



---

**Ausarbeitung**

---

**Zur Übertragung der Leitung des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge auf den Vorstandsvorsitzenden der Bundesagentur für Arbeit**

**Zur Übertragung der Leitung des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge auf den Vorstandsvorsitzenden der Bundesagentur für Arbeit**

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 264/15  
Abschluss der Arbeit: 27. Oktober 2015  
Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung

## 1. Fragestellung

Dem Vorsitzenden des Vorstandes der Bundesagentur für Arbeit (BA) wurde zum 18. September 2015 zusätzlich zu seiner Funktion die Aufgabe übertragen, die Arbeitsabläufe des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge (BAMF) zu analysieren und zu optimieren. Dies geht aus einer Antwort des Bundesministeriums des Innern (BMI) auf die Frage Nummer 38 in der Fragestunde im Deutschen Bundestag vom 30. September 2015 hervor.<sup>1</sup> Die Aufgabenübertragung durch das BMI habe demnach im Einvernehmen mit der Bundesministerin für Arbeit und Soziales stattgefunden. Die Führung der Amtsgeschäfte des BAMF erfolge durch dessen Vizepräsidenten. Wie sich auch aus dem Organigramm des BAMF ergibt, ist dem Vizepräsidenten die Funktion eines Amtschefs übertragen, während Herr Dr. h. c. Weise als Leiter aufgeführt ist.<sup>2</sup> Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach der rechtlichen Beurteilung dieser Art der Aufgabenübertragung.

## 2. Beschränkung durch das Amt eines Mitglieds des Vorstandes der BA

Gewisse Beschränkungen für die Wahrnehmung anderweitiger Tätigkeiten neben ihrem Hauptamt ergeben sich für Mitglieder des Vorstandes der BA aus § 382 Absatz (Abs.) 5 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch (SGB III). Danach dürfen die Vorstandsmitglieder neben ihrem Amt **kein anderes besoldetes Amt**, kein Gewerbe und keinen Beruf ausüben und weder der Leitung eines auf Erwerb gerichteten Unternehmens noch einer Regierung oder einer gesetzgebenden Körperschaft des Bundes oder eines Landes angehören. Mit Einwilligung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) ist jedoch die Zugehörigkeit zu einem Aufsichtsrat, Verwaltungsrat, Beirat oder **inem anderen Gremium** eines öffentlichen oder privaten Unternehmens oder einer **sonstigen Einrichtung** möglich (§ 382 Abs. 5 Satz (S.) 2 SGB III).

Untersagt ist demnach die **Berufsausübung im weitesten Sinne** sowie eine **besoldete** Amts- und Gewerbeausübung.<sup>3</sup> Diese Einschränkungen dienen der **Vermeidung von Interessenkollisionen politischer oder finanzieller Art** und sollen die **Funktionsfähigkeit der Bundesanstalt sicherstellen**.<sup>4</sup>

Demnach wäre die **Übertragung des Amtes des Präsidenten des BAMF** neben dem Amt als Vorsitzender des Vorstandes der BA rechtlich **unzulässig**, da es sich bei dem Amt des Präsidenten des BAMF um ein vom Haushaltsgesetzgeber ausgebrachtes Amt der Besoldungsgruppe B 8 Bundesbesoldungsordnung (BBesO) und damit um ein besoldetes Amt im Sinne der Vorschrift handelt.<sup>5</sup> Eine Übertragung **des Amtes ohne Anspruch auf Besoldung** käme in beamtenrechtlicher

---

1 BT-Plenarprotokoll 18/126, 12260 C.

2 Vgl. [http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Downloads/Infothek/Sonstige/organigramm.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Downloads/Infothek/Sonstige/organigramm.pdf?__blob=publicationFile) – aufgerufen am 23. Oktober 2015.

3 Gagel/Wendtland, SGB III, 58. EL, Juni 2015, § 382, Rn. 20.

4 BT-Drs. 14/8546, S. 9.

5 Vgl. Anlage I zu § 20 Abs. 2 S. 1 Bundesbesoldungsgesetz (BBesG).

Hinsicht ebenfalls nicht in Betracht, da dies gegen den **Grundsatz der funktionsgerechten Besoldung** gem. § 18 Bundesbesoldungsgesetz (BBesG) verstoßen würde, wonach die Funktionen der Beamten nach den mit ihnen verbundenen Anforderungen sachgerecht zu bewerten und Ämtern zuzuordnen sind.

Angesichts des Wortlautes und der Intention des § 382 Abs. 5 SGB III ist die **Übertragung von Leitungsaufgaben** – ohne gleichzeitige Übertragung des **Amtes** des Präsidenten des BAMF – mit **Einwilligung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales** jedoch **zulässig**, wenn dem **Belange der BA nicht entgegenstehen**.<sup>6</sup> Bei der Prüfung des Vorliegens entgegenstehender Belange wäre zu beurteilen, ob die Wahrnehmung des Amtes als Vorsitzender des Vorstandes der BA und die Wahrnehmung der Leitung des BAMF zu einer **Interessenkollision** führen könnten. Eine solche Abwägung kann im Rahmen dieser Ausarbeitung nicht geleistet werden, da es in besonderer Weise auf die Umstände des Einzelfalls ankommt.

In der vorliegenden Konstellation wäre jedoch über allgemeine Erwägungen hinaus zu berücksichtigen, dass sich aufgrund der einschlägigen Rechtsnormen aus derselben einfachgesetzlichen Rechtsgrundlage sowohl Zuständigkeiten der BA als auch solche des BAMF ergeben. Insofern ist beispielsweise hervorzuheben, dass es bei der **Erteilung eines Aufenthaltstitels**, der einem Ausländer die **Ausübung einer Beschäftigung** erlaubt, der **Zustimmung durch die BA** bedarf (vgl. § 39 Aufenthaltsgesetz (AufenthG)). Ferner ist in § 75 AufenthG ausdrücklich vorgesehen, dass dem BAMF hinsichtlich der **Informationen über den Aufenthalt zum Zweck der Erwerbstätigkeit** eine **Koordinierungsfunktion** zwischen den Ausländerbehörden und der BA zukommt. Dies allein muss nicht zwangsläufig zu einer Interessenkollision führen, sollte jedoch in die entsprechende Abwägung einfließen. Etwaigen möglichen Interessenkonflikten könnte im Ergebnis auch durch organisatorische Maßnahmen – etwa durch einer Anpassung des Geschäftsverteilungsplanes – entgegengewirkt werden.

### 3. Unanwendbarkeit des § 2 Abs. 3 Bundesbesoldungsgesetz (BBesG) – Verzicht auf Besoldung

Beamte können– mit Ausnahme der vermögenswirksamen Leistungen – **nicht** auf die ihnen gesetzlich zustehende Besoldung **verzichten** (§ 2 Abs. 3 BBesG). Das Verbot des Besoldungsverzichtes soll vor dem Hintergrund des öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses verhindern, dass ein Bewerber um ein Amt seine Mitbewerber „unterbietet“ oder ein Bewerber auf Personalentscheidungen Einfluss nimmt, indem er seine Dienste kostenlos anbietet.<sup>7</sup> Im Hinblick auf die Verleihung von öffentlichen Ämtern stellt § 2 Abs. 3 BBesG damit auch sicher, dass Einstellungs- und Beförderungsentscheidungen allein nach Leistung, Eignung und Befähigung vergeben werden (Art. 33 Abs. 2 GG).

§ 2 Abs. 3 BBesG ist auf das Amt eines **Mitglieds des Vorstandes der BA** jedoch **nicht** anwendbar, da der Anwendungsbereich des Bundesbesoldungsgesetzes **auf Beamte des Bundes beschränkt** ist (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 BBesG). Gemäß § 382 Abs. 2 S. 1 SGB III stehen der Vorsitzende und die übrigen

---

6 BT-Drs. 14/8546, S. 9.

7 Fürst, Gesamtkommentar Öffentliches Recht, Bd. III, BesR, Lfg. 2/11, § 2 BBesG, Rn. 8.

Mitglieder der BA zwar in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis. Hierbei handelt es sich jedoch um ein **besonders ausgestaltetes öffentlich-rechtliches Amt** und nicht um ein Beamtenverhältnis im Sinne des Bundesbesoldungsgesetzes.<sup>8</sup> Die **Gehaltsansprüche** werden durch das BMAS überdies auf **vertraglicher Grundlage** geregelt (§ 382 Abs. 6 SGB III).

Da die individualvertragliche Gestaltung der Rechtsverhältnisse der Mitglieder des Vorstandes der BA somit nicht den Beschränkungen des Bundesbesoldungsgesetzes unterliegt, wäre ein **Verzicht** auf die Besoldung aus dem Amt des Präsidenten des BAMF vor dem Hintergrund des § 2 Abs. 3 BBesG **unbedenklich**. Dies gilt erst recht, wenn aufgrund der Bestimmungen des § 382 Abs. 5 SGB III nicht das Amt des Präsidenten des BAMF übertragen wird, sondern lediglich ein Teil der damit verbundenen Leitungsaufgaben.

#### 4. Vereinbarkeit mit dem Funktionsvorbehalt (Art. 33 Abs. 4 GG)

Die **Übertragung** der aus dem Amt des Präsidenten des BAMF resultierenden **Leitungsaufgaben auf eine privatrechtlich beschäftigte Person** berührt den verfassungsrechtlichen Grundsatz des sog. **Funktionsvorbehaltes**.

Die **Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse** ist als **ständige** Aufgabe gemäß Art. 33 Abs. 4 GG **in der Regel** Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem **öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis** stehen.

Art. 33 Abs. 4 GG sichert damit als **reine Organisationsnorm** auch personell den Grundsatz der **Gesetzmäßigkeit der Verwaltung**, damit auch den **Schutz des von hoheitlicher Aufgabenwahrnehmung betroffenen Bürgers** und soll eine **qualifizierte, loyale und gesetzestreue Aufgabenerfüllung** sicherstellen.<sup>9</sup> Der Funktionsvorbehalt dient mithin der **Kontinuität hoheitlicher Funktionen** des Staates und statuiert eine **institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums**.<sup>10</sup>

Es ist zunächst eindeutig, dass sich der Begriff der „Angehörigen, des öffentlichen Dienstes, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehen“ **ausschließlich auf Beamte** bezieht und nicht auf Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst.<sup>11</sup> Die Verfassung sieht insbesondere in der **besonderen Pflichtbindung** der Beamten eine rechtsstaatliche und verwaltungsstaatliche Garantie für die gesetzmäßige, effektive und unparteiische Wahrnehmung der „hoheitsrechtlichen Befugnisse“ der vollziehenden Gewalt.<sup>12</sup> Die **Mitglieder des Vorstandes der BA** dürften von Art. 33 Abs. 4 GG somit **nicht erfasst** sein. Ihnen ist zwar ein öffentlich-rechtliches Amt besonderer Art übertragen, ihre Rechtsstellung ergibt sich jedoch aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages.

---

8 Gagel/Wendtland, SGB III, 58. EL, Juni 2015, § 382, Rn. 9.

9 Pieper, in: Schmidt-Bleibetreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 33, Rn. 104.

10 Pieper, in: Schmidt-Bleibetreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 33, Rn. 105.

11 Masing, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz - Kommentar, Bd. 2, Aufl. 2006, Art. 33, Rn. 63.

12 Badura, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Lfg. 73, Dezember 2014, Art. 33, Rn. 53.

Daher kommt es maßgeblich darauf an, ob es sich bei der Leitung des BAMF um die Ausübung **hoheitsrechtliche Befugnisse** (4.1.) handelt bzw. ob ein anerkannter **Ausnahmetatbestand** einschlägig ist (4.2.).

#### 4.1. Übertragung hoheitsrechtlicher Befugnisse

Die Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf privatrechtlich Beschäftigte ist mit Blick auf den in Art. 33 Abs. 4 GG verankerten Funktionsvorbehalt dann unproblematisch, wenn es sich nicht um hoheitsrechtliche Befugnisse handelt. Die Abgrenzung ist **im Einzelnen** jedoch **umstritten**. Unstreitig hoheitsrechtlicher Natur ist die Ausübung von Eingriffsbefugnissen durch die Exekutive, d.h. spezifisch die Tätigkeit der sog. **Eingriffsverwaltung** (Befehl und Zwang).<sup>13</sup> Ausschlaggebend sind dabei aber nicht einzelne Befugnisse, sondern ob die Eingriffsbefugnisse **geradezu prägend** für die jeweilige Verwaltungstätigkeit sind.<sup>14</sup> Darüber hinaus vertritt eine **extensive Auffassung**, dass weitgehend **alle Bereiche der öffentlichen Verwaltung** (und sogar Tätigkeiten im wirtschaftlich – fiskalischen Bereich) unter den Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse fallen.<sup>15</sup> Eine Zwischenposition differenziert danach, ob die Verwaltungstätigkeit im Fall der Daseinsvorsorge in den Formen des öffentlichen Rechts erfolgt und **grundrechtsrelevant** ist, da auch durch die **Leistungsverwaltung** nicht selten die Grundrechte von Bürgern berührt werden.<sup>16</sup>

Nach **Masing**<sup>17</sup> spricht gerade die Entstehungsgeschichte des Art. 33 Abs. 4 GG für eine **enge** Auffassung. Danach verbiete es sich, die Reichweite des Funktionsvorbehaltes strikt oder formell von dem Unterschied Eingriffs- und Nichteingriffs- oder Leistungsverwaltung her zu bestimmen. Maßgeblich für die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse sei deren **Eingriffsrelevanz für die Grundrechte**. Dies könne im Einzelfall auch die Gewährung grundrechtswesentlicher Leistungen sein. Ergänzend könne als funktionaler Gesichtspunkt etwa berücksichtigt werden, ob sich eine Tätigkeit in einem Kräftefeld bewegt, in dem die Verbürgung relativer Unabhängigkeit bzw. die spezielle Pflichtenstellung eines Beamten zur Erfüllung der Aufgaben **typischerweise wesentlich** ist.

Die Beurteilung für Leitungsfunktionen innerhalb eines Bundesamtes kann damit ebenfalls **nicht schematisch** erfolgen. Vielmehr kommt es konkret auf die **Bewertung von Leitungsaufgaben innerhalb des BAMF** an. Da das BAMF gem. § 5 Abs. 1 Asylverfahrensgesetz (AsylVfG) über **Asylanträge** entscheidet und u.a. gem. § 34a AsylVfG Abschiebungsanordnungen erlässt, berührt dessen Tätigkeit unmittelbar das durch Art. 16a GG verbürgte Grundrecht auf Asyl. Die Befugnisse des BAMF aufgrund des Asylverfahrensgesetzes sind daher nach sämtlichen näher umschriebenen Abgrenzungsmöglichkeiten als hoheitsrechtliche Befugnisse einzustufen. Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG spielt somit vor allem bei der Besetzung derjenigen Dienstposten eine Rolle, die unmittelbar mit der Ausübung der Befugnisse nach dem Asylverfahrensgesetz befasst

---

13 Masing, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz - Kommentar, Bd. 2, Aufl. 2006, Art. 33, Rn. 64.

14 Pieper, in: Schmidt-Bleibetreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 33, Rn. 109.

15 Pieper, in: Schmidt-Bleibetreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 33, Rn. 110 m. w. N.

16 Pieper, in: Schmidt-Bleibetreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 33, Rn. 111 f. m. w. N.

17 Masing, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz - Kommentar, Bd. 2, Aufl. 2006, Art. 33, Rn. 65 f.

sind. Dies gilt auch für **Vorgesetzte auf allen Ebenen der Behördenhierarchie**, wenn diesen die **fachliche** Verantwortung für die diesbezügliche Tätigkeit der unterstellten Dienstkräfte obliegt, da durch Einzelanweisungen und allgemeine Vorgaben auf die Ausübung hoheitlicher Befugnisse Einfluss genommen werden kann.<sup>18</sup> Sofern einer privatrechtlich beschäftigten Person damit Aufsichts- und Direktionsbefugnisse im Bereich der spezifisch, hoheitsrechtlichen Verwaltungstätigkeit des BAMF **dauerhaft** übertragen werden sollen, würde dies gegen den Funktionsvorbehalt nach Art. 33 Abs. 2 GG verstoßen, wenn für eine solche Personalentscheidung **kein begründeter Ausnahmefall** gegeben ist.

#### 4.2. Zulässigkeit von Ausnahmen

Trotz der Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ist deren Übertragung auf privatrechtlich Beschäftigte ausweislich des Wortlautes des Art. 33 Abs. 4 GG **insbesondere dann zulässig**, wenn die Übertragung **nicht von Dauer** sein soll („ständig“). Aufgaben von absehbar endlicher Dauer sind nach herrschender Auffassung auch dann keine ständigen, wenn die absehbare Dauer eine **langjährige** ist.<sup>19</sup> Insofern wird dem Dienstherrn ein organisatorischer Ermessensspielraum eingeräumt.

Schließlich ermöglicht Art. 33 Abs. 4 GG („in der Regel“) **im Ausnahmefall** auch die **dauerhafte** Übertragung **hoheitsrechtlicher Befugnisse** auf eine privatrechtlich beschäftigte Person. Derartige Ausnahmen bedürfen einer Rechtfertigung durch eine besondere sachliche Begründung.<sup>20</sup> Rein fiskalische Erwägungen sind hierfür nicht ausreichend. Ausnahmen müssen sich zusätzlich an Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten orientieren.<sup>21</sup> Hierbei wäre auch zu berücksichtigen, ob die spezifischen Aufsichtsbefugnisse auf den verbeamteten Stellvertreter des Präsidenten des BAMF übertragen wurden und welche Befugnisse in diesem Fall bei dem Leiter des BAMF verbleiben.

### 5. Fazit

Die **dauerhafte** Übertragung **des Amtes** des Präsidenten des BAMF auf ein Mitglied des Vorstandes der BA ist angesichts der eindeutigen Formulierung des § 382 Abs. 5 SGB III unzulässig. Für die **ausnahmsweise dauerhafte** Übertragung **der Funktion** eines Leiters des BAMF auf eine privatrechtlich beschäftigte Person bedarf es aufgrund des in Art. 33 Abs. 4 GG konstituierten Funktionsvorbehaltes eines **sachlichen Rechtfertigungsgrundes**. Sofern die Leitungsfunktion **nicht auf Dauer** auf eine privatrechtlich beschäftigte Person übertragen wird, stehen dem keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen.

Ende der Bearbeitung

---

18 Vgl. im Fall der Leitung eines Ordnungsamtes: ArbG Berlin, Urteil vom 5. März 2009, Az. 33 Ga 2676/09 = BeckRS 2009, 60431.

19 Masing, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz - Kommentar, Bd. 2, Aufl. 2006, Art. 33, Rn. 69.

20 Pieper, in: Schmidt-Bleibetreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 33, Rn. 114.

21 Pieper, in: Schmidt-Bleibetreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 33, Rn. 114.