

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Ulrich Battis
Bleibtreustraße 5

10623 Berlin

**Gutachten zur Beteiligung von Gewerkschaften und Fachverbänden
bei der Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse der Beamten**

8. Januar 2016

Auftraggeber: Verband der Rechtspfleger e.V.
Zehnthof 1, 31785 Hameln

Gutachter: Prof. em. Dr. Dr. h.c. Ulrich Battis,
Bleibtreustraße 5, 10623 Berlin
unter Mitarbeit von René Bahns

Inhaltsverzeichnis

A. Zusammenfassung der wesentliche Ergebnisse	1
B. Sachverhalt und Fragestellung.....	3
C. Rechtliche Würdigung	4
I. Der beamtenrechtliche Beteiligungsanspruch.....	4
1. Gesetzliche Regelung von Beteiligungsrechten	4
2. Entwicklung in der Praxis	8
3. Verfassungsrechtliche Einordnung	9
a) Konkretisierung der Koalitionsfreiheit	10
b) Rechtsprechung des BVerwG.....	12
c) Kritik im Schrifttum	15
4. Fazit.....	20
II. Verfassungswandel	21
1. EGMR: Streikverbot verstößt gegen Vereinigungsfreiheit aus Art. 11 EMRK....	22
2. BVerfG: Notwendigkeit der prozeduralen Absicherung von Grundrechten.....	25
3. BAG: Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit	26
4. Fazit.....	29
III. Durch Verfassungswandel gebotene Fortentwicklung i.S.v. Art. 33 Abs. 5 GG	30
1. Unverhältnismäßige Einschränkung von Art. 9 Abs. 3 GG.....	30
2. Missachtung der prozeduralen Anforderungen aus Art. 33 Abs. 5 GG.....	33
3. Harmonisierung mit Unionsrecht	36
4. Fazit.....	37
D. Ergebnis.....	38

A. Zusammenfassung der wesentliche Ergebnisse

- Eine Beteiligung von Beamtenvereinigungen bei der Vorbereitung von Regelungen der beamtenrechtlichen Verhältnisse ist sowohl auf Bundesebene als auch in den Landesgesetzen geregelt. Die verfassungsrechtliche Einordnung ist nach wie vor umstritten: Zwar ist allgemein anerkannt, dass die Beteiligungsrechte einen Ausgleich darstellen für die weitgehende Beschränkung der Koalitionsfreiheit von Beamten aus Art. 9 Abs. 3 GG durch das aus Art. 33 Abs. 5 GG abgeleitete Streikverbot sowie die einseitige Rechtsetzungsbefugnis des Dienstherrn. Umstritten ist hingegen, ob ein Beteiligungsanspruch unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 GG folgt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aus den 70er-Jahren besteht kein Beteiligungsanspruch von Verfassungen wegen. Der Gesetzgeber habe bei der Frage, ob und inwieweit er bei der Vorbereitung beamtenrechtlicher Regelungen Beamtenorganisationen überhaupt beteiligt, einen sehr weiten Ermessensspielraum. Es stehe ihm sogar frei, von einer Beteiligung überhaupt abzusehen.

Diese Rechtsprechung ist von Anfang stark kritisiert worden, weil sie den Konflikt zwischen der Koalitionsfreiheit der Beamten und den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums einseitig zu Lasten der Koalitionsfreiheit auflöse und diese dadurch unverhältnismäßig einschränke. Bereits aus damaliger Sicht war insbesondere zweifelhaft, ob die vom Bundesverwaltungsgericht bestätigte Begrenzung der Beteiligung allein auf einen engen Kreis von gewerkschaftlichen Spitzenorganisationen mit Art. 9 Abs. 3 GG zu vereinbaren ist (nachfolgend unter **C./I.**).

- In jüngerer Zeit ist es zu einem grundlegenden Verfassungswandel gekommen, der das Verhältnis zwischen der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG und den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums aus Art. 33 Abs. 5 GG fortentwickelt hat (nachfolgend unter **C./II.**):
 - Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in zwei Entscheidungen aus den Jahren 2008 und 2009 entschieden, dass ein Streikverbot für Beamte grundsätzlich unvereinbar mit der Vereinigungsfreiheit aus Art. 11 EMRK ist. Dadurch ist mittelbar auch das in Deutschland bislang geltende Streikverbot für Beamte und damit ein wesentliches Element des deutschen Beamtenverhältnisses in Frage gestellt. Die Konsequenzen für das deutsche Streikverbot sind stark umstritten. Das Bundesverwaltungsgericht hat hierzu 2014 entschieden, dass das Streikverbot konventionswidrig sei und den Gesetzgeber in die Pflicht genommen, einen Ausgleich zwischen Art. 33 Abs. 5 GG und Art. 11 EMRK herbeizuführen. Die Sache ist jedoch derzeit anhängig beim Bundesverfassungsgericht. Unabhängig davon, wie das Bundesverwaltungsgericht diesen Ausgleich herstellen wird, bleibt es bei der Feststellung des Bundesverwaltungsgerichts, dass jedenfalls eine erhebliche Erweiterung der Beteiligungsrechte der Gewerkschaften erforderlich ist.

- Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner neueren Rechtsprechung die Notwendigkeit einer prozeduralen Absicherung von Grundrechten betont und damit insbesondere auch dem bislang sehr weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Beamtenrecht erstmals effektive Grenzen gezogen. Auf dieser Grundlage hat das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht im Juni 2015 in ausdrücklicher Abweichung von der ständigen höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung die Erhöhung der Unterrichtsverpflichtung von Lehrkräften für unwirksam erklärt.
- Das Bundesarbeitsgericht hat in einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 2010 den bis dahin von ihm in ständiger Rechtsprechung vertretenen Grundsatz der Tarifeinheit aufgegeben. In Reaktion darauf hat der Bundestag im Mai 2015 das hoch umstrittene Tarifeinheitengesetz verabschiedet. Hiergegen sind derzeit zahlreiche Verfassungsbeschwerden vor dem Bundesverfassungsgericht anhängig. Selbst wenn das Tarifeinheitengesetz Bestand haben sollte, ginge der Koalitionspluralismus gleichwohl gestärkt aus dieser Entwicklung hervor.
- Angesichts dieses Verfassungswandels ist die restriktive und bereits seinerzeit verfassungsrechtlich zweifelhafte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aus den 70er-Jahren des letzten Jahrhunderts nicht mehr haltbar. Die derzeitige gesetzliche Ausgestaltung der Beteiligungsrechte von Beamtenvereinigungen an der Regelung der beamtenrechtlichen Verhältnisse entspricht nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Die Vorenthaltung eines Beteiligungsrechtes für Beamtenvereinigungen, die nicht die Voraussetzung einer Spitzenorganisation erfüllen, verstößt gegen die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG. Zudem wird die derzeitige gesetzliche Ausgestaltung nicht den prozeduralen Anforderungen aus Art. 33 Abs. 5 GG gerecht. Der Gesetzgeber ist daher verpflichtet, die Beteiligungsrechte unter Beachtung dieser verfassungsrechtlichen Anforderungen erheblich zu erweitern (nachfolgend unter **C./III.**).

B. Sachverhalt und Fragestellung

Der Verband der Rechtspfleger e.V. (VdR) vertritt die berufspolitischen Interessen der Rechtspflegerinnen und Rechtspfleger in Niedersachsen. Der 1949 erneut gegründete Verband ist seit 1998 keinem Dachverband mehr angeschlossen und hat derzeit in Niedersachsen rund 1.200 Mitglieder bei einem Organisationsgrad von durchschnittlich 75 Prozent. Entsprechend seiner Zielsetzung ist es eine Aufgabe des VdR, den berufspolitischen Interessen seiner Mitglieder unter anderem auch in den sie betreffenden Gesetzgebungsverfahren Gehör zu verschaffen. Hierbei ist der VdR jedoch gegenüber dem DGB und DBB rechtlich benachteiligt. Während diese sogenannten „Spitzenorganisationen“ gemäß § 96 NBG i.V.m. § 53 BeamStG ein Anspruch auf Beteiligung bei der Vorbereitung gesetzlicher Regelungen und sonstiger allgemeiner Regelungen der beamtenrechtlichen Verhältnisse eingeräumt wird, ist der VdR als Berufsverband hiervon ausgeschlossen. Da er keiner der beiden anerkannten Spitzenorganisationen angehört, kann er sich auch nicht mittelbar über diese beteiligen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aus den 70er-Jahren berechtigt der gesetzliche Begriff der „Spitzenorganisation“ lediglich einen sehr begrenzten Adressatenkreis. Dachorganisationen von Gewerkschaften, die nur einen beschränkten Kreis der Beamtenschaft vertreten, oder Fachverbände sollen nicht dazu zählen. Im Wesentlichen beschränkt sich damit die gesetzlich geregelte Beteiligung bis heute auf den DGB und den DBB sowie den Deutschen Richterbund. Unterhalb dieser gesetzlich geregelten Beteiligung haben sich im Bund und in den Ländern auf der Basis von Vereinbarungen zwischen Staat und Gewerkschaften verschiedene weitergehende Kooperationsmodelle etabliert.

Nachdem durch zwei Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) aus den Jahren 2008 und 2009 mittelbar das bislang in Deutschland geltende Streikverbot für Beamte in Frage gestellt worden ist, hat die gesetzliche Ausgestaltung über das beamtenrechtliche Beteiligungsrecht an Aktualität gewonnen. Zudem betont das Bundesverfassungsgericht in seiner neueren Rechtsprechung die Notwendigkeit einer prozeduralen Absicherung von Grundrechten bzw. grundrechtsgleichen Rechten, um die Einhaltung der dem Gesetzgeber eingeräumten verfassungsrechtlichen Gestaltungsdirektiven sicherzustellen. Diese Rechtsprechung betraf zuletzt insbesondere die Bestimmung einer amtsangemessenen Besoldung. Des Weiteren hat das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom Juli 2010 seine bis dahin über Jahrzehnte geltende Rechtsprechung geändert und den Grundsatz der Tarifeinheit aufgegeben und damit die Tarifpluralität gestärkt.

Vor diesem Hintergrund bin ich vom VdR damit beauftragt worden, in einem Rechtsgutachten zu prüfen, ob die seit Jahrzehnten im Wesentlichen unveränderte gesetzliche Ausgestaltung des Beteiligungsrechtes und dabei insbesondere dessen Begrenzung auf einige wenige Spitzenorganisationen mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben zu vereinbaren ist.

C. Rechtliche Würdigung

Im Rahmen der Prüfung werden der bisherige Stand zum beamtenrechtlichen Beteiligungsanspruch zusammengefasst (I.) und der zwischenzeitlich erfolgte Verfassungswandel aufgezeigt (II.), um auf dieser Grundlage die Vereinbarkeit der gesetzlich geregelten Begrenzung der Beteiligung auf die Spitzenorganisationen der Gewerkschaften mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen zu prüfen (III.).

I. Der beamtenrechtliche Beteiligungsanspruch

Beamtenrechtliche Beteiligungsrechte sind sowohl auf Bundesebene als auch in den jeweiligen Landesgesetzen geregelt (1.). Daneben haben sich in der Praxis weitergehende Beteiligungsmodelle etabliert (2.) Uneinigkeit besteht nach wie vor darüber, wie die beamtenrechtliche Beteiligung verfassungsrechtlich einzuordnen ist (3.).

1. Gesetzliche Regelung von Beteiligungsrechten

Das beamtenrechtliche Beteiligungsrecht ergibt sich zunächst aus § 53 BeamtStG. Nach § 53 Satz 1 BeamtStG sind bei der Vorbereitung gesetzlicher Regelungen der beamtenrechtlichen Verhältnisse durch die obersten Landesbehörden die Spitzenorganisationen der zuständigen Gewerkschaften und Berufsverbände zu beteiligen. Damit entspricht Satz 1 sowohl der vorhergehenden Regelung in § 58 BRRG als auch weitgehend dem früheren § 94 BBG.

Plog/Wiedow, Kommentar zum Bundesbeamtengesetz
(Stand: September 2008), § 53 BeamtStG, Rn. 1.

Nach dem in § 53 BeamtStG gegenüber § 58 BRRG neu hinzugefügten Satz 2 kann das Beteiligungsverfahren auch durch Vereinbarung ausgestaltet werden. In der Gesetzesbegründung wird hierzu ausgeführt, dass weitergehende Beteiligungsrechte, wie sie bereits vorher praktiziert wurden, davon unberührt seien. Dazu gehöre auch, dass das Beteiligungsverfahren durch Vereinbarung mit den Spitzenorganisationen ausgestaltet werden kann.

BT-Drs. 16/4027, S. 35.

Erklärte Zielsetzung des am 1. April 2008 in Kraft getretenen Beamtenstatusgesetzes ist die Festlegung der beamtenrechtlichen Grundstrukturen zur Gewährleistung der erforderlichen Einheitlichkeit des Dienstrechts.

BT-Drs. 16/4027, S. 1.

§ 53 BeamtStG legt somit lediglich den gesetzlichen Mindeststandard fest, steht jedoch einer weitergehenden Ausgestaltung der Beteiligung auf Bundes- oder auf Landesebene nicht entgegen.

Lorse, ZBR 2012, 361 (362); vgl. hierzu auch jüngst: OVG Saarland, Beschluss vom 21.10.2014 - 1 B 285/14 -, Rn. 9, 14 (m.w.N.).

Für die Bundesbeamten ist ein entsprechendes Beteiligungsrecht in § 118 BBG geregelt, mit dem einzigen Unterschied, dass sich hier die Beteiligung auf die Vorbereitung „allgemeiner Regelungen“ der beamtenrechtlichen Verhältnisse bezieht. Damit wurde im Rahmen des Dienstrechtsneuordnungsgesetzes die Regelung des vorhergehenden § 94 BBG a.F. unverändert übernommen.

Lorse, ZBR 2012, 361 (362).

Im Land Niedersachsen wird das Beteiligungsrecht in § 96 NBG konkretisiert. Dieser lautet:

(1) ¹ Die Spitzenorganisationen der zuständigen Gewerkschaften und Berufsverbände (Spitzenorganisationen) sind über die Verpflichtung nach § 53 Satz 1 BeamtStG hinaus auch bei der Vorbereitung sonstiger allgemeiner Regelungen der beamtenrechtlichen Verhältnisse durch die obersten Landesbehörden zu beteiligen. ² Die Entwürfe von Regelungen nach Satz 1 und § 53 Satz 1 BeamtStG werden den Spitzenorganisationen mit einer angemessenen Frist zur Stellungnahme zugeleitet. ³ Sie können eine mündliche Erörterung verlangen. ⁴ Vorschläge der Spitzenorganisationen, die in Gesetzentwürfen keine Berücksichtigung gefunden haben, werden dem Landtag unter Angabe der Gründe mitgeteilt.

(2) ¹ Die obersten Landesbehörden und die Spitzenorganisationen kommen regelmäßig zu Gesprächen über allgemeine und grundsätzliche Fragen des Beamtenrechts zusammen. ² Darüber hinaus können aus besonderem Anlass weitere Gespräche vereinbart werden.

Die Beteiligungsregelungen in den anderen Ländern weichen zwar bei der Ausgestaltung des Verfahrens mitunter erheblich voneinander ab; allen gemein ist jedoch die Begrenzung der Beteiligung auf die Spitzenorganisationen der zuständigen Gewerkschaften und Berufsverbände. Die lediglich früher im Land Berlin in § 60 Abs. 2 LBG a.F. geregelte zusätzliche Beteiligung von Gewerkschaften und Berufsverbänden, „die durch mindestens eines ihrer Mitglieder im Hauptpersonalrat vertreten sind“, wurde zwischenzeitlich gestrichen.

Vgl. hierzu im Einzelnen die Übersicht bei Lorse, ZBR 2012, 361 (362 f.); Fürst, GKÖD, Bd. I (Stand: Februar 1987), BBG § 94 Rn. 10 sowie die ausführliche Darstellung zur Entstehungsgeschichte: Jekewitz, Der Staat 34 (1995), 79 (82 ff.).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, auf die im Folgenden noch

näher einzugehen sein wird, sind Spitzenorganisationen von Gewerkschaften und Berufsverbänden Spitzenorganisationen nur solche Organisationen, die die Interessen der Gesamtbeamtenschaft - unter vorheriger weitgehender Abklärung widerstreitender Interessen einzelner Beamtengruppen – sachgerecht vertreten können. Demgegenüber sollen Dachorganisationen von Gewerkschaften, die nur einen beschränkten Kreis der Beamtenschaft vertreten, oder Fachverbände nicht unter den Begriff der Spitzenorganisation fallen.

BVerwG, Urteil vom 29.11.1977 - II C 14.77 -, Rn. 15 (zitiert nach Juris).

Diese vom Bundesverwaltungsgericht aufgestellten Anforderungen erfüllen nur die Bundes- und Landesverbände des Deutschen Gewerkschaftsbundes (DGB) und des dbb beamtenbund und tarifunion (DBB). Teilweise wird darüber hinaus auch die Gewerkschaft ver.di als Spitzenorganisation qualifiziert.

Insoweit kritisch: Baßlsperger, PersV 2012, 287 (289).

Daneben werden noch je nach Betroffenheit der Deutsche Richterbund sowie der Bund deutscher Verwaltungsrichter um im Hochschulbereich der Deutsche Hochschulverband und Hochschullehrerbund als Spitzenorganisationen beteiligt.

Metzler-Müller/Rieger/Seeck/Zentgraf, Kommentar zum Beamtenstatusgesetz (3. Auflage 2014), § 53, Punkt 1; Lorse, ZBR 2012, 361 (363).

Bund und Länder haben jeweils in Ausführungsbestimmungen festgelegt, welche Organisationen im Einzelfall zu beteiligen sind. Diese Bestimmungen sind jedoch nicht verpflichtend, vielmehr soll es dem Ermessen des Dienstherrn obliegen, ob er auch anderen Organisationen eine Beteiligungsmöglichkeit einräumen will.

Baßlsperger, PersV 2012, 287 (289 f.).

Die Verbändebeteiligung ist erstmals 1953 zusammen mit dem neu erlassenen Bundesbeamtengesetz in § 94 BBG eingeführt worden, „um im Interesse des Staates den Sachverstand und die Verantwortung der Gewerkschaften wesentlich besser in die gemeinsamen Überlegungen einzubringen“.

Lorse, ZBR 2012, 361 (366).

Die Begriffe „Spitzenorganisationen“, „zuständige Gewerkschaften“ und „allgemeine Regelungen der beamtenrechtlichen Verhältnisse“ waren bereits in § 91 des Regierungsentwurfs vom November 1951 enthalten, ohne dass in der Begründung dazu weitere Ausführungen gemacht worden wären.

Vgl. dazu ausführlich: Jekewitz, Der Staat 34 (1995), 79 (81);
vgl. BT-Drs. 1/4246, S. 30.

In den 70er-Jahren hat die damalige Bundesregierung anlässlich der Regelung des Beteiligungsrechts in § 125 b BRRG die Begrenzung des gesetzlichen Beteiligungsrechts auf die Spitzenorganisationen folgendermaßen begründet:

„Die Bundesregierung hat bei den vorbereitenden Arbeiten zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften Überlegungen angestellt und mit den im Rahmen des § 94 BBG beteiligten Spitzenorganisationen erörtert, ob der Begriff Spitzenorganisation eine Begründung oder Präzisierung i. S. der Stellungnahme des Bundesrates erfahren sollte. Sie hatte sich dabei von dem Gedanken leiten lassen, daß es zweckmäßig wäre, den Kreis der als Spitzenorganisationen zu beteiligenden Organisationen im Interesse einer möglichst effizienten Arbeit insbesondere im Vorbereitungsstadium bei der Gesetzgebung auf solche großen Organisationen zu beschränken, die gewillt und in der Lage sind, einander widerstreitende Gruppeninteressen schon vorab in ihrer eigenen Organisation gegeneinander abzuwägen und im Rahmen des Möglichen auszugleichen. Eine solche Festlegung des Begriffs der Spitzenorganisation birgt aber die Gefahr in sich, daß der in der Vergangenheit gewachsene Kreis derjenigen Organisationen, die zur Zeit nach § 94 BBG als Spitzenorganisationen beteiligt werden und deren Mitwirken sich bewährt hat, ohne triftigen Grund geschmälert wird. Ein solches Ergebnis sollte aber bei einem Gesetz, das sich von Anbeginn an eine Verbesserung des Beteiligungsrechts mit Blick auf die bereits vorhandenen Spitzenorganisationen zum Ziel gesetzt hat, nicht in Kauf genommen werden. Es sollte daher bei den weiteren Überlegungen Bedacht darauf genommen werden, daß keine der bisherigen Spitzenorganisationen ihren jetzigen Rechtsstand verliert. An der im Gesetzentwurf in § 125 b BRRG aufgestellten Voraussetzung, daß ein Beteiligungsrecht nur solche Spitzenorganisationen der zuständigen Gewerkschaften für sich in Anspruch nehmen können, denen für die Wahrnehmung der Belange der Beamtenschaft eine erhebliche Bedeutung zukommt, empfiehlt es sich dagegen festzuhalten, um einer sachunangemessenen Ausweitung des Kreises der zu beteiligenden Organisationen entgegenzuwirken.“

BT-Drs. 7/4922, S. 8.

Insgesamt ist bemerkenswert, dass seit der gesetzlichen Einführung der Beteiligung im Jahr 1953 weder auf Bundes- noch auf Landesebene eine nennenswerte Weiterentwicklung der gesetzlichen Beteiligungsrechte erfolgt ist. Insbesondere ist es im Wesentlichen bis heute bei dem ursprünglichen Kreis der Beteiligungsberechtigten geblieben.

Vgl. Lorse, ZBR 2012, 361 (362, 372); Jekewitz, Der Staat 34 (1995), 79 (97).

2. Entwicklung in der Praxis

Ergänzend zum förmlichen Beteiligungsverfahren haben sich auf untergesetzlicher Ebene im Bund und in den Ländern verschiedene Ansätze für kooperative Modelle entwickelt.

Vgl. hierzu Böhm, ZBR 2013, 181.

In Niedersachsen wurde am 7. Juli 2008 zwischen der Niedersächsischen Landesregierung sowie DBB und DGB eine Beteiligungsvereinbarung geschlossen. In deren Präambel heißt es:

„Die Landesregierung und die Spitzenorganisationen der Gewerkschaften - der dbb beamtenbund und tarifunion, landesbund niedersachsen, und der Deutsche Gewerkschaftsbund DGB-Bezirk Niedersachsen Bremen Sachsen-Anhalt – verfolgen das Ziel, das Recht des öffentlichen Dienstes im Land gemeinsam zu gestalten, um einen zukunftsorientierten und leistungsfähigen öffentlichen Dienst in Niedersachsen dauerhaft zu gewährleisten.

Allgemeine Regelungen der beamtenrechtlichen Verhältnisse müssen auch den berechtigten Interessen der Beamtinnen und Beamten angemessen Rechnung tragen. Aus diesem Grund räumt § 104 [Anmerkung des Verfassers: nunmehr § 96] des Niedersächsischen Beamtengesetzes (NBG) den Spitzenorganisationen umfassende Beteiligungsrechte ein.“

Die Vereinbarung betrifft die Beteiligung der Spitzenorganisationen bei allgemeinen Regelungen der beamtenrechtlichen Verhältnisse und bei allgemeinen Regelungen im Bereich Organisationsentwicklung/Verwaltungsmodernisierung. Hierfür werden auf verschiedenen Ebenen Gesprächsforen eingerichtet und im Weiteren das förmliche Beteiligungsverfahren konkret ausgestaltet.

Zudem ist jedenfalls auf Bundesebene zwischen dem Bundesinnenministerium und den Spitzenorganisationen DGB und DBB seit längerem eine Entwicklung zu beobachten, die – jenseits der förmlichen Beteiligung – eine auf Vereinbarungen basierende Zusammenarbeit in zentralen Fragen beamtenrechtlicher Regelungen anstrebt. Exemplarisch hierfür ist insbesondere das zwischen dem BMI sowie Ver.di und DBB im Oktober 2004 vereinbarte Eckpunktepapier „Neue Wege im öffentlichen Dienst“.

Lorse, ZBR 2012, 361 (371 ff.); Böhm, ZBR 2013, 181 (182).

Lorse merkt hierzu kritisch an, dass dadurch das Dogma der einseitigen Festlegung von beamtenrechtlichen Statusfragen tagespolitischer Opportunität geopfert werde und unter dem Druck einer existentiellen Bedrohung des Berufsbeamtentums einem Verhandlungsmodell gewichen sei. Die verfassungsrechtlich vorgegebene Einschränkung einer Verbändebeteiligung im Bereich allgemeiner beamtenrechtlicher Regelung werde

in der rechtspolitischen Praxis gebrochen durch ein vielfältiges System der wechselseitigen Einflussnahme, dass durchaus de facto eine frühzeitige gewerkschaftliche Teilhabe an den Entscheidungsprozessen sichere.

Lorse, ZBR 2012, 361 (371).

Festzuhalten ist, dass sich in der Praxis jenseits des förmlichen Beteiligungsverfahrens unterschiedlich ausgestaltete Formen der Zusammenarbeit entwickelt haben. Kooperationspartner sind jedoch auch hier im Wesentlichen die gewerkschaftlichen Spitzenorganisationen. Soweit darüber hinaus weitere Beamtenorganisationen beteiligt werden, erwächst daraus für diese Anspruch auf Beteiligung.

Vgl. Lorse, ZBR 2012, 361 (370 ff.).

Einerseits eröffnet diese untergesetzliche Vereinbarungspraxis zwar die Möglichkeit zur flexiblen Kooperationen, die an den Bedürfnissen der jeweiligen Konstellation ausgerichtet werden können.

Dahingehend Böhm, ZBR 2013, 181.

Andererseits wird auf diese Weise das bereits gesetzlich geregelte Beteiligungsmonopol der Spitzenorganisationen weiter gefestigt und zugleich für die übrigen Beamtenvereinigungen eine Rechtsunsicherheit geschaffen, weil Sie insoweit keine gefestigte Rechtsposition haben.

Es erscheint daher zweifelhaft, ob diese Entwicklungen mit dem nachfolgend noch aufzuzeigenden Sinn und Zweck der Beteiligung sowie insbesondere auch den verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar sind.

3. Verfassungsrechtliche Einordnung

Dass es bislang weder im Bund noch in den Ländern zu einer Weiterentwicklung des Beteiligungsrechts gekommen ist, dürfte unter anderem auch darauf zurückzuführen sein, dass die Frage, ob das beamtenrechtliche Beteiligungsrecht am Erlass allgemeiner beamtenrechtlicher Regelungen unmittelbar aus der Verfassung abzuleiten ist, in der Rechtsprechung und der Fachliteratur nach wie vor streitig diskutiert wird.

Lorse, ZBR 2012, 361 (367).

Von dieser Einordnung hängt auch die Beurteilung der derzeitigen gesetzlichen Begrenzung des Beteiligungsrechts allein auf die Spitzenorganisationen ab.

Vgl. Jekewitz, Der Staat 34 (1995), 79 (87).

Es ist zwar allgemein anerkannt, dass das Beteiligungsrecht die Koalitionsfreiheit der Beamten aus Art. 9 Abs. 3 GG konkretisiert und einen Ausgleich für deren weitreichende Beschränkung durch die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums aus Art. 33 Abs. 5 GG darstellt **(a)**. Das Bundesverwaltungsgericht vertritt jedoch in seiner bis heute maßgeblichen Rechtsprechung aus den 70er-Jahren die Auffassung, dass aus Art. 9 Abs. 3 GG kein Beteiligungsanspruch der Beamtenvereinigungen folgt **(b)**. Sowohl die gesetzliche Ausgestaltung als auch die diese bestätigende Rechtsprechung haben in der Literatur deutliche Kritik erfahren **(c)**.

a) Konkretisierung der Koalitionsfreiheit

Ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 53 BeamtStG soll das Beteiligungsrecht einen Ausgleich für die für Beamtinnen und Beamte nicht bestehende Tarifautonomie nach Art. 9 Abs. 3 GG und das Streikverbot darstellen:

„Das als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums anerkannte Streikverbot bestimmt die statusrechtliche Stellung der Beamtinnen und Beamten im Verhältnis zu ihrem Dienstherrn, wenn es um die Regelung der Rechtsverhältnisse geht. Die Spitzenorganisationen sind daher bei der Vorbereitung gesetzlicher Regelungen zu beteiligen, um als Interessenvertretung die Rechte der Beamtinnen und Beamten zu wahren. Sie können so auf die inhaltliche Gestaltung der beamtenrechtlichen Regelungen, die auch das Statusrecht betreffen, Einfluss nehmen. Beteiligung bedeutet, dass die Spitzenorganisationen gehört werden müssen, bevor die oberste Landesbehörde den Gesetzentwurf der Landesregierung zur Beschlussfassung vorlegt.“

BT-Drs. 16/4027, S. 35.

Es ist allgemein anerkannt, dass die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG nicht nur für jedermann und alle Berufe, also auch für die Beamten, das Recht schützt, sich zu Koalitionen zusammenzuschließen, sondern auch die Koalition als solche und ihr Recht, durch spezifisch koalitionsgemäße Betätigung die in Art. 9 Abs. 3 GG genannten Zwecke zu verfolgen, nämlich die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu wahren und zu fördern.

BVerfG, Beschluss vom 30.11.1965 - 2 BvR 54/62 -, Rn. 20
(zitiert nach Juris); st. Rspr.

Der Schutz aus Art. 9 Abs. 3 GG erstreckt sich auf alle Verhaltensweisen, die koalitionsspezifisch sind und umfasst insbesondere die Tarifautonomie, die im Zentrum der den Koalitionen eingeräumten Möglichkeiten zur Verfolgung ihrer Zwecke steht.

BVerfG, Beschluss vom 14.11.1995 - 1 BvR 601/92 -,
BVerfGE 93, 352; Beschluss vom 24.04.1996 - 1 BvR 712/86
-, BVerfGE 94, 268 (283).

Die Koalitionsfreiheit ist vorbehaltlos gewährleistet. Einschränkungen können daher nur durch kollidierendes Verfassungsrecht, also durch Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechte, gerechtfertigt werden.

BVerfG, Beschluss vom 26.06.1991 - 1 BvR 779/85 -, BVerfGE 84, 212 (228).

Insoweit ist jedenfalls grundsätzlich anerkannt, dass aus der Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums aus Art. 33 Abs. 5 GG eine notwendige Beschränkung der Koalitionsfreiheit von Beamten folgt. Es würde den Strukturprinzipien des öffentlichen Dienstrechts zuwiderlaufen, wenn für diesen Bereich die gleichen Regeln gelten würden wie für den Arbeitnehmerbereich, in dem die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen den Tarifpartnern zur einvernehmlichen Regelung überlassen sind, wie es Art. 9 Abs. 3 GG entspricht. Unbeschränkte gewerkschaftliche Mitwirkungsrechte sind daher mit Art. 33 Abs. 5 GG nicht zu vereinbaren.

Benda/Umbach, Der Beamtenrechtliche Beteiligungsanspruch (1995), S. 20, S. 39 ff.

Dementsprechend werden zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums das Streikverbot für Beamte und die einseitige Rechtsetzungsbefugnis des Dienstherrn gezählt, der im Gegenzug seinerseits unter anderem den Bindungen des Alimentationsprinzips und der Fürsorgepflicht unterliegt.

BVerfG, Beschluss vom 30.03.1977 - 2 BvR 1039/75 -, BVerfGE 44, 249 (264) m.w.N.; vgl. ferner Lorse, ZBR 2012, 361 (366); Baßlsperger, PersV 2012, 287 (288 f.).

Ergänzend wird in diesem Zusammenhang auch auf das Demokratieprinzip verwiesen, wonach das Letztentscheidungsrecht des dem Parlament verantwortlichen Verwaltungsträgers gesichert werden müsse. Das Demokratieprinzip verbietet, dass die Wirksamkeit von Gesetzen von der Zustimmung von Verbänden abhängig gemacht wird oder dass sie nur mit dem Inhalt gültig werden können, der mit Stellen außerhalb des Parlaments abgesprochen worden ist.

Vgl. hierzu ausführlich Benda/Umbach, Der Beamtenrechtliche Beteiligungsanspruch (1995), S. 26 ff.

Jedenfalls verlangt das Demokratieprinzip für die Ausübung von Staatsgewalt bei Entscheidungen von Bedeutung für die Erfüllung des Amtsauftrages, dass die Letztentscheidung eines dem Parlament verantwortlichen Verwaltungsträgers gesichert ist (Verantwortungsgrenze).

BVerfG, Beschluss vom 24.05.1995 - 2 BvF 1/92 -, BVerfGE 93, 37 (70); vgl. hierzu auch Böhm, ZBR 2013, 181 (182) sowie Schubert, AöR 137 (2012), 92 (96).

Im Ergebnis bleibt damit für Beamte zwar die Bildung von Koalitionen gewährleistet, deren spezifische Betätigungsmöglichkeiten zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen sind hingegen weitestgehend eingeschränkt.

Nach der eingangs zitierten Begründung des Gesetzgebers soll die Beteiligung der Spitzenorganisationen der zuständigen Gewerkschaften und Berufsverbände bei der Vorbereitung gesetzlicher und sonstiger allgemeiner Regelungen der beamtenrechtlichen Verhältnisse einen Ausgleich für diese Beschränkung der Koalitionsfreiheit darstellen. Insoweit ist allgemein anerkannt, dass dem Beteiligungsgebot im Hinblick auf das berufsbezogene Koalitionsrecht der Beamten inhaltlich erhebliche grundsätzliche Bedeutung zukommt. Den Spitzenorganisationen wird an Stelle des nicht gegebenen Tarif- und Streikrechts ein eigenständiges Instrument des Interessenausgleichs im Vorfeld der beamtenrechtlichen Gesetzgebung zur Verfügung gestellt. Es handelt sich um ein eigenständiges Instrument des Interessenausgleichs, das über die Verpflichtung zur rechtzeitigen Anhörung hinausgeht.

OVG Saarland, Beschluss vom 21.10.2014 - 1 B 285/14 -, Rn. 20 (zitiert nach Juris).

Vgl. ferner Baßlsperger, PersV 2012, 287 (292).

b) Rechtsprechung des BVerwG

Während das Bundesverfassungsgericht bisher noch keine Gelegenheit hatte, sich aus verfassungsrechtlicher Sicht mit dem beamtenrechtlichen Beteiligungsrecht zu befassen, hat das Bundesverwaltungsgericht in mehreren Entscheidungen aus den 70er-Jahren seine Position festgelegt und damit auch der weiteren verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung die Richtung gegeben.

BVerwG, Urteil vom 29.11.1979 - 2 C 14/77; Urteil vom 12.10.1978 - 2 C 17/76; Beschluss vom 25.10.1979 - 2 N 1/78.

Vgl. Benda/Umbach, Der Beamtenrechtliche Beteiligungsanspruch (1995), S. 15.

Durch die Regelung eines Beteiligungsrechts sollen die Interessen der Bediensteten im Vorfeld der Beschlussfassung über allgemeine Regelungen der beamtenrechtlichen Verhältnisse wirksam zur Geltung gebracht und - auch im Interesse des Staates - der Sachverstand und die Verantwortung der Gewerkschaften in das Normsetzungsverfahren eingebracht werden.

BVerwG, Urteil vom 29.11.1979 - 2 C 14/77 -, Rn. 15 (zitiert nach Juris).

Ein Beteiligungsrecht lasse sich jedoch nicht aus Art. 9 Abs. 3 GG herleiten:

„Bei Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums (Art 33 Abs 5 GG) unterliegt die Koalitionsfreiheit der Beamten Beschränkungen. So sind die Beamtenkoalitionen z.B. von der tarifvertraglichen Lohngestaltung ausgeschlossen (BVerfGE 4, 96 (107); 19, 303 (322)). Über die Regelung der Dienstbezüge und Versorgungsbezüge der Beamten sowie über die übrigen beamtenrechtlichen Rechtsverhältnisse wird hergebracht einseitig durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes durch Rechtsverordnung entschieden (BVerfGE 8, 1 (18); 44, 249 (264)). Auch wenn man anerkennt, daß die gesetzlich vorgesehene Beteiligung der Spitzenorganisationen der zuständigen Gewerkschaften an der Vorbereitung allgemeiner Regelungen der beamtenrechtlichen Verhältnisse einen Ausgleich für die den Beamtenkoalitionen fehlende Tarifmacht darstellen soll (vgl dazu Nilges, Das Beteiligungsrecht der Beamtenkoalitionen bei der Regelung der beamtenrechtlichen Verhältnisse, 1964, S 32f, 38ff; Fees, ZBR 1963, 135 (138); Wilhelm, ZBR 1968, 61 (62)), ist danach eine Beteiligung der Spitzenorganisationen am Rechtssetzungsverfahren selbst verfassungsrechtlich nicht geboten. Den Beamtenkoalitionen verbleiben auch ohne eine solche Beteiligung genügend Möglichkeiten effektiver Betätigung - auch in Bezug auf beamtenrechtliche Regelungen - zur Wahrung und Förderung der Belange ihrer Mitglieder und damit diejenigen Betätigungsräume, die ihnen Art 9 Abs 3 GG unter Berücksichtigung des Art 33 Abs 5 GG garantiert (vgl insoweit auch Schröder, Gesetzgebung und Verbände, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd 58, 1976, S 54ff (57)).“

BVerwG, Beschluss vom 25.10.1979 - 2 N 1/78 -, Rn. 18.

Letztere Entscheidung hatte die Frage zum Gegenstand, ob eine die Regelung beamtenrechtlicher Verhältnisse betreffende Rechtsverordnung deshalb nichtig war, weil bei ihrer Vorbereitung die Spitzenorganisationen der zuständigen Gewerkschaften entgegen des Beteiligungsrechts nach dem maßgeblichen Beamtengesetz nicht beteiligt worden waren. Das Gericht hat dies anhand der vorgenannten Begründung verneint. Der Gesetzgeber habe die Folge der Nichtigkeit als Sanktion einer unterbliebenen Beteiligung nicht erörtert und auch nicht gewollt. Dies entspreche dem Gebot der Rechtssicherheit, die gefährdet wäre, wenn Streit über Umfang und Grenzen der Beteiligung entstünde. Insoweit verwies das Gericht auch auf die voneinander abweichenden Beteiligungsregelungen in den Ländern.

BVerwG, Beschluss vom 25.10.1979 - 2 N 1/78 – Rn. 15
(zitiert nach Juris).

Dementsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht auch keine Bedenken gegen die in den gesetzlichen Beteiligungsrechten vorgenommene Begrenzung auf die Spitzenorganisation von Gewerkschaften und Berufsverbänden. Zur Begründung verweist es auf die Gesetzgebungsmaterialien:

"Die Spitzenorganisationen der zuständigen Gewerkschaften sind der Deutsche Beamtenbund (Gewerkschaftsbund der Berufsbeamten) und die Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr.

Der Ausschuß war sich, wie bereits bei der Beratung der Bundesdisziplinarordnung, darüber einig, daß Berufsverbände, die sich nur aus Beamten bestimmter Verwaltungszweige oder früherer Verwaltungen zusammensetzen, oder die nur vorübergehende Interessen vertreten, nicht zu den Gewerkschaften gehören".

BVerwG, Urteil vom 12.10.1978 - 2 C 17/76 -, Rn. 30 f. mit Verweis auf einen Nachtrag zum Schriftlichen Bericht des Ausschusses für Beamtenrecht (BT-Drs. 1/4246).

Vgl. ferner BVerwG, Urteil vom 29.11.1979 - II C 14.77.

Der Gesetzgeber habe bei der Frage, ob und inwieweit er bei der Vorbereitung beamtenrechtlicher Regelungen Beamtenorganisationen überhaupt beteiligt, einen sehr weiten Ermessensspielraum, und zwar sowohl hinsichtlich des Kreises der Organisationen als auch hinsichtlich der Auswahl der Vorschriften, bei deren Vorbereitung er Organisationen beteiligen will.

BVerwG, Urteil vom 12.10.1978 - 2 C 17/76 -, Rn. 41;
BVerwG, Urteil vom 29.11.1979 - 2 C 14/77 -, Rn. 29 (jeweils zitiert nach Juris).

Darin liege auch keine Verletzung des Gleichheitssatzes:

„Der Gleichheitssatz ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur verletzt, wenn ohne zu reichenden Grund wesentlich Gleiches ungleich (oder wesentlich Ungleiches gleich) behandelt wird. Davon kann, soweit bloße Fachverbände von der Beteiligung ausgeschlossen werden, nicht die Rede sein. Dies schon deshalb nicht, weil die Beteiligung von Fachverbänden zu einer kaum abgrenzbaren Zersplitterung des Beteiligungsverfahrens führen und damit dessen Praktikabilität in Frage stellen könnte.“

BVerwG, Urteil vom 12.10.1978 - 2 C 17/76 -, Rn. 42;
BVerwG, Urteil vom 29.11.1979 - 2 C 14/77 -, Rn. 29 (jeweils zitiert nach Juris).

Immerhin schließt das Bundesverwaltungsgericht eine weitergehende Beteiligung anderer Beamtenvereinigungen nicht aus:

„Demnach ist nicht auszuschließen, daß der Bundesgesetzgeber neben den Spitzenorganisationen in dem vom Berufungsgericht verstandenen Sinne auch sonstige Beamtenorganisationen, wenn sie für die Belange der Beamtenschaft von erheblicher Bedeutung sind, in Übereinstimmung mit einer zwischenzeitlich herausgebildeten Praxis ein Beteiligungsrecht im Sinne des § 58 BRRG zuerkennt. Hierfür könnte auch die - allerdings nicht dem Beamtenrecht zuzu-

ordnende - Regelung des § 12 (früher § 10a) des Tarifvertragsgesetzes, jetzt in der Fassung vom 25. August 1969 (BGBl I S 1323) sprechen, die den Begriff der Spitzenorganisation zwar ebenfalls entscheidend vom Charakter einer Dachorganisation geprägt sieht, den Spitzenorganisationen aber sonstige Vereinigungen von wesentlicher Bedeutung gleichstellt.“

BVerwG, Urteil vom 12.10.1978 - 2 C 17/76 -, Rn. 37.

c) Kritik im Schrifttum

An dieser Rechtsprechung ist in der Fachliteratur seitdem wiederholt deutlich Kritik geübt worden.

Vgl. den Überblick bei Lorse, ZBR 2012, 361 (366 f.).

In einem Rechtsgutachten im Auftrag des DBB haben Benda und Umbach 1995 eine ausführliche rechtliche Analyse zum beamtenrechtlichen Beteiligungsanspruch vorgelegt.

Benda/Umbach, Der Beamtenrechtliche Beteiligungsanspruch – Gutachten zur materiellen und verfahrensrechtlichen Absicherung, DBB Verlag 1995.

Das Gutachten hat einen maßgeblichen Beitrag zur Diskussion über die Beteiligungsrechte geliefert, weshalb nachfolgend einige der wesentlichen Überlegungen dargestellt werden:

Wenn Art. 33 Abs. 5 GG es nach der allgemeinen Auffassung ausschließe, dass über die Rechtsverhältnisse der Beamten Tarifverträge geschlossen werden, und es ihnen vor allem auch versagt sei, zur Durchsetzung von Forderungen in den Streik zu treten, ihnen jedoch wie allen anderen Berufen die Koalitionsfreiheit zustehe, dann werde wenigstens nach mitbestimmungsrechtlichen Ersatzgarantien zu suchen sein, weil sonst die Koalitionsfreiheit für Beamte inhaltslos bliebe. Auch gebiete schon die Fürsorgepflicht des Dienstherrn, die einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums darstelle, nicht nur die Sorge für berechtigte Interessen der Beamten, sondern könne auch eine Beteiligungsregelung rechtfertigen und sogar erforderlich machen.

Benda/Umbach, Gutachten, S. 24 f. m.w.N.

Es stünden also die einseitige, hoheitliche Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses und die grundrechtlich garantierte Koalitionsfreiheit der Beamten und ihrer Organisationen mit ihrer Gewährleistung der spezifisch koalitionsmäßigen Betätigung auf der Ebene der Verfassung gegenüber. Zwischen diesen Verfassungsregelungen müsse ein Ausgleich im Sinne der „praktischen Konkordanz“ gefunden werden. Aus grundrechtsdogmatischer Sicht gehe es um eine verfassungsimmanente Schranke des Art. 9

Abs. 3 GG.

Benda/Umbach, Gutachten, S. 41.

Soweit in der Literatur weitergehende Mitbestimmungsregelungen diskutiert werden, liefern diese im Ergebnis auf eine Vereinbarungsautonomie zwischen Beamtenkoalitionen und Staat hinaus. Die staatliche Letztentscheidung in beamtenrechtlichen Fragen sei jedoch nicht nur ein hergebrachter Grundsatz im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG. Auch das Demokratieprinzip verlange, dass staatliche Entscheidungen auf die mittelbar demokratisch legitimierte Exekutive zurückführbar sind. Andererseits könne man nicht davon ausgehen, dass die Verfassungsbestimmungen des Art. 33 Abs. 4 und 5 GG das Grundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG für die Beamten und deren Koalitionen völlig verdrängen können. Dieser ersatzlose Verlust der entscheidenden grundrechtlichen Gewährleistung erscheine jedenfalls dann nicht gerechtfertigt, wenn eine Möglichkeit besteht, dem Grundrechtsinhalt wenigstens partiell zur Geltung zu verhelfen. Da den Beamtenkoalitionen kein freies Aushandeln der Beschäftigungsbedingungen gewährt werden könne, müsse ihnen wenigstens die Möglichkeit gegeben werden, ihre Vorstellungen hinsichtlich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gegenüber dem einseitig die Regelungen erlassenden Staat geltend zu machen. Dadurch werde der Grundsatz der einseitigen Regelung im Beamtenrecht nur minimal berührt. Es verbleibe bei der einseitigen Regelungsmacht des Staates. Er müsse den Beamtenkoalitionen allerdings die Gelegenheit zur Stellungnahme einräumen und sich mit ihrem Vorbringen befassen. Dies ergebe sich aus dem grundrechtlichen Resttatbestand von Art. 9 Abs. 3 GG, der hier noch wirksam gemacht werden könne. Aus dem „Recht auf Aushandeln“ der materiellen Beschäftigungsbedingungen werde ein formaler Verfahrensanspruch: Er sei darauf gerichtet, vor dem Erlass von Regelungen, die die Beschäftigungsbedingungen der Beamten betreffen, gehört zu werden. Mit diesem grundrechtlich verbürgten Anspruch auf formale Verfahrensbeteiligung sei gleichzeitig das Maximum an beanspruchter und realisierbarer Rechtsposition erreicht. Ansprüche auf inhaltliche Ausgestaltung oder Mit-Gestaltung geplanter allgemeiner Regelungen der beamtenrechtlichen Verhältnisse bestünden nicht.

Benda/Umbach, Gutachten, S. 43 ff.

Soweit es um den Kernbereich der kollektiven Koalitionsfreiheit ginge, trete eine Verfahrensregelung also nicht verstärkend neben den materiellen Grundrechtsgehalt. Vielmehr habe das Verfahren diesen zu ersetzen; der materielle Grundrechtsgehalt gehe im Verfahren auf. Daher gehe es nicht (nur) um Grundrechtsicherung durch Verfahren, sondern vielmehr um Grundrechtsverwirklichung erst durch Verfahren. Dies übersehe das Bundesverwaltungsgericht, wenn es ein Verfahren der argumentativen Einflussnahme nicht für verfassungsrechtlich geboten halte und stattdessen auf sonstige bestehende Einflussmöglichkeiten der Beamtenkoalitionen verweist. Den Beamtenkoalitionen sei gerade der Kernbereich der kollektiven Koalitionsfreiheit entzogen.

Benda/Umbach, Gutachten, S. 47.

Weiterhin stelle es auch kein grundsätzliches Problem dar, wenn verschiedene Koalitionen im Beteiligungsverfahren verschiedene Ansichten vortragen; die Letztentscheidung verbleibe allein beim Normgeber.

Benda/Umbach, Gutachten, S. 49.

Im Hinblick auf den Ausschluss der Fachverbände, ihrer Dachorganisationen und der nicht in Spitzenorganisationen organisierten Einzelgewerkschaften sei zu bedenken, dass auch die Fachverbände und ihre Spitzenorganisationen sowie die Einzelkoalitionen Träger des Grundrechts aus Art. 9 Abs. 3 GG sind. Ein genereller Ausschluss dieser Verbände komme daher nicht in Betracht. Eine Unterscheidung werde hier nach der Größe der Koalition oder des Verbandes getroffen werden müssen. Der Ausschluss einer Koalition sei unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit dann eher zu rechtfertigen, wenn er nur eine vergleichsweise geringe Zahl von Grundrechtsträgern betreffe. Im Hinblick auf die Beteiligung von Fachverbänden böte es sich an, die Mitwirkung auf deren Dachorganisationen auf die Regelung von Rechtsmaterien zu beschränken, die vorwiegend die Mitglieder der Fachverbände betreffen. Auch größeren Einzelkoalitionen, die keinem Dachverband angehören, müsse im Hinblick auf Art. 9 Abs. 3 GG die Mitwirkung zugebilligt werden. Insoweit erweise sich der vor allem von der Rechtsprechung vertretene Begriff der Spitzenorganisationen als zu eng.

Benda/Umbach, Gutachten, S. 60 f.

Ergänzend hierzu hat Fürst die Auffassung vertreten, dass es die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG gebiete, die Mitwirkungsmöglichkeiten gesetzlich so weitgehend wie verfassungsrechtlich möglich zu eröffnen. Danach stehe es dem Gesetzgeber von Verfassung wegen eben nicht frei, eine Beteiligungsvorschrift zu schaffen oder von einer solchen überhaupt abzusehen.

Fürst, GKÖD (Stand 09/1998), § 94 BBG Rn. 6.

Daher stelle sich zwangsläufig die Frage, ob die Beschränkung des Beteiligungsrechts auf die Spitzenorganisationen in der Auslegung der herrschenden Meinung und der ständigen Rechtsprechung mit Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 33 Abs. 5 GG vereinbar sei. Zwar sei die Funktionsfähigkeit des Beteiligungsverfahrens zu wahren, aber auch der Ausschluss von Einheitsorganisationen oder Spitzenorganisationen ohne erhebliche Bedeutung sei zumindest dann nicht unbedenklich, wenn deren Einbeziehung in landesrechtliche Beteiligungsverfahren die Funktionsfähigkeit des Beteiligungssystems nicht entscheidend berühren müsste.

Fürst, GKÖD (Stand 09/1996), § 94 BBG Rn. 13.

Jekewitz vermutet, dass der Gesetzgeber bei der erstmaligen Regelung der Beteiligung in § 94 BBG die Berufsverbände von der Beteiligung nicht nur ausschließen wollte, soweit, sondern weil sie stets begrenzte Interessen vertreten, was angesichts der zur Zeit der Entstehung der Norm noch bestehenden bunten Landschaft unterschiedlicher Ansätze bei der organisierten Vertretung von Beamteninteressen durchaus nachvollziehbar sei. Infolge der späteren Konsolidierung der Beamtenvertretungen sei dieser Hauptgrund für den Ausschluss von Berufs- oder auch nur reinen Fachverbänden später jedoch entfallen.

Jekewitz, Der Staat 34 (1995), 79 (96).

Gleichwohl hätten sich die Beteiligten auf Grundlage der ursprünglichen Beteiligungspraxis und deren Absicherung durch die Rechtsprechung in dem jeweiligen Beteiligungsverfahren „eingerichtet“. Der Kreis der Beteiligungsberechtigten sei also einer der immer schon Beteiligten; neue Organisationen hätten kaum eine Chance, in ihn einzudringen, wie Einzelgewerkschaften oder -verbände nicht an Stelle ihrer Dachorganisationen auftreten könnten.

Jekewitz, Der Staat 34 (1995), 79 (95, 97) mit Verweis auf die vorhergehend zitierte Begründung der Bundesregierung.

Unter Verweis auf vergleichbare Entwicklungen im Umwelt- und Technikrecht, wo sich unter der Flagge des Konsensprinzips reichlich unsystematisch für den unter- und vorgesetzlichen Bereich neue Handlungsformen des Staates eingeschlichen hätten, merkt Jekewitz kritisch an, dass mit diesem „quasi ständischen Element der Eigengesetzgebung“ das Demokratieprinzip und die Gemeinwohlbewahrung gefährdet werden könnten. Die Beteiligung dürfe daher keine privilegierende Ausnahme sein, sondern müsse sich an dem Ziel demokratischer Regelungs- und Entscheidungsfindung orientieren und entsprechend in einem transparenten Verfahren unter frühzeitiger Offenlegung der widerstreitenden Interessen ausgestaltet werden und nicht in zwei- oder mehrseitigen Vereinbarung.

Jekewitz, Der Staat 34 (1995), 79 (102 f.).

In diese Richtung zielt auch die Kritik von Lorse, der in Bezug von einer Sicherung eines „Monopols“ der gewerkschaftlichen Spitzenorganisationen gegenüber den einzelnen Fachgewerkschaften spricht, dass sich mit einem „Kartellangebot“ der öffentlichen Arbeitgeber an eben diese Spitzenorganisationen auf vorteilhafte Weise verbinde.

Lorse, ZBR 2012, 361 (366).

Die Billigung der durch den Gesetzgeber vorgenommenen Verengung des Koalitionsbegriffs auf Spitzenorganisationen durch das Bundesverwaltungsgericht erscheine in höchstem Maße angreifbar, weil sie den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit in unzulässiger Weise auf Dachorganisationen verenge. Das durch die Rechtsprechung bemühte Gespenst einer „Zersplitterung des Beteiligungsverfahrens“, das mit „unrealistischen Sonderinteressen einzelner Beamtengruppen“ sowie der „Effektivität des Normsetzungsverfahrens“ weiter angereichert werde, relativiere einerseits in unzulässiger Weise den verfassungsrechtlichen Stellenwert des Koalitionsrechts im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG und überschätze andererseits die Funktion einer Dachorganisation, die keineswegs frei von Eigeninteressen sei und sich selbst keineswegs rechtsstaatliche Bindungen auferlege. Die durch die Rechtsprechung betriebene Idealisierung der Funktion von Spitzenorganisationen, denen „im Interesse der Effektivität des Normsetzungsverfahrens“ eine „auf Kompromiss angelegte koordinierende Aufgabenstellung“ zugeschrieben werde, verkenne die Machtverhältnisse in der Binnenstruktur von Spitzenorganisationen, deren Entscheidungsfindung sich zumeist nach anderen Mechanismen als den Idealbildern der Rechtsprechung vollziehe. So wie sich verfassungsrechtlich abgeleitete Kritik an dem etablierten Parteiensystem unter dem Gesichtspunkt eines den Wettbewerb beschränkenden politischen „Quasi-Kartells“ entzündet habe, lasse sich eine ähnliche Abschirmungstendenz pluralistischer Meinungsbildung im gewerkschaftlichen Bereich durch die Errichtung eines „gesetzlichen Beteiligungsmonopols“ für gewerkschaftliche Spitzenorganisationen konstatieren.

Lorse, ZBR 2012, 361 (369).

Die Zwischenschaltung eines Dachverbands sei nur dann verfassungsrechtlich zwingend, wenn eine Handlungs- oder Funktionsunfähigkeit des Staates im anderen Falle zu befürchten wäre. Gerade die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums mit dem Streikverbot und der fehlenden Tarifautonomie der Gewerkschaften hinderten eine solche Paralyse des öffentlichen Dienstes. Die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts, es sei verfassungsrechtlich zu fordern, „einander widerstreitende Gruppeninteressen schon vorab in ihrer eigenen Organisation abzuwägen und auszugleichen“, lasse sich aus dem Recht der Koalitionsfreiheit, die per definitionem auf Meinungsp pluralität angelegt sei, nicht schlussfolgern.

Lorse, ZBR 2012, 361 (369 f.).

Ungeachtet dieser Kritik im Schrifttum sowie der beschriebenen Entwicklungen in der Beteiligungspraxis halten die Obergerichte weiterhin fest an der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. So hat beispielsweise das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg im Jahr 2007 ausgeführt:

„Aus der verfassungsgemäßen Beschränkung der Koalitionsfreiheit der Beamten folgt aber noch nicht das verfassungsrechtliche Gebot, ein Beteiligungsrecht einzuführen und durch weitestgehende Ausschöpfung der rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten der Mitwirkung auszuformen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 25. Oktober 1979, a.a.O., S. 54 f.). Dem Argument, dass dieses Gebot den „grundrechtlichen Restbestand von Art. 9 Abs. 3 GG“ darstelle (Umbach, a.a.O., S. 14) und ansonsten der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletzt sei (Fürst, a.a.O., S. 22), fehlt die Überzeugungskraft, da nicht nachvollziehbar ist, warum durch eine schwächere Form der Beteiligung rechtsstaatliche Grundsätze verletzt werden. Die wesentlichen Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der Beamten, denen die Ausübung von Staatsgewalt anvertraut ist, entziehen sich von vornherein einer bestimmenden Einflussnahme der Beamten selbst und sind der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers unterstellt. Dieser steht den Beamten nicht in erster Linie als Arbeitgeber gegenüber, sondern ist dem Gemeinwohl verpflichtet. Für die Anerkennung eines Rechts auf Beteiligung im Normsetzungsverfahren (mit einer entsprechenden Fehlerfolge) als Ausgleich für den Entzug von Privatautonomie bei der Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen besteht deshalb von Verfassungs wegen kein Anlass.“

OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 25.10.2007 - 4 B 10.07 -, Rn. 23 (zitiert nach Juris) m.w.N.

4. Fazit

Bereits vor diesem Hintergrund ist die bis heute maßgebliche, restriktive Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aus den 70er-Jahren äußerst zweifelhaft. Wenngleich aus Art. 9 Abs. 3 GG zumindest kein unmittelbarer Beteiligungsanspruch abgeleitet werden kann, erscheint die gesetzliche Ausgestaltung eines Beteiligungsverfahrens für Beamte angesichts der durch die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums weitreichenden Beschränkungen der koalitionsspezifischen Handlungsmöglichkeiten zwingend geboten. Wie Lorse zutreffend feststellt, verengt sich daher der vom Bundesverwaltungsgericht konzedierte „sehr weite Ermessenspielraum“ hinsichtlich des „Ob“ einer Beteiligung auf null. Andernfalls bliebe den Beamten von der Ihnen nach Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Koalitionsfreiheit nicht mehr viel übrig.

Vg. Lorse, ZBR 2012, 361 (367).

Die bislang in den gesetzlichen Beteiligungsrechten vorgenommene Begrenzung auf die sogenannten „Spitzenorganisationen“ führt somit zumindest mittelbar zu einer Beschränkung der Koalitionsfreiheit für alle anderen Beamtenvereinigungen. Dies gilt insbesondere für diejenigen, die nicht Mitglied einer der wenigen anerkannten Spitzenorganisationen sind. Eine Rechtfertigung für diese Begrenzung des Kreises der Beteiligungsberechtigten ist nicht ersichtlich.

Demgegenüber vermag die Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts nicht zu

überzeugen. Es ist offenkundig, dass das Gericht im Kontext der damaligen Diskussion von der aus seiner Sicht unbedingt zu vermeidenden Rechtsfolge der Nichtigkeit einer beamtenrechtlichen Regelung bei unterbliebener Beteiligung her argumentiert hat. Dabei müsste – einen entsprechenden verfassungsrechtlichen Beteiligungsanspruch vorausgesetzt – dessen Missachtung nicht zwangsläufig zur Nichtigkeit eines Gesetzes oder einer Verordnung führen. Soweit das Gericht zudem diverse Gefahren für die Funktionalität und Effektivität des Beteiligungsverfahrens und in der Folge des Normsetzungsverfahrens heraufbeschwört, sind diese zumindest aus heutiger Sicht nicht mehr nachvollziehbar.

Als verfassungsrechtlich bedenklich erscheint zudem die zwischen den bereits gesetzlich privilegierten Spitzenorganisationen und dem Staat etablierte Vereinbarungspraxis. Insbesondere aufgrund der fehlenden Transparenz birgt diese Praxis die Gefahr einer Unterminierung der effektiven parlamentarischen Kontrolle und Entscheidungsfreiheit. Dies ist insbesondere im Hinblick auf das Demokratieprinzip aber auch auf den Gestaltungsauftrag aus Art. 33 Abs. 5 GG äußerst problematisch.

II. Verfassungswandel

Seit den für das bisherige Verständnis des Beteiligungsrechts maßgeblichen Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts aus den 70er-Jahren ist es zu einem grundlegenden Verfassungswandel gekommen, der das Verhältnis zwischen der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG und den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums aus Art. 33 Abs. 5 GG fortentwickelt hat.

Vgl. zum Begriff des Verfassungswandels: Voßkuhle, *Der Staat* 43 (2004), 450 (451 f.); vgl. ferner Böckenförde, *Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel*, in: derselbe, *Staat, Nation, Europa* (1999), S. 141 (153 ff.); Badura, in: Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VII (1992), § 160 Rn. 13 sowie Michael, *Rechtswissenschaft* 2014, 426.

In diesem Zusammenhang ist zunächst auf die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte aus den Jahren 2008 und 2009 einzugehen, wonach ein Streikverbot für Beamte gegen die Vereinigungsfreiheit aus Art. 11 EMRK verstößt. In Reaktion hierauf fordert das Bundesverwaltungsgericht nunmehr eine erhebliche Erweiterung der Beteiligungsrechte (1.). Sodann ist die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Notwendigkeit einer prozeduralen Absicherung von Grundrechten in den Blick zu nehmen (2.). Zudem wirkt sich die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit durch das Bundesarbeitsgericht und die damit einhergehende Stärkung des Koalitionspluralismus mittelbar auch auf das Verhältnis zwischen Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 33 Abs. 5 GG aus (3.).

1. EGMR: Streikverbot verstößt gegen Vereinigungsfreiheit aus Art. 11 EMRK

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in zwei Entscheidungen aus den Jahren 2008 und 2009, die sich auf türkische Beamte bezogen, klargestellt, dass die Vereinigungsfreiheit und das davon mit umfasste Streikrecht ein in der Europäischen Menschenrechtskonvention normiertes fundamentales Recht darstellt, dessen Einschränkung einer besonderen Begründung bedarf.

EGMR, Große Kammer(GK) vom 12.11.2008 -Individualbeschwerde-Verfahren Nr.34503/97, Demir und Baykara/Türkei;
EGMR, 3. Sektion vom 21.04.2009 - Verfahren Nr.68959/01, Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei

Während die Große Kammer des EGMR die Frage zu entscheiden hatte, ob Art. 11 EMRK auch ein Recht auf Kollektivverhandlungen für Beamten schützt, hatte die Entscheidung der 3. Sektion zum Gegenstand, ob Art. 11 EMRK als Form der Gewerkschaftsbetätigung auch das Beamtenstreikrecht einschließt. In ihrer Entscheidung vom 12. November 2008 erkannte die Große Kammer des EGMR erstmals ein Recht auf Kollektivverhandlungen im Rahmen von Art. 11 EMRK an, das grundsätzlich auch Beamten zugute komme. Die 3. Sektion des Gerichtshofs setzte mit ihrer Entscheidung vom 21. April 2009 diesen Weg fort und entschied zum ersten Mal ausdrücklich, dass das Streikrecht von Art.11 EMRK geschützt sei, und zwar auch das Streikrecht für Beamte. Beide Entscheidungen des EGMR weiten somit den Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit in Art. 11 EMRK beträchtlich aus und dürften sich – wenngleich sie eine unmittelbare Bindungswirkung allein gegenüber der verfahrensbeteiligten Türkei entfalten – auch auf eine Reihe anderer Vertragsstaaten auswirken. Auch für das deutsche Recht stellt sich die Frage, ob die hoheitliche (gesetzliche) Gestaltung des Beamtenverhältnisses und das generelle Verbot des Beamtenstreiks mit Blick auf diese neue Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK noch Bestand haben können.

Vgl. Schuppert, Das beamtenrechtliche Streikverbot auf dem Prüfstand, Gutachten für die Hans Böckler Stiftung (Februar 2014), S. 8; derselbe, in: FS Battis (2014), S. 519; Di Fabio, das beamtenrechtliche Streikverbot (2012); Battis, Streikverbot für Beamte (2013); Kersten, in Waldhoff/Thüsing, Verfassungsfragen des Arbeitskampfes, S. 15; derselbe, in: Volker Rieble/Abo Junker/Richard Giesen (Hrsg.), Neues Arbeitskampfrecht (2010), S. 61; Scholz, in: FS Battis (2014), S. 577, Bull, in: FS Battis (2014), S. 533 (539); Seifert, KritV 2009, 357 (358 f.); Widmaier/Alber, ZEuS 2012, 388 (391 f.); Schubert, AöR 137 (2012), 92.

In der Folge hatten sich die Verwaltungsgerichte Düsseldorf, Kassel und Osnabrück mit dem deutschen Streikverbot zu befassen. Alle drei Verwaltungsgerichte stimmen darin überein, dass das generelle Streikverbot für deutsche Beamte konventionswidrig ist. Lediglich in der Frage, wie auf die Rechtsprechung des EGMR zu reagieren sei, vertraten die Verwaltungsgerichte unterschiedliche Auffassungen.

VG Düsseldorf, Urteil vom 15.12.2010 - 31 K 3904/10.O -, abgeändert durch OVG NRW, Urteil vom 07.03.2012 - 3d A 317/11.O -, teilweise abgeändert durch BVerwG, Urteil vom 27.02.2014 - 2 C 1/13 -; VG Kassel, Urteil vom 27.07.2011 - 28 K 1208/10.KS.D -; VG Osnabrück, Urteil vom 19.8.2011 - 9A1/11 -, bestätigt durch OVG Lüneburg, Urteil vom 12.6.2012 - 20 BD 7/11 und 20 BD 8/11.

Vgl. Schuppert, Gutachten 2014, S. 13. Zur Darstellung der Entscheidungen im Einzelnen siehe Widmaier/Alber, ZEuS 2012, 388 (396 f.).

Demgegenüber vertritt das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen in seiner Entscheidung vom März 2012 die Auffassung, dass der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR nicht entnommen werden könne, dass das Streikverbot für Beamte in Deutschland konventionswidrig sein und änderte die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Düsseldorf ab.

OVG NRW, Urteil vom 07.03.2012 - 3d A 317/11.O.

Auch das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht hat in seiner Entscheidung vom Juni 2012 die Geltung des Streikrechts bekräftigt. Es könne dahinstehen, ob sich das Streikverbot für deutsche verbeamtete Lehrer mit Art. 11 EMRK in seiner Auslegung durch den EGMR vereinbaren lässt. Denn auch unter Berücksichtigung des Art. 11 EMRK sei das Streikverbot für deutsche Beamte jedenfalls ein tragender Bestandteil des ausbalancierten Systems des Berufsbeamtentums mit den gegenseitigen Rechten und Pflichten der Beamten und ihrer Dienstherrn. Es stelle einen tragenden Verfassungsgrundsatz dar, der nur vom Verfassungsgesetzgeber geändert werden könne.

OVG Lüneburg, Urteil vom 12.06.2012 – 20 BD 7/11 -, Leitsätze (zitiert nach Juris).

Nunmehr hatte sich das Bundesverwaltungsgericht mit den Auswirkungen der Rechtsprechung des EGMR auf das deutsche Streikverbot auseinanderzusetzen. In seinem Urteil vom Februar 2014 führt es zunächst aus, dass das Streikverbot als hergebrachter Grundsatz nach Art. 33 Abs. 5 GG verfassungsunmittelbar für alle Beamten gelte und ein umfassendes Recht auf Tarifverhandlungen und kollektive Kampfmaßnahmen mit tragenden Strukturprinzipien der durch Art. 33 Abs. 4 und 5 GG gewährleisteten Institution des Berufsbeamtentums unvereinbar sei. Demgegenüber gewährleiste die Vereinigungsfreiheit aus Art. 11 EMRK in ihrer bindenden Auslegungen durch den EGMR allen Angehörigen des öffentlichen Dienstes, die nicht in den Streitkräften, der Polizei und der genuinen Hoheitsverwaltung tätig sind, sowie ihren Gewerkschaften ein Recht auf Kollektivverhandlungen und darauf bezogene kollektive Kampfmaßnahmen. Das statusbezogene Verbot nach Art. 33 Abs. 5 GG und die funktionsbezogenen Gewährleistungen nach Art. 11 EMRK seien in Bezug auf Beamte, die außerhalb der genuinen

Hoheitsverwaltung eingesetzt sind, inhaltlich miteinander unvereinbar. Es sei Aufgabe des Gesetzgebers, diese Kollisionslage aufzulösen und im Wege der praktischen Konkordanz einen Ausgleich herbeizuführen. Solange dies nicht geschehen sei, beanspruche das Verbot nach Art. 33 Abs. 5 GG Geltung.

BVerwG, Urteil vom 27.02.2014 – 2 C 1/13 –, Leitsätze, Rn. 23 (zitiert nach Juris).

In diesem Zusammenhang fordert das Bundesverwaltungsgericht nunmehr ausdrücklich eine Erweiterung der Beteiligungsrechte der Gewerkschaften:

„Davon ausgehend muss der Gesetzgeber für die Beamten außerhalb der genuin hoheitlichen Verwaltung nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz einen Ausgleich der sich gegenseitig ausschließenden Rechtspositionen aus Art. 33 Abs. 5 GG und Art. 11 EMRK herbeiführen. Zur Auflösung dieser Kollisionslage stehen ihm insoweit verschiedene Möglichkeiten offen, die bereits jetzt in der Literatur diskutiert werden: **Erforderlich erscheint jedenfalls eine erhebliche Erweiterung der Beteiligungsrechte der Gewerkschaften in Richtung eines Verhandlungsmodells. Die derzeit eingeräumten Beteiligungsrechte nach § 118 BBG, § 53 BeamStG genügen nicht** (Schubert, a.a.O. S. 109 f.).“ (Hervorhebung durch den Verfasser)

BVerwG, Urteil vom 27.02.2014 – 2 C 1/13 –, Rn. 64 (zitiert nach Juris).

Gleichwohl änderten erweiterte Beteiligungsrechte nichts daran, dass kollektive Kampfmaßnahmen von Beamten als Druckmittel zur Durchsetzung konkreter Arbeitsbedingungen "echte" Tarifverhandlungen über die Gestaltung der Arbeitsbedingungen der Beamten und damit eine Abkehr von der hoheitlichen Regelung des Beamtenverhältnisses voraussetzen. Eine über den Bereich innerdienstlicher, sozialer und personeller Angelegenheiten hinausgehende Tarifautonomie stelle den durch Art. 33 Abs. 4 und Abs. 5 GG vorgegebenen Charakter des Beamtenverhältnisses als öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis in Frage.

BVerwG, Urteil vom 27.02.2014 – 2 C 1/13 –, Rn. 65 f. (zitiert nach Juris).

Derzeit ist die Sache beim Bundesverfassungsgericht anhängig, dass nun entscheiden muss, ob nicht doch im Wege der Auslegung ein Ausgleich zwischen Art. 33 Abs. 5 GG und Art. 11 EMRK herbeigeführt werden kann.

2. BVerfG: Notwendigkeit der prozeduralen Absicherung von Grundrechten

Im Zusammenhang mit dem Beteiligungsrecht bislang hingegen kaum in den Blick genommen worden ist die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Notwendigkeit einer prozeduralen Absicherung von Grundrechten bzw. grundrechtsgleichen Rechten:

„Zwar schuldet der Gesetzgeber von Verfassungs wegen grundsätzlich nur ein wirksames Gesetz (...). Da aber das grundrechtsgleiche Recht auf Gewährung einer amtsangemessenen Alimentation keine quantifizierbaren Vorgaben im Sinne einer exakten Besoldungshöhe liefert, **bedarf es prozeduraler Sicherungen, damit die verfassungsrechtliche Gestaltungsrichtlinie des Art. 33 Abs. 5 GG auch tatsächlich eingehalten wird** (...). Die prozeduralen Anforderungen an den Gesetzgeber kompensieren die Schwierigkeit, das verfassungsrechtlich gebotene Besoldungsniveau anhand materieller Kriterien zu bestimmen. Zudem stellt diese prozedurale Absicherung **einen Ausgleich dafür dar, dass die Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses einschließlich der Festlegung der Besoldungshöhe der Regelungskompetenz des Gesetzgebers unterliegt**. Insofern entfaltet die prozedurale Dimension des Alimentationsprinzips **Schutz- und Ausgleichsfunktion**.“ (Hervorhebungen durch den Verfasser)

BVerfG, Urteil vom 14.02.2012 – 2 BvL 4/10 –, BVerfGE 130, 263, Rn. 164 (zitiert nach juris) – W-Besoldung.

Das Bundesverfassungsgericht hat diese Ausgleichsfunktion in seiner jüngst ergangenen Entscheidung zur Richterbesoldung folgendermaßen erläutert:

„Der **mit der Ausgleichsfunktion der Prozeduralisierung angestrebte Rationalisierungsgewinn** kann – auch mit Blick auf die Ermöglichung von Rechtsschutz – effektiv nur erreicht werden, wenn die erforderlichen Sachverhaltsermittlungen vorab erfolgen und dann in der Gesetzesbegründung dokumentiert werden. Die **Prozeduralisierung zielt auf die Herstellung von Entscheidungen** und nicht auf ihre Darstellung, das heißt nachträgliche Begründung (vgl. Schmidt-Aßmann, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2. Aufl. 2012, § 27 Rn. 61).“ (Hervorhebungen durch den Verfasser)

BVerfG, Urteil vom 05.05.2015 - 2 BvL 17/09 u.a. -, Rn. 130 (zitiert nach juris) – R-Besoldung.

Mit dieser Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht dem über Jahrzehnte vorherrschenden Verständnis eines einseitigen weiten und gerichtlich nur eingeschränkt kontrollierbaren Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers im Beamtenrecht erstmals effektive Grenzen gezogen. Wenngleich diese Rechtsprechung einige Kritik erfahren hat, dürfte Übereinstimmung darin bestehen, dass das Bundesverfassungsgericht damit eine Zeitenwende im Beamtenrecht eingeläutet hat.

Stuttmann, NVwZ 2015, 1007; vgl. ferner Schübel-Pfister, NJW 2015, 1920; Hebel, ZBR 2015, 289; Pilniok, ZBR 2015, 361.

Das Niedersächsische Obergerverwaltungsgericht ist jüngst unter Bezugnahme auf diese Rechtsprechung von der bis dahin seit Jahrzehnten geltenden Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und der Obergerverwaltungsgerichte zur Festlegung der Unterrichtsverpflichtung von Lehrkräften ausdrücklich abgewichen. In seiner Entscheidung hat das Obergerverwaltungsgericht eine Verordnung zur Festlegung der Unterrichtsverpflichtung von Lehrkräften für unvereinbar mit höherrangigem Recht und daher für unwirksam erklärt. Die Begründung der Verordnung entspreche nicht den Anforderungen der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Notwendigkeit einer prozeduralen Absicherung von Grundrechten bzw. grundrechtsgleichen Rechten, also einer Absicherung dieser Rechte durch die Etablierung und Anwendung transparenter Verfahren zur Entscheidungsgewinnung sowie zur Offenlegung der die Entscheidung tragenden Gründe im Vorfeld des Normerlasses. Danach bedürfe es immer dann, wenn sich aus einem Grundrecht oder grundrechtsgleichen Recht Leistungsansprüche ableiten, das Grundgesetz aber keine exakte Bezifferung der Leistungen erlaubt und dem Gesetzgeber dementsprechend ein weiter - gerichtlicherseits nur eingeschränkt überprüfbarer – Gestaltungsspielraum zukommt, in besonderem Maße einer Kontrolle der tatsächlichen Grundlagen und der Methode der Leistungsbemessung, um den Betroffenen effektiven Rechtsschutz zu gewähren.

OVG Lüneburg, Urteil vom 09.06.2015 – 5 KN 148/14 -, Rn. 53 ff. (zitiert nach Juris).

Das Obergerverwaltungsgericht hat ebenfalls unter Hinweis auf die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Revision nicht zugelassen. Der Antraggegner hat auf eine Nichtzulassungsbeschwerde verzichtet, so dass das Urteil inzwischen rechtskräftig ist.

3. BAG: Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit

Weiterhin von Bedeutung für die vorliegende Fragestellung ist eine Grundsatzentscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom Juli 2010, in der es seine bis dahin über Jahrzehnte ständige Rechtsprechung geändert und den Grundsatz der Tarifeinheit aufgegeben hat.

BAG, Urteil vom 07.07.2010 - 4 AZR 549/08 (zitiert nach Juris).

Nach der nunmehr geänderten Auffassung des Bundesarbeitsgerichts stehen die Prinzipien der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit der Anwendung mehrerer Tarifverträge im Betrieb nicht entgegen. Auch fehle es an einer planwidrigen Regelungslücke, die durch ein Prinzip der Tarifeinheit geschlossen werden müsse. Darüber hinaus wäre nach Ansicht des Senats eine entsprechende Rechtsfortbildung mit Art. 9 Abs. 3 GG unvereinbar, da die Verdrängung eines abgeschlossenen Tarifvertrags in Bezug auf die angesprochenen Normentypen mit der kollektiven Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft, deren Tarifvertrag verdrängt wird, ebenso unvereinbar sei wie mit der individuellen Koalitionsfreiheit des davon betroffenen Arbeitnehmers. Eine eventuell verfassungsrechtlich anerkannte Ordnungsfunktion des Tarifwesens vermöge dies nicht zu rechtfertigen, da eine solche angesichts der mitgliedschaftlichen Legitimation der Tarifnormsetzung nur in den mitgliedschaftlichen Strukturen, wie sie § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG vorsehen, gegeben sein könne. Der verfassungsrechtlich angelegte Koalitionspluralismus und -wettbewerb stehe der Annahme einer von Verfassungs wegen vorgesehenen notwendigen tarifeinheitlichen Regelung im Betrieb entgegen.

BAG, Urteil vom 07.07.2010 - 4 AZR 549/08 -, Rn. 21 (zitiert nach Juris).

Das Bundesarbeitsgericht weist in seiner Entscheidung zutreffend darauf hin, dass die Koalitionsfreiheit in erster Linie als Freiheitsgrundrecht strukturiert und auf einen Wettbewerb zwischen verschiedenen Koalitionen angelegt ist. Zu dem durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Koalitionspluralismus gehöre, dass die Koalitionen in Konkurrenz treten.

BAG, Urteil vom 07.07.2010 - 4 AZR 549/08 -, Rn. 68 f. (zitiert nach Juris).

Demgegenüber stellten die für den Grundsatz der Tarifeinheit angeführten Zweckmäßigungs- oder Praktikabilitätsabwägungen keine mit der Koalitionsfreiheit kollidierenden Rechtsgüter des Arbeitgebers von gleichermaßen verfassungsrechtlichem Rang dar, die nach den genannten Maßstäben einen Eingriff in die individuelle und die kollektive Koalitionsfreiheit rechtfertigen können.

BAG, Urteil vom 07.07.2010 - 4 AZR 549/08 -, Rn. 72 (zitiert nach Juris).

In Reaktion auf diese Entscheidung und unter dem Eindruck eines bemerkenswerten Schulterschlusses von DGB und Arbeitgeberverbänden hat die Bundesregierung das sogenannte Tarifeinheitsgesetz vorgelegt, das am 22. Mai 2015 im Bundestag verabschiedet wurde und am 10. Juli 2015 in Kraft getreten ist. Kern des Tarifeinheitsgesetzes ist die Einfügung eines mit „Tarifkollision“ überschriebenen § 4 a TVG, dessen erklärter Zweck gemäß Absatz 1 lautet: „Zur Sicherung der Schutzfunktion, Verteilungs-

funktion, Befriedungsfunktion sowie Ordnungsfunktion von Rechtsnormen des Tarifvertrags werden Tarifkollisionen im Betrieb vermieden.“ In den Absätzen 2 und 3 ist sodann geregelt, wie das Eintreten einer Tarifkollision erreicht werden soll.

Das Tarifeinheitengesetz ist auch verfassungsrechtlich stark umstritten und derzeit Gegenstand mehrerer Verfassungsbeschwerden vor dem Bundesverfassungsgericht. Nicht zuletzt im Hinblick auf die Begründung der vorangegangenen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts bestehen erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Tarifeinheitengesetzes. Es spricht viel dafür, dass damit die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG verletzt wird.

Vgl. Ewer, NJW 2015, 2230; a.A. Baeck/Winzer/Ruttloff, NZG 2015, 670).

Bemerkenswert in diesem Zusammenhang sind zudem die jüngst von der Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts geäußerten Zweifel an der Umsetzbarkeit des Gesetzes:

„Es ist mit den Händen zu greifen, dass schon die Feststellung der Mehrheitsverhältnisse im Betrieb die Rechtsprechung vor große Herausforderungen stellen wird. Das dazu vom Gesetz vorgegebene Verfahren ist komplex und schwierig in der Handhabung. Woher soll man wissen, wie viele Arbeitnehmer zu welchem Zeitpunkt in welcher Gewerkschaft sind?“

Schmidt, Tagesspiegel vom 06.01.2015.

Unabhängig davon, ob das Tarifeinheitengesetz vor dem Bundesverfassungsgericht Bestand haben wird, wird der Koalitionspluralismus gleichwohl gestärkt aus dieser Entwicklung hervorgehen. Denn wenngleich das Tarifeinheitengesetz entsprechend seinem Titel grundsätzlich die Herstellung einer Tarifeinheit im Betrieb bezweckt, wird dadurch nicht der bis zur Rechtsprechungsänderung des Bundesarbeitsgerichts geltende Grundsatz der Tarifeinheit wiederbelebt. Dies wäre auch gar nicht möglich gewesen, weil der Gesetzgeber zum einen die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zu berücksichtigen hatte und zum anderen auch den Veränderungen der gewerkschaftspolitischen Realität Rechnung tragen musste.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der einstmals eherne Grundsatz der Tarifeinheit infolge der Rechtsprechungsänderung des Bundesarbeitsgerichts in dieser Form keine Geltung mehr hat. Damit ist auch dem mit diesem Grundsatz einhergehenden Modell eines „Spitzenmonopols“ einzelner Gewerkschaften die Grundlage entzogen. Denn die frühere Privilegierung einzelner Gewerkschaften ist mit dem von Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Koalitionspluralismus unvereinbar.

4. Fazit

Der vorhergehend aufgezeigte Verfassungswandel hat zu einer nachhaltigen Fortentwicklung des überkommenen Verhältnisses zwischen der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG und den hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums aus Art. 33 Abs. 5 GG geführt.

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Unvereinbarkeit des deutschen Streikverbots mit Art. 11 EMRK ist höchst umstritten. Kritisiert werden dabei zu Recht insbesondere die jedenfalls in dieser Absolutheit unnötige Zuspitzung des Konflikts zwischen Art. 11 EMRK einerseits und Art. 33 Abs. 5 GG andererseits sowie der damit verbundene Handlungsauftrag an den Gesetzgeber. Es wäre für das Bundesverwaltungsgericht durchaus möglich und zudem einer Lösung des Konflikts zuträglicher gewesen, im Wege der Auslegung zu einem anderen Ergebnis zu kommen.

Siehe u.a. Batts, ZBR 2014, 201; Schaks, NVwZ 2014, 743; Lorse, ZBR 2015, 109; Kees, Der Staat 54, 63; Wissmann, ZBR 2015, 294; Buchholtz, DVBl. 2014, 786; Steinau-Steinbrück-Sura, NZW 2014, 580; Hofmann, in: Waldhoff / Thüsing, Verfassungsfragen des Arbeitskampfes (2014), S. 47.

Insoweit trifft die Feststellung des Bundesverwaltungsgerichts nicht zu, dass der „Traditionstatbestand“ des Art. 33 Abs. 5 GG nicht im Wege einer konventionskonformen Auslegung geändert werden könne.

BVerwG, Urteil vom 27.02.2014 - 2 C 1/13 -, Rn. 57 (zitiert nach Juris).

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und auch die des Bundesverwaltungsgerichts etwa zur Zulässigkeit von Teilzeitbeschäftigung im Beamtenverhältnis belegt das Gegenteil.

Siehe nur Batts, BBG, 4. Auflage 2009, § 4 Rn. 11.

Zudem eröffnet möglicherweise auch die vorhergehend aufgezeigte neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Notwendigkeit einer prozeduralen Absicherung von Grundrecht und grundrechtsgleichen Rechten einen anderen Weg.

Weiterhin ist im Hinblick auf den vorliegenden Untersuchungsgegenstand festzuhalten, dass sowohl die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Prozeduralisierung als auch die Rechtsprechungsänderung des Bundesarbeitsgerichts und die damit einhergehende Stärkung des Koalitionspluralismus von erheblicher Bedeutung für die notwendige Reform der Beteiligungsrechte von Beamtenvereinigungen an der Ausgestaltung des öffentlichen Dienstrechts.

Es bleibt abzuwarten, ob das Bundesverfassungsgericht im anhängigen Verfahren zum Streikverbot im Wege einer völkerrechtskonformen Auslegung zu einem Ausgleich zwischen den Rechtsordnungen kommt. Unabhängig davon steht jedoch aufgrund der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts und deren Rezeption in der Literatur fest, dass eine erhebliche Erweiterung der Beteiligungsrechte erforderlich ist.

III. Durch Verfassungswandel gebotene Fortentwicklung i.S.v. Art. 33 Abs. 5 GG

Bereits zum Zeitpunkt der das Beteiligungsrecht bis heute prägenden Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in den 70er-Jahren des letzten Jahrhunderts bestanden berechnigte Zweifel daran, ob die gesetzlichen Beteiligungsrechte den verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar sind. Vor dem Hintergrund des aufgezeigten Verfassungswandels ist jedoch nunmehr offenkundig, dass diese Regelungen und dabei insbesondere die Begrenzung des Beteiligungsrechts auf einige wenige „Spitzenorganisationen“ weder den Anforderungen der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG (1.) noch den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums aus Art. 33 Abs. 5 GG (2.) entsprechen. Zudem könnte der Ausbau der Beteiligungsrechte ein wesentliches Element der Lösung des Konflikts zwischen der Konzeption des deutschen Beamtenrechts und der Rechtsprechung des EGMR sein (3.).

1. Unverhältnismäßige Einschränkung von Art. 9 Abs. 3 GG

Wie vorhergehend dargestellt fällt das Beteiligungsrecht von Beamtenvereinigungen zumindest mittelbar in den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG. Denn aufgrund der weitreichenden Beschränkungen koalitionsspezifischer Handlungsmöglichkeiten durch das Streikverbot und die einseitige Rechtssetzungsbefugnis des Dienstherrn, die beide aus den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums abgeleitet werden, kommt dem Beteiligungsrecht eine erhebliche Ausgleichsfunktion zu. Demgemäß führt die gesetzliche Begrenzung des Kreises der Beteiligungsberechtigten und die damit verbundene Vorenthaltung eines Beteiligungsrechtes für alle anderen Beamtenvereinigungen zu einem rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in deren Koalitionsfreiheit. Aufgrund der vorbehaltlosen Gewährleistung der Koalitionsfreiheit kann diese nur durch Grundrechte Dritter oder andere Rechtsgüter von Verfassungsrang beschränkt werden. Dabei ist auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.

Die ursprünglich vom Gesetzgeber und sodann vom Bundesverwaltungsgericht geltend gemachten Einwände gegen eine breitere Beteiligung von Beamtenvereinigungen sind bereits durch die zwischenzeitlich auf untergesetzlicher Ebene etablierte Vereinbarungspraxis widerlegt worden und sind nicht zuletzt auch aufgrund des aufgezeigten Verfassungswandels nicht mehr haltbar. Wie Lorse zutreffend ausführt, erfolgte die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bereits seinerzeit unter Verkennung

der gewerkschaftspolitischen Realität.

Vgl. Lorse, ZBR 2012, 361 (369).

Die gewerkschaftliche Binnenstruktur und insbesondere das Verhältnis zwischen den einzelnen Verbänden und den Dachorganisationen werden oftmals nicht so sehr von sachbezogener Tarifpolitik, sondern jedenfalls ganz maßgeblich auch von machtpolitischen Interessen geprägt. Die Vorgänge um die tarifpolitischen Auseinandersetzungen bei der Deutschen Bahn AG in den letzten Jahren haben dies besonders anschaulich gemacht.

Vgl. hierzu Ewer, NJW 2015, 2230 (2235).

Die Begrenzung der Beteiligung auf Organisationen, „die gewillt und in der Lage sind, einander widerstreitende Gruppeninteressen schon vorab in ihrer eigenen Organisation gegeneinander abzuwägen und im Rahmen des Möglichen auszugleichen“ wirkt daher nicht nur realitätsfern, sondern unterbindet, wie nicht zuletzt die Entwicklungen in der Praxis belegen, eine pluralistische Meinungsbildung. Dies ist jedoch nicht nur im Hinblick auf den von Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Koalitionspluralismus problematisch, sondern widerspricht auch der erklärten Zielsetzung der Beteiligung von Beamtenorganisationen:

„Durch die Regelung eines Beteiligungsrechts sollen die Interessen der Bediensteten im Vorfeld der Beschlussfassung über allgemeine Regelungen der beamtenrechtlichen Verhältnisse wirksam zur Geltung gebracht und - auch im Interesse des Staates – der Sachverstand und die Verantwortung der Gewerkschaften in das Normsetzungsverfahren eingebracht werden.“

BVerwG, Urteil vom 29.11.1979 - 2 C 14/77 -, Rn. 15 (zitiert nach Juris).

Vielmehr läuft das seit Jahrzehnten etablierte Beteiligungsmonopol der Spitzenorganisationen dem von Art. 33 Abs. 5 GG vorausgesetzten Interessenausgleich zuwider und ist geeignet, die verfassungsgemäße Ausübung der dem Dienstherrn eingeräumten Gestaltungsdirektive unter Beachtung seiner Fürsorgepflicht und des Demokratieprinzip zu gefährden.

Wie zudem im Schrifttum wiederholt kritisiert wurde, räumt die restriktive Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums einseitig Vorrang vor der Koalitionsfreiheit der Beamten und deren Vereinigungen ein. Insofern ist es bemerkenswert, dass das Bundesverwaltungsgericht in seiner Reaktion auf die Rechtsprechung des EGMR nunmehr erstmals die im Schrifttum seit Jahrzehnten geforderte Notwendigkeit der Herstellung einer praktischen Konkordanz zwischen der Koalitionsfreiheit und den hergebrachten Grundsätzen des Berufs-

beamtentums anerkennt und hierfür eine erhebliche Erweiterung der Beteiligungsrechte fordert.

Zur praktischen Konkordanz: Benda/Umbach, Gutachten, S. 41; Lorse, ZBR 2012, 361 (367 f.) m.w.N. („weitest möglichst zu effektuieren“); Böhm, ZBR 2013, 181 (182).

Bedauerlich ist allerdings, dass sich das Bundesverwaltungsgericht selbst nicht in der Lage dazu sieht, diesen Ausgleich im Wege einer Auslegung herbeizuführen, sondern hierfür den Gesetzgeber in die Pflicht nehmen möchte.

Vgl. dagegen die pragmatische Auslegung des OVG Saarland, Beschluss vom 21.10.2014 - 1 B 285/14 -, Rn. 17 ff.

Gleichwohl kann in dieser Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts von 2014 wenn nicht eine Abkehr so zumindest eine deutliche Relativierung seiner früheren äußerst restriktiven Rechtsprechung zum Beteiligungsrecht gesehen werden.

Soweit das Bundesverwaltungsgericht seinerzeit die weitgehende Begrenzung des Beteiligungsrechts mit Zweckmäßigkeit- oder Praktikabilitätsabwägungen gerechtfertigt hat („die Beteiligung von Fachverbänden könnte zu einer kaum abgrenzbaren Zersplitterung des Beteiligungsverfahrens führen und damit dessen Praktikabilität in Frage stellen“), sind diese Erwägungen nicht zuletzt aufgrund der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts nicht mehr haltbar. Die Rechtsauffassung des Bundesarbeitsgerichts, nach der Zweckmäßigkeit- und Praktikabilitätsabwägungen keine mit der Koalitionsfreiheit kollidierenden Rechtsgüter des Arbeitgebers von gleichermaßen verfassungsrechtlichem Rang darstellen, die einen Eingriff in die Koalitionsfreiheit rechtfertigen, lässt sich erst recht auf die bereits erheblich eingeschränkte Koalitionsfreiheit im beamtenrechtlichen Bereich übertragen.

So zutreffend Lorse, ZBR 2012, 361 (370).

Die mit der gesetzlichen Begrenzung der Beteiligung auf die Spitzenorganisationen verbundene Beschränkung der Koalitionsfreiheit der übrigen Beamtenvereinigungen ist daher nicht gerechtfertigt.

Aus denselben Gründen verletzt diese sachlich nicht gerechtfertigte Begrenzung des Beteiligungsrechts den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG.

Vgl. hierzu Ewer, NJW 2015, 2230 (2234).

Demgemäß hat das Oberverwaltungsgericht des Saarlandes in der bereits mehrfach zitierten Entscheidung von 2014 unter dem Gesichtspunkt gleicher Betroffenheit ebenfalls auf den Gleichheitssatz rekurriert:

„Dies dürfte sich bereits aus dem grundgesetzlich verankerten Gleichheitssatz herleiten, denn ein sachlicher Grund, der es rechtfertigen könnte, nur die Gewerkschaften als Vertreter der Beamtenschaft, nicht aber auch den Antragsteller als Vertreter **der von den Regelungsvorhaben weitgehend gleich betroffenen Richterschaft** an den für die anderen Organisationen gemeinsam veranstalteten Spitzengesprächen zu beteiligen, sondern ihn auf Einzelgespräche zu verweisen, ist weder vorgetragen noch ersichtlich.“ (Hervorhebungen durch den Verfasser)

OVG Saarland, Beschluss vom 21.10.2014 – 1 B 285/14 -, Rn. 22 (zitiert nach Juris).

Das Oberverwaltungsgericht betont weiter, dass der Antragssteller verlangen könne, in gleicher Weise und gleichem Umfang wie die Spitzenorganisationen der Gewerkschaften an der Vorbereitung gesetzlicher bzw. allgemeiner Regelungen der beamtenrechtlichen Verhältnisse, soweit diese auch für die saarländischen Richter und Staatsanwälte gelten sollen, beteiligt zu werden.

„Nur so kann unter der Prämisse der Fortführung des Programms „Zukunftssichere Landesverwaltung“ sichergestellt werden, dass auch der Antragsteller so frühzeitig in die Vorbereitung der dort mit dem Ziel einvernehmlicher Lösungen diskutierten Problemfelder eingebunden wird, dass hierdurch dem Charakter der Beteiligung als eigenständigem Instrument des Interessenausgleichs Rechnung getragen wird.“

OVG Saarland, Beschluss vom 21.10.2014 – 1 B 285/14 -, Rn. 25 f. (zitiert nach Juris).

2. Missachtung der prozeduralen Anforderungen aus Art. 33 Abs. 5 GG

Des Weiteren wird die derzeitige gesetzliche Ausgestaltung des Beteiligungsrechtes auch nicht den vom Bundesverfassungsgericht in seiner neueren Rechtsprechung verstärkt betonten prozeduralen Anforderungen gerecht. Zwar folgt aus den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums einerseits eine Beschränkung der Koalitionsfreiheit der Beamten, andererseits fordert die prozedurale Dimension von Art. 33 Abs. 5 GG zugleich die Einrichtung von Verfahrensmechanismen um eine verfassungsgemäße Ausübung des einseitigen Gestaltungsrechtes des Gesetzgebers sicherzustellen.

Ein (mittelbarer) Beteiligungsanspruch folgt daher nicht nur aus Art. 9 Abs. 3 GG, sondern lässt sich zudem auch auf Grundlage dieser neueren Rechtsprechung aus Art. 33 Abs. 5 GG ableiten. Die Beteiligung hat eine der vom BVerfG postulierten Begründungspflicht vergleichbare Gewährleistungsfunktion zum Ausgleich für die einseitige Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses durch den Dienstherrn. Aus dem mehrpoligen Spannungsverhältnis zwischen Koalitionsfreiheit, hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums und Demokratieprinzip ergibt sich daher ein Beteiligungsanspruch

für Beamte und deren Vereinigungen. Das Beteiligungsverfahren trägt zur Rationalisierung der Entscheidungsfindung bei der Regelung und Fortentwicklung des öffentlichen Dienstrechts bei, indem es die Herstellung des hierfür erforderlichen Ausgleichs zwischen den verschiedenen Interessen gewährleistet. Dabei ist die Funktion dieser Prozeduralisierung jedoch umfassender: Das Beteiligungsverfahren dient auch der frühzeitigen Herstellung von Transparenz und damit der Verwirklichung des Demokratieprinzips im Sinne der Gewährleistung der demokratischen Kontrolle. Entgegen früher geäußelter Sorgen stellt ein effektives Beteiligungsrecht nicht das Demokratieprinzip in Frage, sondern gewährleistet im Gegenteil dessen Realisierung. Dies liegt darin begründet, dass sich der beamtenrechtliche Gesetzgeber in der Doppelrolle befindet, einerseits die Interessen des Gemeinwohls und andererseits die der Beamten zu berücksichtigen und zu einem Ausgleich zu bringen. Angesichts der jüngst zunehmend zu beobachtenden Tendenz des Gesetzgebers, seine Gestaltungsspielräume insbesondere auch aus haushaltspolitischen Erwägungen heraus einseitig zu Lasten der Beamtenausübung auszuüben, erscheint ein möglichst weitreichendes Beteiligungsrecht der betroffenen Beamtenausübung durch ihre Organisationen zwingend geboten. Wie nicht zuletzt das Bundesverfassungsgericht zuletzt wiederholt angemahnt hat, handelt es sich bei haushaltspolitischen Erwägungen allenfalls um Nebenaspekte. In erster Linie habe der Gesetzgeber die Funktionsfähigkeit des Berufsbeamtentums zu beachten und dabei insbesondere auch die Erhaltung und Förderung der Attraktivität des Berufsbeamtentums zu gewährleisten. Hierbei kann der Beteiligung eine doppelte Funktion zukommen, zum einen werden so zu einem frühen Zeitpunkt die Interessen der betroffenen Beamten ermittelt und zum anderen bereits durch das Beteiligungsverfahren selbst die Attraktivität des Berufsbeamtentums gesteigert; Partizipation fördert Akzeptanz, weil sie für Transparenz und ausgewogenere Entscheidungen sorgt und dadurch auch die Loyalität der Beamten gegenüber ihrem Dienstherrn erhöht.

Das Beteiligungsrecht dient in diesem Sinne der Absicherung der verfassungsrechtlichen Gestaltungsrichtlinien des Art. 33 Abs. 5 GG auch im Hinblick auf die Gewährleistung der Koalitionsfreiheit der Beamten aus Art. 9 Abs. 3 GG. Nach der bisherigen Rechtsprechung insbesondere des Bundesverwaltungsgerichts bleibt es faktisch allein dem Dienstherrn überlassen, ob und inwieweit er seinen Beamten das Recht zur koalitionspezifischen Betätigung einräumt. Nicht zuletzt angesichts der bisherigen gesetzlichen Ausgestaltung des Beteiligungsrechts sowie der parallel dazu etablierten Praxis wird deutlich, dass der Gesetzgeber von seinem Gestaltungsrecht einseitig zu Lasten der Beamten Gebrauch gemacht hat, indem er ihnen zum Ausgleich für die aus Art. 33 Abs. 5 GG abgeleitete weitgehende Beschränkung koalitionspezifischer Betätigungen lediglich in einem sehr begrenzten und letztlich völlig unzureichenden Umfang ein Beteiligungsrecht zubilligt.

Art. 33 Abs. 5 GG kommt somit weiterhin eine beschränkende Wirkung auf die Koalitionsfreiheit der Beamten zu, andererseits wird jedoch anhand der neueren

Rechtsprechung des BVerfG deutlich, dass Art. 33 Abs. 5 GG seinerseits Begrenzungen der einseitigen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers immanent sind. Wenngleich also Art. 33 Abs. 5 GG ein Streikrecht ausschließen mag und auch – in Verbindung mit dem Demokratieprinzip – das Letztentscheidungsrecht beim Gesetzgeber belässt, folgt daraus zugleich die Notwendigkeit einer verfahrensrechtlichen Absicherung, um den Grundrechten des Beamten aus Art. 33 Abs. 5 GG sowie aus Art. 9 Abs. 3 GG zur Geltung zu verhelfen. Diese Überlegung findet sich letztlich bereits in dem vorhergehend ausführlich zitierten Gutachten von Benda/Umbach wieder, wenn dort gefolgert wird, dass der materielle Grundrechtsgehalt von Art. 9 Abs. 3 GG im Beteiligungsverfahren aufgehen müsse.

Vgl. Benda/Umbach, Gutachten, S. 47; vgl. dahingehend auch Böhm, ZBR 2013, 181 (182).

Auch unter diesen Gesichtspunkten ist erneut auf die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts des Saarlandes hinzuweisen, wonach die gesetzlich vorgesehene Beteiligung bei der Vorbereitung gesetzlicher Regelungen der beamten-/bzw. richterrechtlichen Verhältnisse jeweils so auszugestalten ist, dass den Spitzenorganisationen eine echte Möglichkeit der Einflussnahme auf die Willensbildung eröffnet ist.

OVG Saarland, Beschluss vom 21.10.2014 – 1 B 285/14 -, Leitsatz (zitiert nach Juris).

In diesem Zusammenhang greift das Oberverwaltungsgericht auch die vorhergehend zitierte Feststellung des Bundesverwaltungsgerichts auf, im Hinblick auf Art. 11 EMRK erscheine jedenfalls eine erhebliche Erweiterung der Beteiligungsrechte in Richtung eines Verhandlungsmodells erforderlich.

OVG Saarland, Beschluss vom 21.10.2014 – 1 B 285/14 -, Rn. 17 (zitiert nach Juris).

Das Oberverwaltungsgericht führt hierzu weiter aus:

„Seit langem ist - wie das Bundesverwaltungsgericht in oben zitierter Entscheidung nachhaltig bekräftigt - anerkannt, dass dem Beteiligungsgebot im Hinblick auf das berufsbezogene Koalitionsrecht der Beamten (Art. 9 Abs. 3 GG, § 33 Abs. 5 GG) inhaltlich erhebliche grundsätzliche Bedeutung zukommt. Den Spitzenorganisationen wird an Stelle des nicht gegebenen Tarif- und Streikrechts ein eigenständiges Instrument des Interessenausgleichs im Vorfeld der beamtenrechtlichen Gesetzgebung zur Verfügung gestellt. Es handelt sich um ein eigenständiges Instrument des Interessenausgleichs, das über die Verpflichtung zur rechtzeitigen Anhörung hinausgeht. Nach neueren Überlegungen im Schrifttum ist in diesem Zusammenhang auch die **Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundrechtsschutz durch Verfahren** in den Blick zu nehmen. Hiernach beeinflussen Grundrechte - hier Art. 9 Abs. 3 GG - nicht nur die Ausgestaltung des materiellen Rechts, sondern setzen zugleich **Maßstäbe**

für eine den Grundrechtsschutz effektuierende Organisations- und Verfahrensgestaltung sowie für eine grundrechtsfreundliche Anwendung vorhandener Verfahrensvorschriften. Die **Ausgestaltung der Beteiligung muss angesichts dessen dem Ziel eines effizienten Interessenausgleichs gerecht werden, (...).**“ (Hervorhebungen durch den Verfasser)

OVG Saarland, Beschluss vom 21.10.2014 – 1 B 285/14 –, Rn. 20 m.w.N. (zitiert nach Juris).

3. Harmonisierung mit Unionsrecht

Schließlich würde ein Ausbau der bislang gesetzlich geregelten Beteiligungsrechte dazu beitragen, den Konflikt zwischen der Rechtsprechung des EGMR zur grundsätzlichen Unvereinbarkeit eines Streikverbots für Beamte mit der Vereinigungsfreiheit aus Art. 11 EMRK einerseits und dem in Deutschland nach wie vor geltenden Streikverbot zu lösen oder zumindest zu entschärfen und zugleich das deutsche Berufsbeamtentum in seinem Wesen zu erhalten.

BVerwG, BVerwG, Urteil vom 27.02.2014 - 2 C 1/13 -, Rn. 64 (zitiert nach Juris).

Vgl. Schubert, AöR 137 (2012), 92 (109 ff.); Böhm, ZBR 2013, 181.

Vgl. hierzu auch Schuppert, Gutachten 2014, S. 17 ff., der eine Erweiterung der Beteiligungsrechte jedoch letztlich nicht für ausreichend zur Lösung des Konflikts hält.

Ein konsensorientierter Dialog des Bundesverfassungsgerichts und des EGMR könnte dadurch erleichtert werden, dass die Beteiligungsrechte der deutschen Beamten ausgebaut würden. Ob aus Art. 9 Abs 3 GG wegen des Streikverbots für Beamte und der fehlenden Tarifautonomie zwingend ein Rechtsanspruch auf kompensierende Beteiligung und in welchem Umfang folgt, ist seit langem umstritten. Neuerdings wird die jüngste Rechtsprechung des EGMR zum Beamtenstreik als ‚Motor‘ und ‚zentraler Grund für eine Fortschreibung der Kompensationsinstrumente‘ angesehen. Dem ist zuzustimmen, auch wenn man gerade die von Wolff entwickelte, nach Funktionsgruppen differenzierende Zuerkennung eines beamtenrechtlichen Streikrechts bzw. Streikverbotes zwar für plausibel, aber wenig wahrscheinlich hält. Vorschläge zur Ausgestaltung der Beteiligungsrechte liegen vor. Das Bundesverfassungsgericht könnte als Beitrag zum Dialog mit dem EGMR anregen, dass der Gesetzgeber die bisherige restriktive Linie der beamtenrechtlichen Beteiligung von Gesetzgeber und Rechtsprechung aufgibt. Ergänzend sei auf das Urteil des Bundesarbeitsgerichts zum eingeschränkten Streitverbot in sozialen von den Kirchen getragenen Einrichtungen hingewiesen. Die Einräumung und Ausübung von Mitwirkungsrechten rechtfertigt danach die Einschränkung des Streikrechts. So wie bei den Kirchen Art. 4 GG Art. 9 Abs. 3 GG begrenzt, begrenzt das in Art. 33 Abs. 5 GG garantierte Treueverhältnis zwischen Dienstherrn und Beamten die Ausübung der in Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Koalitionsfreiheit.

4. Fazit

Vor diesem Hintergrund ist Begrenzung des Beteiligungsverfahrens auf Spitzenorganisationen verfassungsrechtlich nicht (mehr) haltbar. Weder die derzeitigen gesetzlichen Regelungen, noch die daneben etablierte Vereinbarungspraxis tragen dem eingetretenen Verfassungswandel Rechnung. Vielmehr ist das Beteiligungsrecht grundlegend zu reformieren und dabei so weit wie möglich auszugestalten, um zumindest ein Minimum der auch für Beamte geltenden Koalitionsfreiheit zu gewährleisten und zugleich das überkommene Verständnis von Art. 33 Abs. 5 GG insgesamt überhaupt in dieser Form aufrechterhalten zu können. Zudem folgt eine entsprechende Anpassungspflicht unmittelbar aus Art. 33 Abs. 5 GG selbst: Dieser enthält nicht nur eine einseitige Gestaltungsbefugnis des Dienstherrn, sondern verpflichtet diesen zugleich auch zur verfassungsgemäßen Regelung und Fortentwicklung des öffentlichen Dienstrechts unter Wahrung der Interessen der Beamten.

Aus alledem folgt, dass das gesetzliche Beteiligungsrecht zukünftig so gestalten ist, dass eine möglichst breite Beteiligung der von den jeweils beabsichtigten Regelungen betroffenen Beamten und deren Organisationen gewährleistet ist. Dabei ist insbesondere auch dem vom Bundesarbeitsgericht gestärkten Koalitionspluralismus Rechnung zu tragen. Insoweit ist nicht nur der Bund, sondern sind ebenso die für ihre Landesbeamten zuständigen Länder verpflichtet (sowohl aus Art. 9 Abs. 3 GG als auch aus Art. 33 Abs. 5 GG), einen verfassungsgemäßen Ausgleich durch Ausweitung und Aufwertung des gesetzlichen Beteiligungsanspruchs herzustellen, wollen sie nicht den Anschluss an eine zunehmend geführte Diskussion verlieren, die in letzter Konsequenz zu einer weitergehenden Beschneidung der dem Dienstherrn derzeit noch eingeräumten einseitigen Gestaltungsspielräume führen könnte. Wenngleich die Regelung des § 53 BeamtStG selbst weit hinter den aufgezeigten Anforderungen zurückbleibt, steht die Vorschrift jedenfalls einer entsprechenden Gesetzgebung auf Länderebene nicht entgegen.

Vielmehr hat der Gesetzgeber bei der nunmehr zwingend erforderlichen Fortentwicklung des Beteiligungsrechts zu beachten, dass die bislang vorgenommene Begrenzung der Beteiligung auf einige wenige Spitzenorganisationen zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung der Koalitionsfreiheit führt und außerdem nicht den prozeduralen Anforderungen von Art. 33 Abs. 5 GG entspricht. Angesichts der aufgezeigten Rechtsprechung des EGMR könnte eine wesentliche Fortentwicklung des Beteiligungsrechtes die notwendige Harmonisierung mit den unionsrechtlichen Vorgaben leisten.

Insofern sei abschließend an die in der Präambel der Niedersächsischen Beteiligungsvereinbarung formulierte Zielsetzung erinnert, wonach dauerhaft ein „zukunftsorientierter und leistungsfähiger öffentlicher Dienst in Niedersachsen“ gewährleistet werden soll.

D. Ergebnis

Die restriktive und bereits seinerzeit zweifelhafte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aus den 70er-Jahren zum Beteiligungsrecht von Beamtenvereinigungen bei der Regelung der beamtenrechtlichen Verhältnisse ist jedenfalls angesichts des zwischenzeitlichen erfolgten grundlegenden Verfassungswandels nicht mehr haltbar. Danach ist zu einer grundsätzlichen Fortentwicklung des Verhältnisses zwischen der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG und den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums aus Art. 33 Abs. 5 GG gekommen:

- Durch die Entscheidungen des EGMR aus den Jahren 2008 und 2009 ist das in Deutschland bislang geltende Streikverbot für Beamte und damit ein wesentliches Element des deutschen Beamtenverhältnisses in Frage gestellt worden. Das Bundesverwaltungsgericht hat hierzu 2014 entschieden, dass das Streikverbot konventionswidrig sei und den Gesetzgeber in die Pflicht genommen, einen Ausgleich zwischen Art. 33 Abs. 5 GG und Art. 11 EMRK herbeizuführen. Die Sache ist derzeit anhängig beim Bundesverfassungsgericht. Unabhängig davon, wie das Bundesverwaltungsgericht diesen Ausgleich herstellen wird, bleibt es bei der Feststellung des Bundesverwaltungsgerichts, dass jedenfalls eine erhebliche Erweiterung der Beteiligungsrechte der Gewerkschaften erforderlich ist.
- Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner neueren Rechtsprechung die Notwendigkeit einer prozeduralen Absicherung von Grundrechten betont und damit insbesondere auch dem bislang sehr weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Beamtenrecht erstmals effektive Grenzen gezogen. Auf dieser Grundlage hat das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht im Juni 2015 in ausdrücklicher Abweichung von der ständigen höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung die Erhöhung der Unterrichtsverpflichtung von Lehrkräften für unwirksam erklärt.
- Das Bundesarbeitsgericht hat in einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 2010 den bis dahin von ihm in ständiger Rechtsprechung vertretenen Grundsatz der Tarifeinheit aufgegeben. In Reaktion darauf hat der Bundestag im Mai 2015 das hoch umstrittene Tarifeinheitengesetz verabschiedet. Hiergegen sind derzeit zahlreiche Verfassungsbeschwerden vor dem Bundesverfassungsgericht anhängig. Selbst wenn das Tarifeinheitengesetz Bestand haben sollte, ginge der Koalitionspluralismus gleichwohl gestärkt aus dieser Entwicklung hervor.

Angesichts dieses Verfassungswandels entspricht die derzeitige gesetzliche Ausgestaltung der Beteiligungsrechte nicht (mehr) den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Die Vorenthaltung eines Beteiligungsrechtes für Beamtenvereinigungen, die nicht die Voraussetzung einer Spitzenorganisation erfüllen, verstößt gegen die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG. Zudem wird die derzeitige gesetzliche Ausgestaltung nicht den prozeduralen Anforderungen aus Art. 33 Abs. 5 GG gerecht. Der Gesetzgeber ist daher verpflichtet, die Beteiligungsrechte unter Beachtung dieser verfassungsrechtlichen Anforderungen erheblich zu erweitern.

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Ulrich Battis
(Rechtsanwalt)