

Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat

Beiträge zum Dienstrecht und zur Dienstrechtsreform

herausgegeben von

Prof. Dr. Walter Leisner



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat

Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat

Beiträge zum Dienstrecht und zur Dienstrechtsreform

herausgegeben von

Prof. Dr. Walter Leisner



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der photomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 1975 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1975 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3 428 03439 2

Vorwort

Dienstrechtsreform ist eines der großen Themen dieser Jahre. Manche fordern mit ihr die Abschaffung des Berufsbeamtentums, viele seine Erneuerung an Haupt und Gliedern.

Vertreter des Staats- und Verwaltungsrechts an deutschen und österreichischen Universitäten wollen hier zu dieser Reformdiskussion einen Beitrag leisten, in dem Rechtspolitik aus Rechtstheorie, Rechtsgeschichte, Rechtsdogmatik erwächst.

Wie immer man zum Berufsbeamtentum stehen mag — in unseren Ländern war und ist es eine Erscheinung von staatsgrundsätzlicher Bedeutung. Seine Erneuerung ist Staatsreform.

Erlangen, den 2. Februar 1975

Walter Leisner

Inhaltsverzeichnis

Öffentliche Ausschreibung	
Von Felix Ermacora	9
Der Tarifvertrag als Gewerkschafts-Staats-Vertrag. Das arbeitsrechtliche Regelungsverfahren im Öffentlichen Dienst	
Von Josef Isensee	23
Die Bedeutung des Beamtentums für die Herausbildung des modernen Staates	
Von Otto Kimminich	47
Sicherung des österreichischen Berufsbeamtentums	
Von Hans R. Klecatsky	71
Die „Lebensluft“ des Öffentlichen Dienstes	
Von Herbert Krüger	101
Der Beamte als Leistungsträger — Die Anwendbarkeit des beamtenrecht- lichen Funktionsvorbehalts (Art. 33 Abs. IV GG) auf die Leistungsverwal- tung	
Von Walter Leisner	121
Beamtenversorgung und Sozialversicherung	
Von Wolfgang Rüfner	147
Gespaltener Beamtenstatus? Bemerkungen zu einem Reformprojekt	
Von Hans Heinrich Rupp	167
Öffentlicher Dienst zwischen öffentlicher Amtsverfassung und privater Arbeitsverfassung? Verwaltungsstrukturelle Grenzen der Dienstrechts- reform	
Von Rupert Scholz	179

Das Streikrecht der Beamten	
Von Werner Weber	199
Die Rolle der Bürokratie im pluralistischen Staat	
Von Reinhold Zippelius	217
Verzeichnis der Mitarbeiter	227

Öffentliche Ausschreibung

Von Felix Ermacora

In der von mir verfaßten Allgemeinen Staatslehre habe ich auf die Rechtssysteme hingewiesen, die in den Staaten dieser Erde hauptsächlich existieren¹. In diese Rechtssysteme eingebaut sind Träger und Exekutoren der Staatsgewalt. Die für den Staat handelnden Menschen werden seit *H. J. Wolff* mit dem Ausdruck „Organwalter“ bezeichnet²; ein Ausdruck, der den Menschen als Staatsdiener von dem einen Komplex von Zuständigkeiten und Sacheinheiten bezeichnenden Ausdruck „Organ“ abgrenzt. Für die Art der Ausübung der Staatsgewalt kommt es wesentlich darauf an, wie die Stellung des Organwalters im Rahmen der jeweiligen staatlichen Organisation beschaffen ist. In den Demokratien, gleichgültig ob westlicher oder östlicher Prägung, werden die Vertreter unmittelbarer Staatsorgane am besten wohl als Volksbeauftragte zu bezeichnen sein. Dazu gehören die Abgeordneten, Regierungsmitglieder, auch Mitglieder von Verfassungsgerichten³. Die andere Type der Staatsdiener sind ernannte oder gewählte Personen, die auf Lebenszeit oder für einen bestimmten Zeitraum als Bedienstete und als ehrenamtlich Tätige den öffentlichen Aufgaben dienen. Für die Organwalter der Gerichtsbarkeit hat sich der Ausdruck „Richter“ in allen Rechtssystemen als maßgebend herausgebildet. Vom Richter soll hier nicht die Rede sein. Es geht vielmehr um die die öffentliche Verwaltung Ausübenden.

Ihre Stellung hängt vom Rechts- und Gesellschaftssystem ab. Auf die monolithischen und pluralistischen Gesellschaftsformen sei Bezug genommen. Als Beispiel seien die Staaten der kommunistischen und die Staaten des westlich-demokratischen Systems, so wie es im Europarat verkörpert ist, herangezogen. Dem Recht kommt in diesen beiden staatlichen Ordnungstypen eine je andere Funktion zu. Im monolithischen System ist alles Recht seiner Funktion nach öffentliches Recht und hat in erster Linie die Aufgabe, politische Macht und politische Zielsetzungen zu stärken. Das Recht in seiner Ausgleichsfunktion ist die Ausnahme. Im pluralistischen Gesellschaftssystem, das von der Achtung der

¹ *F. Ermacora*, Allgemeine Staatslehre, 2. Bd., 1970, S. 952.

² *H. J. Wolff*, Organschaft und juristische Person, 1933.

³ Sofern diese indirekt oder direkt durch Parlamentsbeschluß bestellt werden.

Vielfalt der Kräfte getragen sein und daher nie zum Monolithischen umschlagen sollte, hat das Recht die Funktion, eigenständige Maßgabe für die gesellschaftlichen Verhältnisse und Ausgleichsmittel im Kampfe der Teile des pluralistischen Systems zu sein⁴. Das Recht soll als Mittel des Ausgleichs über den Kräften der Gesellschaft stehen. Es soll vor allem dazu dienen, für alle diejenigen, die nicht in die politischen und beruflichen Kräftegruppierungen integriert sind, den Ausgleich ihrer Interessen gewährleisten zu helfen.

Hierbei kommt allen jenen, die Recht setzen und anwenden, eine erhebliche Rolle zu. Im monolithischen System ist die Staatsdienerschaft ein in das politische System festgefügtes Element. Ganz abgesehen von der Entwicklung zur neuen Klasse ist der Staatsdiener im monolithischen System ein Diener am (National-) Sozialismus. Er ist notwendigerweise ein „Regimebeamter“⁵. Im pluralistischen Staatssystem erhebt sich von vornherein die Frage, ob die Staatsdienerschaft eine den pluralistischen Kräfteverhältnissen angepaßte Stellung einnehmen soll und, wenn ja, wie sie diese einnehmen kann. Die Hauptfrage hierbei ist, wie das Problem zu lösen ist, das darin besteht, daß in pluralistischen Systemen die Auswechselbarkeit der Regierungen die Regel, ihre Unveränderbarkeit die Ausnahme ist. Wem soll in einer pluralistischen Gesellschaftsordnung die Staatsdienerschaft dienen? Die Frage gilt nicht so sehr jener Staatsdienerschaft, die mehr oder minder technische Fertigkeiten dem Gemeinwesen zur Verfügung stellt als jenen Staatsdienern, die a) die Rechtsetzung vorzubereiten, b) die Durchführung der Gesetze unmittelbar vorzunehmen und c) an der Vorbereitung der Regierungshandlungen teilzunehmen haben. Soll und kann diese Staatsdienerschaft ein Teil des jeweilig machthabenden Regierungssystems — also ein wandelbares Regimebeamtentum sein, oder soll und kann diese Staatsdienerschaft ein über den jeweiligen politischen Verhältnissen stehendes Staatsbeamtentum sein, das Gesetze entsprechend den gegebenen Sach- und Fachregeln vorbereitet bzw. sie nach juristischen Kunstregeln vollzieht? Diese Frage war in monarchischen Staatsordnungen leicht zu beantworten, weil alle Staatsdiener in ihrem Dienstverhältnis auf den Monarchen als Staatsoberhaupt eingeschworen waren. Die demokratische Republik gibt eine viel schwierigere Frage zur Lösung auf, nachdem vor allem von der modernen Politologie der Staat geradezu als ein Anachronismus abgewertet und aus den wissenschaftlichen Systemen verbannt wird: hier kann ein Dienstverhältnis zum Staat nur mehr auf eine formaljuristische Kategorie herabgesetzt werden.

⁴ Ein Funktionswandel positiven Rechts scheint sich in den modernen Sozialwissenschaften anzubahnen.

⁵ Die Lehre vom Regimebeamten wurde vor der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 1956, H. 13, von Naumann explicit und von Spanner in der Problemstellung entwickelt (S. 104, 117, 121).

Das Gesetz wird — grob gesprochen — von Richtern und Verwaltungsbeamten hoheitlich vollzogen. Durch die Unabhängigkeit des Richters hat die pluralistische Demokratie jedes Regimebeamtentum ausgeschlossen, wengleich auch dort im Wege der Personalpolitik diese Unabhängigkeit unterlaufen werden kann. Anders ist es bei der Kategorie des Verwaltungsbeamten. Er ist systembedingterweise nicht unabhängig, sondern weisungsgebunden⁶. D. h. daß jeder Verwaltungsbeamte durch das Mittel der Weisung zum Regimebeamten umfunktioniert werden könnte. Dabei könnte die Weisung, die nach Außen ein homogenes Staatshandeln gewährleistet, in ihrer Innenwirkung zu Gewissenkonflikten führen. Das aber auf die Weisung tatsächlich verzichtende Regierungssystem wäre imstande, mit der Staatsdienerschaft eine nach jeder Richtung hin abgesicherte infrastrukturelle Staatsgewalt aufzubauen⁷. Doch wäre der Verzicht auf die Weisung jedem geordneten Verwaltungssystem eines nach zahlreichen Aufgaben differenzierten modernen Staates von vornherein fremd. Daraus folgt, daß in einem pluralistischen Staat, der von der Austauschbarkeit der Regierungen getragen ist, nach Möglichkeiten gesucht werden muß, um die „Entpolitisierung des Staatsdieners“ zu erreichen. Entpolitisierung bedeutet, daß der öffentliche Dienstnehmer nicht einer politischen Gruppe, sondern der Verfassung und den Gesetzen dienen und die Staatsgeschäfte so besorgen soll, daß sie mit der Grundnorm des jeweiligen Staates im Einklang stehen. Das setzt auch in einer materialisierten Welt Beamtenethos und Sachkenntnis voraus. Vielleicht sollte das jeweilige politische Regime in seinen Ministerien die gesellschaftspolitischen Grundsatzabteilungen schaffen, die mit „Regimebeamten“ zu besetzen wären, die die politischen Leitlinien grundlegender Regierungsvorlagen zu entwerfen hätten, aber entsprechend der Wandelbarkeit der Machthaber auch auswechselbar sind⁸. Akzeptiert man dieses, an realen Machtfragen orientierte, Zugeständnis, so müßte aber die Masse der Staatsdiener von diesem politischen Kompromiß ausgenommen werden. Sie müßten ihrer ganzen Anlage nach Staatsdiener bleiben und nicht zu Regimedienern werden.

Welches sind nun die Vorkehrungen, die zu treffen wären, um das zu erreichen? Das einzige Mittel, um in einer pluralistischen Gesellschaftsordnung eine Staatsdienerschaft zu formen, die nicht von vornherein als Regimebeamtenschaft anzusehen ist, wäre die Art und Weise der Rekrutierung der Staatsbediensteten. In den meisten europäischen Staaten,

⁶ Die Kategorie der Weisungsgebundenheit als positivrechtliches Wesenselement der Staatsfunktion Verwaltung ist von A. Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927 (Neudruck 1964), S. 41, herausgestellt worden.

⁷ Daß hier die Staatsdienerschaft zur Bürokratie umschlägt, habe ich im Exkurs 11 meiner Allgemeinen Staatslehre, 1 Bd., 1970, S. 491, herausgestellt.

⁸ Eine derartige Tendenz scheint sich im § 7 des österreichischen Bundesministeriengesetzes, BGBl. Nr. 389/1973 anzudeuten.