

# Die Beschäftigung von Beamten zwischen grundsätzlicher Pflicht und politischem Ermessen

## Art. 33 Abs. 4 GG, seine Ausnahmemöglichkeiten und die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für Überschreitungen des Mindesteinsatzbereichs

Dr. Günter Bochmann

*Mit dem Beitrag wird eine Bestandsaufnahme im Hinblick auf den Regelungsgehalt des Art. 33 Abs. 4 GG und seine Ausnahmemöglichkeiten vorgenommen. Darüber hinaus wird ausgelotet, unter welchen Voraussetzungen eine Beschäftigung von Beamten mit Aufgaben, die nicht vom Funktionsvorbehalt erfasst sind, verfassungsrechtlich zulässig ist. Der Verfasser kommt zu dem Schluss, dass der Norm keine Beschränkung des Funktionsvorbehalts auf die Eingriffsverwaltung zu entnehmen ist. Herausgearbeitet wird ferner, dass das Bundesverfassungsgericht den Eindruck vermittelt, in den von der Vorschrift eröffneten Ausnahmemöglichkeiten eine Option zu sehen, den verfassungsrechtlich garantierten Mindesteinsatzbereich des Berufsbeamtentums auf einen Kernbereich von hoheitlichen Tätigkeiten zu beschränken. Im Gegensatz zu der herrschenden Meinung kommt der Beitrag darüber hinaus zu dem Ergebnis, dass eine Ausdehnung des Einsatzfeldes der Beamten über die vom Funktionsvorbehalt erfassten Aufgaben hinaus nicht beliebig erfolgen darf, sondern der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf.*

### I. Einleitung

Nach Art. 33 Abs. 4 GG ist „die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse (...) als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen“. Nur wenige Verfassungsnormen sind inhaltlich so umstritten wie diese, mit der der so genannte Funktionsvorbehalt, der ohne Vorläufer in älteren deutschen Verfassungen ist, geregelt wird. Die Frage, für welche Aufgabengebiete grundsätzlich Beamte, die mit der Norm unstreitig gemeint sind,<sup>1</sup> eingesetzt werden müssen, ist bis heute nicht eindeutig geklärt. Insbesondere an der Begriffskombination „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ scheiden sich die Geister. Von Münch stellte bereits Anfang der 70er Jahre in seinem Gutachten für die Studienkommission zur Reform des öffentlichen Dienstrechts fest, dass es angesichts der Tatsache, dass Wort- und Begriffsgeschichte des Hoheitlichen nur wenig erforscht seien, kein Wunder sei, dass auch viele Jahre nach den Beratungen des Parlamentarischen Rats keine völlige Klarheit über den Regelungsgehalt der Vorschrift bestehe.<sup>2</sup> Forsthoff kam gar resigniert zu dem Ergebnis, das Problem sei „nicht zu lösen. Eine künftige Verwaltungsreform täte gut daran, auf den aussichtslosen Versuch einer solchen Lösung von vornherein zu verzichten“<sup>3</sup>. Dies spiegelte sich auch im Bericht der Kommission wider, die feststellte, dass eine „durchgängige und gründliche Differenzierung in Gruppen, wie wir sie heute zwischen Beamten und Arbeitnehmern finden, aus funktionalen Gründen nicht abgeleitet werden kann.“<sup>4</sup> Viel mehr Klarheit besteht trotz inzwischen fast unüberschaubarer Menge an Veröffentlichungen<sup>5</sup> auch heute nicht. Besonders an der Frage, ob Lehrer Beamte sein müssen, entzündete sich der Streit vor allem seit den 1990er Jahren.<sup>6</sup> Diese Debatte ist symptomatisch für die allgemeine Problematik, die wiederum nicht nur

juristische, sondern auch politisch-ideologische Aspekte hat.<sup>7</sup> Gleichzeitig hat das Bundesverfassungsgericht in der jüngeren Zeit mit verschiedenen, auf den ersten Blick eher kryptisch wirkenden, Feststellungen zur Erforderlichkeit des Beamtenstatus für diese Personalgruppe, die auch grundsätzliche Wirkungen darüber hinaus zeitigen können und mit denen der Eindruck erweckt wurde, dass wegen der nach Meinung des Gerichts geringen hoheitlichen Anteile an deren Aufgaben ein Wahlrecht des Dienstherrn hinsichtlich der Verbeamtung besteht,<sup>8</sup> für gewisse Verunsicherung gesorgt. Außerdem ist zu beobachten, dass einerseits Beamte mit Aufgaben befasst sind, für die dies verfassungsrechtlich nicht gefordert ist, und andererseits Tarifbeschäftigte hoheitsrechtliche Befugnisse ausüben.<sup>9</sup> Erstgenanntes wird allgemein für zulässig gehalten. Für Letztgenanntes wird hingegen, sofern überhaupt eine Begründung erfolgt, schlicht auf die in Art. 33 Abs. 4 GG eingeräumten Ausnahmemöglichkeiten verwiesen, ohne dass dabei ersichtlich wird, ob eine vertiefte Befassung mit deren Voraussetzungen stattgefunden hat. Zuweilen wird eher der Eindruck einer gewissen Beliebigkeit vermittelt. Die Verwaltungspraxis trägt der Verfassungsnorm also offensichtlich nicht hinreichend Rechnung.<sup>10</sup> Diese wird dadurch aber keineswegs obsolet.<sup>11</sup> Mit dem nachstehenden Beitrag wird eine Bestandsaufnahme im Hinblick auf Art. 33 Abs. 4 GG und seine Ausnahmemöglichkeiten vorgenommen. Letzteren kommt dabei

- 1) BVerfGE 3, 162, 186; 9, 268, 282, 284; Dörr, ZTR 1991, S. 182 f.; Lehnguth, ZBR 1991, S. 266 (268); Battis/Schlenga, ZBR 1995, S. 253 (254); Cremer, Beamtenstatus von Lehrern als Verfassungsgebot, 2012, Rn. 11 m. w. N.; Leppek/Nübel, ZBR 2015, S. 397 (400) m. w. N.; Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 33, Rn. 39; Franke, GKÖD I, Stand: 10/2016, L § 5, Rn. 117 m. w. N.
- 2) v. Münch, Studienkommission, Bd. 5 (StK V), 1973, S. 71 (113).
- 3) Forsthoff, StK V, S. 17, 59 f.
- 4) StK, Bericht 1973, S. 141.
- 5) Z.B. Leitges, Die Entwicklung des Hoheitsbegriffes in Art. 33 Abs. 4 des Grundgesetzes, 1998; Strauß, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum, 2000; Nordmeyer, Die Auslegung des Art. 33 Abs. 4 GG und seine Verflechtung mit Gesichtspunkten der neueren Staatsdiskussion sowie der Freizügigkeit des europäischen Gemeinschaftsrechts, eine Untersuchung zum Funktionsvorbehalt für Berufsbeamte, 2001; Hunze, Verfassungsrechtliche Grenzen und Anforderungen der Privatisierung hoheitlicher Staatsaufgaben in Deutschland, Frankreich und den USA, 2017.
- 6) Überblick zum Meinungsstand bei Günther, ZBR 2014, S. 18 (26).
- 7) Vgl. Manssen, ZBR 1999, S. 253.
- 8) BVerfGE 119, 247, 267; 130, 76, 116; 130, 263, 297 f.
- 9) S. hierzu z. B. StK (Fn. 4), S. 45; Badura, Reichweite des Funktionsvorbehalts nach Art. 33 Abs. 4 GG unter Berücksichtigung aktueller Privatisierungstendenzen sowie der Auswirkung der europäischen Integration und der Entwicklung in den neuen Ländern, 1995, S. 44; BVerfGE 44, 249, 262.
- 10) Statt vieler Benndorf, DVBl. 1981, S. 23; Battis, NVwZ 1986, S. 884 (887); Badura (Fn. 9), S. 44; Minz/Conze, ZTR 1995, S. 243 (247); Sander, ZBR 2001, S. 391 (392); Pjeroth, in: Jarass/Pjeroth, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 33, Rn. 42.
- 11) Vgl. statt vieler Günther, VerwArch 2008, S. 538 (539) m. w. N.