

## **Grundkurs Öffentliches Recht I**

Dienstag, den 14. Dezember 2004

---

### **I. Öffentlicher Dienst**

Gegenstand der heutigen Vorlesung sind die Regeln des Grundgesetzes über den **öffentlichen Dienst**. Dies ist zum einen ein Kontrapunkt zu der Beschäftigung mit obersten Staatsorganen und deren Aufgaben und Befugnissen, deren Organisation und Verfahren. Zum anderen ist es aber notwendige Ergänzung, weil Politik auf Ausführung angewiesen ist. „Dienst“ bedeutet Einordnung in eine Hierarchie. Indem wir uns dem öffentlichen Dienst zuwenden, richten wir den Blick auf Hierarchiestufen unter den Verfassungsorganen Bundestag, Bundesrat, Bundespräsident und Bundesregierung (mit ihren jeweiligen Gliederungen).

Die wichtigste Regelung des Grundgesetzes über den öffentlichen Dienst ist Art. 33. Er gewährt als grundrechtsgleiches Recht den gleichen, diskriminierungsfreien Zugang aller Deutschen zum öffentlichen Dienst nach Maßgabe von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung (Abs. 1 bis 3), die Zuweisung hoheitsrechtlicher Befugnisse an Beamte (Funktionsvorbehalt, Abs. 4) und die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums (Abs. 5).

Die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes sind keine homogene Gruppe. Art. 33 IV GG kann die sog. Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes entnommen werden. Danach ist zu unterscheiden zwischen Angehörigen des öffentlichen Dienstes, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, und Angehörigen, bei denen das nicht der Fall ist, die vielmehr sich in einem privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnis befinden. Zur ersten Gruppe gehören die Beamten, aber auch die Soldaten und Richter. Zur zweiten Gruppe gehören die Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst.

Zu dem Verhältnis der beiden Gruppen sagt Art. 33 IV GG, dass die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen ist, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, also zumeist Beamten. Hoheitsrechtliche Befugnisse haben sicher Polizisten, Finanzbeamte und Richter. Ob auch Lehrer und Professoren oder Verwaltungspersonal hier einzuordnen ist, ist streitig. Wird diese Einordnung aber verneint, so folgt daraus keine Pflicht zur Entbeamtung.

Die aktuelle Diskussion darüber, Lehrer nicht mehr zu verbeamten, kann ich vor dem Hintergrund der mit dieser Maßnahme verbundenen Ziele nicht verstehen, weil Lehrer, wenn sie keine Beamte mehr sind, Angestellte im öffentlichen Dienst sind. Dass der Angestelltenstatus flexibler sei und mehr Leistungsanreize gebe, halte ich für ein unbewiesenes Gerücht. Denn für Angestellte gilt der BAT (Bundesangestelltentarifvertrag), der Kündigungen praktisch ausschließt. Dass der Angestelltenstatus mehr Leistung und Qualität bedeute, sehe ich ebenfalls nicht. Denn der Angestelltenstatus ist für die Betroffenen weniger attraktiv, und eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen erhöht normalerweise nicht die Motivation von Beschäftigten. Die Profiteure einer Umwandlung dürften die Politiker sein, deren Einfluss wachsen muss, wenn die mit dem Beamtenstatus verbundene Unabhängigkeit genommen wird, und die Gewerkschaften, vor allem Ver.di, die bei Angestellten einen stärkeren Rückhalt haben als bei Beamten. Da Beamten- und Angestelltenstatus sich in vielem entsprechen, dürfte schließlich diese Maßnahme keine wirklich spürbaren Veränderungen bewirken.

## **II. Hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums**

### **1. Institutionelle Garantie**

Die Regelung des Rechts des öffentlichen Dienstes hat nach Art. 33 V GG unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu erfolgen. Da mit „Regelung“ eine Regelung durch Gesetz, nicht durch Vertrag gemeint ist, bezieht dies sich auf die Beamten, nicht auf die aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages beschäftigten Arbeiter und Angestellten.

Art. 33 V GG enthält eine institutionelle Garantie. Die Vorschrift garantiert eine Rechtsinstitution, das Berufsbeamtentum, indem sie den Gesetzgeber verpflichtet, deren tragende Grundsätze beizubehalten. Ähnlich ist es mit der Institution der kommunalen Selbstverwaltung, die von Art. 28 II GG gewährleistet wird. Von institutionellen Garantien unterscheiden sich Institutsgarantien nur dadurch, dass Objekt der Gewährleistung eine privatrechtliche, keine öffentlich-rechtliche Institution ist. Beispiele für Institutsgarantien sind Art. 6 I GG für Ehe und Familie und Art. 14 I GG für Eigentum und Erbrecht. Institutionelle wie Institutsgarantien verpflichten den Gesetzgeber, eine Rechtsinstitution in ihren grundlegenden, identitätsprägenden Strukturen beizubehalten und fortzuentwickeln; bei institutionellen Garantien geht es um öffentlich-rechtliche Rechtsinstitutionen, bei Institutsgarantien um privatrechtliche Rechtsinstitutionen. Art. 33 V GG schließt als institutionelle Garantie eine Abschaffung des Berufsbeamtentums aus.

Institutionelle Garantien haben etwas Konservatives. Hergebrachter Grundsatz ist ein Strukturprinzip (im Unterschied zu einer Detailregelung), das während eines längeren, Tradition bildenden Zeitraums, mindestens unter der Reichsverfassung von Weimar, als verbindlich anerkannt und gewahrt worden ist. Hergebrachte Grundsätze sind aber nur zu „berücksichtigen“. Eine Fortbildung durch Anpassung an veränderte Verhältnisse wird dadurch nicht ausgeschlossen.

Das sei an einem Beispiel erläutert. Ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums ist das Erfordernis der deutschen Staatsangehörigkeit. In das Beamtenverhältnis kann nur berufen werden, wer Deutscher im Sinne des Grundgesetzes ist (§ 4 I Nr. 1, 1. Alt. BRRG). Von diesem Grundsatz gab es schon immer zwei Ausnahmen: erstens ein dringendes dienstliches Bedürfnis für die Gewinnung eines Ausländers und zweitens generell für den Bereich der Hochschulen, die international sind (§ 4 III BRRG); ein dringendes dienstliches Bedürfnis kann etwa darin bestehen, dass ein türkischer Staatsangehöriger als Polizist besseren Kontakt zu türkischen Migranten hat. Zu veränderten Verhältnissen, an die das Staatsangehörigkeitserfordernis sich anpasst, führt die europäische Integration; die Freizügigkeit der Arbeitnehmer im europäischen Binnenmarkt führt dazu, dass EG-Ausländer sich unter gleichen Bedingungen für Beamtenstellen bewerben können (§ 4 I Nr. 1, 2. Alt. BRRG).

## 2. Einzelne hergebrachte Grundsätze

Um das Beamtenverhältnis zu charakterisieren, stelle ich Ihnen einzelne hergebrachte Grundsätze vor. Auf diese Weise entsteht ein grobes Bild vom Berufsbeamtentum, mit dem die Vorlesung erstmals in einen anderen Bereich des öffentlichen Rechts hineinragt, nämlich in das Beamtenrecht als Teil des Besonderen Verwaltungsrechts.

a) Schon genannt wurde der Staatsangehörigkeitsvorbehalt, der zugunsten von EU-Ausländern und bei dringendem dienstlichem Bedürfnis gelockert ist. Dieser Vorbehalt ist in der zweimaligen Erwähnung von „Deutschen“ in Art. 33 I / II GG auch positivrechtlich verankert. Diese Deutschenvorbehalte fügen sich in eine Reihe weiterer Deutschenvorbehalte, die im Bereich der Grundrechte Deutschen- von Jedermannrechten unterscheiden. Diese Vorbehalte können um drei Leitgedanken gebündelt werden. **(1)** Demokratie ist Herrschaft des Volkes, und zwar in Deutschland des deutschen Volkes. Deshalb stehen Ausländern politische Mitwirkungsrechte nur eingeschränkt zu. Das haben wir am Wahlrecht und an der Mitgliedschaft in politischen Parteien gesehen. Dieser Gedanke setzt sich fort bei der Versammlungsfreiheit (Art. 8 I GG) und bei der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 I GG). **(2)** Der Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt und, daran anknüpfend, zu deutschen Sozialsystemen ist grundsätzlich Deutschen vorbehalten. So erklären sich die Staatsangehörigkeitsvorbehalte in Art. 12 I und in Art. 33 I / II GG. **(3)** Der Zugang zum und die Freizügigkeit im deutschen Staatsgebiet steht nur Deutschen zu. So erklärt sich der Deutschenvorbehalt in Art. 11 I GG und das Fehlen eines Grundrechts auf Einreise (sieht man vom Asylgrundrecht in Art. 16a GG ab, das deshalb einige Zeit als allgemeine Einreisefreiheit missbraucht worden ist).

b) Ein zweiter hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums ist das Lebenszeitprinzip. Beamte werden grundsätzlich auf Lebenszeit ernannt und können nicht gekündigt werden. Von diesem Grundsatz gibt es Ausnahmen. Es gibt Beamte auf Zeit, so kommunale Wahlbeamte, bei denen das Demokratieprinzip die Befristung fordert, oder wissenschaftliche Assistenten an Universitäten, die sich erst bewähren sollen, bevor sie auf eine Professur berufen werden; weiterhin kennt das Beamtenrecht Beamte auf Probe und auf Widerruf. Eine Lebenszeitverbeamtung ist

in jedem Fall erst nach Vollendung des 27. Lebensjahres zulässig (§ 6 I BRRG). Bei einigen Spitzenbeamten, die Ämter bekleiden, zu deren Ausübung die fortdauernde Übereinstimmung mit den grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen der Regierung erforderlich ist, sog. politischen Beamten, z.B. Abteilungsleiter in Ministerien, ist die jederzeitige Versetzung in den einstweiligen Ruhestand möglich (§ 31 BRRG). Weiterhin kennt das Beamtenrecht die Entlassung und den Verlust der Beamtenrechte; der Verlust der Beamtenrechte tritt z.B. automatisch ein, wenn ein Beamter wegen einer vorsätzlichen Straftat zu Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt wird (§ 24 I 1 Nr. 1 BRRG).

Die Unkündbarkeit von Beamten wird derzeit politisch kritisiert. Dabei kommen meines Erachtens zwei Gesichtspunkte zu kurz: Neben den Beamten sind auch die Angestellten des öffentlichen Dienstes praktisch unkündbar, so dass die Abschaffung des Beamtenstatus an diesem Problem wenig ändern würde. Die Unkündbarkeit von Beamten hat für die Bürger auch Vorteile: Weil Beamte unkündbar sind, ist ihr Gehalt, im Vergleich mit Beschäftigten der Privatwirtschaft niedriger; würde dieser Status gestrichen, so stünde der Steuerzahler vor der Alternative, entweder – bei gleich bleibendem Gehalt – weniger qualifiziertes Personal einstellen zu können oder – bei gleich bleibender Qualifikation – höhere Gehälter zahlen und damit mehr Steuergelder aufwenden. Weil Beamte unkündbar sind, sind sie ein Hindernis für Kurzatmigkeit von Politik. Aufgaben, für die der Staat Beamte einstellt, müssen langfristig wahrgenommen werden. Beamte sind wegen ihrer Unkündbarkeit gegenüber der Politik unabhängiger; das betrifft vor allem die Parteibuchwirtschaft.

**Beispiel:** Ein kommunales Energieversorgungsunternehmen wird – dem Zeitgeist folgend – privatisiert, allerdings bei fortbestehendem Anteilsbesitz der öffentlichen Hand. In der Geschäftsleitung des Unternehmens sitzen nun keine Beamten mehr, sondern Manager, die auf der Grundlage privatrechtlicher Verträge beschäftigt werden. Eine naheliegende Konsequenz ist, dass die Manager, die der politischen Mehrheit im Rathaus zuneigen, entlassen und durch „linientreue“ Manager ersetzt werden. Mit Beamten wäre das nicht möglich, weil sie unkündbar und möglicherweise zu Zeiten anderer politischer Mehrheiten eingestellt worden sind. Eine weitere Konsequenz ist, dass im Privatrecht Gehälter frei ausgehandelt werden können, während Beamtengehälter gesetzlich vorgeschrieben sind. Das schafft die

Versuchung, in die Geschäftsleitung des Unternehmens verdiente Parteisolddaten zu berufen, denen auf diese Weise auf Kosten des Steuerzahlers ein schönes Zubrot gewährt wird. Das Risiko, dass auf diese Weise eine wenig qualifizierte Geschäftsleitung Verluste verursacht, ist gering, weil das Energieversorgungsunternehmen wegen des kommunalen Anteilsbesitzes faktisch insolvenzunfähig ist. Das Beispiel zeigt noch etwas Weiteres: Das nämlich eine mehrheitlich gegen Beamte eingestellte öffentliche Meinung sich von interessierten Kreisen gern verarschen lässt.

c) Als öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis beruht das Beamtenverhältnis nicht auf Vertrag, sondern auf Gesetz und wird durch Verwaltungsakt, die Ernennung, begründet. Daraus folgt, dass die Aufgaben und Pflichten des Beamten, ebenso wie seine Vergütung nicht verhandelbar sind. Dies setzt Leistungsanreizen Grenzen, aber auch einer Misswirtschaft mit Steuergeldern. Die Bezüge von Beamten können dem Bundesbesoldungsgesetz entnommen werden. Da das Beamtenverhältnis nicht auf Vertrag, sondern auf Gesetz beruht, ist für dieses Verhältnis nicht das zivilrechtliche *do ut des* von Leistung und Gegenleistung kennzeichnend.

d) Den Beamten trifft die Pflicht zu Dienst und Treue und zu Verfassungstreue. In etwas altmodischer Formulierung heißt es in den Beamtengesetzen, der Beamte habe sich mit voller Hingabe seinem Beruf zu widmen. Dadurch werden Nebentätigkeiten eingeschränkt. Der Beamtenstatus ist pflichtgeprägt. Ebenfalls etwas altmodisch ist, dass in allen Beamtengesetzen die Beamtenpflichten vor den Beamtenrechten geregelt sind. Der Beamte dient dem ganzen Volk, nicht einer Partei. Er hat seine Aufgaben unparteiisch und gerecht zu erfüllen und bei seiner Amtsführung auf das Wohl der Allgemeinheit Bedacht zu nehmen (§ 35 I 1, 2 BRRG). Eine typische Beamtenpflicht ist die Gehorsamspflicht. Andere Pflichten betreffen Mehrarbeit, Streikverbot oder die Versetzbarkeit. Ein Streikrecht kann den Beamten nicht zustehen, denn wenn Gehalt und sonstige Beschäftigungsbedingungen gesetzlich geregelt sind, müsste es sich gegen den demokratischen Gesetzgeber richten. Die Aufregung, die gegenwärtig wegen des Umzugs mancher Gerichte in Berlin und Brandenburg herrscht, etwa wegen der Fusion der Finanzgerichte von Berlin und Brandenburg in Cottbus und dem damit nötigen Umzug von Richtern von Berlin nach Cottbus kann ich nicht verstehen. Der Beamtenstatus hat sicher Vorteile,

die ich hier verteidige; er hat aber auch Nachteile, und man kann das eine nicht ohne das andere haben. Zur Durchsetzung der Pflichten der Beamten gibt es ein besonderes Disziplinarrecht mit besonderen Verfahren und Gerichten.

e) Das Leistungs- und Laufbahnprinzip betreffen die Einstellung und die Beförderung. Maßgebend sind insoweit Eignung, Befähigung und fachliche Leistung. Dies sind unbestimmte Rechtsbegriffe, über deren Ausfüllung, z.B. in dienstlichen Beurteilungen, man streiten kann. Andererseits: Wenn man die Unbestimmtheit durch formalisierte Kriterien ersetzt, etwa das Erfordernis eines juristischen Prädikatsexamens, wird das vielfach als schematisch und darum ggfs. ungerecht angesehen. Laufbahnprinzip heißt, dass ein Beamter in einer bestimmten Laufbahn eingestellt wird und dass er in der Reihenfolge der Ämter dieser Laufbahn aufrückt, ohne dass Ämter übersprungen werden können. Eine Laufbahn umfasst alle Ämter derselben Fachrichtung, die eine gleiche Vor- und Ausbildung voraussetzen. So setzt die Laufbahn des höheren Verwaltungsdienstes in einem Bundesministerium etwa die Befähigung zum Richteramt, d.h. das 2. Juristische Staatsexamen, voraus. Die Einstellung erfolgt dann im Eingangsamte dieser Laufbahn, dem Amte eines Regierungsrates. Die nächsten Stationen sind: Oberregierungsrat, Regierungsdirektor, Ministerialrat, Ministerialdirigent, Ministerialdirektor. Das Laufbahnprinzip ermöglicht eine rationale Ordnung beruflicher Karrieren und erschwert parteipolitischen Missbrauch; so kann etwa der Günstling eines Ministers nicht gleich als Ministerialdirigent eingestellt werden, sondern muss sich vom Ausgangsamte hochdienen, was so lange dauert, dass der betreffende Minister nicht mehr im Amte sein wird, wenn eine Beförderung zum Ministerialdirigenten anstehen sollte.

e) Grundlage des Beamtengehaltes ist das Alimentationsprinzip. Die Besoldung bemisst sich nach dem Amte, das ein Beamter bekleidet, und ist so zu bemessen, dem Beamten und seiner Familie einen diesem Amte angemessenen, realitätsgerechten Lebensstandard zu vermitteln. Neben dem Gehalt erhält der Beamte im Krankheitsfall Beihilfe, die ihn aus dem Kreis der gesetzlich Krankenversicherten heraushebt. Wenn, wie das gegenwärtig diskutiert wird, Beamte im Rahmen einer Bürgerversicherung zwangsweise in die gesetzlichen Krankenkassen einbezogen werden, bedeutet dies, dass der Beihilfeanspruch

entfällt; das bedeutet dann aber auch, dass sein finanzieller Wert auf das Beamtengehalt aufzuschlagen ist. Eine Sparmaßnahme ist das nicht.

### **3. Die Gesetzgebungskompetenzen für das Beamtenrecht**

Da das Beamtenrecht gesetzesgeprägt ist, stellt sich die Frage, wer für den Erlass dieser Gesetze zuständig ist. Die Antwort ist einfach: Da sowohl Bund als auch Länder Beamte haben können, ist jeder für „seine“ Beamten zuständig. Demgemäß gibt es ein Bundesbeamtengesetz und Landesbeamtengesetze. Allerdings besteht ein Interesse an Einheitlichkeit. Unterschiedliche Beschäftigungsbedingungen sorgen für Unfrieden und führen dazu, dass das qualifizierteste Personal sich dort einfindet, wo die Beschäftigungsbedingungen am besten sind. Dem wirkt das Grundgesetz mit zwei Regelungen entgegen.

Nach Art. 75 I Nr. 1 GG hat der Bund eine Rahmengesetzgebungskompetenz für das Beamtenrecht der Länder. Neben dem Bundesbeamtengesetz gibt es ein Bundesbeamtenrechtsrahmengesetz. Ersteres wendet sich unmittelbar an die Bundesbeamten, Letzteres wendet sich grundsätzlich nicht unmittelbar an Beamte, sondern an die Landesgesetzgeber und setzt deren Regelungen einen vereinheitlichenden Rahmen.

In dem besonders sensiblen Bereich von Besoldung und Versorgung hat der Bund gemäß Art. 74a GG nicht nur eine Rahmen-, sondern eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz. Der Bund setzt dann nicht für die Landesgesetzgeber einen Rahmen, den diese für ihren Bereich auszufüllen haben, sondern er ersetzt die Landesgesetzgeber und trifft Regelungen sowohl für den Bereich des Bundes als auch für den Bereich der Länder, mit Zustimmung des Bundesrates (Art. 75 II GG). Weil die Beamtenbesoldung bundeseinheitlich geregelt ist, kann, von Randfragen wie dem Weihnachtsgeld abgesehen, das Land Berlin unter Berufung auf die schlechte Haushaltslage die Bezüge seiner Beamten nicht einseitig absenken.

### **4. Deutsche Wiedervereinigung**

Die Wiedervereinigung hat das Beamtenrecht vor Herausforderungen gestellt, weil es ein Beamtentum in der DDR gemäß der sozialistischen Ideologie nicht gegeben hat. Von der SED unabhängige, weil unkündbare Amtsträger wären mit deren Führungsanspruch unvereinbar gewesen. Art. 20 III EinV schreibt vor, dass die Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Befugnisse auch in den neuen Bundesländern sobald wie möglich Beamten zu übertragen war. Dass diese Beamten, Richter und Soldaten derzeit noch abgesenkte Dienstbezüge erhalten, ist im Hinblick auf den Gleichheitssatz noch zu rechtfertigen (BVerfG v. 12.2.2003, 2 BvL 3/00).

### **III. Sinn des Berufsbeamtentums**

Lassen Sie mich zum Schluss den Sinn des Berufsbeamtentums in wenigen Worten umschreiben: Beamte gewährleisten eine gesetzmäßige und fachliche effiziente öffentliche Verwaltung, dies aufgrund ihrer besonderen Pflichtbindung und bei der Einstellung vorausgesetzten Sachkunde. Ich bin ziemlich sicher: Gäbe es einen Pisa-Test in Verwaltungsqualität, so würde Deutschland nicht schlecht abschneiden.