



## Anhörung zum Thema: „Öffentlicher Dienst“ des Innenausschusses des Deutschen Bundestages am 1. März 2004

Schriftliche, teilweise skizzenhafte Stellungnahme zum Fragenkatalog

- redaktionell überarbeitete Fassung -

### Gliederung

<b><u>I. Komplex 1: Aufgaben des öffentlichen Dienstes/personalrechtliche Konsequenzen</u></b>	<b>2</b>
<u>Spiegelstrich 1: Bedeutung öffentlicher Dienstleistung; Aufgabenkritik</u>	2
<u>Spiegelstrich 2: Bedeutung staatlicher Gewährleistung der Grundversorgung von Bürgern und Gesellschaft</u>	6
<u>Spiegelstrich 3: Erkenntnisse aus der Bull-Kommission</u>	8
<u>Spiegelstrich 4: Bleibende Notwendigkeit besonderer Pflichten und Rechte für eine spezielle Gruppe von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern</u>	10
<u>Spiegelstrich 5: Veränderungsfähigkeit des Dienstrechts im Lichte des Artikel 33 Abs. 5 GG</u>	10
<u>Spiegelstrich 6: Einheitliches Dienstrecht</u>	11
<u>Spiegelstrich 7: Statusfragen</u>	11
<b><u>II. Zweiter Themenkomplex</u></b>	<b>13</b>
<u>Spiegelstrich 1: Vergleich der Einkommensstruktur und der Einkommensentwicklung im öffentlichen Dienst und in der privaten Wirtschaft</u>	13
<u>Spiegelstrich 2: Unterschiede zwischen Besoldung und Tarif</u>	13
<u>Spiegelstrich 3 und Spiegelstrich 7: Unterschiede zwischen Ländern, Gemeinden und Bund und Budgetierung</u>	14
<u>Spiegelstrich 4: Versorgung</u>	15
<u>Spiegelstrich 5: Leistungsgedanke im Besoldungsrecht</u>	15
<b><u>III. Dritter Themenkomplex – Weitergehende Gesetzgebungskompetenzen für die Länder</u></b>	<b>16</b>
<u>1. Innerer Widerspruch zur historischen Erfahrung</u>	16
<u>2. Frage des Wettbewerbsnachteils „armer Länder“</u>	16
<u>3. Sachliche Befugnis, den Ländern die Kompetenz vorzuenthalten?</u>	16

# **I. Erster Komplex: Aufgaben des öffentlichen Dienstes/personalrechtliche Konsequenzen**

## **Spiegelstrich 1: Bedeutung öffentlicher Dienstleistung; Aufgabenkritik**

### **a) Der Bezug des Beamtenrechts zu den staatlichen Aufgaben**

Zwischen staatlichen Aufgaben und dem Beamtenrecht besteht ein untrennbarer Zusammenhang. Das Beamtenrecht gibt vor, besser zur Erfüllung der staatlichen Aufgaben bzw. eines Ausschnittes von ihnen geeignet zu sein als das private Rechtsverhältnis.

### **b) Gewährleistung von Unabhängigkeit als ein Ziel des Beamtenrechts**

Die gegenwärtigen Besonderheiten des Beamtenrechts werden wesentlich durch das Ziel gekennzeichnet, auf diese Weise im Wechselspiel der politischen Kräfte eine stabile, von der Bindung an Gesetz und Verfassung geprägte und unparteiische, allein am Gemeinwohl orientierte Verwaltung zu gewährleisten.

### **c) Rechtfertigung dieser Aufgabe des Beamtenrechts**

Zu Beginn jeder Reformdiskussion muss daher die Frage beantwortet werden, ob man diese Aufgabensetzung des Beamtenrechts beibehalten will oder nicht. Das geltende Recht ist auf die Funktion der unabhängigen Verwaltung deutlich besser als das private Dienstrecht ausgerichtet. Zu nennen sind:

- Die unabhängige Durchführung oder Ausführung der Gesetze ist ein externer Ziel-Input, der sich mit dem Kosten-Nutzen-Denken der freien Wirtschaft und dem darauf bezogenen Dienstrecht nicht notwendig verträgt;
- Die dem Recht entsprechende Entscheidung ist primär fachorientiert und sekundär an Maßstäben der Wirtschaftlichkeit geprägt; und entsprechend sind auch die Einflussnahmemöglichkeiten der Weisungsberechtigten anders ausgestaltet;
- Die Orientierung am Gesetz verlangt in besonderer Form eine Abschirmung vor sachfremden Entscheidungseinflüssen;

Ist das Beamtenrecht auf die Besonderheit der Aufgabenerfüllung zumindest in einem Bereich besser zugeschnitten, bleibt die Frage, ob die Kosten dieser Sonderstellung des Beamtenrechts außer Verhältnis zu dem Nutzen des Sonderrechtsregimes stehen. Dies ist eine politische Frage, deren Beantwortung gegenwärtig sehr umstritten ist, aus Sicht des Gutachters wäre sie jedoch zu verneinen.

#### **d) Zielgerichtetheit von Reformüberlegungen**

Hält man am Beamtenrecht als einem Sonderrecht grundsätzlich fest, bleibt die Frage der Reformfähigkeit und der Reformnotwendigkeit. Über beides scheint zumindest im Grundsatz Einigkeit zu bestehen. Dennoch versteht sich diese Fragestellung nicht von selbst. Jede Reformüberlegung zieht Ressourcen ab und stellt den gegenwärtigen Standard mehr oder weniger ausdrücklich in Frage. Sie kann daher nicht nur zur Verbesserung führen, sondern auch zur Verschlechterung des gegenwärtigen Status quo.

Eine Reformdiskussion,

- die auf der Gleichsetzung von Reform mit Haushaltssanierung beruht,
- die Leistungsverchiebungen im öffentlichen Dienst auf Grund pauschaler Gegenwartsbetrachtungen grundsätzlich nur zum Besseren für möglich hält, (weil jede Veränderung zwingend besser sei, als der gegenwärtige Zustand),
- die über Jahre hinweg Verschlechterungen der rechtlichen Stellung des Beamten, wenn auch in teilweise nur geringem Maße, mit dem jeweils gleich bleibenden Argument, die gegenwärtige Rechtsstellung sei so komfortabel, dass Verschlechterungen zumutbar sei, begründet,

richtet einen „Flurschaden“ an, der von niemandem gewollt sein kann.

#### **e) Die beteiligten Interessen an der Reformdiskussion**

Eine Reformdiskussion muss weiter die Alternativen im Auge halten. Würde das Berufsbeamtentum abgeschafft werden, bleibt die Frage, was an dessen Stelle treten soll. Es wird bei der Reformdiskussion häufig der Eindruck erweckt, das zivilrechtliche Dienstrecht, insbesondere nach Maßgabe des BAT sei vorzugswürdig. Hier ist zu differenzieren:

- Die Dienstherrn besitzen weder rechtlich noch – soweit ersichtlich – faktisch ein Interesse an dieser Umstellung, da der Gesetzesvorbehalt im Beamtenrecht ihre Handlungsmöglichkeiten im Vergleich zu den Rechten als zivilrechtliche Arbeitgeber nicht unerheblich erweitert.
- Die Beamten selbst genießen im Vergleich zu den Angestellten eine Reihe von Vorteilen und eine Reihe von Nachteilen. Die Bewertung des Saldos dieser Vor- und Nachteile ist bekanntermaßen sehr umstritten. Rein tatsächlich wird im Fall der Wahlmöglichkeit zwischen Verbeamtung und privatrechtlichem Dienstverhältnis von den Betroffenen in den meisten Fällen das Beamtenrecht vorgezogen. Eine Umstellung würde aus der Sicht der Betroffenen daher als rechtliche Verschlechterung verstanden werden, ein erkennbarer Mehrwert einer solchen Verschlechterung wird allerdings selten behauptet;
- Vorteile hätten durch eine Umstellung zunächst die Gewerkschaften, da ihr rechtliches Gestaltungspotential erweitert würde. Die

Einflussmöglichkeiten der Koalitionen besitzen aber keinen Wert an sich, sondern setzen voraus, dass der Einsatz des privaten Dienstrechts angemessen ist (Folge der immanenten Grenzen des Art. 9 Abs. 3 GG durch Art. 33 Abs. 4 u. Abs. 5 GG).

- Vorteile haben emotional weiter all diejenigen, die, aus welchen Gründen auch immer, gerne Beamte wären und es nicht sind. Dies kann keine Rechtfertigung für Änderungen sein, da ansonsten jede Art von Sonderrechten, die an eine Auswahlentscheidung anknüpfen, ausgeschlossen wäre;
- Weiter wird vorgetragen, das Beamtenrecht privilegiere sachlich unangemessen eine Gruppe und müsse daher aus Gründen der Gerechtigkeit abgeschafft werden. Dieses Argument wäre nur richtig, wenn sich keine oder nicht ausreichende sachliche Gründe für das Sonderrechtsstatut des Beamtenrechts finden lassen. Über diese Frage lässt sich allerdings mit gutem Grunde streiten.

#### **f) Reformen am Maßstab der Gewährleistung der Unabhängigkeit**

Hält man die Unabhängigkeit der Beamten hinsichtlich der Aufgabenerfüllung für einen wesentlichen Kern der Rechtfertigung des Sonderrechts, muss eine Reform sich an diesem Punkt ausrichten. Zudem sind für realistische Reformbestrebungen zwei weitere Gesichtspunkte zu beachten. Zum einen umfasst der öffentliche Dienst, auch auf das Beamtenrecht beschränkt, einen riesigen Personalkörper. Dessen Größe bedingt eine gewisse Behäbigkeit. Große Personalkörper, auch der Privatwirtschaft, entwickeln, trotz des grundsätzlichen Unterschiedes des Dienstvertrages zum Beamtenrecht gewisse Strukturähnlichkeiten. Nicht wenige Schwächen des öffentlichen Dienstes gehen auf diese Eigenschaft und nicht auf die Besonderheiten des Beamtenrechts zurück.

Wesentlicher ist noch ein weiteres Spezifikum. Im Personalbereich wird es im öffentlichen Dienst niemals zu so harten Entscheidungen wie in der Privatwirtschaft kommen. Neben dem Aspekt der Eigenverantwortlichkeit liegt dies daran, dass der für die Entscheidung Verantwortliche keinen persönlichen finanziellen Vorteil an der Kürzung einer Vergütung oder einer Beendigung des Dienstrechtsverhältnisses besitzt. Auch ein Konkursrisiko, das mitunter zu harten Personalentscheidungen zwingt, trägt der Staat nicht. Diese Besonderheit trifft das Angestelltenverhältnis genauso wie das Beamtenverhältnis. Ungeeignete angestellte Mitarbeiter werden im Angestelltenverhältnis genauso mitgeschleppt und innerhalb der Behörde „herumgeschoben“, wie ungeeignete Beamte.

#### **g) Raum für Reformüberlegungen**

Nimmt man diese drei Besonderheiten an und versucht, sie nicht zu leugnen, wären für eine Reform des Beamtenrechts folgende Eckpfeiler zu beachten:

1. Bei der Rechtsstellung des Beamten könnte stärker zwischen dem tätigkeitsbezogenen Bereich und der sonstigen Rechtsstellung

differenziert werden. Im Bereich der Vorsorge und Fürsorge (Krankenbereich und Versorgungsbereich) stehen die Besonderheiten des Beamtenrechts einer stärkeren Angleichung des Beamtenrechts an das private Dienstrecht weniger entgegen als im Tätigkeitsbereich. Eine stärkere Parallelisierung der Krankenversicherung und der Altersversorgung wäre daher, wenn man von der Aufgabe des Beamtenrechts her denkt, durchaus möglich. Artikel 33 Abs. 5 GG bedürfte jedoch einer entsprechenden Änderung.

2. Im Bereich der Dienstertüllung ist eine Struktur notwendig, die die Besonderheiten (Freiheit in der Sache, fehlende Tendenz individuell einschneidende Maßnahmen vorzunehmen) aufnimmt und beachtet.
3. Die rechtliche Unabhängigkeit ist nur durch eine starke Absicherung der Stellung des Betroffenen möglich. Um die erschwerte Beendigung eines Beamtenrechtsverhältnisses wird man daher nicht umhin kommen, wobei bei formaler Nichtertüllung eine Sanktionsverschärfung nicht ausgeschlossen ist.
4. Die rechtliche Unabhängigkeit des Stelleninhabers und die Größe der Institution begründet die Gefahr, dass die Beamten sich überwiegend mit sich selbst beschäftigen. Dieser Gefahr kann man strukturbedingt nur beschränkt begegnen. Hier liegt aber ein wesentlicher Gesichtspunkt für alle Steuerungsversuche. Allgemein lässt sich sagen:
  - Je klarer und vorhersehbarer die Struktur für Gehaltssteigerungen und Beförderungen und sonstige Verbesserungen sind, um so weniger Raum für eine Selbstbeschäftigung besteht. Je turnusmäßiger und geschäftsmäßiger die personenrechtlichen Entscheidungen sind, um so weniger stellen sie eine Ursache für Unruhe oder Ablenkung von der Dienstertüllung dar.
  - Leistungsanreize lassen sich bei einem Beamtenrecht, das die persönliche Unabhängigkeit des Stelleninhabers gewährleisten soll, kaum durch Androhung von Sanktionen erreichen. Die Androhung von Sanktionen würde Friktionen mit der Unabhängigkeit aufwerfen. Leistungsanreize können daher nur im wesentlichen durch eine stetig positive, wenn auch geringfügige, Verbesserung der Dienststellung des Betroffenen erreicht werden, die man allerdings bei offensichtlichen Leistungsmängeln zeitweise oder vollständig aussetzen kann.
  - Die Beamten stehen teilweise notwendig in enger Verbindung mit der Gubernativen (Regierungsgewalt). Dies gilt vor allem für die Personen, die Personalentscheidungen treffen. Dies führt dazu, dass der persönliche Bezug zur Behördenleitung und die Bekanntheit des Beamten bei derselben einen stärkeren Einfluss auf dessen persönliches Fortkommen hat als seine Leistungsfähigkeit. Dies ist nicht nur für viele Beamte eine bittere persönliche Erfahrung, sondern auch unsachlich. Das Beamtenrecht muss so ausgestaltet sein, dass Verbesserungen in der Rechtsstellung primär an der Sacharbeit und nicht an der Nähe des konkreten Beamten zur

jeweiligen Amtsleitung ausgerichtet sind. Hier können nur eine behördeninterne inoffizielle Betroffenheitskontrolle und hausinterne Statistiken Grenzen bieten.

#### **h) Aufgaben, die die Unabhängigkeit der Beamten nahelegen**

Ist das Beamtenrecht auf die Gewährleistung einer strengen Gesetzesgebundenheit spezifisch zugeschnitten, ist der Einsatz dort sinnvoll, wo die Staatsaufgaben dieses Kriterium besonders gebieten. Dies ist, was Allgemeingut ist, vor allem im Bereich der Eingriffsverwaltung und im Ministerialbereich der Fall. Je weiter der Staat sich Staatsaufgaben mit Eingriffsbefugnissen schafft, um so weiter dehnt er auch den Bereich des Dienstrechtes aus. Dabei wird man den Eingriffsbegriff nicht eng im klassischen Sinne fassen, sondern die Erweiterung im Sinne der Wesentlichkeitstheorie mit einbeziehen müssen. Erfasst werden danach auch die Entscheidungen, die wesentlich für die Freiheitsentwicklung der Bürger sind. Daher können Berufsprüfungen, die als staatliche Prüfungen ausgestaltet sind und die über Lebensentwicklungen entscheiden, aus diesem Grunde auch einem Beamtenrechtsvorbehalt unterfallen.

#### **i) „Dienende Funktion“ des Beamtenrechts**

Das Beamtenrecht hat dennoch eine dienende Funktion. Die staatlichen Aufgaben sollten nicht aus dem Blickwinkel des Beamtenrechtes definiert werden, vielmehr sollte das Beamtenrecht einer aus anderen Gründen gefassten Aufgabenkritik folgen.

### **Spiegelstrich 2: Bedeutung staatlicher Gewährleistung der Grundversorgung von Bürgern und Gesellschaft**

#### **a) Sicherstellung ständiger Aufgabenerfüllung**

Mit der Gewährleistung der rechtlichen Unabhängigkeit ist nur ein Aspekt der Besonderheit des Beamtenrechtes erfasst. Das Beamtenrecht hat darüber hinaus auch die Funktion, die Erfüllung der Amtsaufgaben jederzeit sicher zu stellen. Die Beamten sollen nicht zur Erkämpfung ihrer persönlichen Rechtsstellung die Arbeit niederlegen dürfen. Der Gesetzesvorbehalt für das Beamtenrecht und das Streikverbot sind daher die nahe liegenden Folgerungen dieses Aspektes. Aus diesem Gesichtspunkt ist der Einsatz des Beamtenrechtes in den Bereichen sinnvoll, in denen eine zeitweise Aussetzung der Aufgabenerfüllung schwere Folgen für das Gemeinwesen hätte. Hier sind all die Bereiche angesprochen, die die Infrastruktur des Gemeinwesens sicherstellen.

#### **b) Sicherstellung der Infrastruktur**

Welche Tätigkeiten so einzustufen sind, darf der Staat in einem erheblichen Maße selbst definieren. Prädestiniert für einen Einsatz des

Beamtenrechts aus dieser Sichtweise wäre daher der Bereich der Daseinsvorsorge ebenso wie der Schulbereich. Da Artikel 33 Abs. 4 GG die Tätigkeit aber nicht über die Bedeutung für das Gemeinwesen definiert, sondern über den Begriff des Hoheitsrechtes, ist der Einsatz des Beamtenrechts in diesen Bereichen nicht zwingend erforderlich.

### **c) Funktionales Äquivalent: Einschränkung des Streikrechts**

Funktional betrachtet würde es auch ausreichen, hier ein spezifisches privates Dienstrechtsverhältnis zu schaffen, und bei den Betroffenen dennoch gleichzeitig das Streikrecht zu beeinträchtigen. Inwiefern dies mit Artikel 9 Abs. 3 GG zu vereinbaren wäre, ist in der Literatur allerdings umstritten.

### **d) Staat als einziger Anbieter**

Es gibt darüber hinaus Aufgabenbereiche, bei denen weder die Gewährleistung eines strengen Gesetzesvorbehaltes noch die Gewährleistung einer ununterbrochenen Aufgabenerfüllung den Einsatz von Beamtenrecht erfordert. Dies ist der Bereich, in dem der Staat der einzige nennenswerte Anbieter von Stellen ist (etwa Universitätsbereich – abgesehen von der Frage der Wesentlichkeit von Prüfungen, s. dazu oben Kapitel 1, Spiegelstrich 1 Buchstabe h).

Ist der Staat der einzige nennenswerte Arbeitgeber, besteht aus dieser Eigengesetzlichkeit der Drang zu einer lebenslangen Bindung als typische Beschäftigungsart. Würde der Staat die speziell für ihn ausgebildeten Personen regelmäßig nach zehn Jahren entlassen, würde die Nachfrage nach dieser Ausbildung deutlich geringer werden. In diesen Bereichen ist demnach der Einsatz von Beamtenrecht zwar möglich, aber nicht zwingend.

Hier dürfte auch der Einsatz von dem privatrechtlichen Dienstrecht in der Sache geringere Veränderungen der Realität herbeiführen, als es bei einer abstrakten Betrachtung wahrscheinlich erscheint. Der Staat selbst hat ein Interesse daran, eine gewisse Berechenbarkeit zu garantieren, da er sonst auf die Dauer gerechnet keinen angemessen qualifizierten Nachwuchs mehr finden wird.

Insgesamt erscheint es für das grundsätzliche Anliegen, das Beamtenrecht in seinem Anwendungsbereich zu reduzieren, vernünftiger, für die Einstellung der Beamten keine spezifischen Ausbildungsverhältnisse mehr zu schaffen, sondern stärker, wie im so genannten „Bull-Bericht“ vorgeschlagen, auf allgemeine Ausbildungsgänge zurückzugreifen.

### **Spiegelstrich 3: Erkenntnisse aus der Bull-Kommission**

Der so genannte „Bull-Bericht“ bereichert die Diskussion und ist insoweit ausdrücklich zu begrüßen. Er enthält eine Vielzahl von einzelnen sinnvollen Anregungen. Dennoch ist dem Bericht aus der Sicht des Gutachters in seiner grundsätzlichen Linie nur bedingt zuzustimmen. Die wesentlichen Argumente sollen kurz genannt werden.

Der Bericht behauptet die Reformbedürftigkeit des Beamtenrechts, ohne vorab dessen spezifische Aufgabe und dessen Rechtfertigung zu untersuchen. Vielmehr beginnt der Bericht mit einer Mängelliste, die aber nicht sinnvoll ist, solange nicht klar ist, welcher Maßstab an den gegenwärtigen Ist-Zustand und für die Beurteilung von Defiziten anzulegen ist.

1. Der Bericht ist weiter teilweise zu praxisfern. Er bindet bei seiner Durchsetzung zu viel staatliche Ressourcen, ohne zu offenbaren, wo diese herkommen sollen. Es fehlt das Bekenntnis darüber, an welchen Stellen Abstriche gemacht werden können. Nur im Bereich der Aufgaben werden solche vage vorgeschlagen. Weiter übersieht der Bericht den Umstand, dass die Verwaltung im Augenblick durch die Verwaltung der Mängel gekennzeichnet ist. Notwendig wäre daher die Installierung einer Wertigkeitsskala, nach der bestimmt werden kann, welche Aufgaben wegfallen können, wenn nicht alle Aufgaben durch die konkrete Behörde erledigt werden können.
2. Zudem enthält der Bericht beim Dienstrecht zu viele Planungselemente (Zielabsprachen, Funktionsbeschreibungen, Personalentwicklungen, Berichtspflichten etc.), die zu viele Ressourcen binden und den praktischen Problemen nur beschränkt gerecht werden.
3. Der Bericht wirkt weiter insgesamt nicht immer innovativ. Er nimmt die wesentlichen Gesichtspunkte auf, die seit über einem Jahrzehnt in der Diskussion der Dienstrechtsreform sind, ohne deutlich genug zu machen, dass dies keine neuen Gesichtspunkte sind. Er hätte daher stärker die Erfahrungen beachten müssen, die in diesem Bereich vorliegen:
  - Bei den Leistungsanreizen hätten die negativen Erfahrungen mit dem Dienstrechtsreformgesetz beachtet werden müssen. Nach diesen Erfahrungen werden freiwerdende Haushaltsmittel eingespart und nicht als flexible Bezahlungsbestandteile zu Leistungsbelohnung eingesetzt;
  - Bei dem neuen Führungsverhalten und entsprechenden Schulungen liegen ebenfalls Erfahrungen vor, die zumindest hinter dem Kosten-Nutzen-Verhältnis ein gewisses Fragezeichen angebracht erscheinen lassen;
  - Bei dem e-gouvernement hätten die bestehenden Erfahrungen (zu hohe Informationsflut, fehlende einheitliche Standards, Zunahme der Arbeit für den einzelnen Sachbearbeiter)

deutlicher angesprochen werden müssen. So ist etwa in den Querschnittsreferaten die durch die E-Mails ermöglichte Beteiligung „zur Sicherheit“ zu einem echten Problem geworden;

- Bei den gesellschaftlichen Problemen konzentriert sich der Bericht auf die Gleichstellungsproblematik, die in weiten Bereichen im Vergleich zum letzten Jahrzehnt deutlich an Brisanz verloren hat. Das offensichtliche gesellschaftliche Problem der Schlechterstellung der nachfolgenden Generation erwähnt der Bericht dagegen nur knapp, ohne die Mindestkonsequenz zu ziehen, dass neben die Frauenförderung eine Mutterförderung oder Elternförderung zu treten hat. Hier ist die Entschließung des Gewerkschaftstages 2003 des DBB vom 14. November 2003 deutlich innovativer.

4. Aus verfassungsrechtlicher Sicht enthält der Bericht aus der Sicht des Gutachters zudem einige unbeantwortete Fragen:

- Die Spannungen zu Artikel 33 Abs. 4, Abs. 5, Abs. 2 werden zwar genannt, nicht erörtert werden dagegen:
- die Friktionen zu Artikel 92 Abs. 1 GG hinsichtlich der außergerichtlichen Streitbelegungen;
- die Friktionen zur Koalitionsfreiheit des Artikel 9 GG hinsichtlich der Stärkung des Gesetzes auch gegenüber den zivilrechtlich Beschäftigten;
- die Friktionen zum Demokratieprinzip hinsichtlich der Erfordernisse der ministerialfreien Räume bei einer Mitbestimmung;
- die Friktionen zum Rechtsstaatsprinzip und zum Demokratieprinzip bei der Veränderung der Hierarchie.

5. Formal gesehen ist schließlich anzumerken, dass der Bericht zu abstrakt ist, um seinen Anspruch, einen praktischen Reformansatz anbieten zu können, erfüllen zu können und durch sein Bemühen, mehrere unterschiedliche Positionen zu vereinen, Friktionen bis hin zu Widersprüchen enthält. Zu nennen wäre aus dieser Sicht:

- Das Zulagensystem des Beamtenrechts wird als zu kompliziert bezeichnet, obwohl das des BAT deutlich komplexer ist (S. 55);
- Trotz der Forderung nach einem einheitlichen Dienstrecht bleibt der Bereich eines Beamtenrechts erhalten;
- Das Beamtenrecht soll reformiert werden, die alten Tugenden aber nicht aufgegeben werden (S. 72);
- Es soll mehr Freiheit bei der Steuerung ermöglicht werden und gleichzeitig die rechtsstaatliche Bindung wie bisher sichergestellt bleiben;
- Die Führungskraft soll ausführlicher geschult werden, obwohl die Position nur auf Zeit vergeben wird;
- Die Bestenauslese soll verbessert werden, ohne gleichzeitig das objektivste Kriterium, das Fachwissen, ausreichend in den Vordergrund zu stellen.

#### **Spiegelstrich 4: Bleibende Notwendigkeit besonderer Pflichten und Rechte für eine spezielle Gruppe von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern**

Ob die Besonderheiten staatlicher Aufgaben ein besonderes rechtliches Beschäftigungsstatut für die betreffenden Beschäftigten erfordern, ist letztendlich von einer Wertungsfrage und der Bereitschaft zur Einräumung von Sonderkonditionen geprägt.

Aus der Sicht des Gutachters besteht kein ernster Zweifel daran, dass ein Sonderrecht sinnvoll ist. Die Gegenstimmen, die eine vollständige Abschaffung des Beamtenrechts verlangen, sind - soweit ersichtlich - aus fachkundigen Kreisen auch ausgesprochen gering.

Allerdings ginge die Welt auch nicht unter, wenn man ein einheitliches Beschäftigungsinstitut für alle einführen würde, es bliebe allerdings die Frage des „Warum“. Die Nachteile würden die Vorteile wohl überwiegen.

#### **Spiegelstrich 5: Veränderungsfähigkeit des Dienstrechts im Lichte des Artikel 33 Abs. 5 GG**

Artikel 33 Abs. 5 GG lässt grundsätzlich ausreichend Raum für eine Reform. Eine zwingende Notwendigkeit für eine Änderung erscheint daher nicht gegeben zu sein. Die Diskussion zwischen Beibehaltung oder Streichung des Art. 33 Abs. 5 GG erscheint dennoch zu eng. Für eine andere Ausrichtung des Art. 33 Abs. 5 GG lassen sich sehr wohl vernünftige Gründe anführen.

Artikel 33 Abs. 5 GG knüpft sehr abstrahiert an die ständige Vorstellung des Lehnswesens aus vordemokratischer Zeit an, auch wenn das Berufsbeamtentum historisch gesehen eines der Instrumente zur Überwindung des Standeswesens und Begründung des modernen Staates war. Art. 33 Abs. 5 GG ist daher zu stark rückwärts blickend, um ganz befriedigend sein zu können.

Dennoch enthält Art. 33 Abs. 5 GG einen wichtigen und unverzichtbaren Kern. Das Beamtenrecht ist durch die rechtliche Unabhängigkeit hinsichtlich der Dienstrechtserfüllung und andererseits durch die fehlende Möglichkeit, die Bedingungen des Beschäftigungsverhältnisses selbst aushandeln zu können gekennzeichnet. Der Gesetzgeber besitzt die Regelungsbefugnis, obwohl es sich um ein gegenseitiges Rechtsverhältnis handelt. Es bedarf daher notwendigerweise eine verfassungsrechtliche Schutznorm, die ein materielles Gegengewicht gegen die einseitige Regelungsbefugnis des Gesetzgebers bildet. Könnte der Staat über den Gesetzesvorbehalt des Beamtenrechts als eine Seite des Rechtsverhältnisses die Rechte und Pflichten beider Seiten frei und einseitig bestimmen wäre das Beamtenrechtsverhältnis kein gegenseitiges

Rechtsverhältnis mehr, sondern ein einseitiges Rechtsverhältnis. Es muss daher von Verfassung wegen festgeschrieben werden, dass die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers beschränkt ist und sich nur aus der Funktion heraus erklärt, die effektive Aufgabenerfüllung sicherzustellen und nicht die Funktion hat, billige Arbeitskräfte gewinnen zu können.

Eine angemessene Beschränkung der Definitionsgewalt des Gesetzgebers muss aber nicht notwendig in der Form geschehen, dass die Vorstellung der lebenslangen vollständigen Hingabe einerseits und im Gegenzug dazu die Pflicht zur Alimentation und zur ausreichenden Absicherung des Lebens des Beamten und dessen Familie als Leitbild eingeführt wird. Möglich wäre auch, die Begrenzung der Definitionsmacht des Gesetzgebers stärker funktionsbezogen zu definieren, indem etwa darauf hingewiesen wird, dass das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der Gegenseitigkeit und Ausgewogenheit der besonderen Rechte und Pflichten zu regeln sei.

### **Spiegelstrich 6: Einheitliches Dienstrecht**

#### **a) Keine überwiegenden Gründe für ein einheitliches Dienstrecht**

Die Einführung eines einheitlichen Dienstrechtes ist durchaus denkbar, aber aus den verschiedenen, teilweise schon genannten Gründen, nicht nahe liegend.

#### **b) Stärkere Entflechtung**

Will man andererseits den Einsatz des Beamtenrechts verringern, wofür viel spricht, liegt es nahe, das Beamtenrecht vom sonstigen privatrechtlichen Dienstrecht wieder deutlicher abzusetzen. In dem sog. „Bull-Bericht“ wird zu Recht auf die gegenseitige Annäherung der beiden Rechtsgebiete nach Maßgabe der „Rosinentheorie“ hingewiesen.

Eine stärkere Abschichtung des Beamtenrechts und des zivilrechtlichen Dienstrechtes wäre durch eine Stärkung der Rechte der Beamten, die mit deren Freiheit bei der Diensterfüllung zu tun haben, denkbar. Auch eine Verschärfung der Pflichten des Beamten erscheint möglich. So erscheint dem Unterzeichner etwa die Pflicht zu einer stärkeren politischen Zurückhaltung der Beamten, die gleichzeitig bei einer Reduzierung des Beamtentums nahe läge, durchaus diskussionswürdig.

### **Spiegelstrich 7: Statusfragen**

Die Fixiertheit des Beamtenrechtes auf den „Amts“-Status ist nicht zwingend erforderlich. Das Beamtenrecht kann seine spezifische Aufgabe

auch erfüllen, indem die strenge Amtsbezogenheit im statusrechtlichen Sinne aufgegeben wird. Das funktionelle Amt als Zusammenfassung der Aufgaben einer Beamtenrechtsstelle erscheint dagegen zwingend erforderlich.

## II. Zweiter Themenkomplex

### Spiegelstrich 1: Vergleich der Einkommensstruktur und der Einkommensentwicklung im öffentlichen Dienst und in der privaten Wirtschaft

#### **a) Direkter Vergleich nur bedingt möglich**

Ein Vergleich zwischen der Einkommensentwicklung in der privaten Wirtschaft und im öffentlichen Dienst ist schwierig und nicht so pauschal möglich, wie dies bei der Beamtenrechtsreformdiskussion häufig in die eine oder andere Richtung unterstellt wird. Sicher ist, dass die Spannbreiten der Einkommen für vergleichbare oder ähnliche Tätigkeiten in der privaten Wirtschaft größer sind als im öffentlichen Dienst.

#### **b) Mittelbarer Vergleich durch stärkere Fluktuation**

So schwer ein Vergleich zwischen den Einkommensverhältnissen im öffentlichen Dienst und in der Privatwirtschaft auch ist, darf andererseits eine gewisse Rückkopplung zwischen den beiden Bereichen nicht abreißen. Eine mittelbare Rückkopplung wäre jedoch durch eine größere Durchlässigkeit des Beamtenrechts zu erreichen. Es entspricht einer berechtigten Forderung der „Bull-Kommission“ wie auch sonstiger vieler namhafter Stimmen, dass ein Wechsel aus dem Beamtenrecht in die Wirtschaft einerseits und aus der Wirtschaft ins Beamtenrechtsverhältnis andererseits auch bei fortgeschrittenem Lebensalter durchaus sinnvoll erscheint. Dies würde jedoch voraussetzen, dass eine ungeschmälerete Mitnahme der jeweiligen Anwartschaften der Altersversorgung sichergestellt wäre. Dem Beamten dürfte daher kein Verlust seiner Anwartschaften mit dem Argument zugemutet werden, er selbst habe freiwillig auf die volle Anwartschaft verzichtet, da er die ihm zugewiesene Lebensstellung selbst aufgegeben habe. Andererseits wären auch die Altersgrenzen für die Begründung von dauerhaften Beamtenrechtsverhältnissen abzuschaffen.

### Spiegelstrich 2: Unterschiede zwischen Besoldung und Tarif

Die Gesetzesgebundenheit der Besoldung muss als eine wesentliche Besonderheit des Beamtenrechts, die dessen Existenz rechtfertigt, erhalten bleiben. Eine Trennung zwischen Besoldung und Tarif wird daher bleiben müssen. Ein Gleichlaufen der Einkommensentwicklungen in den bisherigen Formen durch die Übernahme der Tarifabschlüsse erscheint eine praktikable sinnvolle Lösung. Ein Zurückbleiben der Einkommensentwicklung im Besoldungsbereich in relevanter Weise aus

dem Gedanken, die Gesetzesgebundenheit des Beamten und das fehlende Streikrecht wären eine sachliche Rechtfertigung für eine Abkopplung, stellen unbestritten einen unsachlichen Grund dar, der vor Artikel 33 Abs. 5 GG weder in der gegenwärtigen Fassung noch in der hier zur Diskussion gestellten Fassung zu rechtfertigen wäre.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen Privatwirtschaft und Beamtenrecht kommt noch hinzu. In das Beamtenrecht werden nach Art 33 Abs. 2 GG nur die jeweils für das Amt Besten eingestellt. Wer in seinem Staatsexamen die sog. „Staatsnote“ beim juristischen Staatsexamen erlangt, erfüllt unter Juristen einen fachlichen Qualitätsstandard. Er hat dabei faktisch die Möglichkeit dem Staate nicht nur als Minister und Abgeordneter, sondern auch als Regierungsrat zu dienen. Weiter kann der Beamte sein Gehalt auch im oberen Einkommenssegment i.d.R. nicht aushandeln. Diese weitgehende Angebotsunabhängigkeit des Beamtentums wirkt sich in wirtschaftlich schlechten Zeiten für die Betroffenen als Vorteil aus – und verstärkt dann die Diskussion über die Reformnotwendigkeit – und kann sich in guten Zeiten nachteilhaft auswirken, mit der Folge, dass für Neueinstellungen die „Staatsnote“ nach unten sinkt (aber immer noch deutlich im überdurchschnittlichen Bereich verbleibt). Dieser Unterschied ist eine Folge der gleichbleibenden Notwendigkeit der Erfüllung der Staatsaufgaben und vor der Eigenart dieser gerechtfertigt. Art. 33 Abs. 2 GG ist ein unverzichtbarer Qualitätsgarant für den öffentlichen Dienst, der auf keinen Fall angetastet werden darf.

### **Spiegelstrich 3 und Spiegelstrich 7: Unterschiede zwischen Ländern, Gemeinden und Bund und Budgetierung**

Die Orientierung der Besoldung am statusrechtlichen Amt kann begrifflich aufgegeben werden, inhaltlich gelockert werden, der Sache nach aber nicht vollständig über Bord geworfen werden. Die Besoldung muss sich an der Bedeutung der Tätigkeit des Beamten für das Gemeinwesen orientieren. Eine gewisse Vergleichbarkeit zwischen Bund, Ländern und Kommunen besteht daher bei vergleichbaren Verantwortungsbereichen. Ein völliger Gleichklang ist aber beamtenrechtlich nicht zwingend, da die Exekutive im Bundesstaat auf verschiedene Verwaltungsträger aufgeteilt ist.

Da die Verantwortung für unsachliches Haushaltsgebaren im Bundesstaat das jeweilige Bundesland nur bedingt trifft, wäre eine Budgetierung der Personalausgaben zur Begrenzung der Flexibilisierung wünschenswert. Die Realisierung dürfte nicht einfach sein.

#### **Spiegelstrich 4: Versorgung**

Die Besonderheit der Versorgung erscheint von den oben skizzierten Aufgaben des Beamtenrechts nicht zwingend erfasst zu werden. Längerfristig sollte ein Gleichlaufen mit den zivilrechtlichen Arbeitsverhältnissen erreicht werden. Bei der Umstellung ist jedoch zu beachten, dass die Versorgung gegenwärtig als Teil der Alimentation zu betrachten ist. Bei einer Umstellung auf ein Versicherungssystem müssten demnach die laufenden Bezüge entsprechend erhöht werden.

Bei dem gegenwärtig bestehenden System des Versorgungsrechts ist zu beachten, dass schon die Versorgungsänderungen in der Vergangenheit zu einer erheblichen Verringerung des Lebenseinkommens geführt haben und bei aller Relativität des in Artikel 33 Abs. 5 GG enthaltenen Vertrauensschutzes in dem hier interessierenden Bereich für weitere Verkürzungen nicht unbeschränkten Raum mehr lassen. Eine Umstellung der Versorgung könnte daher vor allem nur für die Zukunft für neu einzustellende Mitarbeiter in einem neuen System möglich sein.

#### **Spiegelstrich 5: Leistungsgedanke im Besoldungsrecht**

Eine Stärkung des Leistungsgedankens im Beamtenrecht ist wegen der Absicherung der rechtlichen Unabhängigkeit der Dienstrechtserfüllung schwieriger als man es bei abstrakter Betrachtung vermuten würde.

Der Raum für eine effektive Leistungsbemessung ist deswegen nicht unbeschränkt, weil über die Leistungsbemessung die Aufgabenerfüllung des Beamten in einer Weise beeinflusst werden kann, die gerade durch die Gewährung der rechtlichen Unabhängigkeit ausgeschlossen werden soll. Spielraum für die Gewährung von Leistungselementen kann weiter immer nur im Zusammenhang mit der Einführung einer Budgetierung gewährt werden.

Die Entkopplung von Laufbahnamt und Besoldung würde zwar eine stärkere Berücksichtigung des Leistungsgedankens ermöglichen und wäre aus Sicht des Gutachters im begrenzten Umfang auch durchaus wünschenswert. Zu beachten wäre jedoch, dass eine solche Entkopplung in einem gewissen Spannungsverhältnis zu § 18 S. 2 BBesG steht, der seinerseits gerade eines der wesentlichen Ergebnisse der großen Dienstrechtsreform von vor 20 Jahren darstellt.

Die Entkopplung darf allerdings nicht dazu führen, dass die Vergabe von höheren Besoldungsstellen noch stärker nach politischer Opportunität erfolgt, als es gegenwärtig schon Praxis ist.

### **III. Dritter Themenkomplex – Weitergehende Gesetzgebungskompetenzen für die Länder**

#### **1. Innerer Widerspruch zur historischen Erfahrung**

Eine weitere Flexibilisierung des Beamtenrechts mitsamt dem Besoldungsrecht würde sich in einen gewissen Widerspruch zur Einfügung des Artikel 74a GG setzen. Die Flexibilisierung würde konkludent eine der beiden Aussagen zum Ausdruck bringen: Die teilweise Rückgängigmachung bringt zum Ausdruck, dass nach Ansicht des Gesetzgebers die Sachlage heute anders läge als damals, d.h. dass es gegenwärtig nicht mehr zu dem damals zu bemerkenden Wettlauf in der Besoldung kommen würde, oder, dass zwar der Besoldungswettlauf eintreten wird, dass aber das einheitliche Besoldungsgefüge darauf dennoch nicht die richtige Reaktion, die richtige Schlussfolgerung darstellen würde.

#### **2. Frage des Wettbewerbsnachteils „armer Länder“.**

Die Annahme, die finanzschwachen Länder bekämen bei einem sog. „Besoldungswettbewerb“ das „schlechtere Personal“ ist in dieser Pauschalität nicht richtig. Zum einen ist die Höhe des Gehalts nur eines von mehreren Motiven für die Wahl des Dienstherrn und des Dienstortes. Dies ergibt sich schon, wenn man die Differenzen der unterschiedlichen Lebenshaltungskosten berücksichtigt, aber auch dann, wenn man die Transferkosten, die etwa ein Umzug mit Eigentumserwerb mit sich bringt, ins Verhältnis zu den Einkommensdifferenzen setzt. Weiter unterstellt es die gleiche Haushaltsdisziplin der Länder, die in der Realität nicht vorliegt.

Aus persönlichen Erfahrungen in Berufungsverfahren kann der Gutachter die Behauptung aufstellen, dass gerade ein Bundesland mit einem relativ ausgeglichenen Haushalt, wie z.B. der Freistaat Bayern, häufig interessante Bewerber nicht gewinnen kann, da er sich nicht zu der Abgabe von finanzwirksamen Zusagen hinreißen lässt, die über die Zusagen von anderen Bundesländern, die einen deutlich unausgeglicheneren Haushalt aufweisen, hinausgehen.

#### **3. Sachliche Befugnis, den Ländern die Kompetenz vorzuenthalten?**

Es ist daher historisch gesehen durchaus zweifelhaft, ob eine Flexibilisierung das zu erreichen vermag, was die Länder sich durch deren Einführung zu erreichen erhoffen. Andererseits tragen die Folgen für eine Flexibilisierung die Länder. Es ist daher rechtlich danach zu fragen, ob es

einen Grund gibt, den Ländern ihren einmütig vorgetragenen Wunsch zu verwehren. Das wird man wohl kaum bejahen können.

Die Flexibilisierung liegt rechtspolitisch stärker in der Ratio des Beamtenrechts als die Zentralisierung in der Hand des Bundes. Das Beamtenrecht ist auf den jeweiligen Dienstherrn zugeschnitten. Daher liegt es nahe, die Regelungsbefugnis auch dem jeweiligen Dienstherrn zuzuweisen.

Der Bund darf die Rückgabe der Regelungskompetenzen zumindest nicht aus Gründen des Eigennutzes verweigern in der Annahme, er könnte aus einer stärkeren Haushaltsdisziplin heraus einem eventuellen Wettlauf der Länder untereinander selbst nicht mehr Stand halten und insofern in Schwierigkeiten geraten, geeignetes Personal zu rekrutieren.

*Zum Kapitel 4 und zum Kapitel 2 Spiegelstrich 6 (Erfahrungen aus privatisierten Unternehmen) sieht der Gutachter von einer eigenen Stellungnahme ab.*

Berlin, den 27. Februar 2004

*Prof. Dr. Hanns A. Wolff*