). Zum anderen nutzt das BVerfG die Gelegenheit, um der konventionsfreundlichen Auslegung des GG klare Grenzen zu ziehen (2.).

### 1. Konturierung der sog. Orientierungs- und Leitfunktion der EGMR-Rechtsprechung

Der Senat nutzt den Maßstabteil zunächst, um die altbekannten Grundsätze seiner bisherigen Rechtsprechung zum Verhältnis EMRK – GG zu rekapitulieren: Der Konvention kommt aus der Sicht des Grundgesetzes der Rang eines einfachen Bundesgesetzes zu.<sup>84</sup> Darüber hinaus ist zwischen zwei Konstellationen zu unterscheiden:<sup>85</sup> Zum einen kann es sich um ein EGMR-Urteil handeln, das in einem Verfahren gegen Deutschland ergangen ist. Hier hat sich Deutschland gem. Art. 46 EMRK verpflichtet, das endgültige Urteil Straßburgs zu befolgen.<sup>86</sup> Die Mehrzahl der Urteile befinden sich aber “jenseits des Anwendungsbereichs des Art. 46 EMRK”, d. h. sie betreffen – wie die beiden hier in Rede stehenden Urteile gegen die Türkei – Judikate, die nicht zu Deutschland ergangen sind. Diesen Urteilen kommt für Deutschland und die Auslegung des deutschen Grundgesetzes aus zwei Gründen Gewicht zu: Zum einen wegen ihrer “faktische Orientierungs-

---

<sup>84</sup> Rn. 127 mit Verweis u. a. auf BVerfGE 111, 307, 316 – *Görgülü*.

<sup>85</sup> Rn. 132.

<sup>86</sup> Rn. 129, 132. Hierzu *H.-J. Cremer*, Entscheidung und Entscheidungswirkung, in: O. Dörr/R. Grote/T. Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, Bd. II, 2. Aufl. 2013, Kap. 32 Rn. 110 ff.; *H. Sauer*, Staatsrecht III, 5. Aufl. 2018, § 7 Rn. 11 f.

und Leitfunktion”,<sup>87</sup> zum anderen, um Konflikte zwischen internationalem und nationalem Recht zu vermeiden.<sup>88</sup>

Über diese bloße Rekapitulation hinaus kommt dem Urteil des BVerfG insoweit eine wegweisende Bedeutung zu, als dass es das Konzept der sog. Leit- und Orientierungswirkung der EGMR-Rechtsprechung in dreifacher Hinsicht neu akzentuiert und schärfer konturiert, wenn nicht gar relativiert: So verlangt der Senat, dass die Straßburger Rechtsprechung kontextsensibel in das deutsche Rechtssystem eingespeist wird (a)). Eng damit verbunden ist die Forderung, bloße “Begriffsparellisierungen” zu vermeiden (b)). Schließlich betont der Senat auch, dass es maßgeblich darum gehe, “Aussagen zu Grundwertungen der Konvention” zu berücksichtigen (c)). Damit entwickelt das deutsche Verfassungsgericht die Lehre vom Beurteilungsspielraum aus seiner Sicht maßgeblich weiter – und zwar auf eine wenig konventionsfreundliche Art und Weise.

### a) Ansatz der sog. “Kontextualisierung”

Schon in der Rechtssache *Görgülü* hatte das BVerfG betont, dass das Individualbeschwerdeverfahren vor dem EGMR darauf ausgerichtet sei, konkrete Einzelfälle zu entscheiden. Es sei sodann die Aufgabe der Fachgerichte, diese Straßburger Rechtsprechung “in den betroffenen Teilrechtsbereich der nationalen Rechtsordnung einzupassen”.<sup>89</sup> Diese Rechtsprechungslinie wiederholt der Senat im Urteil zum Beamtenstreikverbot nicht nur,<sup>90</sup> sondern geht mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit einer Kontextualisierung darüber hinaus: Demnach sind bei der Orientierungswirkung der Urteile, die nicht gegen die Bundesrepublik ergangen sind, “die konkreten Umstände des Falles im Sinne einer Kontextualisierung in besonderem Maße in den Blick zu nehmen”.<sup>91</sup> Konkret bedeutet dies, dass

<sup>87</sup> Rn. 129 mit Verweis auf u. a. BVerfG, *Sicherungsverwahrung* (Anm. 87), 368. Offener war noch BVerfG, *Görgülü* (Anm. 84), 320, auf die das BVerfG ebenfalls verweist. Den Begriff der Orientierungswirkung hat der erste deutsche Richter am EGMR – *Hermann Mosler* – eingeführt, *H. Mosler*, Schlußbericht über das Kolloquium, in: I. Maier (Hrsg.), *Europäischer Menschenrechtsschutz. Schranken und Wirkungen*, 1982, 355 (366). Siehe zur Orientierungswirkung *H. Sauer* (Anm. 86), § 7 Rn. 11a.

<sup>88</sup> Rn. 129 mit Verweis u. a. auf *Görgülü* (Anm. 84), 328.

<sup>89</sup> BVerfG, *Görgülü* (Anm. 84), 327.

<sup>90</sup> Rn. 134.

<sup>91</sup> Rn. 132. Siehe auch Rn. 131: “Ähnlichkeiten im Normtext [dürfen] nicht über Unterschiede, die sich aus dem Kontext der Rechtsordnungen ergeben, hinwegtäuschen.”

“[d]ie Anerkennung einer Orientierungs- und Leitfunktion [...] ein *Moment der Vergleichbarkeit* voraus[setzt]. Bei der Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR sind der *konkrete Sachverhalt* des entschiedenen Falles und sein (*rechtskultureller*) *Hintergrund* ebenso einzustellen wie mögliche *spezifische Besonderheiten der deutschen Rechtsordnung*.”<sup>92</sup>

Der Senat begründet das Erfordernis der Kontextualisierung damit, dass die EMRK – im Gegensatz zum Unionsrecht – “keinen Anwendungsvorrang gegenüber nationalem Gesetzesrecht beanspruchen kann”.<sup>93</sup> Dieses Argument vermag nicht zu überzeugen. Denn es ist nicht klar, wie von einer formalen Regelung des Vorrangs auf die inhaltliche Bedeutung der Straßburger Urteile für die Konventionsauslegung geschlossen werden kann.<sup>94</sup>

Dieser Ansatz der sog. Kontextualisierung wurde bereits in der Literatur, namentlich im Habilitationsvortrag von *Kaiser* diskutiert,<sup>95</sup> worauf der Senat auch ausdrücklich verweist. Er ist erforderlich, um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass der EGMR die Konvention fallabhängig und -spezifisch konkretisiert.<sup>96</sup> Ganz allgemein setzen Gerichte nicht abstrakt Recht, sondern schaffen im Rahmen eines Einzelfalles abstrakt-generell wirkendes Recht.<sup>97</sup> Im Kern ist die sog. Kontextualisierung eine abgeschwächte Form der angloamerikanischen *case-law*-Methode.<sup>98</sup> Um die Forderung nach Kontextualisierung in Deutschland umzusetzen, wird es in Zukunft einen Wandel im Umgang der Gerichte mit Präjudizien geben müssen.<sup>99</sup> Es wird nicht mehr möglich sein, in einem Urteil auf die Berücksichtigung des Kontexts und auf eine Sachverhaltsschilderung zu verzichten, wie es das BVerwG in seiner Entscheidung zum Beamtenstreikverbot aus dem Jahr 2014 getan hat.<sup>100</sup> Denn nur so ist es möglich herauszufinden, welche Straßburger Ausführungen nur *obiter dicta* sind.

Die Auswirkungen des methodischen Weges der Kontextualisierung sind weitreichend: Er wird eine Abschwächung der Orientierungs- und Leitfunktion der EGMR-Rechtsprechung nach sich ziehen. Es bleibt weiterhin die Aufgabe allein des BVerfG die Wertungen aus Straßburg in das Grund-

<sup>92</sup> Rn. 132 (Hervorhebungen durch die Verfasserin).

<sup>93</sup> Rn. 132.

<sup>94</sup> So auch *M. Jacobs/M. Payandeh* (Anm. 4), 19, 23.

<sup>95</sup> *T. Kaiser* (Anm. 27), 432 ff.

<sup>96</sup> *H. Sauer* (Anm. 86), § 7 Rn. 21.

<sup>97</sup> *M. Payandeh*, *Judikative Rechtserzeugung*, 2017, 210 ff., 247 f. und 465 ff.

<sup>98</sup> Vgl. *T. Kaiser* (Anm. 27), 432 f.

<sup>99</sup> *S. Vogenauer*, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, Bd. I, 2001, 226 f., bemängelt, dass es bei der Bearbeitung von Fallrecht in Deutschland Defizite gibt.

<sup>100</sup> Vgl. insofern berechtigte Kritik bei *T. Kaiser* (Anm. 27), 432.

gesetz “zu übertragen” und dabei die rechtskulturellen und -historischen Besonderheiten sowie die deutsche Staatsarchitektur im Blick zu behalten. Das BVerfG stärkt damit seine Position und sichert, dass es das “letzte Wort” zur Frage des deutschen Berufsbeamtentums behält.

## b) Keine bloße “Begriffsparellisierung”

Eine enge Verbindung besteht zwischen dem Ansatz der Kontextualisierung und dem Verbot der bloßen “Begriffsparellisierung”.<sup>101</sup> Damit greift der Senat das Problem auf, dass gerade die Interpretation der Konvention als sog. *living instrument* die Gefahr birgt, dass in sich ausgeglichene nationale Regelungen aus dem Zusammenhang gerissen und bei der Betrachtung ihrer isolierter Elemente als konventionswidrig eingestuft werden.

Der Senat betont – im Einklang mit ständiger Rechtsprechung –, dass die Berücksichtigung der EGMR-Rechtsprechung als Auslegungshilfe für das GG nicht bedeute, dass Verfassungsbegriffe “schematisch parallelisiert” werden müssten.<sup>102</sup> Vielmehr seien die menschenrechtlichen Gehalte im Rahmen eines “aktiven (Rezeptions-)Vorgangs in den Kontext der aufnehmenden Verfassungsordnung ‘umzudenken’”.<sup>103</sup> Eine “Einpassung” der Straßburger Rechtsprechung in ein nationales Rechtssystem verbiete “eine unreflektierte Adaption völkerrechtlicher Begriffe”.<sup>104</sup> Mittelbar fordert Karlsruhe Straßburg dazu heraus, im Rahmen einer solchen Verhältnismäßigkeitsprüfung im Dialog des “europäischen Verfassungsgerichtsverbundes”<sup>105</sup> dazu beizutragen, dass eine inhaltliche Rechtsprechungskohärenz sichergestellt wird,<sup>106</sup> indem gleiche Sachverhalte gleich und unterschiedliche Sachverhalte unterschiedlich behandelt werden. Das bedeutet auch, dass historisch gewachsene Unterschiede in der Konzeption des öffentlichen Dienstes in Europa respektiert werden müssen. Der EGMR darf über seine Rechtsprechung zu Art. 11 EMRK keine Vereinheitlichung des öffentlichen Dienstes in Europa befördern.<sup>107</sup> Wie bereits in der Entscheidung *Görgülü* und zur Sicherungsverwahrung ausgeführt, überlasse die EMRK es den

<sup>101</sup> Rn. 132.

<sup>102</sup> Rn. 131 mit Verweis auf BVerfGE 137, 273, 320 f. Rn. 128 m. w. N.

<sup>103</sup> Rn. 131. Der Ausgangspunkt hierzu findet sich bereits im Urteil zur Sicherungsverwahrung, auf das das BVerfG verweist: *Sicherungsverwahrung* (Anm. 87), 370.

<sup>104</sup> Rn. 135.

<sup>105</sup> A. Voßkuhle, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 29 (2010), 1, 1.

<sup>106</sup> A. Voßkuhle (Anm. 105), 4.

<sup>107</sup> J. Lorse, Das Streikverbot für Beamte, ZBR 63 (2015), 109, 118; ähnlich auch U. Di Fabio, Das beamtenrechtliche Streikverbot, 2012, 3 ff.

Konventionsstaaten jedoch, in welcher Weise sie ihrer Pflicht zur Berücksichtigung der EMRK genügen.<sup>108</sup> Damit ist es erforderlich, einen Begriff im juristischen Gesamtkontext einer Rechtsordnung zu verorten und dabei nicht nur das rechtliche Umfeld zu beachten, sondern ebenso den gesellschaftlichen und historischen Gesamtkontext.<sup>109</sup>

Damit trifft der Senat den Kern der Problematik: Der EGMR verwendet in den Originalfassungen seiner Urteile gegen die Türkei die Rechtsbegriffe “civil servant” und “fonctionnaire”. Eine deutsche Fassung der einschlägigen Urteile gibt es nicht. Anders als die Urteile des EuGH, die vom Sprachendienst offiziell und vollständig in alle Amtssprachen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) übersetzt werden, gibt es von den Straßburger Urteilen keine offizielle deutsche Version. Zwar fertigt das Bundesjustizministerium teilweise Übersetzungen von Urteilen an, die gegen die Bundesrepublik ergangen sind. Diese sind jedoch nicht-amtlich.<sup>110</sup> Sprachliche Schwierigkeiten bei der Übersetzung juristischer Fachbegriffe in EGMR-Judikaten tauchen regelmäßig auf.<sup>111</sup> In Bezug auf den öffentlichen Dienst ist eine Übersetzung deshalb besonders schwer, da schon früh festgestellt wurde, dass einheitliche europäische Standards in Bezug auf die Ausgestaltung des öffentlichen Dienstes fehlen.<sup>112</sup> Gerade vor diesem Hintergrund leuchtet die Warnung des Senats vor einer voreiligen “Begriffsparellisierung” und “unreflektierten Adaption völkerrechtlicher Begriffe”<sup>113</sup> ein. Es ist mehr als zweifelhaft, ob die Rechtsbegriffe “civil servant” und “fonctionnaire” mit dem deutschen “Beamten” synonym gesetzt werden können.<sup>114</sup> Vorzugsweise sind “civil servant” und “fonctionnaire” mit “Angehörige des öffentlichen Dienstes” zu übersetzen. Denn der Straßburger Ge-

<sup>108</sup> Rn. 131 mit Verweis auf *Görgülü* (Anm. 84), 316 und *Sicherungsverwahrung* (Anm. 87), 367. Zur Lehre vom Beurteilungsspielraum siehe Anm. 37.

<sup>108</sup> *R. Bernhardt* (Anm. 37), 81; *N. Blum*, Die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit nach Art. 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1990, 41; *Marckx v. Belgien* (Anm. 37), Rn. 58.

<sup>109</sup> *M. Breuer* (Anm. 38), spricht davon, dass “ein gegen einen anderen Konventionsstaat ergangenes EGMR-Urteil auf deutsche Verhältnisse ‘umzudenken’” sei.

<sup>110</sup> Hierzu *T. Haug*, Die Pflicht deutscher Gerichte zur Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR, NJW 71 (2018), 2674, 2677.

<sup>111</sup> Für Beispiele siehe *T. Haug* (Anm. 110), 2677.

<sup>112</sup> *J. Polakiewicz/A. Kessler* (Anm. 13), 841 f., mit Verweis auf Berichte der ILO und des Council of Europe; *M. Böhm*, Abschied vom Streikverbot im Beamtenrecht?, PersV 2012, 164, 169 Fn. 33 m. w. N.; siehe auch *U. Battis* (Anm. 23), 32.

<sup>113</sup> Rn. 135.

<sup>114</sup> *J. F. Lindner*, Dürfen Beamte doch streiken?, DÖV 64 (2011), 305, 308 f. beschreibt die Gleichsetzung der Begriffe “Beamter” und “fonctionnaire” als unterkomplex.

richtshof legt den Begriff des öffentlichen Dienstes autonom aus.<sup>115</sup> Das bedeutet, dass der EGMR seine Definition des Begriffs nicht an der Qualifizierung des innerstaatlichen Rechts des Konventionsstaates ausrichtet, sondern eine davon unabhängige Begriffsbestimmung vornimmt, die zwar nicht beziehungslos zum Recht des Konventionsstaates steht, sich aber primär an der Systematik der EMRK und ihrem Zweck und ihrer Zielsetzung orientiert.<sup>116</sup> Damit ist die Unterscheidung zwischen Beamten und Angestellten des öffentlichen Dienstes, wie sie in Deutschland vorgenommen wird, für den Straßburger Gerichtshof unerheblich. Die Begriffe “civil servant” und “fonctionnaire” sind vielmehr weit auszulegen, sodass sie sämtliche Angehörige des öffentlichen Dienstes, einschließlich der Beamten, erfassen.<sup>117</sup>

### c) Auseinandersetzung nur mit “Aussagen zu Grundwertungen der Konvention”

Schließlich betont das BVerfG – wenig konventionsfreundlich – dass es jenseits der *inter partes*-Wirkung von Art. 46 EMRK maßgeblich darum gehe, “Aussagen zu Grundwertungen der Konvention zu identifizieren und sich hiermit auseinanderzusetzen”. Nach Möglichkeit sei ein Konflikt mit “Grundwertungen der Konvention [...] zu vermeiden”.<sup>118</sup> Diese Aussagen erwecken den Eindruck, dass das BVerfG zwischen “wichtiger” und “weniger wichtiger” EGMR-Rechtsprechung differenzieren und nur ersterer Beachtung schenken möchte.

Diese Auslegung weist erhebliche Parallelen zu der des italienischen Verfassungsgerichtshofs in seiner Entscheidung Nr. 49 aus dem Jahr 2015<sup>119</sup>

<sup>115</sup> J. Meyer-Ladewig, in: J. Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2011, Art. 6 Rn. 19; G. Letsas, The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR, EJIL 15 (2004), 279, 282; J. Polakiewicz/A. Kessler (Anm. 13), 841 f.

<sup>116</sup> J. A. Frowein, Einleitung, in: J. A. Frowein/W. Peukert, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, Rn. 9; J. Meyer-Ladewig (Anm. 115), Einleitung Rn. 44; J. Polakiewicz/A. Kessler (Anm. 13), 841 f.

<sup>117</sup> So auch J. F. Lindner (Anm. 114), 307 (Fn. 22); J. Polakiewicz/A. Kessler (Anm. 13), 841 f.

<sup>118</sup> Rn. 132 (Hervorhebung durch die Verfasserin). Siehe auch Rn. 173: “[...] ist der Leit- und Orientierungswirkung durch [...] eine Übernahme der vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte formulierten grundlegenden Wertungen im Sinne von verallgemeinerungsfähigen allgemeinen Grundlinien Rechnung zu tragen.”

<sup>119</sup> Entscheidung Nr. 49 v. 26.3.2015. Dazu M. Bignami, Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente, Diritto Penale Contemporaneo 2/2015, 288 ff.; D. Paris/K. Oellers-Frahm, Zwei weitere völkerrechts“unfreundliche” Entscheidungen des italienischen Verfassungsgerichtshofs aus dem Jahr 2015 (Nr. 49 und 50), EuGRZ 43 (2016), 245, 246 ff.; F. Viganò, La Consulta e la tela di Penelope, Diritto Penale

auf: Hier entschied die italienische *Corte Costituzionale*, dass die Fachgerichte die Straßburger Rechtsprechung nur dann im Wege einer konventionskonformen Auslegung oder durch Einleitung eines Normenkontrollverfahrens beachten müssen, wenn es sich um eine “konsolidierte Rechtsprechung” oder Piloturteile handelt, da nur diese allgemeine Verbindlichkeit entfalten. Liegt hingegen keine “konsolidierte Rechtsprechung” vor, müssen die Gerichte der Straßburger Rechtsprechung nicht folgen, wenn sie hierdurch mit dem Verfassungsrecht in Konflikt geraten. Dann gebührt der verfassungskonformen Auslegung der Vorrang vor der konventionskonformen und es besteht keine Pflicht, ein Normenkontrollverfahren einzuleiten. Das hat zur Folge, dass die Fachgerichte in Fällen, die nicht gegen Italien als Partei ergangen sind, von Entscheidungen des EGMR abweichen können, wenn sie dies damit begründen, dass es sich nicht um “konsolidierte Rechtsprechung” handelt. Der Vorteil einer solchen Auslegung ist, dass in Fällen, wo die EGMR-Rechtsprechung nicht zweifelsfrei und konsolidiert ist, sich für das nationale Verfassungsgericht Spielräume öffnen, um auf den EGMR einzuwirken und Einfluss auf die weitere Entwicklung seiner Rechtsprechung zu nehmen. Insofern kann von einem “zweckmäßigen Ungehorsam” gesprochen werden.<sup>120</sup> Dieser wäre in der Lage, den Dialog zwischen nationalen Verfassungsgerichten und dem Straßburger Gerichtshof zu befördern, um die Berücksichtigung der Besonderheiten nationaler Rechtssysteme in Straßburg zu befeuern.

Der EGMR hat dieser relativierenden Rechtsprechung aus Italien jüngst eine kategorische Absage erteilt. Er möchte nicht zwischen der Entscheidung eines Einzelrichters, eines Ausschusses mit drei, einer Kammer mit sieben oder der Großen Kammer mit siebzehn Richtern unterscheiden, und auch nicht zwischen einer gefestigten Rechtsprechung und einer Neuentwicklung. Er hält fest:

“the Court would emphasise that its judgments all have the same legal value. Their binding nature and interpretative authority cannot therefore depend on the formation by which they were rendered.”<sup>121</sup>

Die Unterscheidung zwischen Grund- und anderen Wertungen – wie sie das BVerfG vorschlägt – oder konsolidierter und “nicht-konsolidierter”

---

Contemporaneo 2/2015, 333 ff.; V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015*, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione, Associazione italiana dei costituzionalisti 2/2015.

<sup>120</sup> So in Bezug auf die italienische Rechtsprechung *G. Martinico*, Corti costituzionali (o supreme) e “disobbedienza funzionale”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 28.4.2015, <www.penalecontemporaneo.it>.

<sup>121</sup> EGMR, 28.6.2018, Rs. 1828/06 u. a. – *G.I.E.M. S.R.L. u. a. v. Italien*, Rn. 252.



Rechtsprechung – wie sie der italienische *Corte Costituzionale* vorsieht – vermag aus mehreren Gründen nicht zu überzeugen.<sup>122</sup> Erstens hat sie nachteilige Folgen für die Beachtung der Konvention und geht auf die Kosten der Völkerrechtsfreundlichkeit nationaler Verfassungen. Der Ansatz des BVerfG widerspricht dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes,<sup>123</sup> der erfordert, dass Völkerrechtsverstöße möglichst zu vermeiden sind.<sup>124</sup> Außerdem haben sich die Mitgliedstaaten in der Erklärung von Brighton implizit darauf geeinigt, die Arbeit des Gerichtshofs zu unterstützen, indem sie die Straßburger Rechtsgrundsätze “mit vorauseilendem Gehorsam” befolgen und nicht erst eine Verurteilung abwarten.<sup>125</sup> Zweitens entspricht diese Auslegung auch nicht der Praxis des BVerfG und der Fachgerichte, die der Straßburger Rechtsprechung weit mehr Beachtung schenken, als es der Begriff “Grundwertungen” nahelegt.<sup>126</sup> Hinzu kommt, dass dieser Ansatz der Rolle des EGMR als “authentischer Interpret” der EMRK zuwiderläuft,<sup>127</sup> der die Herrschaft über Auslegung und Konkretisierung der EMRK innehat.<sup>128</sup> Zu bedenken ist ferner Folgendes: Die Entscheidung darüber, ob es sich um “Grundwertungen” der Konvention handelt, würde den Untergerichten obliegen. Diese müssten dann nicht mehr nur darüber entscheiden, ob ein Gesetz konventionskonform ist, sondern auch, ob es sich bei der zu beachtenden EGMR-Rechtsprechung um “Grundwertungen” handelt. Die Kriterien zur Unterscheidung von “Grund-” und “Randwertungen” sind jedoch unscharf. Damit kommt den Gerichten ein erheblicher Spielraum bei der Entscheidung darüber zu, ob sie ein EGMR-Urteil befolgen. Dies bringt eine erhebliche Belastung für die Fachgerichte mit sich und es ist fraglich, ob die Richter der Untergerichte für diese Aufgabe überhaupt geeignet sind, d. h. genug Wissen über die

<sup>122</sup> Auch die Entscheidung Nr. 49/2015 der italienischen Corte Costituzionale wurde heftig kritisiert, siehe *P. P. de Albuquerque*, Sondervotum zu *G.I.E.M. S.R.I. v. Italien* (Anm. 121); *D. Paris/K. Oellers-Frahm* (Anm. 119), 247 ff.

<sup>123</sup> Zur Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes siehe BVerfGE 75, 1, 17: “Das Grundgesetz geht von der Eingliederung des von ihm verfassten Staates in die Völkerrechtsordnung der Staatengemeinschaft aus (Präambel, Art. 24 bis 26 GG); es gebietet zugleich, fremde Rechtsordnungen und -anschauungen grundsätzlich zu achten.”; *A. Voßkuhle* (Anm. 105), 3 f.; siehe auch *O. Dörr*, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte: Artikel 19 Absatz 4 GG unter dem Einfluß des europäischen Unionsrechts, 2003, 61 ff.

<sup>124</sup> *M. Herdegen*, in: T. Maunz/G. Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 84. EL August 2018, Art. 25 GG Rn. 7.

<sup>125</sup> Brighton Declaration, Punkt 9., c), iv); siehe auch Interlaken Declaration, Punkt B., 4., c).

<sup>126</sup> So auch *M. Jacobs/M. Payandeh* (Anm. 4), 23.

<sup>127</sup> BVerwG, 27.2.2014, Az. 2 C 1.13, JurionRS 2014, 13944, Rn. 45; *C. Walter* (Anm. 26), 756 f.

<sup>128</sup> So auch *M. Jacobs/M. Payandeh* (Anm. 4), 23.

EMRK haben (und haben können), um innerhalb der Rechtsprechung des EGMR überzeugend zu differenzieren. Zudem würde die nationale Rechtssicherheit darunter leiden, wenn alle Gerichte über die Verbindlichkeit der Straßburger Urteile entscheiden könnten. Auch die internationale Rechtssicherheit würde nicht davon profitieren, wenn ein Konventionsstaat EGMR-Rechtsprechung einfach unangewendet lassen könnte.<sup>129</sup>

Praktikabler könnte ein anderer Weg sein, der an anderer Stelle im BVerfG-Urteil anklingt und der ebenfalls eine enge Verbindung zu der Unterscheidung zwischen konsolidierter und nicht-konsolidierter EGMR-Rechtsprechung aufweist: Bei der Wiedergabe der Straßburger Rechtsprechung differenziert der Senat terminologisch sehr genau zwischen dem Urteil der Großen Kammer und denen der Kammer der zweiten und dritten Sektion.<sup>130</sup> Dies kann als versteckter Hinweis gedeutet werden: Das BVerfG muss nur Urteile der Großen Kammer berücksichtigen, nicht hingegen die Kammerrechtsprechung.<sup>131</sup> Für diese Differenzierung spricht erstens, dass das Unterscheidungskriterium (Entscheidung der Großen Kammer – Kammerentscheidung) eindeutig ist und keine so weitreichenden Interpretationsspielräume zulässt, wie die Unterscheidung zwischen Grund- und anderen Wertungen. Dies trägt zur Rechtssicherheit bei. Zweitens sprechen die Struktur und Verfahren des Straßburger Gerichtshofs für dieses Differenzierungskriterium: Der EGMR lässt abweichende Meinungen in seiner Rechtsprechung zu und ist in Kammern organisiert, bei deren Entscheidungen es zu Widersprüchen kommen kann. Meinungsverschiedenheiten werden durch die Große Kammer entschieden, was ihre Entscheidungen mit mehr Autorität ausstattet. Hierdurch gibt der Straßburger Gerichtshof selbst vor, dass seine Rechtsprechung nicht statisch ist, sondern sich erst zu einer definitiven Auslegung hin entwickeln muss, die sich auch aus einem Dialog mit den nationalen Gerichten ergibt. Außerdem sind gerade Kammerurteile meist “*decisions on the facts*” konkreter Einzelfälle. Hieraus Aussagen abzuleiten, die Allgemeingültigkeit beanspruchen, ist – anders als bei Entscheidungen der Großen Kammer – nicht immer einfach.<sup>132</sup>

Jedoch kommt Straßburger Urteilen eine Bedeutung über den konkreten Einzelfall hinaus auch zu, soweit der Gerichtshof die Auslegung bestimmter

---

<sup>129</sup> Vgl. Art. 27 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge.

<sup>130</sup> Rn. 165 ff.

<sup>131</sup> So auch *M. Breuer* (Anm. 38).

<sup>132</sup> *J. Polakiewicz/I. Suominen-Picht*, Aktuelle Herausforderungen für Europarat und EMRK: Die Erklärung von Kopenhagen (April 2018), das Spannungsverhältnis zwischen EMRK und nationalen Verfassungen und die Beteiligung der EU an dem europäischen Menschenrechtskontrollmechanismus, *EuGRZ* 45 (2018), 383, 385.

Vorschriften in seinen Urteilen konkretisiert.<sup>133</sup> In der Erklärung von Kopenhagen erkennen die Konventionsstaaten diese Rolle des Straßburger Gerichtshofs auch ausdrücklich an.<sup>134</sup> Darüber hinaus spricht der EGMR all seinen Urteilen denselben rechtlichen Wert und bindenden Charakter zu, unabhängig davon, in welcher Zusammensetzung sie ergangen sind.<sup>135</sup> Diese Argumente streiten gegen eine Differenzierung zwischen Entscheidung der Großen Kammer und Kammerentscheidungen.<sup>136</sup> Außerdem wäre durch eine solche Unterscheidung eine erhebliche Begrenzung der Verbindlichkeit und Relativierung der Bindungswirkung von EGMR-Urteilen zu befürchten. Mehr noch: Es bestünde die Gefahr, dass andere Konventionsstaaten sich diese völkerrechts“unfreundliche” Haltung zum Vorbild nehmen könnten.<sup>137</sup> Dies würde ein ohnehin bereits überfordertes EMRK-System weiter unter Druck setzen. Dem kann der EGMR auch nur schwer dadurch entgegenwirken, dass es mehr Fälle von der Großen Kammer entscheiden lässt, da es ohnehin seit längerem mit einem erheblichen Verfahrensstau zu kämpfen hat. Es bleibt daher zu hoffen, dass die Unterscheidung zwischen Entscheidungen der Großen Kammer und Kammerentscheidungen des EGMR in der deutschen Verfassungsrechtsprechung nicht Fuß fassen wird.

## 2. Grenzen der EMRK-Freundlichkeit des Grundgesetzes

Die Grenzen der EMRK-freundlichen Auslegung des Grundgesetzes sind nur ungenügend ausgeleuchtet.<sup>138</sup> Erstmals äußerte sich das BVerfG hierzu im Jahr 2004 in der sog. *Görgülü*-Entscheidung. Dort formulierten die Karlsruher Richter, dass die äußerste Grenze der “Europäisierung des Grundgesetzes” im “Verstoß gegen tragende Grundsätze der Verfassung” liege.<sup>139</sup> Noch deutlicher fallen seine Aussagen aber im Grundsatzurteil zum Beamtenstreikverbot aus. Der Senat formuliert hier drei “Grenzen der völ-

<sup>133</sup> Siehe EGMR, 18.1.1978, Rs. 5310/71 – *Irland v. Vereinigtes Königreich*, Rn. 154. Siehe auch EGMR, 6.11.1980, Rs. 7367/76 – *Guzzardi v. Italien*, Rn. 86; EGRM, 7.1.2010, Rs. 25965/04 – *Rantsev v. Zypern und Russland*, Rn. 197.

<sup>134</sup> Siehe Erklärung von Kopenhagen Rn. 26: “The Court [...] authoritatively interprets the Convention.”

<sup>135</sup> *G.I.E.M. S.R.I. v. Italien* (Anm. 121), Rn. 252.

<sup>136</sup> So auch *P. P. de Albuquerque*, Sondervotum zu *G.I.E.M. S.R.I. v. Italien* (Anm. 121), Rn. 76 bezogen auf die Rechtsprechung des italienischen Verfassungsgerichtshofs.

<sup>137</sup> Siehe *P. P. de Albuquerque*, Sondervotum zu *G.I.E.M. S.R.I. v. Italien* (Anm. 121), Rn. 70.

<sup>138</sup> *M. Sachs*, Anm. zu OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 7.3.2012 – 3 d A 317/11 O., NWVBl. 26 (2012), 317, 317.

<sup>139</sup> BVerfG, *Görgülü* (Anm. 84), 319.

kerrechtsfreundlichen Auslegung”<sup>140</sup> und konsolidiert damit seine Rechtsprechung:

Die Möglichkeiten einer konventionsfreundlichen Auslegung enden nach Auffassung des Senats erstens dort, “wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint”. Die Rechtsprechung des EGMR kann im Wege einer konventionskonformen Auslegung daher nur berücksichtigt werden, “[s]oweit im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind”.<sup>141</sup> Diese Grenze hatte das BVerfG bereits in der Rechtssache *Görgülü*<sup>142</sup> und seiner Entscheidung zur Sicherungsverwahrung<sup>143</sup> gezogen, auf die es verweist. Die zweite Grenze, die das BVerfG zieht, ist, dass eine “völkerrechtsfreundliche Auslegung der Grundrechte [...] nicht dazu führen [darf], dass der Grundrechtsschutz nach dem Grundgesetz eingeschränkt wird”.<sup>144</sup> Wie der Senat betont, kann dieses

“Rezeptionshemmnis [...] vor allem in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen relevant werden, in denen das ‘Mehr’ an Freiheit für den einen Grundrechtsträger zugleich ein ‘Weniger’ für einen anderen bedeutet”.<sup>145</sup>

Als dritte und letzte Rezeptionsgrenze verweist das BVerfG auf das Erfordernis, “die Rechtsprechung des EGMR möglichst schonend in das vorhandene, dogmatisch ausdifferenzierte nationale Rechtssystem einzupassen”.<sup>146</sup>

Es ist überraschend, dass das BVerfG überhaupt auf die Grenzen der Konventionsfreundlichkeit des Grundgesetzes eingeht. Da die Karlsruher Richter bereits keine Kollision zwischen dem deutschen Recht und der EMRK im Hinblick auf das Streikverbot für Beamte erkennen, kommt es hierauf nämlich gar nicht entscheidungserheblich an. Außerdem passen alle drei genannten Grenzen nicht so recht auf den Fall des Beamtenstreikverbots.<sup>147</sup> Es existiert kein Gesetzesrecht, das einem Streikrecht für Beamte entgegensteht. Ein Streikrecht für Beamte überschreitet weder die Wortlautgrenze von Art. 33 Abs. 4 noch von Art. 33 Abs. 5 GG. Art. 33 Abs. 5

<sup>140</sup> Rn. 133-135.

<sup>141</sup> Rn. 133.

<sup>142</sup> BVerfG, *Görgülü* (Anm. 84), 329.

<sup>143</sup> BVerfG, *Sicherungsverwahrung* (Anm. 87), 371.

<sup>144</sup> Rn. 134 mit Verweis auf *Görgülü* (Anm. 84), 317.

<sup>145</sup> Rn. 134. Siehe hierzu *W. Hoffmann-Riem*, Kontrolldichte und Kontrollfolgen beim nationalen und europäischen Schutz von Freiheitsrechten in mehrpoligen Rechtsverhältnissen – Aus der Sicht des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 33 (2006), 492 ff.

<sup>146</sup> Rn. 135.

<sup>147</sup> So auch *M. Jacobs/M. Payandeh* (Anm. 4), 24.

GG normiert das Streikverbot für Beamte nicht ausdrücklich. Der Wortlaut macht einen Kompromiss damit möglich. Auch die geltenden Beamtengesetze des Bundes sehen ein allgemeines Beamtenstreikverbot nicht vor.<sup>148</sup> Zudem verweist das BVerfG im Rahmen dieser Grenze der konventionskonformen Auslegung auf die “absolute Grenze des Kerngehalts der Verfassungsidentität des Grundgesetzes” aus der *Lissabon*-Entscheidung.<sup>149</sup> Dies ist wenig überzeugend. Denn hierbei handelt es sich um eine materielle Grenze und nicht – wie bei den Grenzen der konventionsfreundlichen Auslegung – um eine formelle bzw. methodische Grenze. Während die Grenzen der EMRK-freundlichen Auslegung die Befolgung einer EGMR-Entscheidung durch eine Anpassung der Rechtslage – wenn auch nur durch Einbezug des Gesetz- bzw. Verfassungsgebers – möglich machen, ist die “Grenze des Kerngehalts der Verfassungsidentität des Grundgesetzes gemäß Art. 79 Abs. 3 GG” absolut. Eine Befolgung der Straßburger Rechtsprechung ist hier in jedem Fall ausgeschlossen. Fraglich ist auch, ob die zweite vom BVerfG beschriebene Grenze passt, d. h. das Streikrecht für Beamte als ein “mehrpoliges Grundrechtsverhältnis” gelten kann.<sup>150</sup> Man könnte das gesamte Arbeitskämpfrecht als ein “mehrpoliges Grundrechtsverhältnis” einordnen, da hier Interessen von Arbeitnehmern, Arbeitgebern und Dritten ineinander verschmelzen. Dies vermag jedoch nicht zu überzeugen. Vielmehr nimmt das Beamtenstreikrecht eine Sonderstellung ein: Hier werden keine kollidierenden Grundrechtspositionen zum Ausgleich gebracht.<sup>151</sup> Denn die Individualinteressen des streikenden Beamten kollidie-

<sup>148</sup> So auch *G. Buchholtz* (Anm. 6), 320; *P. Gooren*, Das Ende des Beamtenstreikverbots, ZBR 59 (2011), 400, 404; *R. Hoffmann* (Anm. 24), 155; *M. Jacobs/M. Payandeh* (Anm. 4), 24; *R. N. Lauer*, Das Recht des Beamten zum Streik, 2017, 286; *G. A. Neubäuser/P. C. Otto* (Anm. 27), 399; *A. Nußberger*, Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf das deutsche Arbeitsrecht, RdA 65 (2012), 270, 273; *J. Polakiewicz/A. Kessler* (Anm. 13), 844; *S. Werres*, Der Einfluss der Menschenrechtskonvention auf das Beamtenrecht, DÖV 64 (2011), 873, 880. Andere Ansicht VG Düsseldorf, 15.12.2010, Az. 31 K 3904/10.O, JurionRS 2010, 32874, Rn. 15.

<sup>149</sup> Rn. 133. BVerfG, 30.6.2009, Az. 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09, BVerfGE 123, 267, 344 ff. Diese absolute Grenze des Kerngehalts der Verfassungsidentität des Grundgesetzes wurde später ausgebaut, siehe insbesondere BVerfGE 134, 366 und 142, 123 zur *OMT-Politik der EZB* sowie BVerfGE 140, 317 zum *Europäischen Haftbefehl II*. Zum Kerngehalt der Verfassungsidentität siehe *H. Sauer* (Anm. 86), § 9 Rn. 43 ff.; *S. Simon*, Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess, 2016, 96 ff.

<sup>150</sup> Dagegen *M. Jacobs/M. Payandeh* (Anm. 4), 24; differenzierend auch *G. Buchholtz* (Anm. 6), 335 ff.

<sup>151</sup> *U. Battis*, Streikrecht für Beamte?, ZBR 59 (2011), 397, 399; *R. Hoffmann* (Anm. 24), 155. Anderes kann beim *Lehrerstreik* gelten, wo es zu einer Beeinträchtigung der Rechte von Eltern (Art. 6 Abs. 2 und 3 GG) und Kindern (Art. 7 Abs. 1 GG) kommen kann, auch *G. Buchholtz* (Anm. 6), 338. In eine andere Richtung (d. h., dass es sich doch um “mehrpolige Grundrechtsverhältnisse” handelt) deuten hingegen VG Osnabrück, 19.8.2011, Az. 9 A 1/11,

ren nicht mit schutzwürdigen Interessen Dritter, sondern stehen Art. 33 Abs. 5 GG gegenüber, der objektives Verfassungsrecht ist und nicht individualschützend wirkt.<sup>152</sup> Auch die dritte Grenze passt nicht richtig: Denn die Berücksichtigung konventionsrechtlicher Vorgaben steht einer schonenden Einpassung in das deutsche Rechtssystem nicht grundsätzlich entgegen. Dies hängt vielmehr von den Modalitäten der Einpassung ab.<sup>153</sup>

Mehr als um die hier angeführten formellen bzw. methodischen Grenzen, geht es im vorliegenden Urteil um das Problem, welchen materiellen Grenzen die Berücksichtigung der Straßburger Rechtsprechung unterliegt.<sup>154</sup> In der *Görgülü*-Entscheidung verwies das BVerfG in Bezug auf die materiellen Grenzen auf die “tragenden Grundsätze der Verfassung”,<sup>155</sup> im Urteil zur *Sicherungsverwahrung* verwies das BVerfG insofern auf die “absolute Grenze des Kerngehalts der Verfassungsidentität des Grundgesetzes gemäß Art. 79 Abs. 3 GG”.<sup>156</sup> In der Entscheidung zum *Beamtenstreikverbot* findet sich eine Mischung beider Grenzen: Während die Karlsruher Richter im Maßstabteil auf die Grenze des Kerngehalts der Verfassungsidentität abstellen,<sup>157</sup> verweisen sie im Subsumtionsteil auf die tragenden Grundsätze der Verfassung.<sup>158</sup> Bedauerlicherweise fehlt eine Erklärungen dazu, wie sich die beiden verfassungsrechtlichen Grenzen aus den Entscheidungen *Görgülü* und *Sicherungsverwahrung* zueinander verhalten. Ferner kommt Karlsruhe zu dem Ergebnis, dass es nicht entscheidungserheblich sei, zu klären, ob es sich beim Beamtenstreikverbot um einen “(auslegungsfesten) tragenden Grundsatz der Verfassung” handle, da dies mangels Kollision der EMRK mit dem Streikverbot nicht entscheidungserheblich sei.<sup>159</sup> Trotzdem

---

NVwZ-RR 25 (2012), 323, 325, das davon spricht, dass “es sich bei dem einschlägigen nationalen Recht um ein *ausbalanciertes Teilsystem* des innerstaatlichen Rechts handelt, das verschiedene Grundrechtspositionen miteinander zum Ausgleich bringen will”; VG Bremen, 3.7.2012, Az. D K 20/11, Rn. 28 (Juris): “Die in Art. 33 Abs. 5 GG statusbezogen verankerten Grundsätze enthalten ein *ausbalanciertes System* von überkommenen Grundpflichten und Grundrechten aus dem Beamtenverhältnis, das durch ein Streikrecht der Beamten wesentlich verändert werden würde.”; BVerwG, 27.2.2014, Az. 2 C 1/13, NZA 31 (2014), 616, 618 (Rn. 29): “Es liegt in der Verantwortung von Gesetz- und Ordnungsgeber, insbesondere die verfassungsrechtlichen Grenzen ihres Regelungsauftrags zu beachten und auf diese Weise das beamtenrechtliche Regelungsgefüge in einem *austarierten Zustand* zu halten.” (Hervorhebungen durch Verfasserin).

<sup>152</sup> R. Hoffmann (Anm. 24), 155.

<sup>153</sup> M. Jacobs/M. Payandeh (Anm. 4), 24.

<sup>154</sup> M. Jacobs/M. Payandeh (Anm. 4), 24 f.

<sup>155</sup> BVerfG, *Görgülü* (Anm. 84), 319.

<sup>156</sup> BVerfG, *Sicherungsverwahrung* (Anm. 87), 371.

<sup>157</sup> Rn. 133.

<sup>158</sup> Rn. 172.

<sup>159</sup> Rn. 172.

beschließen die Verfassungsrichter den Absatz mit der Erklärung, dass “in-des viel dafür sprechen würde”. Dies weckt Bedenken:<sup>160</sup> Zunächst, da das Streikverbot weder ausdrücklich in Art. 33 Abs. 5 GG noch einfachgesetzlich niedergelegt ist. Ferner, weil im Wortlaut von Art. 33 Abs. 5 GG nur von der “Berücksichtigung” – nicht hingegen von einer “Beachtung” – die Rede ist. Hinzu kommt, dass die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums nicht schrankenlos gelten.<sup>161</sup>

## V. Ausblick

Das BVerfG hat das deutsche Beamtenstreikverbot mit seinem Urteil vehement verteidigt und die Existenz des deutschen Berufsbeamtentums gestärkt. Der innerstaatliche Rechtsweg ist nun erschöpft. Damit ist aber noch nicht das letzte Wort in der Sache gesprochen. Die Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (GEW) hat mit elf Klägern den Streit bereits zur “fünften Instanz” nach Straßburg getragen.

Wie Straßburg die Sache entscheiden wird, bleibt mit Spannung zu erwarten. Hätte die Klage Erfolg, wäre die Bedeutung des Urteils (zumindest in politischer Hinsicht) noch brisanter als die der Urteile gegen die Türkei. An vielen Stellen des Urteils ist erkennbar, dass das BVerfG den EGMR als Dialogpartner klar vor Augen hatte und das Urteil in der Erwartung geschrieben hat, dass Straßburg sich in der Sache noch äußern werde.<sup>162</sup> Während das BVerwG mit seinem Urteil dem EGMR noch entgegenkam und sich kompromissbereit zeigte, deutet das Urteil des BVerfG passagenweise darauf hin, dass Karlsruhe kaum zu Zugeständnissen bereit ist.<sup>163</sup> Dass das BVerfG diese strikten roten Linien als Fronten aufzieht, ist problematisch, da es den EGMR so in die Ecke drängt: Dieser kann entweder eine Entscheidung fällen, die der des BVerfG widerspricht oder aber sich beugen und das deutsche Beamtenstreikverbot als konventionskonform erklären.<sup>164</sup> Kompromissmöglichkeiten gibt es wenige. Das BVerfG gibt den Straßburger Richtern mehr als deutlich zu verstehen, die durch das BVerfG gesetzten

<sup>160</sup> Ebenso *M. Jacobs/M. Payandeh* (Anm. 4), 25.

<sup>161</sup> *F. Brosius-Gersdorf*, in: H. Dreier, Grundgesetz, 3. Aufl. 2015, Art. 33 Rn. 177 m. w. N.

<sup>162</sup> *J. Lorse* (Anm. 4), 330; *R. Tietze/H. A. Wolff* (Anm. 28), 78 f.

<sup>163</sup> Siehe beispielsweise die Passage bzgl. der gravierenden Folgen, wenn das Streikverbot gekippt würde, Rn. 158; Rn. 181; der Hinweis auf die deutsche Verfassungsidentität bzw. -tradition, Rn. 133, Rn. 181; siehe auch die Passage, wo das BVerfG darauf hinweist, dass viel dafür sprechen dürfte, das Streikverbot als hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums und traditionelles Element der deutschen Staatsarchitektur zu begreifen, Rn. 172.

<sup>164</sup> *R. Tietze/H. A. Wolff* (Anm. 28), 79.



Grenzen zu respektieren.<sup>165</sup> Für den Fall, dass der EGMR anders entscheiden sollte, beispielsweise einer funktionellen Lösung den Vorrang gibt, die ein Streikverbot nur für den engen Kreis hoheitlich tätiger Beamter erlaubt, hat das BVerfG bereits die (düsteren) Folgen ausgemalt.<sup>166</sup> So würden zahlreiche beamtenrechtliche Prinzipien, wie das Alimentations- und Lebenszeitprinzip durch die Zuerkennung eines Streikrechts in Frage gestellt. Damit weist der Senat den EGMR darauf hin, zu bedenken, dass die Einräumung eines Streikrechts für Lehrer unter Umständen Hand in Hand mit weniger Rechten und Leistungen geht.

## Summary

### **Strike Action of Civil Servants between Karlsruhe and Strasbourg: Art. 11 ECHR and the FCC's ECHR-Compliant Interpretation of Domestic Law**

Comments and Reflections on BVerfG, Urt. v. 12.6.2018, Az. 2 BvR 1738/12

On June 12, 2018, in a significant ruling, the Federal Constitutional Court (FCC) declared the German ban on strike action for civil servants as constitutional. That Karlsruhe had to reengage with the almost undisputed certainty that German civil servants do not have the right to strike was mainly due to two rulings of the European Court of Human Rights in 2008 and 2009 on Turkish civil-service law.

First, the FCC reviews the ban on strike action for civil servants against the Basic Law. In addition to this constitutional line of argument, however, the FCC also deals with the ban's compatibility with the European Convention on Human Rights. This article analyzes this latter dimension of the judgment: first of all, it examines the statements of the FCC on the specific question of the compatibility of the German ban, which is enshrined in Art. 33.5 of the Basic Law, with Art. 11 of the European Convention on Human Rights (ECHR). Second of all, it assesses the Court's general doctrinal considerations on the duty to take into account the jurisprudence of the European Court of Human Rights. In the ruling, the Senate seizes the opportunity to recapitulate the existing constitutional standards of the duty to

---

<sup>165</sup> Siehe beispielsweise Rn. 172.

<sup>166</sup> Rn. 158 und Rn. 181.

interpret the Basic Law in a manner open to international law. At the same time, it delineates more precisely the so-called function of direction and guidance that the case-law of the ECHR has. Finally, the FCC also uses the opportunity to impose clear limits on the Constitution's openness to international law.

ZaöRV 79 (2019)

