

Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG

– Anmerkungen zu einem verfassungsrechtlichen Dauerproblem –

Von Prof. Dr. Gerrit Manssen, Universität Regensburg

1. Einleitung

Auseinandersetzungen über die Existenzberechtigung des Berufsbeamtentums haben eine lange Tradition. Schon Karl Marx führte das Scheitern der deutschen Märzrevolution 1848 auf die unterbliebene Zerschlagung des Berufsbeamtentums zurück.¹ August Bebel hielt 1891 die gesamte öffentliche Verwaltung in einem sozialistischen Staat für entbehrlich, die vor allem von Karl Liebknecht erhobene Forderung nach einer „Demokratisierung der Verwaltung“ richtete sich primär gegen die im Beamtentum verkörperten Beharrungskräfte.² Für die jeweiligen politischen Macht-haber war hingegen der Beamtenapparat eine verlässliche Stütze zur Erfüllung essentieller staatlicher Aufgaben.³ Dies läßt sich für den Wechsel vom Kaiserreich zur Weimarer Republik, für das Dritte Reich und für den Wiederaufbau der Verwaltung in Westdeutschland nach dem Krieg nachzeichnen.⁴ So wird die „Stunde Null“ im Mai 1945 auch als „Stunde der Exekutive“ bezeichnet.⁵ Sie war damit auch eine Stunde des deutschen Berufsbeamtentums. In der sowjetischen Besatzungszone kam es hingegen zur Abschaffung dieser Institution, und zwar einerseits zum Zwecke der Entnazifizierung, andererseits aus machtpolitischen Gründen.⁶ Im Zuge der Wiedervereinigung wurde aber auch im Beitrittsgebiet das Berufsbeamtentum wiederhergestellt.⁷

Heute wird zwar nicht mehr über die Abschaffung des Berufsbeamtentums diskutiert, denn die constitutione lata läßt sich das Berufsbeamtentum nicht abschaffen. Die verfassungsrechtlichen Garantien des Art. 33 Abs. 4 und 5 GG, denen eine institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums entnommen wird,⁸ befinden sich jedoch nach wie vor in einem je nach politischer Couleur ideologisch gefärbten Streit.⁹ Vor allem der in Art. 33 Abs. 4 GG enthaltene Funktionsvorbehalt zugunsten des Berufsbeamtentums ist für die einen eine Garantie für eine ordnungsgemäße staatliche Aufgabenerfüllung, unabhängig vom politischen Wechsel an der Staatsspitze. Anderen erscheint die Bestimmung als ein in die Jahrzehnte gekommenes Residuum aus eigentlich vordemokratischer Zeit. Das Berufsbeamtentum wird identifiziert mit der impermeablen monarchischen Exekutive, die in einem modernen Staatswesen keinen Platz mehr habe.¹⁰ Die aktuellen Stichworte lauten: „Beschränkung der Verbeamtung auf den Kernbereich staatlicher Tätigkeiten“¹¹ und „keine Verbeamtung im staatlichen Fürsorgebereich“.¹²

Mit besonderer Intensität geführt wird insoweit die Diskussion um die Verbeamtung von Lehrern.¹³ Während bei klassischen Hoheitsaufgaben etwa der Polizei- und Sicherheitsbehörden der öffentlich-rechtliche und damit Beamtenstatus der Funktionsträger nicht in Frage gestellt wird, erscheint bei Lehrern der Verfassungswortlaut nicht hinreichend eindeutig. Würde es gelingen, die Lehrer mittel- und langfristig aus dem Berufsbeamtentum herauszunehmen, wäre damit aus der Sicht der grundsätzlichen Beamtentumskritiker zweifellos ein entscheidender Erfolg gelungen. Durch die Privatisierungen in den Bereichen Post, Bahn und Flugsicherung¹⁴ nimmt die Zahl der Beamten in nächster Zeit ohnehin tendenziell ab. Das Beamtentum würde zu

einer zahlenmäßig marginalen und damit auch in der öffentlichen Diskussion vernachlässigenswerten Größe, würde man von einer Verbeamtung der Lehrer in Zukunft absehen. Deshalb kommt dieser Frage aus beamtenpolitischer Sicht eine besondere Bedeutung zu. Betroffen von der Diskussion um den Funktionsvorbehalt sind auch die Hochschullehrer, die jedoch zahlenmäßig eine sehr viel kleinere Rolle spielen.¹⁵

2. Erledigte Fragen zur Auslegung des Art. 33 Abs. 4 GG

a) Art. 33 Abs. 4 GG als bindende Verfassungsnorm

Art. 33 Abs. 4 GG enthält – zusammen mit Art. 33 Abs. 5 GG – eine bewußte Entscheidung der Verfassung zugunsten des Berufsbeamtentums. Die Vorschrift verkörpert zwar keine subjektiven Rechte einzelner auf Verleihung eines Beamtenstatus. Gleichwohl handelt es sich um eine die öffentlichen Hände bindende Verfassungsnorm, nicht lediglich um eine Vorschrift mit Appellcharakter.¹⁶

Die Vorschrift ist vor allem durch die seit einigen Jahren wieder verstärkt anzutreffenden Widerstände gegen Verbeamtungen nicht funktionslos geworden. Verfassungsver-

¹ Siehe Grotkopp, Beamtentum und Staatsformwechsel, 1992, S. 12 m.w.N.

² Vgl. auch dazu Grotkopp (o. Fn. 1), S. 5.

³ Vgl. Grotkopp (o. Fn. 1), S. 5 ff.

⁴ Siehe dazu durchgehend die Ausführungen von Grotkopp (o. Fn. 1).

⁵ Morsey, DÖV 1993, 1061 (1062).

⁶ Ausführlicher Morsey, DÖV 1993, 1061 (1062 f.); Unverhau, ZBR 1987, 33 ff.

⁷ Siehe Art. 20 Abs. 2 Satz 1 EV, wonach die Wahrung öffentlicher Aufgaben (hoheitsrechtliche Befugnisse im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG) so bald wie möglich Beamten zu übertragen ist. Vgl. dazu auch P. M. Huber, Die Verwaltung 29 (1996), 437 (438).

⁸ Zur engen inneren Verbindung zwischen Art. 33 Abs. 4 und 5 GG siehe Kunig, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Band 2, 3. Aufl. (1995), Art. 33 Rdnr. 39; Schuppert, AK-GG, Band 2 (1984), Art. 33 Rdnr. 4.

⁹ Siehe Leisner, ZBR 1980, 361 (362); Rudolf, VVDStRL 37, 175 (195).

¹⁰ Rudolf, VVDStRL 37, 175 (195).

¹¹ Siehe etwa den Antrag der Bundestagsfraktion der SPD vom 29. Juni 1995 „Modernisierung der öffentlichen Verwaltung“, BT-Drs. 13, 2206, dort S. 8.

¹² Siehe die weiteren Nachweise bei Battis/Schlenga, ZBR 1995, 253 (253).

¹³ Vgl. dazu etwa Battis/Schlenga, ZBR 1995, 253 ff.; P. M. Huber, Die Verwaltung 29 (1996), 437 (457 ff.); Leisner, ZBR 1980, 361 ff. Vgl. auch hierzu den Antrag der SPD-Bundestagsfraktion (o. Fn. 11): Danach soll die strittige Zuordnung von Lehrern und Hochschullehrern zum Berufsbeamtentum den einzelnen Ländern überlassen bleiben.

¹⁴ Vgl. etwa Lehnguth, ZBR 1991, 266 ff.

¹⁵ Siehe dazu Epping, ZBR 1997, 383 ff.

¹⁶ Vgl. etwa Battis/Schlenga, ZBR 1995, 253 (254); Peine, Die Verwaltung 17 (1984), 415 (425 f.); Lehnguth, ZBR 1991, 266 (268); Maunz in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 33 Rdnr. 40, Stand: März 1966.

stöße sind mangels subjektiv-rechtlichen Gehaltes der Bestimmung zwar gerichtlich kaum feststellbar. Es läßt sich jedoch nicht ausmachen, daß Art. 33 Abs. 4 GG praktisch von niemandem mehr beachtet wird. Da ohnehin nur eine Verpflichtung besteht, die Ausübung hoheitlicher Befugnisse als ständige Aufgabe „in der Regel“ Beamten zu übertragen, liegt in der Übertragung von hoheitlichen Befugnissen auf Angestellte auch nicht in jedem Einzelfall ein Verstoß gegen die Bestimmung. Schließlich ist die Vorstellung, eine Verfassungsbestimmung könne funktionslos werden, ohnehin zurückzuweisen. Handlungsmaßstab für den Gesetzgeber ist das Grundgesetz, falsch ist es, das Grundgesetz nach einem von ihm losgelösten Staatshandeln zu interpretieren.¹⁷ Art. 79 Abs. 1 Satz 1 GG verlangt für jede Änderung der Verfassung eine Änderung ihres Wortlautes. Die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland ist damit das im Grundgesetz niedergeschriebene Recht. Daraus folgt ein Verbot der stillschweigenden Verfassungsänderung.¹⁸ Zulässig ist allein ein Verfassungswandel, also die zeitbedingte interpretatorische Neuinterpretation oder Weiterentwicklung des Verständnisses einer Verfassungsnorm.¹⁹ Damit läßt sich jedoch die grundsätzliche Geltung des Art. 33 Abs. 4 GG nicht in Frage stellen. Zulässig ist lediglich die Weiterentwicklung der Interpretation bestimmter Merkmale, etwa des Begriffs der „hoheitsrechtlichen Befugnisse“.

b) Keine Derogierung von Art. 33 Abs. 4 GG durch europäisches Recht

Unabhängig vom Rangverhältnis zwischen europäischem Primärrecht und nationalem Verfassungsrecht ergibt sich aus dem europäischen Recht keine Infragestellung des Art. 33 Abs. 4 GG. Die Beschäftigung im öffentlichen

Dienst fällt zwar grundsätzlich unter die Freizügigkeit der Arbeitnehmer nach Art. 39 EGV. Die Ausnahmeregel des Art. 39 Abs. 4 EGV wird vom EuGH restriktiv interpretiert,²⁰ so daß der nationale Vorbehaltsbereich sehr viel enger sein kann als die (im einzelnen noch darzustellende) Reichweite des Art. 33 Abs. 4 GG. Den Anforderungen des Europarechts kann und wird jedoch durch die Verbeamtung von EG-Bürgern Rechnung getragen.²¹ So stellt § 4 Abs. 1 Nr. 1 BRRG Staatsangehörige eines anderen Mitgliedsstaates der Europäischen Gemeinschaften rahmenrechtlich den deutschen Staatsangehörigen gleich. Damit und durch die Umsetzung in den Landesbeamtenengesetzen ist den europäischen Vorgaben genügt.²² Art. 48 Abs. 4 EGV hat keine Rückwirkung auf die Interpretation des Funktionsvorbehaltes.

c) Funktionsvorbehalt, keine Funktionssperre

Art. 33 Abs. 4 GG enthält einen Funktionsvorbehalt zugunsten des Berufsbeamtentums. Hoheitliche Befugnisse sollen als ständige Aufgabe ihnen, nicht Angestellten oder Arbeitern des öffentlichen Dienstes, übertragen werden. Dies ist eine Regelanordnung, von der Ausnahmen zulässig sind, etwa im Hinblick auf ehrenamtliche Gemeindegemeindermeister.²³

Über die sonstige Verwendung von Beamten enthält die Vorschrift keine Regelung. Insbesondere läßt sich ihr nicht entnehmen, Beamte dürften nur hoheitliche und keine anderen Aufgaben übertragen bekommen.²⁴ Irgendeine Art von Funktionssperre zu Lasten der Beamten oder eine Existenzgarantie zugunsten der Angestellten und Arbeiter enthält die Verfassung nicht. Der Staat ist verpflichtet, einen „Grundstock“ an Beamten zu beschäftigen. Eine Verbeamtungsgrenze läßt sich Art. 33 GG nicht entnehmen.

3. Der Begriff der hoheitlichen Aufgaben

a) Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte

Über die Auslegung des Begriffs „hoheitsrechtliche Befugnisse“ besteht kein Konsens.²⁵ Jedenfalls die klassische Eingriffsverwaltung wird unter ihn subsumiert. Damit endet jedoch die Einigkeit der Verfassungsinterpreten.²⁶ Überwiegend wird für ein extensives Verständnis der Vorschrift plädiert. Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse sei die gesamte obrigkeitliche Tätigkeit unter Einschluß der Leistungsverwaltung; auszuschließen seien nur die reine Fiskalverwaltung, die privatrechtlichen Beschaffungsgeschäfte, die erwerbswirtschaftliche Betätigung sowie rein mechanische Hilfstätigkeiten.²⁷ Die Gegenauffassung beschränkt den Anwendungsbereich der Vorschrift auf die Ausübung reiner Hoheitsrechte.²⁸

Es fällt schwer, diesem Streit noch wesentliche neue Aspekte hinzuzufügen. Aus der Entstehungsgeschichte ergeben sich Pro- und Contra-Argumente für beide Auffassungen.²⁹ Ein extensiver Verbeamtungszwang war von den Vätern bzw. Müttern der Verfassung zweifellos nicht angestrebt,³⁰ auch wenn gut 60% der Mitglieder des Parlamentarischen Rates dem Bereich „Bürokraten, Richter und Professoren“ zuzurechnen waren.³¹ Postschalterbedienstete sollten so wenig wie Stenotypistinnen zwingend Beamte sein.³² Hingegen ging man davon aus, daß Lehrer und Lehrerinnen weiter Beamte bleiben können; von Mangoldt fügte hinzu, man habe die Lehrpersonen immer zu den Beamten gerechnet. Daß Lehrer Beamte sein können und daß sie traditionell Beamte waren,³³ heißt nicht zwingend,

¹⁷ Zutreffend Peine, Die Verwaltung 17 (1984), 415 (426).

¹⁸ BVerfGE 2,143 (164). Siehe auch Lücke, in: Sachs, GG, 2. Aufl. 1998, Art. 79 Rdnr. 6.

¹⁹ Siehe Lücke, in: Sachs (o. Fn. 18), Art. 79 Rdnr. 6.

²⁰ Vgl. EuGH, Slg. 1980, 3881 ff.; Slg. 1991, I-5627 ff. Zur Rechtsprechung des EuGH siehe P. M. Huber, Die Verwaltung 29 (1996), 437 (458 ff.); Schotten, DVBl. 1994, 567 ff.; Schweitzer, Gedächtnisschrift für Grabitz, 1995, 747 (757).

²¹ Badura, ZBR 1996, 321 (322); Kunig, in: von Münch/Kunig (o. Fn. 8), Art. 33 Rdnr. 45.

²² Vgl. auch Battis/Schlenga, ZBR 1995, 253 (257).

²³ Siehe JöR n. F., Band 1, S. 317 f.

²⁴ Ebenso Lehnguth, ZBR 1991, 266 (270); Peine, Die Verwaltung 17 (1984), 415 (427 f.); Ule, in: Bettermann/Nipperdey, Die Grundrechte, Band IV/2 (1960), S. 559. Einschränkung allerdings Schuppert, AK-GG, Band 2 (1984), Art. 33 Rdnr. 38, der für die Beschäftigung von Beamten außerhalb des Vorbehaltsbereiches eine „funktionale Rechtfertigung“ verlangt.

²⁵ Battis, in: Sachs (o. Fn. 18), Art. 33 Rdnr. 55; Kunig, in: von Münch/Kunig (o. Fn. 8), Art. 33 Rdnr. 47. Ausführlich Lecheler, Die Beamtenaufgaben nach dem Funktionsvorbehalt des GG, 1986.

²⁶ Ausführliche Wiedergabe des Streitstandes bei Battis/Schlenga, ZBR 1995, 253 (255 f.); Benndorf, DVBl. 1981, 23 (25); Hoffmann-Riem, Personalrecht der Rundfunkaufsicht, 1991, S. 41 ff.; Lehnguth, ZBR 1991, 266 (268 f.).

²⁷ Battis, in: Sachs (o. Fn. 18), Art. 33 Rdnr. 56.

²⁸ Vgl. Schuppert, AK-GG II (o. Fn. 24) Art. 33 IV, V Rdnr. 25.

²⁹ Vgl. dazu JöR n.F. Band 1, S. 314 ff. Ausführlicher zur Entstehungsgeschichte Hoffmann-Riem (o. Fn. 26), S. 24 ff.

³⁰ Ausführlicher Lehnguth, ZBR 1991, 266 (267); Lübke-Wolff, in: Dreier, GG II, 1998, Art. 33 Rdnr. 58.

³¹ So Grotkopp (o. Fn. 1), S. 223.

³² JöR n.F. Band 1, S. 320.

daß sie Beamte sein müssen.³⁴ Daß man sie jedoch selbstverständlich zu den Beamten rechnete, spricht dafür, zum Begriff der Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse auch die Tätigkeit des Lehrers in einer öffentlichen Schule zu zählen. Art. 143 Abs. 3 WRV enthielt die Formulierung, daß Lehrer an öffentlichen Schulen die Rechte und Pflichten von Staatsbeamten haben. Damit ließ die Weimarer Reichsverfassung lediglich die Frage offen, ob sie Staats- oder Kommunalbeamte sein sollen.³⁵ Es gibt nicht den geringsten Hinweis, daß das Grundgesetz mit dieser Tradition brechen wollte. Aus einer Verfassungsbestimmung, die eine Regelung zugunsten des Berufsbeamtentums enthält, eine gegenüber dem früheren Zustand wesentliche Zurückdrängung des Beamtentums ableiten zu wollen, wirkt unhistorisch. Insofern ergibt sich ein wesentliches Argument für die Verbeamtung von Lehrern.

Die Überlegungen zur Wortwahl ergeben ebenfalls keinen stichhaltigen Hinweis für die allgemeine Interpretation des Art. 33 Abs. 4 GG.³⁶ Die Verwendung des Begriffes „hoheitsrechtliche Befugnisse“ ist eher ungewöhnlich. Er beruht auf einem Vorschlag des allgemeinen Redaktionsausschusses und ersetzte den Begriff „öffentliche Gewalt“. Zur Begründung wurde ausdrücklich angemerkt, daß damit ein engerer Begriff als der der „öffentlichen Gewalt“ gewählt worden sei; hoheitsrechtliche Befugnisse würden nur dann ausgeübt, wenn der Staat oder eine andere öffentlich-rechtliche Körperschaft als „Obrigkeit“ tätig würde.³⁷ Insgesamt läßt sich hieraus eher ein Argument für ein enges Verständnis des Art. 33 Abs. 4 GG ziehen.³⁸ Wie eng dieses Verständnis sein soll, ergibt sich aus der insoweit einschlägigen Entstehungsgeschichte und dem Wortlaut jedoch nicht. Der im Parlamentarischen Rat verwendete Begriff „Obrigkeit“ ist mindestens so diffus wie der der „hoheitsrechtlichen Befugnisse“.

b) Versuch einer teleologischen Auslegung

Angesichts der nicht eindeutigen historischen Auslegungsergebnisse sowie der letztlich unergiebigsten wörtlichen Interpretation muß zur genaueren Bestimmung dessen, was unter „hoheitsrechtlichen Befugnissen“ zu verstehen ist, vor allem teleologisch interpretiert werden.³⁹ Dies ist insbesondere deshalb angezeigt, weil die Rolle der öffentlichen Verwaltung in der Zeit seit Erlass des Grundgesetzes einem erheblichen Wandel unterworfen war. Auch heute ist ein Polizist ein Träger „hoheitsrechtlicher Befugnisse“ und als solcher nach Art. 33 Abs. 4 GG zu verbeamten. Die Aufgaben der „Daseinsvorsorge“ unterliegen heute jedoch einem in vielen Punkten neu interpretierten Rechtsregime. Mit der Alternative „Stenotypist oder Polizist“ lassen sich die aktuellen Einordnungsfragen im Hinblick auf den Funktionsvorbehalt nicht mehr lösen.

Allgemein wird als Telos des Art. 33 Abs. 4 GG die Sicherung der Institution des Berufsbeamtentums verstanden.⁴⁰ Diese Feststellung ist zunächst richtig. Art. 33 Abs. 4 und 5 GG enthalten eine entsprechende Grundentscheidung der Verfassung. Doch welche Konsequenzen sind hieraus zu ziehen? Ist es richtig, daß es um die Sicherung des Berufsbeamtentums durch die Sicherung eines Mindest-Einsatzbereiches geht?⁴¹ Zur Klärung dieser Frage ist erneut ein Blick in die Materialien hilfreich. Für die Einfügung eines Funktionsvorbehaltes wurde vom Abg. Dr. Strauß (CDU) vorgebracht, daß dies gerade im Hinblick „auf die Verhältnisse im Osten“ geschehen müsse.⁴² Diesen Gegensatz sah man in der Wahrung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit

(Legalität) und der parteipolitischen Neutralität der Verwaltung. Das Berufsbeamtentum bot wegen der damit verbundenen „inneren Sicherheit und Unabhängigkeit“ nach Auffassung der Väter (und Mütter) der Verfassung die Gewähr für die Wahrung dieser letztlich rechtsstaatlichen Grundsätze.⁴³

Es ist deshalb vordergründig, in Art. 33 Abs. 4 GG eine Art Garantie des Berufsbeamtentums um seiner selbst willen zu erblicken mit der Konsequenz, daß die Zuweisung eines Mindestaufgabenbereiches den verfassungsrechtlichen Vorgaben entspreche. Vielmehr sind Beamte überall dort im Regelfall einzusetzen, wo dies im Sinne der Wahrung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der parteipolitischen Neutralität der vollziehenden Gewalt erforderlich ist. Die Legitimation des Status folgt aus den Aufgaben, die zu erfüllen sind.⁴⁴ Es muß eine Verbindung hergestellt werden zwischen der Aufgabenerfüllung und den bedeutsamen Charakteristika des Beamtenverhältnisses (parteipolitische Neutralität, Verfassungstreue, Streikverbot, besondere persönliche Unabhängigkeit).⁴⁵ „Hoheitsrechtliche Befugnisse“ im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG sind deshalb nicht nur der Erlaß von einseitig verbindlichen Regelungen der öffentlichen Gewalt.⁴⁶ Hierbei handelt es sich nur um ein wenn auch wesentliches Beispiel. Beamte sind dort einzusetzen, wo eine besondere Verantwortlichkeit gefordert ist, die im Sinne eines rechtsstaatlichen Gesetzesvollzugs einer besonderen persönlichen Absicherung des Amtswalters bedarf. Daher bestimmt der verfassungsrechtliche Grundgedanke der Garantie einer rechtsstaatlichen Aufgabewahrnehmung die Reichweite des Funktionsvorbehaltes.⁴⁷

Insofern ist es nicht überzeugend, wenn davon gesprochen wird, Beamte seien für die besonders wichtigen staatlichen Tätigkeiten einzusetzen.⁴⁸ Auf die Wichtigkeit oder Unwichtigkeit einer Aufgabe kommt es nicht an. Eine funktionierende Müllabfuhr, die von privaten Konzernen erbrachten Leistungen im Bereich der Energieversorgung oder Telekommunikation und die Lebensmittel- oder Medikamentenversorgung sind für ein modernes Staatswesen

³⁴ Siehe dazu ausführlicher Leisner, ZBR 1980, 361 (364 f.).

³⁵ Insofern zutreffend Lübke-Wolff, in: Dreier (o. Fn. 30), Art. 33 Rdnr. 59 m. Fn. 314.

³⁶ Leisner, ZBR 1980, 361 (364).

³⁷ Ebenso Battis/Schlenga, ZBR 1995, 253 (256).

³⁸ Siehe JöR n.F. Band 1, S. 323.

³⁹ Vgl. Peine, Die Verwaltung 17 (1984), 415 (420 f.): Es gehe um Aufgabenerfüllung durch den Einsatz von Befehl und Zwang.

⁴⁰ Eine systematische Interpretation bietet insoweit auch keine weitere Hilfe. Siehe auch Scholz/Aulehner, ArchivPT 1993, 5 (14 ff.).

⁴¹ Siehe Lübke-Wolff in: Dreier (o. Fn. 30), Art. 33 Rdnr. 58.

⁴² So Lübke-Wolff, in: Dreier (o. Fn. 30), Art. 33 Rdnr. 58.

⁴³ JöR n.F., Band 1, S. 314.

⁴⁴ JöR n.F., Band 1, S. 315. Siehe auch P. M. Huber, Die Verwaltung 29 (1996), 437 (441): Es gehe um die Gewährung von rechtsstaatlichem Gesetzesvollzug.

⁴⁵ Vgl. auch Leisner, Legitimation des Berufsbeamtentums aus der Aufgabenerfüllung, 1988, S. 29 ff.

⁴⁶ Siehe auch Maunz, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 16), Art. 33 Rdnr. 33; vgl. weiterhin P. M. Huber, Die Verwaltung 29 (1996), 437 (440). Zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden der Rechtsstellung von Beamten und Angestellten siehe Wagener, VVDStRL 37, 215 (223 ff.).

⁴⁷ Anders Peine, Die Verwaltung 17 (1984), 415 (424).

⁴⁸ Ähnlich Badura, ZBR 1996, 321 (326).

⁴⁹ So aber Battis/Schlenga, ZBR 1995, 253 (254); Lehnguth, ZBR 1991, 266 (269).

genauso „wichtig“ wie die Durchsetzung von Baubeseitigungsanordnungen. Es ist deshalb eine kurzschlüssige Argumentation, wenn eine Beschränkung des Vorbehaltsbereiches des Art. 33 Abs. 4 GG auf den Bereich von „Befehl und Zwang“ damit gerechtfertigt wird, nur dort müsse eine Aufgabenerfüllung auch bei Streik gesichert sein. Überhaupt kommt man mit dem Abstellen auf Handlungsformen zur Bestimmung des Vorbehaltsbereiches nicht weiter.⁵⁰ Handlungsformen unterliegen der Weiterentwicklung und Modifizierung durch Gesetzgebung und Dogmatik. Mehr als Indizcharakter können sie für die Auslegung der Verfassungsnorm nicht haben.

Auch der Effizienzgedanke⁵¹ spielt keine entscheidende Rolle bei der verfassungsrechtlichen Bestimmung des Funktionsvorbehaltes.⁵² Art. 33 Abs. 4 GG stellt nicht fest, daß die Aufgabenerfüllung durch Berufsbeamte effizienter ist als durch Angestellte. Die effizienteste Form der Erledigung von öffentlichen Aufgaben herauszufinden, ist Sache der jeweiligen Entscheidungsträger in den drei staatlichen Gewalten. Der Funktionsvorbehalt gilt auch dann, wenn der Einsatz von Beamten ineffizienter sein sollte als der von Angestellten, wonach man dies auch immer messen will. Die Verfassung stellt die rechtsstaatliche Absicherung von Verwaltungsentscheidungen über staatliche Zweckmäßigkeitserwägungen bei der personellen Ausgestaltung des Verwaltungsvollzugs.

c) Konkretisierung des Vorbehaltsbereiches nach Art. 33 Abs. 4 GG

Versucht man auf dieser Grundlage eine Konkretisierung des nach heutigem Verständnis von Art. 33 Abs. 4 GG

erfaßten Bereichs, so ergibt sich folgendes Bild: Nach wie vor sind die typischen Aufgaben der eingreifenden Verwaltung vor allem im Polizeirecht sowie im allgemeinen und besonderen Ordnungsrecht Berufsbeamten zu übertragen.⁵³ Die eingreifende Verwaltung kennzeichnet sich einerseits durch eine strikte Gesetzesbindung, andererseits durch Ermessensspielräume, die rechtsstaatlich ohne parteipolitische Einfärbung ausgeübt werden müssen. Dabei ist der Funktionsvorbehalt nicht auf das Handeln nach außen beschränkt.⁵⁴ Vom Funktionsvorbehalt eindeutig nicht erfaßt ist das fiskalische Handeln der öffentlichen Hände,⁵⁵ weiterhin rein mechanische oder sonst untergeordnete Tätigkeiten.⁵⁶ Entscheidend ist der Gesichtspunkt, ob der Funktionsträger substantielle eigene Entscheidungsbefugnisse für die Gestaltung des Staat-Bürger-Verhältnisses hat.⁵⁷

Neuere Materien im Bereich der planenden Verwaltung sind von Berufsbeamten wahrzunehmen. Bauleitplanung, Planungen im Bereich des Umwelt- und Naturschutzrechts oder des Verkehrsrechts haben zwar nicht nur, aber auch eingreifenden Charakter. Die Gesetzesbindungen sind mindestens ebenso vielfältig wie bei der typischen Eingriffsverwaltung, die Gestaltungsspielräume gleichwohl größer. Auch dort sind deshalb im Regelfall Beamte einzusetzen,⁵⁸ soweit nicht die kommunalen Vertretungsorgane zuständig sind.

Für die leistende Verwaltung kann man bei teleologischer Interpretation des Art. 33 Abs. 4 GG die Einschlägigkeit des Funktionsvorbehaltes ebenfalls nicht grundsätzlich verneinen.⁵⁹ Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bedarf hier sogar oft einer besonderen Absicherung, etwa im Bereich des Subventionsrechts. Teilweise gehen mit Leistungen der öffentlichen Hand gewichtige Beschränkungen der grundrechtlichen Freiheitssphäre einher. Zudem wird der Vorenthaltung von Leistungen vielfach Eingriffscharakter zuerkannt.⁶⁰ Für die Fürsorge- (heute Sozialhilfe)verwaltung wurde dies schon im Parlamentarischen Rat so gesehen. Allein der öffentliche Zweck reicht jedoch nicht aus, um aus Art. 33 Abs. 4 GG eine Verbeamtungspflicht abzuleiten.⁶¹ Die Grenze des Funktionsvorbehaltes ist dort erreicht, wo es um überwiegende Dienstleistungstätigkeiten geht. Müllabfuhr, Wasserversorgung, Abwasserentsorgung und öffentlicher Personennahverkehr sind zwar für ein modernes Gemeinwesen ebenso unverzichtbar wie Bau- und Umweltverwaltung. Der spezifische Aspekt der Notwendigkeit der strikten Gesetzesbindung und unparteilichen Amtsführung ist jedoch bei solchen Dienstleistungstätigkeiten nicht einschlägig. Deshalb sind die besonderen Pflichtenbindungen des Berufsbeamtentums möglicherweise für die Aufgabenerfüllung nützlich, sie sind jedoch aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht unabdingbar.

d) Übertragung des Ergebnisses auf Lehrer an öffentlichen Schulen

In der Diskussion um den Beamtenstatus von Lehrern sind Argumente anzutreffen, die wegen ihrer Vordergründigkeit nicht geeignet sind, die verfassungsrechtliche Reichweite des Art. 33 Abs. 4 GG zu konkretisieren. Dies gilt zunächst und vor allem für die Kostenfrage. Der Funktionsvorbehalt erlaubt es ohnehin nicht, deshalb Angestellte statt Beamte einzustellen, weil dies kostengünstiger ist.⁶² Zudem sind Beamte bei richtiger Rechnung nicht teurer als Angestellte. Aktuell sind Angestellte wegen der sofort anfallenden und vom Arbeitgeber anteilig zu zahlenden Sozialversicherungsabgaben „teurer“. Eine mögliche Anreicherung der

⁴⁹ So Peine, Die Verwaltung 17 (1984), 415 (424).

⁵⁰ Anders Rudolf; VVDStRL 37, 176 (202).

⁵¹ Siehe dazu etwa Leisner, Legitimation des Berufsbeamtentums aus der Aufgabenerfüllung, 1988, S. 58.

⁵² So zutreffend P. M. Huber, Die Verwaltung 29 (1996), 437 (441).

⁵³ Benndorf, DVBl. 1981, 23 (24); Lehnguth, ZBR 1991, 266 (269); Rudolf, VVDStRL 37, 176 (202).

⁵⁴ Lecheler, HbStR Band 3 (1988), § 72 Rdnr. 31.

⁵⁵ Rudolf, VVDStRL 37, 176 (202). Anders allerdings P. M. Huber, Die Verwaltung 29 (1996), 437 (446). Zwar ist dieser Auffassung zuzugestehen, daß auch bei fiskalischer Verwaltung Grundrechtseingriffe denkbar sind. Es geht jedoch nicht um einen rechtsstaatlichen Erfordernissen abgepaßten Verwaltungsvollzug. Der Funktionsvorbehalt ist deshalb nicht einschlägig.

⁵⁶ Benndorf; DVBl. 1981, 23 (24); Lecheler, HbStR Band 3 (o. Fn. 54), § 72 Rdnr. 28; Schuppert, AK-GG, Band 2 (1984), Rdnr. 38.

⁵⁷ Vgl. Kunig, in: von Münch/Kunig (o. Fn. 8), Art. 33 Rdnr. 49.

⁵⁸ Vgl. auch Battis/Schlenga, ZBR 1995, 253 (256), die es für mit Art. 33 Abs. 4 GG unvereinbar halten, das Berufsbeamtentum aus besonders wichtigen zukunftsweisenden Formen öffentlich-rechtlicher Verwaltung herauszudrängen.

⁵⁹ Ebenso Benndorf, DVBl. 1981, 23 (27). Siehe auch P. M. Huber, Die Verwaltung 29 (1996), 437 (444); Lecheler, HbStR Band 3 (o. Fn. 54), § 72 Rdnr. 37.

⁶⁰ Siehe dazu Manssen, Staatsrecht I, Grundrechtsdogmatik (1995), Rdnr. 24 m.w.N.

⁶¹ So auch Battis/Schlenga, ZBR 1995, 253 (256); Peine, Die Verwaltung 17 (1984), 415 (427).

⁶² Kunig, in: von Münch/Kunig (o. Fn. 8), Art. 33 Rdnr. 50. Siehe auch Badura, ZBR 1996, 321 (326): Ob Lehrer in der Regel als Beamte oder als Angestellte beschäftigt werden sollen, könne weder verbandspolitisch noch finanzpolitisch entschieden werden.

Sozialkassen ist aber auf jeden Fall ein im Rahmen des Art. 33 GG sachwidriges Argument. Die Pensionslasten, die auf den öffentlichen Haushalten ruhen, lassen sich zudem durch die Nicht-mehr-Verbeamtung aktuell nicht senken.⁶³ Zulässig ist es allerdings, bei nur teilweiser oder kurzzeitiger Beschäftigung von Lehrern Angestelltenverhältnisse zu begründen, wenn das private Arbeitsrecht dem Staat eine größere Flexibilität ermöglichen sollte. Denn Art. 33 Abs. 4 GG enthält eine Regelanordnung. Abweichungen sind möglich, soweit für eine sachgerechte Aufgabenerfüllung der Beamtenstatus ungeeignet ist. Sonstige Ausnahmefälle sind denkbar, etwa fehlende Voraussetzungen für eine Verbeamtung. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten des Beamtenstatus muß jedoch gewahrt werden.⁶⁴

Die Nowendigkeit eines Beamtenstatus der Lehrer wird weiterhin oft mit dem Argument bestritten, die eigentlich hoheitlichen Befugnisse bräuchten bzw. würden nicht zwingend vom einzelnen Lehrer ausgeübt, sondern vom Schulleiter. Es reiche deshalb aus, diesen zu verbeamten. Eine Verbeamtung von Lehrern sei von Art. 33 Abs. 4 GG nicht gefordert, jedenfalls dann nicht, wenn es sich im wesentlichen um „pädagogische Dienstleister“ handelt.⁶⁵

Im Lichte der hier entwickelten Auffassung vermag dies ebenfalls nicht zu überzeugen.⁶⁶ Entscheidend ist nicht, wer den Verwaltungsakt über eine Nichtversetzung oder einen Verweis von der Schule erläßt. Wichtig ist allein, ob ein Lehrer eine Funktion ausübt, in der er wegen der besonderen Anforderungen an die Tätigkeit einer besonderen persönlichen Absicherung bedarf. Das ist bei Lehrern der Fall.⁶⁷ Löst man sich von der Verengung des Begriffs der hoheitsrechtlichen Befugnisse auf den Erlaß von Verwaltungsakten, liegt bereits ein eindeutiger Eingriffsfall vor.⁶⁸ Eltern werden von den Schulgesetzen in weitem Umfang verpflichtet, ihre Kinder in die Schule zu schicken und damit konkreten Lehrpersonen mehrere Stunden am Tag zu überlassen. Außerhalb der Schulpflicht besteht ein weitgehendes staatliches Ausbildungsmonopol.⁶⁹ Daß somit durch den Schulbesuch ein Rechtsverhältnis zwischen Schülern, Eltern und Schule entsteht, dürfte heute unstrittig sein.⁷⁰ Schüler und Eltern haben einen Anspruch darauf, daß der Unterricht in dem Rahmen stattfindet, den die Schulgesetze vorsehen. Die erzieherischen Einwirkungen auf den Schüler einschließlich der Benotungen werden jedoch nicht von „der Schule“, sondern von der konkreten Lehrperson vorgenommen. Sie repräsentiert den Staat gegenüber dem Schüler.⁷¹ Ihre Einwirkungsmöglichkeiten auf den Schüler werden von den Schulgesetzen rechtlich geordnet. Die Lehrer sind zur politischen Neutralität und zur unideologischen Durchführung des Unterrichts verpflichtet. Ob später das Nichtversetzungszeugnis vom Schulleiter unterschrieben wird, ist aus dieser Sicht vollkommen nebensächlich. Den eigentlich relevanten Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht nimmt der konkret unterrichtende Lehrer vor. Der Lehrer selbst muß zur Absicherung dieser Verpflichtung einen Status haben, der ihn gegen Einflußnahmeversuche abschirmt. Dafür ist das Beamtenverhältnis die von der Verfassung vorgesehene Statusform.

Ähnliche Überlegungen lassen sich auch zum Beamtenstatus der Hochschullehrer anstellen. Zwar fehlt es hier an der Schulpflicht als besonderem Zwangsakt. Die weiteren Überlegungen treffen jedoch auch auf Hochschullehrer zu.⁷² Hinsichtlich der Durchführung von Prüfungen besteht eine ähnliche Situation wie bei der Benotung von Schülern, verstärkt durch die besondere Garantie des Art. 12 Abs. 1

GG, der zugunsten der Prüflinge die Durchführung eines fairen Prüfungsverfahrens verlangt. Für die Wahrnehmung von Forschungsaufgaben erscheint der Beamtenstatus ebenfalls als die geeignete Statusform.⁷³ Sie sichert die für wissenschaftliches Arbeiten notwendige persönliche und sachliche Unabhängigkeit. Insofern ist die Verpflichtung zur Verbeamtung nicht weniger eindeutig als bei Lehrern.

4. Staatsaufgaben und Funktionsvorbehalt

Durch die Privatisierungen im Bereich der staatlichen Daseinsvorsorge wird die Zahl der Beamten in den nächsten Jahren voraussichtlich zurückgehen. Die Entwicklung, die heute bei Post und Bahn zu beobachten ist, wirft das Problem auf, ob sich aus Art. 33 GG Grenzen für eine Auslagerung von Staatsaufgaben ergeben. Welche Aufgaben der Staat selbst wahrnimmt und welche er in die gesellschaftliche Sphäre entläßt, liegt jedoch außerhalb des Regelungsbereichs des Art. 33 GG.⁷⁴ Solange es einen Staat Bundesrepublik Deutschland gibt, wird es auch staatliche Aufgaben geben, die von Berufsbeamten zu erledigen sind. Ein Kernbestand an Aufgaben ergibt sich nicht aus der Garantie des Berufsbeamtentums, da – wie schon ausgeführt – die Garantie der Institution Berufsbeamtentum kein Selbstzweck ist, sondern der möglichst qualifizierten Erledigung bestimmter staatlicher Aufgaben dient. Grenzen der Privatisierung ergeben sich somit aus Art. 33 GG nicht. Eine Ausnahme gilt nur bei rein formellen Privatisierungen, also der Übertragung von Aufgaben auf publifizierte oder gemischt-publifizierte Unternehmen. Hier schließt Art. 33 Abs. 4 GG die Mitgabe von Eingriffsbefugnissen in Gestalt einer Beleihung Grenzen.⁷⁵ Solche Gestaltungen sind nicht ausgeschlossen, dürfen die regelmäßige Erfüllung von hoheitsrechtlichen Befugnissen durch Beamte jedoch nicht in Frage stellen.

Übertragen auf die Lehrer bedeutet dies, daß die Länder das Recht haben, die Schule zu „enthoheitlichen“.⁷⁶ Statt Mittel in öffentliche Schulen zu stecken, könnte der Staat vermehrt dazu übergehen, den Schülern Stipendien für den Besuch von Privatschulen zu geben. Solange er das jedoch nicht tut, übt er mittels seiner Lehrer den öffentlichen Schulen hoheitsrechtliche Befugnisse aus, was ihn grundsätzlich zur Verbeamtung verpflichtet.

⁶³ Battis/Schlenga, ZBR 1995, 253 (253).

⁶⁴ Battis/Schlenga, ZBR 1995, 253 (257).

⁶⁵ Siehe etwa P. M. Huber, Die Verwaltung 29 (1996), 437 (460).

⁶⁶ Ablehnend auch Badura, ZBR 1996, 321 (326); Leisner, ZBR 1980, 361 (363).

⁶⁷ Anders Schuppert, AK-GG, Band 2 (1984), Rdnr. 38.

⁶⁸ Vgl. den Beitrag von Roellecke, DÖV 1976, 515 ff. mit dem Titel: „Die Exekutionsmacht des Lehrers und ihre Rechtfertigung“.

⁶⁹ Leisner, ZBR 1980, 361 (366).

⁷⁰ Vgl. etwa von Campenhausen, Erziehungsauftrag und staatliche Schulträgerschaft, 1967, S. 13.

⁷¹ Leisner, ZBR 1980, 361 (365).

⁷² Ebenso Badura, ZBR 1996, 321 (326).

⁷³ Ebenso Epping, ZBR 1997, 383 (383).

⁷⁴ Ebenso Scholz/Aulehner, ArchivPT 1993, 5 (20). Im Ergebnis ähnlich P. M. Huber, Die Verwaltung 29 (1996), 437 (449).

⁷⁵ Siehe auch Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 123; P. M. Huber, Die Verwaltung 29 (1996), 437 (449).

⁷⁶ Leisner, ZBR 1980, 361 (363).