



UNIVERSITÄT ZU KÖLN
INSTITUT FÜR VÖLKERRECHT UND
AUSLÄNDISCHES ÖFFENTLICHES RECHT
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht

Geschäftsführender Direktor
Professor Dr. iur. Bernhard Kempen

Innenausschuss
A-Drs. 15(4)84 C

Universität zu Köln
Gottfried-Keller-Straße 2
50931 Köln
§ ++49 (0)221 470-2364
Fax ++49 (0)221 470-5146
bernhard.kempen@uni-koeln.de

23.02.2004

ÖFFENTLICHER DIENST

Stellungnahme für die Anhörung
des Innenausschusses des Deutschen Bundestages
am 1. März 2004

1. Der öffentliche Dienst im Reformprozess

Die Zahl der Reformvorschläge steht in einem umgekehrt proportionalen Verhältnis zu den Bestandsaufnahmen. **Präzise Beschreibungen des Leistungsstandes** des öffentlichen Dienstes insgesamt, des Berufsbeamtentums, der Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst, aufgeteilt nach Dienstherren, Funktionen, Entgeltstufen oder ähnlichen Kategorien sind Mangelware. Sie werden ersetzt durch zahlreiche **Klischees** („unterbezahlte Krankenschwester“, „faule Lehrer“) und eine **undifferenzierte Terminologie** („Beamtenprivilegien“). Dies wiegt um so schwerer, als mit dem dümmlichen Slogan „Stillstand ist Rückschritt“ und dem bedeutungsvoll-warnenden Hinweis auf die Herausforderungen „des“ globalisierten Wettbewerbs ein Reformaktionismus entfaltet zu werden droht, der dem öffentlichen Dienst und mithin der gesamten Gesellschaft nachhaltigen Schaden zufügen könnte.

Damit soll nicht gesagt sein, dass mit dem öffentlichen Dienst alles zum Besten bestellt ist. **Frustration und Demotivation** sind zwei wenn auch bei weitem nicht repräsentative, so doch signifikante Zustände der Angehörigen des öffentlichen Dienstes, die zu denken geben. Bis zu einem gewissen Grad sind sie, wovon auch der überdurchschnittlich hohe Anteil an frühzeitig Arbeitsunfähigen Zeugnis ablegt, den spezifischen Arbeits- und Dienstbedingungen, der Aufgabenüberlastung bei gleichzeitigem Personalabbau, einem in vielem nicht mehr zeitgemäßem Führungsstil und einer gewissen beruflichen Perspektivlosigkeit geschuldet. Es steht aber zu vermuten, dass darüber hinaus auch und vor allem das kollektive Gefühl eine Rolle spielt, „von der Politik im Stich gelassen worden zu sein“ und nurmehr als billige Manövriermasse im Verschiebebahnhof staatlicher **Sparzwänge** missbraucht zu werden. Gegen dieses jeder optimalen Leistungsentfaltung hinderliche Gruppengefühl anzukämpfen und dabei zugleich die rechtlich („EG-Stabilitätspakt“) und volkswirtschaftlich („Steuerentlastung“) induzierten Spargebote innerhalb des öffentlichen Dienstes in Effektivitätssteigerungen umzusetzen – dies dürfte im Kern die bevorstehende Reformaufgabe sein.

2. Die Ausgangslage: Funktionsvorbehalt und „hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums“

Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG ist deutungsbedürftig. Mag ursprünglich auch eine eher restriktive, auf die Eingriffsverwaltung zugeschnittene Interpretation intendiert gewesen sein, so ist heute mit der herrschenden Ansicht davon auszugehen, dass der **Wandel zum Leistungs- und Sozialstaat** eine extensive Interpretation erforderlich macht. Inzwischen geht es nicht mehr primär darum, den in Freiheit und Eigentum eingreifenden Amtsträger strikter Verfassungstreue, Neutralität und Unparteilichkeit zu unterwerfen, sondern darum, den Dienstleister in der modernen Leistungsverwaltung, der dazu berufen ist, existentielle Bedürfnisse der Bürgerinnen und Bürger zu befriedigen und dabei soziale Gerechtigkeit herzustellen, in seiner Funktion zu sichern und von den Wechselfällen der Marktmechanismen fern zu halten. In dieser **Ge-**

währleistungsfunktion besteht heute - Ergebnis eines durch sozialen Wandel bewirkten Auslegungswandels - der eigentliche Sinn des Art. 33 Abs. 4 GG.

Daraus ergibt sich: Es ist keineswegs nur der begrenzte Bereich hoheitlicher Eingriffsbefugnisse, der dem Berufsbeamtentum vorbehalten sein muss, sondern ein weit darüber hinaus reichender Bereich hoheitsrechtlicher Leistungsbefugnisse, die ebenfalls unter den Funktionsvorbehalt fallen. Die **konkrete Reichweite des Funktionsvorbehaltes** ist danach zu ermitteln, wie weit die staatliche (bzw. kommunale) Gewährleistungspflicht reicht. Dabei sind rechtliche und tatsächliche Aspekte zu berücksichtigen. So dürfte beispielsweise bei der Frage der Beschäftigung von Lehrern der staatliche Schulbildungsauftrag des Art. 7 Abs. 1 GG eine Rolle spielen: Dem verfassungsrechtlich normierten, staatlichen Schulbildungsauftrag und dem faktisch eingetretenen Bedeutungszuwachs einer qualifizierten schulischen Bildung entspricht es, Lehrer in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis zu beschäftigen, weil auf diese Weise die konkrete Aufgabenwahrnehmung im Interesse der Allgemeinheit am besten sichergestellt ist.

Allerdings ist einzuräumen, dass der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG nicht ausnahmslos gilt. Er gilt nach Maßgabe eines **Regel-Ausnahme-Verhältnisses**, auf das quantitative und qualitative Faktoren einwirken. Wenn der Funktionsvorbehalt tatbestandlich eingreift, sind „in der Regel“ Beamte mit der Aufgabenwahrnehmung zu betrauen. Im begründeten Ausnahmefall können auch andere Beschäftigte des öffentlichen Dienstes an ihrer Stelle tätig werden, dies allerdings nur solange, wie quantitativ die Zahl der Beamten in der jeweiligen Funktionsausübung überwiegt und qualitativ der Schwerpunkt der hoheitsrechtlichen Befugnisse im entsprechenden Funktionsbereich in den Händen von Beamten bleibt. Die Betrauung von Nichtbeamten mit hoheitsrechtlichen Befugnissen steht also keineswegs im beliebigen Ermessen der jeweiligen Dienstherren. Vielmehr ist die ausnahmsweise Beschäftigung von Nichtbeamten im Regelungsbereich des Art. 33 Abs. 4 GG rechtfertigungspflichtig. Die Praxis in Bund, Ländern und Kommunen hat sich von dem verfassungsrechtlich statuierten Regel-Ausnahmeverhältnis in nicht unerheblichem Umfang entfernt.

Die **hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums** (Art. 33 Abs. 5 GG) verweisen auf Grundsätze, die sich vor der Entstehung des Grundgesetzes herausgebildet hatten. Mit ihrer Bezugnahme als Maßstab für den Gesetzgeber will das Grundgesetz nicht einem zweifellos überholten obrigkeitlichen Staatsverständnis seine Reverenz erweisen, sondern vielmehr den Verfassungstext von einer Vielzahl beamtenrechtlicher Detailregelungen entlasten. Die Grundsätze stehen einer **Fortentwicklung des Berufsbeamtentums** dabei keineswegs so hinderlich im Wege, wie viele glauben machen. Die gesetzliche Einführung des Teilzeitbeamtenverhältnisses ist beispielsweise, so das Bundesverfassungsgericht¹, durch die Grundsätze nicht gehindert.

Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG und die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums in Art. 33 Abs. 5 GG stehen **Verfassungsänderungen** grundsätzlich offen. An der Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG würde aber, dies ist freilich in der Rechtswissenschaft umstritten², eine vollständige und ersatzlose Streichung des Art. 33 Abs. 5 GG insoweit scheitern, als Strukturelemente des Beamtenstatus berührt sind, die unerlässlich für die Sicherstellung einer rechtsstaatlichen Verwaltung sind. Eine durch Verfassungsänderung bewirkte Verengung des Funktionsvorbehaltes in Art. 33 Abs. 4 GG auf hoheitliche Eingriffsbefugnisse ist nicht ausgeschlossen, wegen der benötigten Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat derzeit aber auch nicht realistisch.

3. Systemwechsel durch Aufhebung der „hergebrachten Grundsätze“ und Modifikation des Funktionsvorbehalts?

Das von der sog. **Bull-Kommission** in Nordrhein-Westfalen vorgelegte Konzept eines „einheitlichen privatrechtlichen Beschäftigungsstatuts“ wäre ohne

¹ BVerfGE 43, 168; 67, 14.

² *Monika Jachmann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz – Kommentar, Bd. 2, 4. Auflage 2000, Art. 33 Rdnr. 41; *Detlef Merten*, Das Berufsbeamtentum als Element deutscher Rechtsstaatlichkeit, ZBR 1999, 1 (10 f.); *Heinrich Wieth-Körprich*, Verfassungsfeste Elemente der Institution Berufsbeamtentum, 1974, S. 21, 29; a. A. *Gertrude Lübbecke-Wolff*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, Bd. 2, 1998, Art. 33 Rdnr. 87.

Modifikation des Art. 33 Abs. 4 und Streichung des Art. 33 Abs. 5 GG nicht zu verwirklichen. Ungeachtet der geringen politischen Realisierungsaussichten und der verfassungsrechtlichen Grundbedenken gegen eine ersatzlose Streichung des Art. 33 Abs. 5 GG würden die vorgeschlagenen Verfassungsänderungen im Kontext des Art. 33 GG nur Sinn machen, wenn sie ein Regulationssystem ermöglichen, das dem derzeitigen System des öffentlichen Dienstes deutlich überlegen ist. Ob das von der Kommission vorgelegte Konzept eines „**einheitlichen privatrechtlichen Beschäftigungsstatuts**“ für den öffentlichen Dienst wirklich zu Verbesserungen führt, ist indes mehr als fraglich. Es läuft darauf hinaus, die Beschäftigungsverhältnisse des öffentlichen Dienstes in einer Kombination von Gesetz und Tarifvertrag zu regeln. Im **Gesetz** (Kompetenzgrundlage Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG: „Arbeitsrecht“) soll der Grundstatus der Beschäftigten, also „Ausschreibungspflichten, Einstellungsvoraussetzungen und –verfahren, Probezeit, der Pflichtenbereich, die Versetzung und Abordnung, die Nebentätigkeit und die Beendigungsmöglichkeiten“³ geregelt werden. **Tarifverträgen** bleibt die „Ausgestaltung der Vergütung einschließlich der beurteilungs(leistungs-)abhängigen Bestandteile, die aktuelle Höhe der Bezahlung einschließlich Nebenleistungen, der Urlaub, die tägliche Arbeitszeit und eine eventuelle Zusatzversorgung“⁴ überlassen. Für eine Gruppe von „**Beamten im neuen Sinne**“ sollen weiter gehende gesetzliche Regelungen getroffen werden. Zu dieser Gruppe „hoheitlich Beschäftigter“ sollen die Beschäftigten im diplomatischen Dienst, in der Finanz- und Zollverwaltung, im Bereich innere und äußere Sicherheit einschließlich Katastrophenschutz und Feuerwehr, in der Justiz und in Leitungsfunktionen in obersten Bundes- und Landesbehörden“ gehören. Die Sonderregelungen sollen sich auf die Beendigung der Beschäftigung (keine betriebsbedingten Kündigungen), auf bestimmte Dienstpflichten und auf die Versorgung beziehen, die Grundform des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses aber beibehalten.

³ *Regierungskommission Zukunft des öffentlichen Dienstes – öffentlicher Dienst der Zukunft*, Bericht, 2003, S. 144.

⁴ A.a.O., S. 144 f.

Das Konzept der Bull-Kommission sieht sich mit dem Vorwurf konfrontiert, dass ausgerechnet der als besonders verkrustet geltende Teil des öffentlichen Dienstrechts, nämlich das Tarifrecht des öffentlichen Dienstes, zum Ideal verklärt wird. Der Vorwurf ist berechtigt. Tatsächlich bietet das Tarifrecht (BAT, MTArb und BMT-G) **keine lohnende Perspektive** auf ein modernes öffentliches Dienstrecht, und zwar weder aus der Sicht der öffentlichen Arbeitgeber, noch aus der Sicht der Beschäftigten. Der Staat verzichtet mit dem Wechsel in ein ausschließlich privatrechtlich determiniertes System weitgehend auf die einseitigen Steuerungs- und Lenkungspotentiale, die ihm im öffentlich-rechtlichen Beamtenrecht ohne weiteres zur Verfügung stehen. In einem privatrechtlichen System des öffentlichen Dienstes ist es nicht mehr eine Frage des gesetzgeberischen Willens, sondern zunächst eine Frage des gesetzgeberischen Könnens, ob per Gesetz Modernisierungsanpassungen vorgenommen werden. Der Gesetzgeber hat nämlich, was im Bericht der Bull-Kommission zu wenig herausgearbeitet ist, die Grenzen zu beachten, die ihm durch die **Koalitionsfreiheit** des Art. 9 Abs. 3 GG gezogen sind. Er wird sich also tatsächlich nur zu Basisregelungen des öffentlichen Arbeitsrechts verstehen dürfen, die im Hinblick auf das Spannungsverhältnis zwischen Arbeitnehmermotivation und Arbeitgebersparsamkeit so wesentliche Frage der Bezahlung aber den festgefahrenen und wenig flexiblen Ritualen von Tarifverhandlungen überlassen müssen.

Aus der Sicht der Beschäftigten ist der Systemwechsel in ein ausschließlich privatrechtlich fundiertes öffentliches Dienstrecht ebenfalls nicht lohnend: Er geht einher mit einem **Verzicht auf berufliche Sicherheit und Unabhängigkeit**, die in den Augen der Bull-Kommission nur noch bei den „Beamten im neuen Sinne“ also dem überschaubaren Kreis hoheitlich tätiger Beschäftigter zu schützen sind.

4. Die Gesetzgebungszuständigkeiten für den öffentlichen Dienst auf dem Prüfstand

Die seit dem letzten Jahr geführte Diskussion um eine „Entflechtung“ des Föderalismus kreist unter anderem um die Frage, ob die Rahmengesetzgebungs-

kompetenz des Bundes für den öffentlichen Dienst (Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 GG) und die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die Beamtenbesoldung und –versorgung (Art. 74a Abs. 1 GG) nicht gänzlich aufgegeben werden sollten.

Der Verzicht auf die **Rahmengesetzgebungskompetenz** würde die Möglichkeit eröffnen, dass in den einzelnen¹⁶ Bundesländern und im Bund ein jeweils strukturell weitgehend unterschiedliches Beamtenrecht entsteht. Nur besonders optimistisch Veranlagte vermögen darin einen insgesamt vorteilhaften Wettbewerb um das beste Beamtenrecht zu sehen. Zu einer realistische Prognose gehört die Einschätzung, dass die Mobilität von Beamten zwischen den einzelnen Dienstherrn Schaden leiden wird. Im übrigen ist nicht zu sehen, welche schützenswert unterschiedlichen Lebensverhältnisse eine föderalistisch differenzierte Normierung rechtfertigen sollen. Ferner ist daran zu erinnern, dass das geltende Beamtenrechtsrahmengesetz den Ländern immerhin einen hinreichend großen ausfüllungsfähigen Gestaltungsraum belässt.

Der Rückzug des Bundes aus der **konkurrierenden Gebungskompetenz für Besoldung und Versorgung**, würde den Rechtszustand wieder herbeiführen, der vor 1969 bestanden hatte. Damals wurde die Rahmengesetzgebungszuständigkeit des Bundes auf die Beamtenbesoldung erstreckt. Nachdem sich dies nicht als ausreichend erwiesen hatte, um einem Besoldungswettlauf der Länder Einhalt zu gebieten, wurde 1971 die heute geltende konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit in das Grundgesetz aufgenommen. An der Berechtigung des damals von allen Beteiligten in Bund und Ländern gemeinsam verfolgten Anliegens, einen **Besoldungswettlauf** zu unterbinden, hat sich nichts geändert. Dabei mag dahinstehen, ob es sich heute noch wie damals um einen Wettlauf „nach oben“ handeln würde; wahrscheinlicher wäre angesichts der Haushaltslagen in Bund und Ländern wohl, dass ein Wettbewerb „nach unten“ einsetzt. Dies kann indes schon deswegen nicht erwünscht sein, weil ein personelles „Ausbluten“ gerade der finanzschwachen Länder, die am dringendsten auf eine besonders leistungsfähige Verwaltung angewiesen sind, zu befürchten wäre.

Die Option, die Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes für den öffentlichen Dienst oder die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für Besoldung und Versorgung im Wege der Verfassungsänderung aufzuheben, hilft angesichts der eingangs beschriebenen Reformziele nicht weiter, sondern wirkt sich im Ganzen eher negativ aus.

5. Gesetzgeberische Gestaltungsspielräume im Beamtenrecht

Für die generelle Beibehaltung des Berufsbeamtentums in seiner heutigen Form sprechen die weitaus besseren Argumente. Die beiden wichtigsten dürften sein:

- Das Berufsbeamtentum ist ein Personalkörper, der mit seiner besonderen Pflichtenbindung die staatliche Aufgabenerfüllung besonders nachhaltig gewährleistet.
- Das Beamtenrecht kann per Gesetz und Verordnung schneller und flexibler an veränderte soziale und wirtschaftliche Lagen angepasst werden als das private Dienstrecht.

Es geht mithin nicht um die Verabschiedung vom Berufsbeamtentum, sondern um dessen **Effizienzsteigerung bei gleichzeitigem Spargebot**. Zwei Fragen sind dabei zu trennen: Erstens, wer soll die erforderlichen gesetzlichen Neuregelungen treffen, Bund oder Bundesländer? Zweitens, worin sollen die Neuregelungen bestehen?

Der Bund ist nicht dazu gezwungen, von einer konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit vollständig Gebrauch zu machen. Er kann auch nur partielle Regelungen treffen und auf diese Weise zu Gunsten der Länder einen Raum eigener Gestaltung aussparen⁵. Im Hinblick auf die Kompetenz für die Beamtenbesoldung hat er allerdings zu beachten, dass sich an der seit nunmehr über 30 Jahren konstatierten Dringlichkeit, zur „Herstellung gleichwertiger

⁵ BVerfGE 62, 355 (369) – für die Kompetenz des Art. 74a Abs. 1 GG

Lebensverhältnisse“ bzw. zur „Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse“ (Art. 72 Abs. 2 GG) bundesgesetzgeberisch tätig zu werden, nichts verändert hat, so dass auch ein **Rückzug aus der Besoldungsgesetzgebung des Bundes** nur in Randbereichen angezeigt sein wird.

Bei alledem hat der Bund in seiner Gesetzgebung das **Alimentationsprinzip** als hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums zu beachten. Der vollständige Wechsel in ein gesetzlich verordnetes Lohnsystem für geleistete Arbeit steht weder dem Bundes- noch den Landesgesetzgebern offen. Mit dem Alimentationsprinzip vereinbar ist aber, wie bereits in ersten Schritten erfolgt (Besoldungsstrukturgesetz, Professorenbesoldungsreformgesetz, Sechstes Besoldungsänderungsgesetz), die Ergänzung um ein leistungsorientiertes Bezahlungssystem, das den Grundsatz amtsangemessener Alimentation selbst unberührt lässt.

Anzustreben ist dabei eine Kombination von amtsangemessener Grundalimentation und leistungs- bzw. belastungsabhängiger Zusatzalimentation. Die Schwierigkeit besteht darin, **Leistungsparameter und Verfahren** zu entwickeln, die den rechtsstaatlichen Anforderungen, insbesondere dem Gleichheitssatz genügen. Individuelle Zielvereinbarungen genügen diesen Anforderungen nicht, weil und solange sie dem Vorwurf gleichheitswidriger Bevorzugung oder Benachteiligung ausgesetzt sind. Ehegatten- und Familienzuschläge sind Ausformung des verfassungsrechtlichen Förderungsgebotes in Art. 6 Abs. 1 GG und insoweit keineswegs systemfremde Regelungselemente.

Die Öffnung für eine leistungs- und belastungsabhängige Zusatzalimentation sollte **durch Bundesgesetz** erfolgen. Die bundeseinheitliche verdient gegenüber länderspezifischen Einzelregelungen den Vorzug, weil im Gesamtpersonalkörper von Bund, Ländern und Gemeinden ein Maximum an Mobilität gewährleistet bleibt.

Gegen eine ersatzlose Aufhebung der **Laufbahnen und Laufbahngruppen** im Beamtenrechtsrahmengesetz sprechen ähnliche Erwägungen. Wenn die Länder zu unterschiedlichen Gliederungen und Kategoriebildungen im Beamtenrecht gelangen, so würde dies ein Mobilitätshindernis ersten Ranges darstellen.

Hinzu kommt: Der Berufszugang, die berufliche Perspektive und die Absicherung der Personalentwicklung vor sachwidrigen Einflüssen werden durch das geltende Laufbahnsystem sichergestellt. Das Laufbahnsystem ist nicht abzuschaffen, sondern, beispielsweise im Hinblick auf eine sich ändernde Bildungs- und Ausbildungslandschaft, dahingehend fortzuentwickeln, dass größere Durchlässigkeiten entstehen.

6. Gesetzgeberische Gestaltungsspielräume im Recht der Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst.

Dem Bundesgesetzgeber steht es frei, auf der Grundlage des Kompetenztitels in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG („Arbeitsrecht“) das Recht der privatrechtlich Beschäftigten im öffentlichen Dienst neu zu regeln. Die Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG steht nicht entgegen. Der Bundesgesetzgeber hat allerdings die **Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG** zu beachten. Das Kollektivgrundrecht der Arbeitnehmer, die Arbeitsbedingungen in Verhandlungen mit den Arbeitgebern auszuhandeln, steht jedoch dem staatlichen Zugriff insoweit offen, als es um den Schutz bzw. die Verwirklichung von Verfassungsgütern vergleichbaren Gewichts geht. Bislang ist weder wissenschaftlich noch faktisch ausgelotet, wie weit die **staatliche Eingriffsbefugnis** reicht. Vorstellbar ist aber ohne weiteres, dass der Gesetzgeber im Interesse der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes auf die Arbeitsverhältnisse der Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst weitaus mehr Einfluss nimmt als bisher. Dies betrifft nicht nur die Vertragsbegründung, Vertragsgestaltung und die Vertragsbeendigung, sondern auch die Frage der Lohnfindung. Die Implementierung von individuellen leistungs- und belastungsorientierten Lohnbestandteilen kann und soll per Bundesgesetz bewirkt werden, ohne dass deren konkrete Höhe gesetzgeberisch festgelegt werden müsste.

Bernhard Kempen

