

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 820

Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum

Zur Bedeutung des Art. 33 Abs. 4 GG

Von

Thomas Strauß



Duncker & Humblot · Berlin

THOMAS STRAUSS

Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 820

Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum

Zur Bedeutung des Art. 33 Abs. 4 GG

Von

Thomas Strauß



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Strauß, Thomas:

Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum : zur Bedeutung des

Art. 33 Abs. 4 GG / Thomas Strauß. – Berlin : Duncker und Humblot, 2000

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 820)

Zugl.: Jena, Univ., Diss., 1999

ISBN 3-428-10120-0

Alle Rechte vorbehalten

© 2000 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-10120-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Meiner Großmutter
Therese Höcherl
(Ω)

Vorwort

Die vorliegende Arbeit basiert auf meiner im Frühjahr 1999 abgeschlossenen Dissertation, die im Sommersemester des gleichen Jahres von der Juristischen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena angenommen wurde.

Mein Dank gilt zuerst Frau Prof. Dr. Monika Jachmann, die die Arbeit angeregt und betreut hat. Herr Prof. Dr. Michael Brenner hat das Zweitgutachten erstellt und mir wertvolle Hinweise gegeben. Nicht unerwähnt bleiben darf Herr Bundesverfassungsrichter Prof. Dr. Udo Steiner: Er ermöglichte es mir, während meiner Tätigkeit an seinem Regensburger Lehrstuhl ein „juristisches Auswärtsspiel“ in Jena zu bestreiten und stand mir immer mit Rat und Tat zur Seite. Besonderer Dank gebührt schließlich Herrn Dr. Christoph Gröpl: Als steter und geduldiger Ansprechpartner sowohl bei materiellen als auch bei formellen Fragen hat er zum Gelingen der Arbeit wesentlich beigetragen.

Der Deutsche Beamtenbund und die Friedrich-Schiller-Universität Jena haben die Veröffentlichung der Schrift durch Druckkostenzuschüsse gefördert.

Regensburg, im Dezember 1999

Thomas Strauß

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	21
A. Das Untersuchungsinteresse	21
B. Der Gang der Untersuchung	23

Teil 1

Die historischen Grundlagen des Berufsbeamtentums und rechtsvergleichende Aspekte

A. Die historischen Grundlagen	25
I. Der Sinn und Ausgangspunkt eines historischen Überblicks	25
II. Die Entwicklung des Berufsbeamtentums	27
1. Die feudale Gesellschaft	27
2. Der Territorialstaat	28
3. Der absolutistische Staat	29
4. Der Frühliberalismus	34
5. Die Rückentwicklung zum Obrigkeitsstaat	36
6. Die Weimarer Republik	38
7. Der nationalsozialistische Staat	40
8. Das Berufsbeamtentum nach dem Zusammenbruch des „Dritten Reichs“	43
a) Die Westzonen und die Bundesrepublik Deutschland	43
b) Die Sowjetische Besatzungszone und die DDR	46
9. Die Entwicklung nach der Wiedervereinigung	46
10. Ergebnis	47
B. Der öffentliche Dienst in den Mitgliedstaaten der EU	48
I. Der Sinn einer rechtsvergleichenden Betrachtung	48
II. Die Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Dienstverhältnissen	48
III. Die Stabilität des Dienstverhältnisses	50
IV. Die Neutralität der Bediensteten	51
V. Das Streikverbot im öffentlichen Dienst	51
VI. Der Aufgabenbereich der Bediensteten	52
VII. Ergebnis	54

Teil 2

**Art. 33 Abs. 4 GG als
personalwirtschaftliche Verteilungsnorm**

A. Der Begriff des „öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses“ ..	55
B. Die Verbindlichkeit des Art. 33 Abs. 4 GG	57
I. Die Nichtbeachtung des Funktionsvorbehalts	58
II. Der Gemeinwohlbezug aller öffentlichen Aufgaben	59
III. Ergebnis	61
C. Der Begriff der „hoheitsrechtlichen Befugnisse“	61
I. Der Streitstand	61
II. Die eigene Auslegung des Art. 33 Abs. 4 GG	64
1. Die Methodik der Auslegung	64
2. Der Wortlaut	65
a) Die Beschränkung auf das Wort „hoheitsrechtlich“	66
b) Der allgemeine Sprachgebrauch	67
c) Der spezifisch-juristische Sprachgebrauch	67
(1) Im Grundgesetz	67
(2) In der Rechtslehre	68
d) Zwischenergebnis	69
3. Die historische Auslegung	69
a) Die historischen Hintergründe	70
(1) Die Rechtslage vor 1945	70
(2) Die Rechtslage nach 1945	72
b) Die Entstehungsgeschichte des Art. 33 Abs. 4 GG	73
c) Zwischenergebnis	75
4. Die systematische Auslegung	75
a) Die innere Systematik	75
(1) Der Funktionsvorbehalt und Art. 33 Abs. 1–3 GG	75
(2) Der Regelungszusammenhang mit Art. 33 Abs. 5 GG ...	76
(a) Die Reichweite der personellen Garantie des Art. 33 Abs. 5 GG	76
(b) Der Funktionsvorbehalt als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums	77
(c) Art. 33 Abs. 5 GG als Qualifikationserfordernis	79
b) Die äußere Systematik des Art. 33 Abs. 4 GG	79
(1) Die Einbettung des Art. 33 Abs. 4 in den II. Abschnitt des Grundgesetzes	79
(2) Der Regelungszusammenhang mit Art. 34 GG	80
(3) Der Gesamtkomplex des Rechts der Angestellten im Grundgesetz	82

(a)	Die Inkompatibilitätsregelung des Art. 137 Abs. 1 GG	83
(b)	Der Vergleich von Art. 85 Abs. 2 Satz 2 und Art. 108 Abs. 2 Satz 2 GG	84
c)	Zwischenergebnis	85
5.	Die teleologische Auslegung	85
a)	Der institutionelle Charakter des Funktionsvorbehalts	86
b)	Die funktionelle Komponente des Funktionsvorbehalts	88
(1)	Die Strukturelemente des Beamtenverhältnisses	88
(2)	Die Angleichung der Rechtsverhältnisse der Beamten und Angestellten	91
(3)	Die Ableitung des Wirkungskreises des Beamten aus seinem Rechtsverhältnis	93
(a)	Das Beamtentum als Ausgleichs- und Stabilisierungsfaktor	93
(aa)	Die Ausgleichsfunktion	93
(bb)	Die Stabilisierungsfunktion	95
(cc)	Die Folgerungen für die Reichweite des Funktionsvorbehalts	95
(b)	Die personelle Gewährleistung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	98
(aa)	Die besondere Rechtmäßigkeitsgewähr des Beamtenverhältnisses	98
(bb)	Die Rechtsfolgen staatlichen Handelns als Maßstab für den Einsatz von Beamten	102
(cc)	Die Grundrechtsrelevanz und ihre Kriterien	104
(dd)	Das Merkmal der Entscheidungsferne	110
(ee)	Die vorbereitenden Tätigkeiten	111
(c)	Die Bedeutung der Aufgabe	112
6.	Die Effizienz staatlicher Aufgabenwahrnehmung	114
a)	Der Grundsatz der Einheit der Verfassung	114
b)	Der Begriff der Verwaltungseffizienz	115
c)	Das Gebot der Verwaltungseffizienz	116
d)	Die Folgerungen für den Umfang des Funktionsvorbehalts	117
III.	Ergebnis der eigenen Auslegung	118
IV.	Die Folgerungen für die Geltung des Funktionsvorbehalts bei Handeln des Staates in Privatrechtsform	120
1.	Die Arten des Handelns in Privatrechtsform	120
a)	Das Verwaltungsprivatrecht	120
b)	Das fiskalische Verwaltungshandeln	121
(1)	Die erwerbswirtschaftliche Betätigung	121
(2)	Die Hilfsgeschäfte der Verwaltung	121
2.	Die Problematik des Handelns in Privatrechtsform	121
a)	Die Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand	122
b)	Der Gemeinwohlbezug allen staatlichen Handelns	125

c) Zwischenergebnis	126
3. Der Funktionsvorbehalt und das Verwaltungsprivatrecht	126
a) Die Notwendigkeit der Erstreckung des Funktionsvorbehalts auf das Verwaltungsprivatrecht	126
b) Die fehlende Dienstherreneigenschaft von Privatrechtssubjekten	127
4. Der Funktionsvorbehalt und die Fiskalverwaltung	129
a) Die erwerbswirtschaftliche Betätigung	129
b) Die Hilfgeschäfte der Verwaltung	131
5. Ergebnis	132
V. Die Verbeamtung der Lehrer	133
1. Die Verbeamtungssituation der Lehrer	133
2. Die „Entbeamtung“ der Lehrer und der Funktionsvorbehalt	135
a) Der institutionelle Charakter des Funktionsvorbehalts	135
b) Die Schutzfunktion des Funktionsvorbehalts	136
3. Ergebnis	141
D. Die Einschränkungen des Art. 33 Abs. 4 GG	141
I. Der Bereich der nicht-ständigen Aufgaben	142
II. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis	143
III. Ergebnis	147
E. Art. 33 Abs. 4 GG und das Problem der „Funktionssperre“	148
I. Die Entstehungsgeschichte des Art. 33 Abs. 4 GG	149
II. Die systematische Interpretation	149
III. Die teleologische Interpretation	150
IV. Das Gebot der Verwaltungseffizienz	152
V. Ergebnis	153
F. Der Funktionsvorbehalt und das Recht auf Verbeamtung	153
I. Der Begriff des subjektiv-öffentlichen Rechts	153
II. Die Bestimmung des subjektiv-öffentlichen Rechts anhand der Schutznormtheorie	154
III. Die Anwendung der Schutznormtheorie auf Art. 33 Abs. 4 GG	156
IV. Ergebnis	159

Teil 3

Art. 33 Abs. 4 GG und das Recht der Europäischen Union

A. Die Problemstellung	160
B. Die Freizügigkeitsregelung des Art. 39 [ex 48] EGV	161
I. Die Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts	162
II. Der Begriff des „Arbeitnehmers“	164
III. Der Vorbehalt des Art. 39 [ex 48] Abs. 3 EGV	165

IV. Die Ausnahmeregelung des Art. 39 [ex 48] Abs. 4 EGV	166
1. Die Sichtweise der Mitgliedstaaten	166
2. Die Rechtsprechung des EuGH	167
a) Sotgiu ./.. Deutsche Bundespost	167
b) Kommission ./.. Belgien	168
c) Kommission ./.. Frankreich	169
d) Lawrie-Blum ./.. Baden-Württemberg	169
e) Kommission ./.. Italien	170
f) Allue und Coonan ./.. Universita degli studi di Venezia	171
g) Bleis ./.. Ministere de l'Education Nationale	172
h) Die Entscheidungen vom 02.07.1996	173
i) Das Verhältnis der Kriterien des Art. 39 [ex 48] Abs. 4 EGV zueinander	174
j) Zwischenergebnis	177
3. Die Rechtsprechung des EuGH und Art. 33 Abs. 4 GG	178
a) Die Diskrepanz zwischen nationalem und Europarecht	178
(1) Die Differenzen zwischen Art. 33 Abs. 4 GG und Art. 39 [ex 48] Abs. 4 EGV	178
(2) Die Ausnahmeregelungen des deutschen Beamtenrechts .	179
(3) Zwischenergebnis	180
b) Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts	180
c) Die These von der Unbeachtlichkeit kollidierenden nationalen Rechts	182
d) Die Möglichkeiten zur Behebung des Spannungsverhältnisses zwischen Art. 39 [ex 48] EGV und deutschem Recht	183
(1) Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des Art. 33 Abs. 4 GG	183
(2) Die Beschäftigung von EU-Ausländern im Angestellten- verhältnis	185
(a) Die Beschäftigung von Angestellten als Ausnahme von der Regel des Art. 33 Abs. 4 GG	185
(b) Die Beschäftigung von Angestellten und das Diskri- minierungsverbot	186
(c) Zwischenergebnis	188
(3) Die Schaffung eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhält- nisses besonderer Art	188
(4) Der Weg des Gesetzgebers: Öffnung des Beamtenverhält- nisses für EU-Ausländer	189
(a) Der Hintergrund und Verlauf des Gesetzgebungsver- fahrens	189
(b) Das Ergebnis des Gesetzgebungsverfahrens	191
(c) Die Bewertung der Maßnahmen des deutschen Gesetz- gebers	192

(aa) Das Staatsangehörigkeitserfordernis und Art. 33 Abs. 5 GG	192
(bb) Die Auswahlkriterien des Art. 33 Abs. 2 GG ..	195
C. Ergebnis	195

Teil 4

**Art. 33 Abs. 4 GG und die Privatisierung
von Staatsaufgaben**

A. Die Problemstellung	196
B. Die Formen der Privatisierung	196
I. Die Notwendigkeit der Begriffsklärung	196
II. Die formelle Privatisierung	197
III. Die funktionale Privatisierung	197
IV. Die Vermögensprivatisierung	198
V. Die materielle Privatisierung	199
C. Art. 33 Abs. 4 GG als Privatisierungsgrenze	199
I. Art. 33 Abs. 4 GG als staatlicher Funktionsvorbehalt	199
1. Die materielle Privatisierung	199
2. Die funktionale Privatisierung	202
a) Der institutionelle Charakter des Funktionsvorbehalts	202
b) Die Schutzfunktion des Funktionsvorbehalts	203
c) Die unterschiedliche Zielrichtung von Funktionsvorbehalt und Privatisierung	203
3. Die Vermögensprivatisierung	205
4. Die formelle Privatisierung	205
5. Zwischenergebnis	205
6. Die Ausnahmetatbestände des Art. 33 Abs. 4 GG	206
a) Die ständigen Aufgaben	206
b) Das Regel-Ausnahme-Verhältnis	207
(1) Die qualitativen Anforderungen an Private	207
(2) Die Gründe für die Aufgabenübertragung auf Private	208
(a) Die bessere Eignung Privater	209
(b) Die finanzielle Entlastung des Staates	211
(c) Der Schutz der Rechtssphäre des Bürgers	212
(3) Die Folgerungen für die Abwägung	213
II. Die Bewertung aktueller Privatisierungstendenzen im Bereich der staatlichen Gefahrenabwehr	214
1. Die Gefahrenabwehr als Privatisierungsgegenstand	214
2. Die Grundformen der Gefahrenabwehr durch Private	215
a) Die Zulassung privater Gefahrenabwehr durch den Staat	215
b) Die Veranlassung privater Gefahrenabwehr durch den Staat ...	216

Inhaltsverzeichnis

15

(1) Die Beleihung Privater	216
(a) Die technische Überwachung	217
(b) Die Fluggast- und Gepäckkontrolle im Luftfahrtbereich	219
(c) Die Privatisierung des Strafvollzuges	221
(d) Die Privatisierung der Verkehrsüberwachung	222
(aa) Die Formen der Verkehrsüberwachung durch Private	222
(bb) Die Rechtsnatur der Verkehrsüberwachung durch Private	223
(cc) Die Rechtfertigung einer Beleihung im Bereich der Verkehrsüberwachung	224
(2) Der Einsatz von Verwaltungshelfern	228
3. Ergebnis	228

Teil 5

Die Bestandskraft des Funktionsvorbehalts

A. Die Problemstellung	230
B. Der Grundrechtscharakter des Art. 33 GG	231
C. Das Berufsbeamtentum als Bestandteil der „verfassungsmäßigen Ordnung“ des Art. 20 Abs. 3 GG	231
D. Die Grundsätze des Art. 20 Abs. 3 GG	232
I. Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	232
II. Die Gewaltenteilung	233
III. Die Volkssouveränität	234
IV. Das Sozialstaatsprinzip	235
E. Ergebnis	237

Teil 6

Zusammenfassende Thesen und Schlußbetrachtung

A. Zusammenfassende Thesen	239
B. Schlußbetrachtung	247
Literaturverzeichnis	249
Sachwortverzeichnis	278

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abg.	Abgeordneter
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht bzw. Aktiengesellschaft
AK	Alternativkommentar zum Grundgesetz
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbuR	Arbeit und Recht
ArchPT	Archiv für Post und Telekommunikation
Art.	Artikel
Baden-Württ.	Baden-Württembergischer
BAT	Bundes-Angestelltentarifvertrag
BauGB	Baugesetzbuch
BayBO	Bayerische Bauordnung
BayEUG	Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen
BayGO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVGHE	Sammlung von Entscheidungen des BayVGH mit Entscheidungen des BayVerfGH (neue Folge)
BBesG	Bundesbesoldungsgesetz
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BK	Kommentar zum Bonner Grundgesetz
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BrZ	Britische Zone
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache

BV	Verfassung des Freistaates Bayern
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
DEKRA	Deutscher Kraftfahrzeugüberwachungsverein
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DM	Deutsche Mark
DÖD	Der öffentliche Dienst
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag über die Europäische Gemeinschaft
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EV	Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands – Einigungsvertrag
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
f., ff.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FG	Festgabe
FN	Fußnote
FS	Festschrift
GBl.	Gesetzblatt
gem.	gemäß
GewArch	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GKÖD	Gesamtkommentar Öffentliches Dienstrecht
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GS	Gedächtnisschrift
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
Halbs.	Halbsatz
Hess.	Hessischer
h. M.	herrschende Meinung

Hrsg.	Herausgeber
HSiR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
HVerfR	Handbuch des Verfassungsrechts
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis
i. S.	im Sinne
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Ausbildung
JÖR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JuS	Juristische Schulung
JVBl.	Justizverwaltungsblatt
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KrW-/AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
m. a. W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. w. Nachw.	mit weiteren Nachweisen
N. F.	Neue Folge
n. F.	neue Fassung
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Verwaltungsrechtszeitschrift
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
ÖTV	Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr
o. g.	oben genannte
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
PersV	Die Personalvertretung
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens
Rdnr.	Randnummer
RegBl.	Regierungsblatt
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RiA	Recht im Amt
RR	Rechtsprechungsreport

Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RuP	Recht und Politik
S.	Seite
Slg.	Sammlung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften und des Gerichts erster Instanz
sog.	sogenannte
Sp.	Spalte
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StVO	Straßenverkehrs-Ordnung
StVollzG	Strafvollzugsgesetz
StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungsordnung
SZ	Süddeutsche Zeitung
ThürBO	Thüringer Bauordnung
ThürKO	Thüringer Kommunalordnung
TÜV	Technischer Überwachungsverein
u. a.	unter anderem, und andere
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VermG	Vermögensgesetz
VersG	Versammlungsgesetz
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VkA	Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände
VO	Verordnung
VOBl.	Verordnungsblatt
Vorbem.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechts- lehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
z. T.	zum Teil
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht

Einleitung

A. Das Untersuchungsinteresse

Art. 33 Abs. 4 GG begrenzt die Entscheidungsmöglichkeiten der Verwaltung, mit welchen Bediensteten sie ihre Aufgaben erfüllen kann. Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe ist danach in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Art. 33 Abs. 4 GG wirkt so als verfassungsrechtlicher „Funktionsvorbehalt“.¹ Zusammen mit Art. 33 Abs. 5 bildet Art. 33 Abs. 4 GG darüber hinaus nach ganz h. M.² eine institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums.³ Die Bestimmung des Begriffs der „hoheitsrechtlichen Befugnisse“ in Art. 33 Abs. 4 GG hat Wissenschaft und Praxis von Beginn an Schwierigkeiten bereitet. Z. T. führten diese Probleme zum resignierenden Urteil, die Reichweite des Funktionsvorbehalts des Art. 33 Abs. 4 GG sei gar nicht zu ermitteln.⁴

¹ Vgl. stv. für viele Merten, ZBR 1999, 1, 2; ders., in: Magiera/Siedentopf, Das Recht des öffentlichen Dienstes, S. 181, 193; Warbeck, RiA 1998, 22; Isensee, ZBR 1998, 295, 304; Leitges, Die Entwicklung des Hoheitsbegriffes in Art. 33 Abs. 4 des Grundgesetzes, S. 21; Reich, Magdeburger Kommentar zum Grundgesetz, Art. 33 Rdnr. 5; Künig, in: Schmidt-Abmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Abschnitt, Rdnr. 31; Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, S. 56.

² Vgl. dazu stv. für viele Isensee, HVerfR, § 32 Rdnr. 50; AK-Schuppert, GG, Art. 33 Abs. 4, 5 Rdnr. 24; Thieme, Aufgabenbereich, S. 25 f.; Jung, Zweispurigkeit, S. 151.

³ Soweit im folgenden von „Beamten“ gesprochen wird, handelt es sich dabei um Beamte im staatsrechtlichen Sinne, also um staatliche Dienstnehmer, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, in das sie unter Aushängung der vorgeschriebenen Ernennungsurkunde berufen worden sind (vgl. zum Beamten im staatsrechtlichen Sinne Künig, in: Schmidt-Abmann [Hrsg.], Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Abschnitt, Rdnr. 56; Scheerbarth/Höffken/Bauschke/Schmidt, Beamtenrecht, § 9 I 1; z.T. wird auch vom Beamten im status-, dienst- bzw. beamtenrechtlichen Sinne gesprochen, womit aber kein Bedeutungsunterschied verbunden ist, vgl. Battis, BBG, § 2 Rdnr. 2); zum Beamten im haftungsrechtlichen Sinne Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 25 Rdnr. 12 ff.; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 14 ff.; zum Beamten im strafrechtlichen Sinne Eser, in: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 11 Rdnr. 14 ff.; Monhemius, Beamtenrecht, Rdnr. 558 ff.; Knopp, DÖV 1994, 676 ff.

⁴ So explizit Forsthoff, Studienkommission, Bd. 5, S. 17, 59 f.

Nachdem Art. 33 Abs. 4 GG von der Studienkommission zur Reform des öffentlichen Dienstrechts in den 70er Jahren noch einmal eingehend untersucht worden war, verschwand die Vorschrift weitgehend aus dem Zentrum der Betrachtungen zum öffentlichen Dienstrecht. Im Zuge der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 39 [ex 48] EGV⁵, der die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Europäischen Union auch auf Bereiche erstreckte, die in der Bundesrepublik Deutschland traditionell Beamten vorbehalten waren, wurde Art. 33 Abs. 4 GG wieder problematisiert. Z.T. sah man durch die EuGH-Rechtsprechung das Ende des in Art. 33 Abs. 4 i. V. m. Abs. 5 GG garantierten deutschen Berufsbeamtentums überhaupt gekommen⁶, z.T. wurde eine enge Auslegung des Art. 33 Abs. 4 GG für notwendig gehalten, um den europarechtlichen Vorgaben Genüge zu tun.⁷

Mit der deutschen Wiedervereinigung wurden Forderungen laut, das Berufsbeamtentum abzuschaffen.⁸ Trotzdem wurde der Funktionsvorbehalt auch auf die neuen Bundesländer erstreckt. Dabei stellte sich die Frage nach der Reichweite des Art. 33 Abs. 4 GG neu: Gem. Art. 20 Abs. 2 Satz 1 Einigungsvertrag⁹ war „die Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben (hoheitsrechtliche Befugnisse i. S. v. Art. 33 Abs. 4 GG) ... sobald wie möglich Beamten zu übertragen“. Bei der Umsetzung dieser Vorgabe schlugen die neuen Länder unterschiedliche Wege ein: Obwohl der Lehrer bisher als der typische deutsche Beamte galt¹⁰, verbeamtet etwa Mecklenburg-

⁵ Nach dem Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte vom 02.10.1997, ABl. C 340, S. 1 ist die Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht mehr in Art. 48, sondern in Art. 39 EGV geregelt. Da sich aber die im Rahmen dieser Arbeit herangezogenen Urteile und Veröffentlichungen durchweg an der alten Numerierung des EGV orientieren, wird diese im Interesse der Verständlichkeit jeweils in Klammerzusatz angegeben.

⁶ Vgl. dazu etwa Kroppenstedt, in: Battis (Hrsg.), Europäischer Binnenmarkt und nationaler öffentlicher Dienst, S. 45.

⁷ Dörr, Abgrenzung, S. 80; ders., EuZW 1990, 565, 571; Goerlich/Bräth, DÖV 1987, 1038, 1049; so wohl auch Wagner, DVBl. 1989, 277f.; diese Möglichkeit ausdrücklich erwähnend, ihr aber kritisch gegenüberstehend Putzhammer, RdJB 1989, 157, 167; ebenso Edelmann, Die Europäische Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 48 EWGV, S. 114 ff.

⁸ Vgl. dazu Erklärung der Großen Beamtenkommission der Gewerkschaft ÖTV zum zweiten Staatsvertrag vom 11. Juli 1990, nach der der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG zu streichen sei, weil er die Arbeiter und Angestellten des öffentlichen Dienstes diskriminiere, zitiert in: Weiß, ZBR 1991, 1, 21; vgl. auch Antrag der Fraktion „Die Grünen“ zur Abschaffung des Berufsbeamtentums: „Kein Berufsbeamtentum in einem vereinigten Deutschland“ vom 01.06.1990, BT-Drs. 11/7328, S. 1 ff.

⁹ Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands – Einigungsvertrag (EV) – vom 31.08.1990, BGBl. II S. 889.

¹⁰ Wagener, VVDStRL 37 (1978), S. 215, 220.

Vorpommern weder Lehrer noch Schulleiter. Brandenburg geht den entgegengesetzten Weg und verbeamtet Lehrer an staatlichen Schulen „in großem Stil“.¹¹ Vor diesem Hintergrund und angesichts einer neuen Legitimationskrise des Berufsbeamtentums, deren Ursachen hauptsächlich in der Finanznot der öffentlichen Haushalte¹² und in einem verbreiteten Affekt gegen Institutionen¹³ zu suchen sind, ist es sinnvoll, die Bedeutung des Art. 33 Abs. 4 GG für Gesetzgeber und Verwaltung zu untersuchen. Dabei wird auch zu erörtern sein, ob die Privatisierung von Staatsaufgaben in Art. 33 Abs. 4 GG eine Schranke findet. Die Beantwortung dieser Frage erscheint insbesondere im Hinblick auf Tendenzen nötig, den Bereich staatlicher Gefahrenabwehr zunehmend in private Hände zu legen.¹⁴

B. Der Gang der Untersuchung

Für die Ermittlung der Bedeutung des Art. 33 Abs. 4 GG bietet sich folgendes Vorgehen an: Zur grundsätzlichen Standortbestimmung sollen in einem ersten Teil die historischen Grundlagen des Berufsbeamtentums dargestellt und die Rechtsordnungen anderer EU-Länder im Hinblick auf staatliche Bedienstete betrachtet werden. Gegenstand des zweiten Teils wird Art. 33 Abs. 4 GG als personalwirtschaftliche Verteilungsnorm sein. Dabei wird zunächst die Beschaffenheit des öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis erörtert und danach untersucht, inwieweit die Vorschrift des Art. 33 Abs. 4 GG verbindlichen Charakter besitzt. Schließlich soll die Reichweite des Begriffs der „hoheitsrechtlichen Befugnisse“ geklärt werden, ehe die Durchbrechungen des Art. 33 Abs. 4 GG sowie dessen mögliche Rechtsnatur als „Funktionssperre“ ins Blickfeld rücken. Zuletzt wird die Frage behandelt, ob Art. 33 Abs. 4 GG dem Angestellten, der auf einem dem Funktionsvorbehalt unterliegenden Posten eingesetzt ist, ein eintragbares Recht auf Verbeamtung gibt.

Ausgehend von dem gewonnenen Auslegungsergebnis zum Begriff der „hoheitsrechtlichen Befugnisse“ wird in einem dritten Teil das Verhältnis von Art. 39 [ex 48] EGV zu Art. 33 Abs. 4 GG erörtert. Nach einer Darstellung der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 39 [ex 48] EGV werden Möglichkeiten untersucht, um eine mit dem Europarecht übereinstimmende

¹¹ Die Angaben zur Verbeamtung der Lehrer in den neuen Ländern beruhen auf Angaben der Fachreferenten der entsprechenden Ministerien auf Anfrage des Verfassers.

¹² Isensee, ZBR 1998, 295, 302 f.

¹³ Isensee (FN 12), 312.

¹⁴ Krölls, GewArch 1997, 445 spricht davon, der Bereich der Gefahrenabwehr sei zum „bevorzugten Gegenstand“ von Privatisierungsmaßnahmen und -initiativen geworden.