



10 December 2009

RAP/Cha/GE/XXVII/(2009)add

EUROPEAN SOCIAL CHARTER

Comments (in German) from the
Deutscher Gewerkschaftsbund Bundesvorstand (DGB)
on the 27th report
on the implementation of
the European Social Charter

submitted by

THE GOVERNMENT OF GERMANY

(Articles 2, 4, 5 and 6
for the period 1 January 2005 to 31 December 2008)

Report registered at the Secretariat on 7 December 2009

CYCLE XX-1(2010)

**Stellungnahme
zu dem Bericht
der Bundesregierung
zu der Europäischen Sozialcharta**

Sehr geehrte Damen und Herren,

unter Bezugnahme auf den Bericht der Bundesregierung zu der Europäischen Sozialcharta (ESC) vom 27.10.2009 möchte der Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB) folgende Erwägungen in das Berichtsverfahren einbringen:

Zwar ist die ESC in der Bundesrepublik Deutschland weitgehend umgesetzt, jedoch wird die Bundesrepublik Deutschland einigen Anforderungen zum Bedauern des DGB weiterhin nicht gerecht.

Der DGB bedauert ferner, dass der Bericht der Bundesregierung sich nicht mit der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), insbesondere den Urteilen Laval¹, Viking², Rüffert³ und Kommission/Luxemburg⁴ auseinandersetzt. Seit der Grundsatz-Entscheidung des EuGH in Costa/ENEL⁵ ist das Gemeinschaftsrecht als Teil des nationalen Rechts anzusehen. Für die Bundesrepublik Deutschland ist das Gemeinschaftsrecht kraft der durch Zustimmungsgesetze gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Art. 59 Abs. 2 GG erteilten innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehle verbindlich.

Unabhängig von der Auffassung des EuGH ist die Bundesrepublik Deutschland aber auch dafür verantwortlich, dass das nationale Recht in vollem Umfang mit den – für das jeweilige Land verbindlichen – internationalen Arbeitsnormen in Einklang steht und dass die unterschiedlichen internationalen Verpflichtungen miteinander vereinbar sind.

Allgemeines

Auch wenn es nicht unmittelbar Gegenstand der Überprüfung der Einhaltung der ESC durch die Bundesregierung ist, so soll dennoch die grundsätzliche DGB-Forderung nach der Ratifizierung der folgenden Instrumente bekräftigt werden:

- revidierte Europäische Sozialcharta
- Turiner Änderungsprotokoll (auch noch keine Unterzeichnung)
- „Beschwerde-Protokoll“ (auch noch keine Unterzeichnung)

Wir verweisen aber insoweit auf unsere vorherigen Stellungnahmen.

¹ EuGH vom 18.12.2007, C-341/05

² EuGH vom 11.12.2007, C-438/05

³ EuGH vom 03.04.2008, C-346/06

⁴ EuGH vom 19.06.2008, C-319/06

⁵ EuGH vom 15.07.1964, Rs. 6/64

1.) Art. 2 ESC:

a. Art. 2 Abs. 1 ESC: Arbeitszeit

Grundsätzlich ist im Berichtszeitraum eine Verlängerung der Arbeitszeit festzustellen. Diese allgemeine Tendenz widerspricht der grundsätzlichen Pflicht zur Verkürzung der Arbeitszeit. Beispielhaft sei dies an der Arbeitszeit der Bundesbeamten erläutert. Ihre wöchentliche Arbeitszeit wurde auf dem Verordnungswege (nicht in Form von Kollektivverhandlungen) 2004 von 38,5 auf 40 Stunden und 2006 von 40 auf 41 Stunden⁶ erhöht.

Der DGB hat diese Entwicklung sowie die allgemeine Tendenz zur Verlängerung der Arbeitszeiten kritisiert.⁷ Darüber hinaus wurde bei Bundesbeamten im Fall des Bereitschaftsdienstes eine Erhöhung auf 54 Stunden pro Woche im Wege des sog. „individuellen opt-out“ zugelassen⁸. Auch diese Neuregelung ist auf Kritik des DGB gestoßen.⁹

b. Art. 2 Abs. 3 ESC: Urlaubsrecht

Zum Urlaubsrecht begrüßt der DGB ausdrücklich, dass das Bundesarbeitsgericht (BAG) der Rechtsprechung des EuGH im Fall Schultz-Hoff¹⁰ durch die Änderung seiner ständigen Rechtsprechung Rechnung getragen hat.¹¹ Somit kann nun der Urlaub, der wegen Arbeitsunfähigkeit nicht genommen werden kann, nicht mehr verfallen. Die nationale Regelung sieht vor, dass ein Urlaubsanspruch, der nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt im Folgejahr genommen worden ist, verfällt. Nach der neuen Rechtsprechung muss dem Arbeitnehmer die Möglichkeit gegeben werden, den Urlaub nachholen zu können. Unklar ist, ob dies nur für den Mindesturlaub gilt.

Dies muss aber aus Sicht des DGB auch für den darüber hinausgehenden tarifvertraglichen Mehrurlaub gelten. Für den Beschäftigten stellt sich der Urlaubsanspruch aus den gesetzlichen und aus den tarifvertraglichen Regelungen als ein Gesamturlaubsanspruch dar. Eine Unterscheidung bzgl. eines möglichen Verfalls wäre für die Beschäftigten schwer

⁶ Verordnung über die Arbeitszeit der Beamtinnen und Beamten des Bundes, § 3 Regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit
(1) Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit beträgt 41 Stunden. Schwerbehinderte Beamtinnen und schwerbehinderte Beamte können eine Verkürzung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit auf 40 Stunden beantragen. ...

⁷ Vgl. z.B. <http://www.dgb.de/themen/tarifpolitik/arbeitszeiten.htm> (Arbeitszeitverlängerung kostet Arbeitsplätze und schadet der Wirtschaft)

⁸ Verordnung über die Arbeitszeit der Beamtinnen und Beamten des Bundes, § 13 Bereitschaftsdienst ...

(2) Unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes kann die Arbeitszeit auf bis zu 54 Stunden im Siebentageszeitraum verlängert werden, wenn ein dienstliches Bedürfnis besteht und sich die Beamtin oder der Beamte hierzu schriftlich bereit erklärt. Beamtinnen und Beamten, die sich hierzu nicht bereit erklären, dürfen daraus keine Nachteile entstehen. Die Erklärung kann mit einer Frist von sechs Monaten widerrufen werden. Die Beamtinnen und Beamten sind auf die Widerrufsmöglichkeit schriftlich hinzuweisen.

⁹ „Im Rahmen der Initiative „Humanisierung des Arbeitslebens“ hat auch die Bundesregierung darauf hingewirkt, dass die wöchentliche Arbeitszeit auf maximal 48 Stunden festgelegt wird. Umso unverständlicher ist, dass die Bundesregierung jetzt plant, die wöchentliche Arbeitszeit auf freiwilliger Basis im Siebentageszeitraum in Bereichen mit Bereitschaftszeiten verlängern zu können. Beamtinnen und Beamte, die in Bereichen mit Bereitschaftsdiensten tätig sind, sind gesundheitlich besonders gefährdet. Die Fürsorgepflicht des Dienstherrn gebietet es, dafür Sorge zu tragen, dass die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden nicht überschritten wird.“ (DGB, Bereich Öffentlicher Dienst und Beamte, Stellungnahme zum Entwurf einer Verordnung zur Änderung arbeitszeit- und urlaubsrechtlicher Vorschriften (Stand 20. Juni 2008))

¹⁰ EuGH vom 20. Januar 2009, C-350/06 und C-520/06

¹¹ BAG vom 24. März 2009 – Az.: 9 AZR 983/07

nachvollziehbar. Bislang sind bei den tarifvertraglichen Regelungen immer die Rechtsgrundsätze des Bundesurlaubs-gesetzes (BUrlG) und die Rechtsprechung des BAG berücksichtigt worden. Der tarifvertraglich geregelte Mehrurlaub ist außerdem das Ergebnis von Verhandlungen der Tarifvertragsparteien. Insofern ergibt sich aufgrund der Tarifautonomie ein höheres Schutzbedürfnis. Eine Gleichbehandlung ist somit geboten.

2.) Art. 4 ESC:

a. Arbeitsentgelt zur Sicherung eines angemessenen Lebensstandard

Es gibt weiterhin keinen gesetzlichen Mindestlohn. Unter der neuen schwarz-gelben Bundesregierung wird es diesen auch in naher Zukunft nicht geben. Dadurch existieren in Deutschland Stundenlöhne, die im Bereich von 3,00 Euro liegen. Damit ist ein angemessener Lebensstandard nur schwer zu sichern.

Immer mehr Menschen können von ihrer eigenen Arbeit nicht leben. Vielfach müssen Beschäftigte „aufstocken“. Das bedeutet, dass sie ergänzend Sozialleistungen in Anspruch nehmen müssen, um ihren Lebensunterhalt zu bestreiten. In Deutschland gibt es 1.172.904 sogenannte Bedarfsgemeinschaften, die über Einkommen aus Erwerbstätigkeit verfügen.¹² Gegenüber dem Herbst 2005 hat sich ihre Zahl um rund 250.000 bzw. 27 % erhöht.¹³ Die Bedarfsgemeinschaft ist ein Begriff der Grundsicherung für Arbeitssuchende im Zweiten Buch Sozialgesetzbuch. Die Grundsicherung soll die Bedarfe decken, die zur Führung eines menschenwürdigen und existenzgesicherten Lebens erforderlich sind. Während im Jahr 1995 nur 110.000 Menschen (davon war die Hälfte in Teilzeit beschäftigt) so wenig verdienten, dass sie ergänzend Sozialhilfe beziehen mussten, waren dies 12 Jahre später 1,3 Millionen. 586.000 sind davon in einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung, davon 71 % in Vollzeit.

Im Ergebnis ergibt sich daraus deutlich, dass es Löhne gibt, die nicht ausreichen, um den betroffenen Arbeitnehmern und ihren Familien einen angemessenen Lebensunterhalt zu sichern. Neben den von der Bundesregierung dargelegten Regelungen im Tarifvertragsgesetz (TVG) gibt es auch noch weitere Gesetze, die sich mit Mindestentgeltsätzen befassen. Branchenspezifisch können Mindestentgeltsätze für alle Beschäftigten einer Branche nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)¹⁴ und dem Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen (MiArbG)¹⁵ festgelegt werden.

In Deutschland können nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) Mindestlöhne (bzw. die dort genannten Arbeitsbedingungen) entweder durch Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen (§ 5 Tarifvertragsgesetz) oder durch Rechtsverordnungen vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales (§ 3 AEntG) festgelegt werden.

Das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen (MiArbG) stammt aus dem Jahr 1952. Allerdings ist bislang trotz Möglichkeit von der Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen kein Gebrauch gemacht worden. Vor kurzem sind umfangreiche Änderungen am MiArbG vorgenommen worden. Aufgrund der Neuregelung wurde der Anwendungsbereich des MiArbG in Abgrenzung zum AEntG auf die Wirtschaftszweige festgelegt, in denen bundesweit die an Tarifverträge gebundenen Arbeitgeber weniger als 50 % der unter den Tarifvertrag fallenden Arbeitnehmer beschäftigen. Nach dem MiArbG kann die Bundesregierung auf Vorschlag des Bundesministeriums für Arbeit und

¹² Quelle: Bundesagentur für Arbeit, Juni 2009

¹³ Quelle: eigene Berechnungen des DGB

¹⁴ Vom 26. Februar 1996 (BGBl. I 227), zuletzt geändert durch Gesetz vom 20. April 2009 (BGBl. I 799)

¹⁵ Vom 11. Januar 1952 (BGBl. I 17), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. April 2009 (BGBl. I 818)

Soziales die vom Fachausschuss festgesetzten Mindestarbeitsentgelte als Rechtsverordnung erlassen (§ 4 Abs. 3 MiArbG). Es bleibt abzuwarten, inwieweit das MiArbG in seiner neuen Form Anwendung finden wird.

Wie niedrig Löhne tatsächlich sein können, zeigt sich mittelbar an den Verfahren wegen Lohnwucher. Eine Vergütungsvereinbarung kann wegen Lohnwuchers oder wegen eines wucherähnlichen Rechtsgeschäfts nichtig sein. Daneben kann ein zu geringer Lohn als "Wucher" strafbar sein. Sowohl der strafrechtliche Wuchertatbestand (§ 291 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StGB) als auch der zivilrechtliche Lohnwucher nach § 138 Abs. 2 BGB und das wucherähnliche Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB setzen ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung voraus.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist zur Feststellung, ob ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt, der Wert der Leistung des Arbeitnehmers objektiv zu ermitteln. Anknüpfungspunkt sind dabei in der Regel die Tariflöhne des jeweiligen Wirtschaftszweigs. Dies soll jedenfalls dann gelten, wenn in dem betreffenden Wirtschaftsgebiet üblicherweise der Tariflohn gezahlt wird. Erst wenn der Tariflohn nicht der verkehrsüblichen Vergütung entspricht, sondern darunter liegt, ist auf das allgemeine Lohnniveau abzustellen.

Prozentuale Richtwerte zur Feststellung eines auffälligen Missverhältnisses zwischen Arbeitsleistung und Lohn hat das Bundesarbeitsgericht bislang nicht entwickelt. Vielmehr stellt das Gericht z.B. auch darauf ab, ob der Arbeitgeber Zuschüsse für die Tätigkeit kassiert hat. Der Bundesgerichtshof hat aber in einem Fall der strafrechtlichen Würdigung des Lohnwuchers die richterliche Beurteilung der Berufungsgerichts gebilligt, wonach bei einem Lohn, der 2/3 des Tariflohnes beträgt, ein auffälliges Missverhältnis vorliege. Diesem Richtwert von 2/3 des üblichen Lohnes sind die Arbeitsgerichte, z.B. das Landesarbeitsgericht Berlin gefolgt. Bei Vorliegen von Lohnwucher ersetzt das Arbeitsgericht das wucherische Entgelt nach § 612 Abs. 2 BGB durch das "übliche" Entgelt und verurteilt den Arbeitgeber zur Nachzahlung der Differenz. Die neue Bundesregierung plant zwar – so sieht es der Koalitionsvertrag vor – eine Gesetzesänderung, wonach jeder Lohn, der unter 2/3 des Branchenüblichen liegt, sittenwidrig sein soll. Problematisch daran ist, dass 2/3 von einem branchenüblichen Lohn, der im unteren Segment – also z. B. bei 3,00 Euro liegt – jedenfalls nicht zur Sicherung eines angemessenen Lebensstandards ausreichen.

Bezeichnend ist auch, dass in einigen Strafverfahren Staatsanwälte deswegen Lohnwucher trotz Entgelt im Rahmen von unter 5,00 Euro abgelehnt haben, weil keine Notlage vorlag. Dies wurde damit begründet, dass es sich in diesen Fällen um eine zusätzliche Tätigkeit zu einer anderen Haupttätigkeit bzw. zur Aufbesserung von Rente oder BAföG gehandelt hat. Deshalb sollte in diesen Fällen keine persönliche Notlage vorliegen, die vom Arbeitgeber ausgenutzt worden ist.

b. Gleiches Entgelt für gleiche Arbeit

Der DGB begrüßt, dass die Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) die Situation in Bezug auf Benachteiligungen in Deutschland verbessert haben. Allerdings wurden die Regelungen der vier Anti-Diskriminierungsrichtlinien teilweise nicht gemeinschaftsrechtskonform umgesetzt. Deutschland wurde deshalb auch am 29.10.2009 von der Kommission gerügt.¹⁶ Dabei kritisiert der DGB, dass mit dem AGG lediglich die Individualrechte gestärkt wurden. Insbesondere fehlen Regelungen zu einem Verbandsklagerecht und weitergehenden Rechten für Betriebsräte (z. B. Initiativrecht).

¹⁶ IP/09/1620

Zur Entgeltgleichheit: Die Aspekte gleiches Entgelt für gleiche Arbeit und gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit müssen von einander getrennt betrachtet werden. Beides ist von der Europäischen Sozialcharta geschützt laut European Committee of Social Rights Case law Digest von September 2008.¹⁷

Problematisch ist insofern, dass Entgeltgleichheit zwar formell vielfach gewährleistet wird. Immer noch ergeben sich aber aus strukturellen Gründen z. B. durch unterschiedliche Arbeitsplatzbeschreibungen tatsächliche Unterschiede. Problematisch ist insbesondere die Tatsache, dass bei der Arbeitsplatzbewertung ungerechte Maßstäbe angelegt werden. Falls es keine Entgeltgruppensysteme gibt, wird Arbeitsentgelt einzeln ausgehandelt und es bestehen schon deswegen sehr große Entgeltunterschiede. Wenn Entgeltgruppensysteme eingeführt worden sind, ergeben sich Probleme bei der Entgeltgruppenbeschreibung bzw. insbesondere bei der Eingruppierung. Dort gibt es weiterhin individuelle Diskriminierung z. B. aufgrund von Rollenstereotypen. Wenn es Tarifverträge gibt, sind zwar die Entgeltgruppen transparent und eine Benachteiligung kann formal im Wesentlichen verhindert werden. In der Praxis aber konnten nicht alle Benachteiligungen beseitigt werden.

Auch im Öffentlichen Dienst ist die Entgeltgleichheit nicht ausreichend gewährleistet.

Einkommensdifferenz Beamtinnen/Richterinnen gegenüber Beamten/Richtern insgesamt und bei Vollzeitbeschäftigung				
	Insgesamt (Voll- und Teilzeitbeschäftigte)		Vollzeitbeschäftigte	
	Einkommens- differenz in %	Einkommens- differenz in €	Einkommens- differenz in %	Einkommens- differenz in €
Beamte/Beamtinnen	-18,7 %	-658 €	-7,7 %	-277 €
Höherer Dienst	-22,6 %	-1054 €	-12,2 %	-592 €
Gehobener Dienst	-16,9 %	-580 €	-5,5 %	-193 €
Mittlerer Dienst	-23,2 %	-623 €	-11,6 %	-313 €
Einfacher Dienst	-10,0 %	-216 €	-6,8 %	-134 €
Richter/-innen	-20,1 %	-1045 €	-10,5 %	-552 €

Quelle: Statistisches Bundesamt, eigene Berechnungen

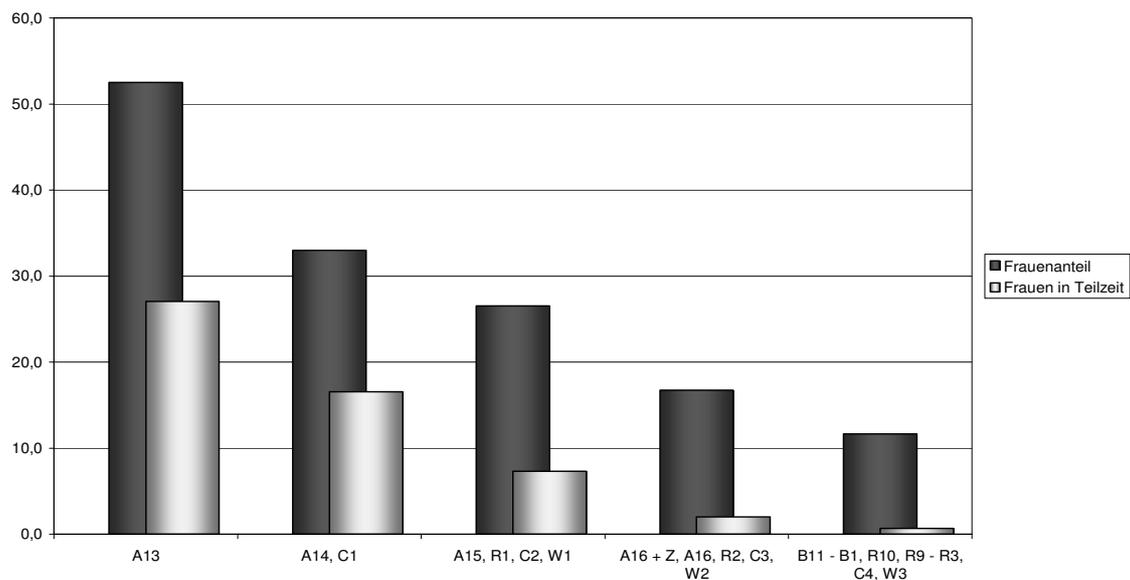
Formal werden im Besoldungsrecht gleiche Tätigkeiten gleich bezahlt. Die Zollsekretärin (A 6) verdient genauso viel wie der Zollsekretär, die Ministerialrätin und der Ministerialrat werden beide nach B 3 bezahlt. Dennoch verdienen vollzeitbeschäftigte Frauen im mittleren Dienst 13 und im höheren Dienst 12 Prozent weniger.

Im Gegensatz zu den Männern erreichen Frauen seltener das Spitzenamt der Laufbahn. Die Geschlechterverteilung im höheren Dienst macht dies besonders deutlich: Je höher die Besoldungsgruppe, desto geringer der Frauenanteil. Das bestätigt auch der EU-Bericht „Frauen und Männer in Entscheidungspositionen 2007“: Weniger als 15 Prozent der Abteilungsleitungen hierzulande sind mit Frauen besetzt; Staatssekretärsposten: Fehlanzeige. Damit liegt Deutschland weit unter dem EU-Durchschnitt (EU-27) von 33 Prozent und wird bei dieser Negativ-Bilanz lediglich von Luxemburg und dem Nicht-Mitglied Türkei übertroffen.

¹⁷ hiernach Digest 2008; dort S. 45

In Teilzeit scheint es fast ausgeschlossen, Führungsfunktionen überhaupt erreichen zu können. Teilzeitarbeit in höher dotierten Stellen mit Führungsverantwortung stößt immer noch auf erhebliche Vorbehalte.

Anteil der Frauen und der Frauen in Teilzeit an den Besoldungsgruppen im höheren Dienst (2007)



Der DGB weist ferner darauf hin, dass die von der Bundesregierung angesprochene LOGIB-Lohnmessmethode auf freiwilliger Basis durchgeführt wird. Dabei handelt es sich um Modell aus der Schweiz, wodurch das Ausmaß der Entgeltdiskriminierung in Unternehmen gemessen werden soll. Der DGB begrüßt das Instrument zwar im Grundsatz, allerdings fehlt es an einem grundsätzlichen gesetzlichen Rahmen und es müssten weitere Kriterien mit aufgenommen werden. Es darf aber nicht übersehen werden, dass die Methode einige Mängel aufweist. Zunächst liegt ein Problem bei der Verwendung bestimmter Variablen bei der Lohnmessung (z. B. im Fall von Dienstjahren, eine Variable, die selbst nicht frei von gesellschaftlicher Benachteiligung ist, da Frauen häufiger wegen Elternzeiten ausfallen). Insbesondere wird eine Arbeitsplatzbewertung gerade nicht mit aufgenommen, sondern es werden nur individuelle statistische Angaben erhoben. Neben diesem statistischen Verfahren müssten ergänzende Analysen erfolgen. LOGIB ersetzt jedenfalls nicht gesetzliche Rahmenbedingungen. Von der letzten Bundesregierung wurde ein gesetzlicher Rahmen angedacht. Es bleibt abzuwarten, wie sich die neue Bundesregierung dazu verhält.

c. Kündigungsfrist

Der DGB kritisiert weiter, dass die Bundesrepublik Deutschland weiterhin Art. 4 Abs. 4 ESC nicht angenommen hat. Eine angemessene Kündigungsfrist im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses anzuerkennen, trägt dem Umstand Rechnung, dass die Beschäftigten sich auf ihre neue Situation einstellen können.

3.) Art. 5 ESC – Vereinigungsfreiheit

a. Schutz vor Benachteiligungen

Der Schutz vor Benachteiligungen, die mit der Vereinigungsfreiheit unmittelbar zusammenhängen, ist weiterhin nicht ausreichend gewährleistet. Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit anlässlich der Einführung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes nicht genutzt, eine Gleichstellung der gewerkschaftlichen Mitgliedschaft und Betätigung mit den anderen Diskriminierungsmerkmalen im AGG einzuführen.

b. Schadenersatz

In Bezug auf die in der Einleitung genannten Urteile des EuGH bleibt schließlich ein sehr besorgniserregendes Problem offen. Wenn nämlich Gewerkschaften für die Verletzung der Rechte der Arbeitgeber verantwortlich sein sollten, mit welchen Konsequenzen müssen sie in einem solchen Fall rechnen? Wenn der Staat diese Rechte der Arbeitgeber verletzt haben sollte, hätte der Arbeitgeber nämlich einen Anspruch auf eine Entschädigung, um die entstandenen Schäden abzudecken. Wären Gewerkschaften gleichermaßen haftbar? Es wird allgemein davon ausgegangen, dass „Viking und Laval die Perspektiven für solche Ansprüche eröffnen“¹⁸. Falls dem so wäre, könnten Maßnahmen von Gewerkschaften zu ihrer Liquidation führen, was eine sehr schwerwiegende Verletzung der Vereinigungsfreiheit darstellt. Bis jetzt gilt diese Frage als ungelöst, aber das ernstzunehmende Risiko ist vorhanden und die Gewerkschaften sind sich dessen voll bewusst. Die Gefahr, für die erlittenen Verluste von Arbeitgebern verklagt zu werden (ohne Obergrenze für die ersatzpflichtigen Schäden), ist schon an sich eine beträchtliche Beschränkung der Freiheit für die Gewerkschaften, wie sie in Art. 5 ESC garantiert wird.

c. Zugang von Gewerkschaftszugehörigen zum Betrieb

Das Komitee hat bereits mehrfach nach neuen Entwicklungen beim Zugangsrecht von Gewerkschaftsbeauftragten zum Betrieb oder sonstigen Einrichtungen gefragt. Der Zugang ist im Rahmen des Art. 5 ESC zu gewährleisten.¹⁹ Auch weiterhin ist er in der Bundesrepublik Deutschland nicht ausreichend gewährleistet. National ist das Zugangsrecht von außerbetrieblichen Gewerkschaftsbeauftragten zwar nunmehr grds. durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts²⁰ gewährleistet. Ausnahme ist aber weiterhin der Bereich der kirchlichen Einrichtungen. Mit der Bethel-Entscheidung²¹ aus dem Jahr 1981 hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich mangels eines für alle geltenden Gesetzes i. S. v. Art. 137 Abs. 3 WRV ein Zutrittsrecht zu kirchlichen Einrichtungen verneint. Dieser Entscheidung kommt gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG eine Bindungswirkung für die Verfassungsorgane des Bundes, der Länder sowie aller Gerichte und Behörden zu, auch wenn das Bundesverfassungsgericht nunmehr nicht nur den Kernbereich von Art. 9 Abs. 3 GG, sondern jegliche koalitionsgemäße Betätigung der Gewerkschaften geschützt sieht.

4.) Art. 6 Abs. 2 ESC – Recht zu Kollektivverhandlungen

Arbeitskampfmaßnahmen sind nach Ansicht des EuGH nur dann geschützt, wenn sie sehr restriktive Voraussetzungen erfüllen, die ihrerseits nicht mit den Anforderungen von Art. 6 Abs. 2 ESC übereinstimmen. All dies ist nicht vereinbar mit der Pflicht der Regierung, freiwillige Verhandlungen zwischen Arbeitgebern oder Arbeitgeberorganisationen einerseits und Arbeitnehmerorganisationen andererseits zu fördern.

¹⁸ K Apps, Damages Claims Against Trade Unions after Viking and Laval. (2009) 34 European Law Review 141, auf S. 142

¹⁹ Digest 2008, S. 51

²⁰ BAG vom 28.02.2006, 1 AZR 461/04

²¹ BVerfG vom 17.02.1981, AP Nr. 9 zu Art 140 GG

Arbeitgeber können zwar nicht gezwungen werden Tarifverträge abzuschließen. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 2 ESC, der ausdrücklich die „Freiwilligkeit“ von Verhandlungen voraussetzt. Das ergibt sich aber auch aus den Entscheidungen des Europäischen Ausschusses für soziale Rechte, dokumentiert in dem Monograph on the right to organise and to bargain collectively²² und dem Digest 2008.

Gemäß den Ausführungen im Monograph 2001 ist grundlegende Voraussetzung für Gewerkschaften das Recht auf Kollektivvereinbarungen: Das Vereinigungsrecht, wie in Art. 5 ESC definiert, geht davon aus, dass Hauptgrund für das Bilden von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen die Möglichkeit ist, kollektiv für gemeinsame Rechte verhandeln zu können. Wenn eine so grundlegende Voraussetzung wie das Recht auf Kollektivverhandlungen eingeschränkt wäre, dann könnte dies eine Beschränkung oder einen Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit an sich sein.²³

In Bezug auf Art. 6 Abs. 2 führt der Ausschuss aus, dass nationales Recht grundsätzlich das Recht auf Kollektivvereinbarungen anerkennen muss. Wenn nötig oder nützlich, z. B. wenn Kollektivverhandlungen nicht ausreichen sollten, sollten positive Maßnahmen ergriffen werden, um den Abschluss von Kollektivvereinbarungen zu vereinfachen und zu fördern. Dabei müssen Kollektivverhandlungen freiwillig sein und frei bleiben.²⁴

Es besteht dementsprechend eine Verpflichtung der Bundesregierung die Kollektivverhandlungen zwischen Gewerkschaften und Arbeitgebern nach Art. 6 Abs. 2 ESC zu fördern, es besteht aber keine Pflicht der Arbeitgeber Kollektivvereinbarungen einzugehen.

Der DGB ist der Überzeugung, dass die oben genannten Urteile des EuGH dieser Verpflichtung direkt widersprechen. Dies ergibt sich daraus, dass nach den Entscheidungen des EuGH die Bundesregierung verpflichtet ist, für entsendende Arbeitgeber keine Verbindlichkeit von nationalen bestehenden Kollektivvereinbarungen vorzusehen, die über die engen Angaben der Entsenderichtlinie hinausgehen. Aus dem freiwilligen Charakter von Kollektivverhandlungen folgt nicht, dass Tarifverträge nicht auch auf Arbeitgeber angewendet (oder erstreckt) werden können, die diese Verträge nicht unterzeichnet haben.

Der DGB ist der Ansicht, dass die EuGH-Urteile in direktem Widerspruch zur Pflicht der Regierung zu Maßnahmen stehen, den freiwilligen Abschluss von Tarifabkommen zu fördern. Der Grund liegt darin, dass die Urteile die Regierung verpflichten, von den entsendenden Arbeitgebern gerade nicht die Einhaltung geltender Tarifvertragsbestimmungen zu verlangen, sofern diese über den begrenzten Rahmen der Entsenderichtlinie hinausgehen.

Dies bedeutet in der Praxis im nationalen Recht der Bundesrepublik Deutschland Folgendes:

- Arbeitgeber, die Arbeitnehmer aus einem anderen EU-Mitgliedstaat entsenden, müssen sich nicht an die Bestimmungen eines vor Ort geltenden Tarifvertrags halten, sofern dieser nicht allgemeinverbindlich ist (Laval, Luxemburg, Rüffert).

²² Council of Europe, Human Rights – Social Charter monographs – No. 5 – The right to organise and to bargain collectively (2nd edition, Strasbourg 2001), hiernach Monograph 2001

²³ Abs. 60 bezieht sich auf Conclusions IV, S. 39, XI-2, S.19

²⁴ Digest 2008, p. 54, bezieht sich auf Conclusions I, S. 35

- Selbst wenn dieser Tarifvertrag allgemeinverbindlich ist, haben Arbeitgeber, die Arbeitnehmer aus einem anderen EU-Mitgliedstaat entsenden, das Recht, nicht zwingende Bestimmungen dieses Tarifvertrags nicht anzuwenden (Laval); und
- selbst wenn Tarifverträge grundsätzlich allgemeinverbindlich sind, haben Arbeitgeber, die Arbeitnehmer aus einem anderen EU-Mitgliedstaat entsenden, das Recht, keinerlei Bestimmungen aus einem zusätzlichen Tarifvertrag einzuhalten (Rüffert, Luxemburg).

Der DGB ist der Auffassung, dass im Fall eines nachweislich systematischen Unterschreitens geltender Tarifverträge durch Arbeitgeber eine Pflicht für nationale Regierungen zum Eingreifen besteht, um diese Tarifverträge zu schützen, wenn sie ihre Verpflichtungen aus Art. 6 Abs. 2 ESC erfüllen wollen.

5.) Art. 6 Abs. 4 ESC – Kollektive Maßnahmen, Streikrecht

Auch viele Jahre nach der Ratifizierung sind in der Bundesrepublik Deutschland die kollektiven Maßnahmen nicht ausreichend i. S. d. Art. 6 Abs. 4 ESC gewährleistet. Zwar sind in jüngster Vergangenheit national durch die Gerichte vereinzelt Lockerungen erfolgt. Der EuGH dagegen formuliert deutliche Einschränkungen des Streikrechts, die mit Verpflichtungen aus der Europäischen Sozialcharta nicht zu vereinbaren sind.

Zunächst einmal ist festzuhalten, dass in Art. 6 Abs. 4 der ESC erstmals ausdrücklich das Streikrecht in einem internationalen Übereinkommen erwähnt wurde.²⁵ Als letzte darauf basierende Regelung ist Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union²⁶ zu nennen. Da es sich hierbei um eine der wichtigsten Vorschriften der Europäischen Sozialcharta handelt, gab es bereits wichtige Entscheidungen hierzu.

Nach dem Digest 2008 betrifft Art. 6 Abs. 4 ESC „Interessenkonflikte“. Er meint nicht nur Rechtskonflikte z. B. in Bezug auf das Bestehen, die Zulässigkeit oder die Auslegung einer kollektiven Vereinbarung oder der Verletzung einer solchen Vereinbarung.²⁷ Somit sollte das Streikrecht für jede Verhandlungsform zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer garantiert werden, um einen Arbeitskonflikt beizulegen. Dementsprechend verstößt das Verbot von Streiks, die nicht auf den Abschluss einer kollektiven Vereinbarung gerichtet sind, gegen Art. 6 Abs. 4 ESC.²⁸

Bevor wir auf das Streikrecht an sich eingehen, möchten wir zwei für uns beunruhigende Entwicklungen festhalten:

- Erstens: Gewerkschaften werden vom EuGH als regulative Einheiten, ähnlich einem Arm des Staates (Viking, para 33) gesehen, was aber gerade der zugrundeliegenden Vereinigungsfreiheit widerspricht, wonach die Gewerkschaften unabhängige autonome Einheiten sein sollen.
- Zweitens: Das Recht der Gewerkschaften, Arbeitskampfmaßnahmen zu ergreifen, wird den kommerziellen Interessen der Wirtschaft (Art. 43 und 49 EG) untergeordnet, so dass Maßnahmen der Gewerkschaften immer einer Rechtfertigung für die zulässige Einschränkung dieser Grundfreiheiten bedürfen.

²⁵ Conclusions I, S.34; aber es gab bereits relevantes Case-law der IAO zum Streikrecht und dem ILO-Übereinkommen Nr. 87

²⁶ 2000/C 364/01

²⁷ Fußnote 198 bezieht sich auf die Conclusions I, Statement of Interpretation on Article 6§4, S. 38

²⁸ Fußnote 199 bezieht sich auf die Conclusions IV, Gemany, S. 50

aa. Sympathiestreik

Unterstützungs- bzw. Sympathiestreiks galten in der Bundesrepublik lange Zeit grundsätzlich als unzulässig.²⁹ Der DGB begrüßt, dass die Rechtsprechung nunmehr teilweise davon ausgeht, dass Unterstützungsstreiks³⁰ mit Blick auf die Kampfmittelfreiheit zulässig sind.

Als zulässig wurden Unterstützungsarbeitskämpfe befunden,

- die die Neutralität bzgl. des Hauptarbeitskampfes sichern sollen, indem sie Unterstützungsmaßnahmen, z.B. die Übernahmen der bestreikten Produktion, unterbinden³¹ und
- bei rechtlicher und wirtschaftlicher Verflechtung zwischen Kampfgegnern des Unterstützungs- und Hauptarbeitskampfes.³² Dabei wird die enge Sichtweise des BAG, wonach sie praktisch identisch sein müssten, der Tatsache nicht gerecht, dass die Einflussmöglichkeiten und Abhängigkeiten sehr vielgestaltig sind, insbesondere innerhalb eines Konzerns, worauf Gewerkschaften sinnvoll und angemessen reagieren können müssen.
- von Außenseiterunternehmen zur Unterstützung eines Verbandsarbeitskampfes, wenn der umkämpfte Tarifvertrag dort generell angewandt wird.³³ Ausnahmen gelten dann, wenn der Bekämpfte Unterstützungshandlungen geleistet hat oder wenn der Sympathiearbeitskampf zur Unterstützung eines in einem anderen Tarifbereich geführten Arbeitskampfes stattfindet.³⁴

Der DGB ist der Ansicht, dass die in *Viking*³⁵ und *Laval*³⁶ ausgesprochenen Verbote und Anforderungen Art. 6 ESC im Kern treffen und im Ergebnis einen Rückschritt im Hinblick auf internationale Verpflichtungen auf nationaler Ebene bedeuten. Ein Verbot von Streiks zur Sicherung von tariflichen Bestimmungen für Arbeitnehmer, die weniger als das übliche Lohnniveau erhalten, oder die Stellung unverhältnismäßiger Anforderungen an Streikaktionen von Arbeitnehmern, die im Zusammenhang mit Unternehmensverlagerungen in ein anderes Rechtssystem den Verlust ihrer Arbeitsplätze befürchten, ist kaum vorstellbar.

bb. Tariflich regelbares Ziel³⁷ / Proteststreik/ Politischer Streik

Art. 6 Abs. 4 ESC bezieht sich, wie bereits gesagt, auf „Interessenkonflikte“. Dies gilt per se auch für sogenannte politische Streiks.

Politische Streiks sind aber nach der nationalen Rechtsprechung grundsätzlich unzulässig. Dies ergibt sich (im Umkehrschluss) aus der Beschränkung der Arbeitskampfberechtigung auf tariflich regelbare Ziele.³⁸ Das Bundesarbeitsgericht

²⁹ So hat es das BAG seit dem Urteil vom 21.04.1971 – GS 1/68 gesehen; BAG 05.03.1985 AP Nr. 85 GG Art. 9 Arbeitskampf

³⁰ Kittner/Zwanziger, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2009, § 136 Rn. 8; BAG vom 19.06.2007, AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

³¹ BAG vom 05.03.1985, AP GG Nr. 85 Art. 9 Arbeitskampf unter II 4

³² BAG vom 12.01.1988, AP Nr. 90 GG Art. 9 Arbeitskampf

³³ Erfurter Kommentar (Dieterich), 7. Aufl. 2007, Art. 9 Rn. 115-116; BAG 18.02.2003, AP Nr. 163 GG Art. 9 Arbeitskampf

³⁴ Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 12. Aufl., 2007, § 193 Rn. 10

³⁵ Wegen angekündigter Umflagung eines Schiffes – Zweck war es, von niedrigeren Lohnkosten eines anderen Mitgliedstaates zu profitieren – wurde ein Arbeitskampf geführt.

³⁶ Ein lettisches Unternehmen wurde von einer schwedischen Gewerkschaft einer Baustellenblockade mit dem Ziel unterzogen, die schwedischen Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer des lettischen Unternehmens zu erzwingen.

³⁷ BAG v. 05.03.1985, AP Nr. 85 GG Art. 9 Arbeitskampf

hat zwar jüngst eine sogenannte Flashmob-Aktion für im Einzelfall rechtmäßig erachtet.³⁹ Es führte dabei aus, dass diese Aktionen grundsätzlich der Betätigungsfreiheit, hier insbesondere der Wahl der Arbeitskampfmittel, aus Art. 9 Abs. 3 GG unterfallen. Die Maßnahmen dienten der Unterstützung des Arbeitskampfzieles und ergänzten den Streik. Dies stelle insbesondere keine unzulässige Blockade dar.

Das Streikrecht ist in der Verfassung (Art. 9 Abs. 3 GG) verankert und auf die Erzwingung „tariflich regelbarer Ziele“ beschränkt. Arbeitskampfmaßnahmen sind zwar darüber hinaus dem Gebot der Verhältnismäßigkeit unterworfen. Diese Prüfung muss aber bewusst abstrakt bleiben. Im Hinblick auf die Koalitionsfreiheit mit Verfassungsrang ist anerkannt, dass keine Zensur über Art und Umfang von Tarifforderungen und die Freiheit von Kampfaktik und Kampfmitteln erfolgen darf. In einer ähnlichen Konstellation (im Hinblick auf den Fall Viking) anlässlich einer möglichen Standortverlagerung hat das Bundesarbeitsgericht (BAG v. 24.04.2007, AP Nr. 2 zu § 1 TVG Sozialplan) es dementsprechend abgelehnt, mögliche Tarifforderungen – mit Blick auf die mögliche mittelbare Beeinflussung der Unternehmerentscheidung – einer Übermaßkontrolle zu unterziehen.

Auch durch die Urteile des EuGH wird das Streikrecht erheblich eingeschränkt. Zunächst einmal ergibt sich aus der Entscheidung Laval, dass das Schutzniveau auf die Inhalte des Art. 3 Abs. 1 a bis g der Entsende-RL beschränkt ist (aus einem Mindestschutz wird ein Maximalschutz). Darüber hinausgehende Inhalte können nur im Rahmen des Art. 3 Abs. 10 von den Mitgliedstaaten zur Wahrung der öffentlichen Ordnung angegangen werden. Sie können für entsandte Beschäftigte also regelmäßig nicht erstreikt werden.

Im Fall Viking wird zwar grds. der Arbeitnehmerschutz als berechtigtes Interesse anerkannt, das eine Beschränkung einer der Grundfreiheiten rechtfertigen könnte. Allerdings gelte dies nicht, wenn „erwiesen wäre, dass die fraglichen Arbeitsplätze oder Arbeitsbedingungen nicht gefährdet oder ernstlich bedroht waren“.⁴⁰ Dies hat der EuGH jedenfalls für den Fall der Ausflagung, um günstigere Konditionen zu nutzen („flag-of-convenience“), entschieden. Die Gerichte sollten dabei aber nach Meinung des EuGH prüfen, ob die ergriffenen Maßnahmen zur Erreichung des Ziels – der Abwendung der Gefahr – geeignet sind und nicht über das erforderliche Maß hinausgehen. Die qualitative Bewertung eines Streikziels ist aber nichts anderes als eine verbotene Tarifizensur.⁴¹

cc. Warnstreik

Der DGB gibt zu bedenken, dass durch die vom EuGH dargelegte Feinprüfung im Fall Viking, wonach eine tatsächlich ernstliche Bedrohung der Arbeitsbedingungen oder -plätze bestehen muss, außerdem die Zulässigkeit des von der ESC und auch national anerkannten Warnstreiks in Frage gestellt werden könnte. Auch insoweit handelt es sich um einen Interessenskonflikt nach Ablauf der Friedenspflicht (bei Ablauf des Tarifvertrages) zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern i. S. d. ESC.

In der Bundesrepublik Deutschland ist der Aufruf zu einem Warnstreik während laufender Verhandlungen vom Bundesarbeitsgericht als zulässig angesehen worden, weil die zum Warnstreik aufrufende Gewerkschaft damit zu verste-

³⁸ Kittner/Zwanziger, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2009, § 136 Rn. 7-8

³⁹ BAG v. 22.09.09, 1 AZR 972/08

⁴⁰ Rn. 81 des Urteils Viking

⁴¹ Kittner/Zwanziger, Arbeitsrecht, 5. Aufl., 2009, § 136 Rn. 8b; so auch Kocher, Arbeit und Recht 2009, S. 13-18 (18)

hen gibt, dass sie weitere Verhandlungen ohne diesen begleitenden Druck als sinnlos und insoweit gescheitert ansieht.⁴²

dd. Notdienst

Auch im Hinblick auf die Grundversorgung bzw. Notdienste während eines Arbeitskampfes wird die Bundesrepublik Deutschland den Anforderungen der ESC nicht gerecht.

Die Charta versteht unter „essential services“ solche, deren Unterbrechung eine Gefahr für das öffentliche Interesse, die nationale Sicherheit oder die öffentliche Gesundheit der gesamten oder auch nur von Teilen der Bevölkerung darstellen würden.⁴³ In diesen Fällen könne ein Streik beschränkt oder sogar verhindert werden. Nach der ESC dürfen Streiks auch in diesen Bereichen nicht völlig verboten werden. Lediglich die Einrichtung von Notdiensten kann erzwungen werden.⁴⁴ Auch in der Bundesrepublik Deutschland ist die Versorgung der Bevölkerung mit lebensnotwendigen Diensten und Gütern (Notstandsarbeiten) einhellig anerkannt. Dabei geht das nationale Verständnis aber wesentlich weiter, z. B. hat das Bundesarbeitsgericht den Betrieb von Kindertagesstätten als Notdienst – der mit dem Fall der Lehrerschaft vergleichbar sein dürfte – angesehen.⁴⁵ National ist folglich keine Beschränkung der Notstandsarbeiten auf das absolut Nötigste gewährleistet, was den für die Durchsetzung von Beschäftigteninteressen nötigen Druck hemmt.

Vom Bundesarbeitsgericht werden für die Gewerkschaften bei einem rechtmäßigen Arbeitskampf des Weiteren sogenannte Erhaltungsarbeiten vorgesehen. Erhaltungsarbeiten sind diejenigen Arbeiten, die erforderlich sind, um für die Dauer des Arbeitskampfes die sächlichen Betriebsmittel in dem Zustand zu erhalten, in dem sie sich bei Beginn des Arbeitskampfes befanden.⁴⁶ Schon auf den ersten Blick wird deutlich, dass die nationale Auslegung weitreichende Beschränkungen des Arbeitskampfes ermöglichen. Gesetzliche Regelungen gibt es auch hier nicht. Insbesondere fehlt aber auch eine Rechtsprechung zu Grenzfällen. Dies ist vor allem deswegen besonders problematisch, weil sich die Gewerkschaft im Zweifel schadenersatzpflichtig macht.

Fazit

Im Ergebnis bedeuten diese Entscheidungen, dass die Sicherung von Mindestarbeitsbedingungen nicht über gewerkschaftliche Aktionen gegenüber den entsendenden Unternehmen, sondern nur über die staatliche Erstreckung von Mindestarbeitsbedingungen erfolgen kann. Dies ist im Hinblick auf die Koalitionsfreiheit bedenklich.⁴⁷

Es ist aufgrund der Urteile des EuGH (Laval) schwieriger für Gewerkschaften, Arbeitskampfmaßnahmen zu ergreifen, um Arbeitgeber daran zu hindern, von geringeren Löhnen in anderen Ländern zu profitieren. Für internationale Gewerkschaftsverbände ist es schwieriger, Solidaritätsmaßnahmen zu ergreifen, um Arbeitnehmer zu unterstützen, deren Arbeitsplätze durch die Verlagerung in andere Mitgliedstaaten betroffen sind.

ee. Beamtenstreikrecht

⁴² BAG 21.06.1988, AP Nr. 108 GG Art. 9 Arbeitskampf

⁴³ Digest 2008, S. 56

⁴⁴ Digest 2008, S. 56

⁴⁵ BAG vom 31.01.1995, AP Nr. 135 zu Art 9 GG Arbeitskampf

⁴⁶ BAG v. 30.03.1982, AP Nr. 74 zu Art 9 GG Arbeitskampf

⁴⁷ So auch Wank in: Der Betrieb, 2008, S. 294 (297)

Die Arbeitswelt im öffentlichen Dienst und das öffentliche Dienstrecht haben sich in den letzten zwei Jahrzehnten weiterentwickelt. Dieser neuen, veränderten Arbeitswelt steht der Grundsatz des statusgruppenbezogenen Streikverbots für Beamte immer noch unverändert gegenüber. Das Streikverbot hat jedoch inzwischen immer stärkere Rückwirkungen in der Arbeitswelt. Der öffentliche Dienst in Deutschland ist von einer Dualität der Beschäftigungsformen geprägt. Dem klassischen Beamtenverhältnis steht das privatrechtliche Arbeitsverhältnis gegenüber. In Abhängigkeit von den zu erbringenden Aufgaben und der Haushaltslage entscheiden sich die öffentlichen Arbeitgeber inzwischen immer häufiger, ihre Beschäftigten statt in einem öffentlichrechtlichen Dienst- und Treueverhältnis in einem privatrechtlich ausgestalteten Arbeitsverhältnis anzustellen.

Tatsächlich ist es mittlerweile in einer Vielzahl von Arbeitsbereichen dem bloßen Zufall überlassen, ob eine bestimmte Aufgabe im Beamtenverhältnis oder in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis ausgeübt wird. Prägnantes Beispiel hierfür sind Lehrerinnen und Lehrer, die je nach Bundesland und Einstellungszeit mal als Tarifbeschäftigte und mal im Beamtenverhältnis tätig sind. Aber auch in der Verwaltung werden viele Beschäftigte mit gleicher Aufgabe statusrechtlich unterschiedlich behandelt. Bei der Entscheidung für eine Verbeamtung sind oftmals nicht mehr die auszuübenden Aufgaben ausschlaggebend, sondern haushälterische Gesichtspunkte. In der Konsequenz bedeutet das, dass Verbeamtungen zum Teil nicht mehr rechtssystematisch erfolgen. Daher ist das mit der Verbeamtung einhergehende generelle Streikverbot teilweise willkürlich und verfassungsrechtlich bedenklich. Folgerichtig fordern der DGB und seine Gewerkschaften seit Jahren eine Abkehr vom Dogma des generellen statusgruppenbezogenen Streikverbotes für Beamte. Die verfassungsrechtlichen Möglichkeiten hierfür wurden unter anderem mit der Föderalismusreform I 2006 erweitert. Der Artikel 33 Absatz 5 Grundgesetz wurde um die Wörter „und fortzuentwickeln“ ergänzt. Diese Fortentwicklungsklausel hat die Handlungsspielräume der Gesetzgeber von Bund und Ländern ausgedehnt. Das gängige Argument, das Streikrecht für Beamte sei mit der Neutralität der Amtsausübung im Dienste des ganzen Volkes nicht zu vereinbaren, ist nicht mehr überzeugend. Das zeigt sich gerade am Beispiel der Lehrerinnen und Lehrer, denn ob eine Lehrerin angestellt oder verbeamtet ist, wird nicht von der Frage einer funktionierenden Verwaltung abhängig gemacht, sondern bleibt vielmehr der aktuellen Beschäftigungspolitik des Dienstherrn überlassen. Ganz offensichtlich sieht der Staat durch solche Entscheidungen die Funktionsfähigkeit nicht gefährdet. Und tatsächlich wird in der Praxis der staatliche Bildungsauftrag mit streikberechtigten Tarifbeschäftigten ebenso erfüllt wie mit verbeamteten Lehrern.

Als „Ausgleich“ für die weitreichenden Grundrechtsbeschränkungen durch das Streikverbot wurden kollektive Beteiligungsrechte für die gewerkschaftlichen Spitzenorganisationen geschaffen (z. B. gemäß § 118 BBG). Durch diese Beteiligungsrechte soll der Kernbereich der Koalitionsfreiheit aus Artikel 9 Absatz 3 Grundgesetz trotz fehlender Tarifautonomie und Streikverbot auch für Beamtinnen und Beamte gewahrt bleiben. In der Praxis können die Beteiligungsrechte den weitreichenden Grundrechtseingriff aber nur im Ansatz kompensieren. Auch daher ist das generelle Streikverbot für Beamte nicht akzeptabel. Von den Gewerkschaften wird daher seit langem auch eine bessere und umfassendere Beteiligungsqualität gefordert.