

Funktionsvorbehalt und Beamtenstatus von Lehrern

– Erwägungen aus Anlass dreier obiter dicta des BVerfG –

Dr. Hellmuth Günther

Der Beitrag dient dem Nachweis, dass der Parlamentarische Rat den Beamtenstatus von Lehrern gewollt hat. Zugleich wird dafür plädiert, die entsprechende jahrzehntelang weitgehend konsentrierte Verfassungsinterpretation beizubehalten. Tragender Wertungsaspekt ist insofern die eminente Grundrechtsrelevanz der Kultur- und Sozialstaatsaufgabe Schule.

I. Einführung

Erst seit einigen Jahren hat sich das BVerfG näher mit Elementen des Funktionsvorbehalts für das Berufsbeamtentum (Art. 33 Abs. 4 GG) befasst. Bis dahin standen die hergebrachten Grundsätze (Art. 33 Abs. 5 GG) im Vordergrund, u. a. weil das BVerfG ihnen subjektivrechtlichen Gehalt zugemessen hatte.¹ Der Funktionsvorbehalt war nur als solcher, als einer der Faktoren der institutionellen Garantien des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 4, 5 GG) Thema der Verfassungsjudikatur, wurde dem Organisationsprinzip doch fast allgemein subjektivrechtliche Substanz abgesprochen² (entsprechender Justizschutz bereits fachgerichtlich kaum gesucht). Bei seinen jetzigen Grundsatzentscheidungen – denen zur Einstellungszwangsteilzeit und zur Privatisierungsschranken – hat sich das BVerfG en passant auch zur Qualifizierung von Lehrern geäußert, jüngst ebenso im Urteil zur W-Besoldung von Professoren. Diese Statements verneinen entweder von vornherein die Relevanz der schulpädagogischen Tätigkeiten für den Tatbestand des Funktionsvor-

behalts oder sie gestatten, Lehrer im Wege gruppenbezogener Ausnahme dem Beamtenstatus zu entziehen. Wegen der höchstrichterlichen Praxis, obiter dicta, selbst wenig substantiierte und mehrfach kritisierte, ohne weiteres als fixe Rechtssätze zu adeln, und der naheliegenden fachgerichtlichen Übung, solche obiter dicta ohne weiteres als geltendes Recht zu behandeln, eine Praxis, die hier wiederum zu registrieren ist,³ soll die alte, von der klaren Schrifttumsmehrheit bejahte Frage, „müssen Lehrer Beamte sein?“⁴ unter ausgewählten Aspekten nochmals erörtert werden. Inmitten stehen wird die Entscheidung des Parlamentarischen Rats zur Qualifizierung der Lehrern, über die bis vor einiger Zeit Konsens bestand, Konsens, der aktuell infolge von Versuchen zum Umdeuten der Grundgesetz-Genese beendet ist. Akzentuiert wird ebenso die ursprüngliche lehrerbezogene positive Deutung des Funktionsvorbehalts, das entsprechende jahrzehntelange Verfassungsrecht, um dessen Korrektur es in der juristischen Auseinandersetzung geht (und die parteipolitisch, eben Lehrer betreffend, gefordert worden ist).⁵ Thesen zum Tatbestand der Verfassungsnorm als solchem, mithin zur Auslegung des Terminus hoheitsrechtliche Befugnisse werden wenigstens exemplarisch notiert.

II. Obiter dicta des BVerfG zum Grundstatus von Lehrern

Mit dem Beschluss zur Einstellungszwangsteilzeit (von 2007)⁶ hat sich das BVerfG beiläufig, vom Kontext her erklärbar (das betreffende Landesbeamtengesetz griff faktisch vor allem bei Lehramtskandidaten), zur Frage geäußert, ob das „sozialstaatliche legitime Anliegen, die Arbeitslosigkeit zu steuern“, durch „Einstellung“ von Pädagogen öffentlicher Schulen „im Angestelltenverhältnis“ verwirklicht werden könnte, und hat das bejaht: solcherart Personalrekrutierung wäre „mit den Vorgaben des Art. 33 Abs. 4 GG vereinbar, weil Lehrer in der Regel nicht schwerpunktmäßig hoheitlich geprägte Aufgaben“ wahrnehmen, „die der besonderen Absicherung durch den Beamtenstatus bedürften“.⁷ Dies erste der obiter dicta, das zumindest prima facie als Negieren des Tatbestandes des Funktionsvorbehalts aufgefasst werden konnte, jedenfalls so aufgefasst worden ist, hat neben Billigung erhebliche Kritik erfahren,⁸ letztere schon weil das Statement „ohne Auseinandersetzung mit den Argumenten der Gegenansicht“ vorgenommen worden sei.⁹ Das BVerfG hatte zumal nicht erläutert, weshalb die Grundgesetznorm auf „schwerpunktmäßig hoheitlich geprägte“ Agenden abhebe, was „hoheitlich geprägte“ Agenden seien und weshalb diejenigen von Lehrern keiner „besonderen ... Sicherung durch den Beamtenstatus bedürften“.

Im Privatisierungsurteil (2012) hat das BVerfG mit dem zweiten, vom Streitstoff her wenig nahe liegenden obiter dictum bemerkt, bei Lehrern dürfe wegen ihrer „nicht schwerpunktmäßig hoheitlichen Aufgaben“ vom Funktionsvorbehalt abgewichen werden.¹⁰ Falls der Ansatz des älteren Statements damit nicht gewechselt sein sollte, ist er relevant präzisiert; denn nun wird der Tatbestand (des Art. 33 Abs. 4 GG) für Lehrer bejaht, aber ein Sachgrund zur Suspension vom Beamtenstatusprinzip rekla-

1) BVerfGE 43, 154 (166ff).

2) Gegen diese ganz h. M. Günther, VerwArch 99 (2008), S. 538 ff.; Isensee, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994, § 32, Rn. 52. Wenigstens Bedenken bei Dollinger/Umbach, in: Clemens/Umbach, Mitarbeiterkommentar GG I, 2002, Art. 33, Rn. 75 f. Der Standpunkt der h. M. ist kürzlich ein wenig relativiert worden: BVerfG-K, ZBR 2012, 252 ff. mit Anm. Günther, DVBl 2012, S. 903 ff.

3) Vgl. OVG Münster, ZBR 2012, 170 (173).

4) Leisner, ZBR 1980, S. 361 ff. Dito Thieme, RdJB 1980, S. 2 ff. Übrigens von beiden Autoren (unterschiedlicher Grundhaltung gegenüber dem Berufsbeamtentum) bejaht.

5) Vgl. Fn. 129.

6) BVerfGE 119, 247 ff.: Nichtigkeit der Norm des NdsBG zur obligatorischen Einstellungsteilzeit wegen Verstoßes gegen die hergebrachten Grundsätze.

7) BVerfGE 119, 247 (266 f.). Das Gericht bezog sich auf „Masing, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 33, Rn. 67 m. w. N.“. Gemeint ist Band II des Werks; der durch das BVerfG-Notat entstehende Eindruck, die Nachweise bei Masing bestätigten das Resultat, trägt, denn Masing zitierte zwar beipflichtende Stimmen, aber, korrekt, ebenso gegenteilige, nämlich für die „vorherrschende“ andere „Auffassung“.

8) Billigung: Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 33, Rn. 41. Kritik u. a.: Bergmann, in: Hömig, GG, 10. Aufl. 2013, Art. 33, Rn. 16; Gröpl, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, GG, 2013, Art. 33, Rn. 48; Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II, 6. Aufl. 2010, Art. 33, Abs. 4, Rn. 28 (Fn. 97); Summer, ZBR 2008, S. 158 (159); Thiele, DSt 49 (2010), S. 274 (286 f.); Werrres, Beamtenverfassungsrecht, 2011, Rn. 23.

9) Zitat Jachmann (Fn. 8).

10) BVerfGE 130, 76 (115 f.) zum Strafvollzug. Jetzt bezog sich das Gericht allein auf das erste dictum (dessen Qualität als bloßes obiter dictum aus dem aktuellen obiter dictum nicht deutlich wird).