

Gerhard Hofe

Von der »Wiedererfindung« des deutschen Beamtenrechts

– Bemerkungen zur Vergabe von Führungsfunktionen auf Zeit –

Die Reform des öffentlichen Dienstes gehört zum Schwerpunkt gegenwärtiger Regierungen im Bund und in den Ländern. Verfassungsrechtliche Fragen beschränken jedoch häufig die Phantasie der Gesetzgeber. Das ist in angelsächsischen Ländern anders. Dort wird darüber diskutiert, unternehmerisches Denken und Handeln zu einer Selbstverständlichkeit des öffentlichen Dienstes zu machen. Unter Rekurs auf diesen Ansatz untersucht Hofe die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit zeitlich befristeter Führungsfunktionen für Beamte. Indem er die Zulässigkeit bejaht, führt er die Diskussion über ein verändertes Beamtenrecht in einem wichtigen Punkt fort.

Die Red.

1. Wie robust ist das deutsche Beamtentum?

1. Die Forderung nach einem »Reinventing Government«

Beamtenrecht ist Staatsorganisationsrecht. Um die Organisation des modernen Staats mag im einzelnen gestritten werden. Erstaunlich jedoch sind die weit auseinanderliegenden Auffassungen von den Staatsfunktionen in verschiedenen Demokratien. Unternehmerisches Denken soll in den USA und in Großbritannien den gesamten öffentlichen Sektor durchdringen und umwandeln.¹ Die Beschworung des *entrepreneurial spirit* bei der Staatsorganisation geht weit über die auch bei uns geführte Outsourcing-Diskussion hinaus, erst recht über die Frage, ob und in welchem Maß öffentliche Verwaltung »privatisiert« werden kann. Regierungshandeln soll auf die reine Steuerungsfunktion reduziert werden. Soweit als möglich übernehmen ausführende Einheiten traditionelle Funktionen der öffentlichen Verwaltung. Sie mögen privatwirtschaftlich organisiert sein, müssen es aber nicht. Entscheidend ist zum einen die Trennung zwischen rein operativ tätigen Verwaltungseinheiten und dem zum Skelett² reduzierten Steuerungsapparat. Zum anderen ist bemerkenswert, daß zur Verbindung dieser getrennten Funktionseinheiten Verträge über die Erfüllung der politischen Zielvorgaben geschlossen werden. Dieses in den angelsächsischen

¹ Vgl. zu allem: Luder, Triumph des Marktes im öffentlichen Sektor?, DÖV 1996, S. 93 ff., Osborne/Gaebler, Reinventing Government, New York u. a. 1992; Ridley, Die Wiedererfindung des Staats – Reinventing British Government, DÖV 1995, S. 569 ff.; König, »Neue« Verwaltung oder Verwaltungsmodernisierung, DÖV 1995, S. 349, 351 ff. m. w. N.

² Ridley (Fn. 1), S. 575.

Staaten diskutierte und dem Vernehmen nach³ bereits zum Teil verwirklichte Modell des vertragsschließenden Staats (contracting state) oder des ermöglichenden Staats (enabling state) wirkt auf die öffentliche Personalwirtschaft ein: Dominanz des Leistungsprinzips, Wettbewerb und Flexibilität beim Personaleinsatz auf der Steuerungs- und operativen Ebene stoßen anscheinend auf keine verfassungsrechtlichen Schranken.⁴ Die Staatsfunktion »Exekutive« soll – frei übersetzt – »wiedererfunden« werden. Reinventing Government im Zeichen der Marktwirtschaft würde tief in unser kontinentaleuropäisches Verständnis vom modernen Staat und das ihn tragende Beamtentum eingreifen. In angelsächsischen Staaten spielen verfassungsrechtliche, staatsorganisationsrechtliche und beamtenrechtliche Probleme bei der Modernisierung des Staats keine herausragende Rolle. Der moderne Staat wird aus der Perspektive globaler Marktgesetze betrachtet.

2. Die »hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums«

Ganz anders in Deutschland. Zwar finden sich auch bei uns in der immer wieder aufkeimenden Modernisierungs-Diskussion⁵ Anklänge an eine Beschwörung des entrepreneurial spirit für den öffentlichen Dienst. Das Beamtenrecht, insbesondere die von Verfassungs wegen zu berücksichtigenden hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums (Artikel 33 Abs. 5 GG) erweisen sich aber als eine kaum zu überwindende Hürde für weitergehende Änderungen. Am Beispiel der in der rechtswissenschaftlichen Literatur, in den Verwaltungswissenschaften⁶ und im politischen Raum seit langem diskutierten Vergabe von Führungsfunktionen auf Zeit läßt sich aufzeigen, mit welcher Heftigkeit der Schwung eines entrepreneurial spirit gegen gewachsene Grundsätze des Berufsbeamtentums prallt und daran zerschellen kann.

3. Die Vergabe von Führungsfunktionen auf Zeit als Beispiel

Im folgenden wird nicht erörtert, ob und gegebenenfalls welches Modell einer Vergabe von Führungsfunktionen auf Zeit gegen das Grundgesetz verstoßen würde. Die beamten- und verfassungsrechtliche Debatte wird und wurde bereits in großer Ausführlichkeit geführt.⁷ Vielmehr wird versucht, die betriebswirtschaftlichen, historischen und verwaltungswissenschaftlichen Hintergründe aufzuhellen, die gleichsam die Kulisse der verfassungsrechtlichen Diskussion bilden. Präzise gefragt: Aufgrund

³ Ridley (Fn. 1).

⁴ Zum historischen Hintergrund des Federal Civil Service Act von 1883 vgl. Osborne/Gaehler (Fn. 1), S. 124 f.

⁵ Vgl. die Gespräche der Ministerpräsidenten der Länder über eine Reform des öffentlichen Dienstrechts mit dem Bundesinnenminister im Frühsommer 1995, die in den Ländern 1995 erstellten Positionspapiere und die Pressemeldungen hierzu (u. a. SZ v. 14./15. 8. 95 und 12. 9. 95) sowie den Entwurf der Bundesregierung zur Reform des öffentlichen Dienstrechts, BT-Drs. 13/3994.

⁶ Vgl. insbesondere: Siedentopf, Führungsfunktionen auf Zeit in der staatlichen Verwaltung, DÖV 1985, S. 1033, 1039 ff.; Ule, Befristete Übertragung von Führungspositionen in der staatlichen Verwaltung, ZBR 1987, 1 ff. Dort ist der bis heute im wesentlichen unveränderte Meinungsstand dargestellt.

⁷ Vgl. insbesondere Ule (Fn. 6), S. 1 ff.; ders., Übertragung von Spitzenpositionen auf Zeit, DVBl. 1986, S. 1029; Siedentopf (Fn. 6), S. 1033; Thieme, Führungsämter in der öffentlichen Verwaltung, DOV 1987, S. 933; Summer, Die Spitzenposition auf Zeit im Beamtenrecht – Verfassungskonforme Fortentwicklung oder grundgesetzwidriger Systemeintruch, DOV 1986, S. 713.

welcher praktischer Gesichtspunkte kann es wünschenswert oder geboten sein, Führungsfunktionen auf Zeit zu vergeben? Aus welchen historischen Gründen heraus stoßen wir in Deutschland an verfassungsrechtliche Grenzen? Sollte die gewachsene staatspolitische Rolle des deutschen Beamtentums eine Anpassung an ein sich wandelndes Staatsverständnis erlauben? Die Erörterung wird erweisen, ob es angebracht ist, den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums weniger mit hergebrachten Gedankengängen zu begegnen.

II. Wäre es begründet, künftig bestimmte Führungsfunktionen an Beamte nur noch auf Zeit zu vergeben?

1. Befristete Dienstverträge mit Führungskräften der Privatwirtschaft

Eine Notwendigkeit, Beamten bestimmte Führungsfunktionen nur auf Zeit zu übertragen, wird teilweise ohne weitere Begründung als gegeben vorausgesetzt⁸, teilweise⁹ werden verschiedene, unterschiedlich gewichtete Gründe genannt. In der Privatwirtschaft sind solche befristeten Dienstverträge mit Führungskräften üblich. Durch die Befristung wird eine gesteigerte Flexibilität der Personalwirtschaft erreicht.

Die mit dem Abschluß von Zeitverträgen bewirkte Fluktuation auf der Ebene der Führungskräfte kann aus verschiedenen Gründen angestrebt werden. Unternehmensziele können nach Ablauf des befristeten Dienstverhältnisses erreicht sein oder sich derart geändert haben, daß sie mit einer personellen Veränderung auf der Führungsebene verbunden werden sollten. Der mit Führungsaufgaben anwachsende Erfahrungsschatz der Führungskraft kann für das Unternehmen an anderer Stelle nutzbringender zu verwerten und für die weitere erfolgreiche Arbeit in der konkreten Führungsposition weniger wertvoll sein als die erwartete Schubkraft eines neuen Anfangs (»neue Besen kehren gut«). Eine Fluktuation in der Führungsebene beugt Verkrustungen des Personalkörpers vor; das Durchschnittsalter des Führungspersonals steigt nicht an, so daß insgesamt eine Vermutung dafür besteht, die Leistungsfähigkeit des Führungspersonals als Gesamtheit werde erhalten. Im Einzelfall kann durch Zeitvertrag auf einen Leistungsabbau reagiert werden. Schließlich erlaubt der zeitlich befristete Dienstvertrag die nachträgliche Korrektur von Fehlbesetzungen. Dadurch minimiert er die Risiken von Potentialbeurteilungen. Die Wettbewerbssituation, in der sich die Führungskraft regelmäßig bei der Bewerbung um die Führungsposition befindet, erfährt durch die zeitliche Befristung des Vertrags gleichsam eine Perpetuierung. Damit verbunden ist ein fortdauernder Appell an die Leistungsbereitschaft. Die zweckmäßige Verwirklichung von Unternehmenszielen genießt absoluten Vorrang vor dem Bedürfnis nach sozialer Absicherung.

⁸ So z. B. Vollmer, Thesen für eine bundnisgrunde Reform der öffentlichen Verwaltung, Hrsg. Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, Juni 1995, S. 57, 58.

⁹ Eingehend: Thieme (Fn. 7), S. 933 ff., 934 ff.

2. Modelle einer Vergabe von Führungsfunktionen auf Zeit im Beamtenrecht

Ein amerikanisches Sprichwort lautet: »Government workers are like headless nails: You can get them in, but you can't get them out.«¹⁰ Der rechtlichen Konstruktion, der Wirkung und der zugrunde liegenden Rechtfertigung nach unterscheidet sich die Vergabe von Führungspositionen auf Zeit im Beamtenrecht wesentlich von Zeitdienstverträgen mit Führungskräften in der Privatwirtschaft.

a) Politische Beamte

In der politischen Leitungsebene von Regierung und Verwaltung hat sich das Modell des politischen Beamten¹¹ eingebürgert. Der Kreis der politischen Beamten, die jederzeit in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden können, setzt sich im Bund und in den Ländern aus denjenigen beamteten Führungskräften zusammen, denen eine fortdauernde Übereinstimmung mit den grundsätzlichen Ansichten und Zielen der Regierung¹² im Sinne einer gesteigerten Loyalität abverlangt wird. Abgesehen von der politischen Durchsetzbarkeit läßt sich diese Gruppe von Beamten nicht beliebig erweitern. Insbesondere die Dienstposten der Abteilungsleiter in Ministerien, die im Zusammenhang mit der Vergabe von Führungsfunktionen auf Zeit im Beamtenrecht eine besondere Rolle spielen, dürften auf Länderebene¹³ in der Regel nicht einzubeziehen sein. Zwar sind die Abteilungsleiter in den Ministerien in besonderem Maße in die politische Leitung des Ressorts einbezogen¹⁴, ihre Aufnahme in den Kreis der politischen Beamten würde allerdings den Vorwurf einer übermäßigen (Partei-)Politisierung der Länderverwaltungen auslösen.

Andere Modelle einer Vergabe von Führungsfunktionen auf Zeit wie die Kreation einer Versetzung in den einstweiligen Ruhestand bei Mobilitätsbedarf oder die Übertragung einer geringerwertigen Funktion ohne Beeinträchtigung der vorhandenen Rechtsstellung nach Zeitablauf oder die schlichte Beschäftigung weiterer Beamtenkreise im Beamtenverhältnis auf Zeit¹⁵ sind als rechtliche Konstruktionen denkbar, werden aber in der aktuellen beamtenrechtlichen Diskussion hintangestellt.

b) Erprobungs-, Zeitbeamte und Zulagenmodelle

Der Bericht der Bundesregierung über die Fortentwicklung des öffentlichen Dienstrechts – Perspektivbericht – vom 19. 7. 1994¹⁶ schlägt vor, Erprobungszeiten (zwei Jahre) auch für Führungspositionen vorzusehen. Die Erprobungszeit wird im Zeitbeamtenverhältnis zurückgelegt, währenddessen das bisherige Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zu demselben Dienstherrn unverändert fortbesteht. In der Erprobungszeit wird die höhere Besoldung bezahlt.

Einige Bundesländer bevorzugen demgegenüber das »Doppelbeamtenverhältnis«.

¹⁰ Osborne/Gaebler, Reinventing Government (Fn. 1), S. 126.

¹¹ Vgl. §§ 31 BRRG, 36 BBG.

¹² Thieme (Fn. 7), S. 935.

¹³ Anders im Bund: vgl. § 36 Abs. 1 Nr. 1 BBG.

¹⁴ Thieme (Fn. 7), S. 934.

¹⁵ Zu den diskutierten Modellen vgl. Thieme (Fn. 7), S. 935 ff. und den Bericht der Arbeitsgruppe »Führungspositionen auf Zeit« für die niedersächsische Landesregierung (unveröffentlicht) vom September 1994, S. 4 ff.

¹⁶ Vgl. zur Entwicklung: Claus, Die Beamtenrechtsgesetzgebung des 12. Deutschen Bundestags 1991 bis 1994, ZBR 1995, S. 1 ff., 16 und jetzt Art. 1 Nr. 4 des Entwurfes eines Gesetzes zur Reform des öffentlichen Dienstrechts (Fn. 5).

Die Führungsfunktion wird aufgrund eines Beamtenverhältnisses auf Zeit ausgeübt, wobei das vorhandene Beamtenverhältnis auf Lebenszeit fortbesteht. Wird der Beamte nach Zeitablauf (fünf Jahre) nicht erneut in ein Zeitbeamtenverhältnis berufen, soll das ursprüngliche Beamtenverhältnis auf Lebenszeit wieder aufleben. Teilweise wird vorgeschlagen¹⁷, daß die Führungsfunktion nach Ablauf eines zweiten Zeitbeamtenverhältnisses auf Lebenszeit übertragen werden muß.

Die Rechtsfragen, welche mit der Umsetzung der unterschiedlichen Modelle zu beantworten wären, sollen hier unerörtert bleiben.¹⁸ Hierzu wird auf die insbesondere im Gefolge der »Schulleiterentscheidung« des Bundesverfassungsgerichts¹⁹ geführte verfassungs- und beamtenrechtliche Diskussion verwiesen. Das sogenannte Zulagenmodell (d. h. der Beamte erhält für die landesgesetzlich vorgeschriebene Zeit seiner Verwendung auf einem höheren Dienstposten eine Zulage²⁰ in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der Besoldung für das ihm bereits lebenszeitig übertragene (niedrigere) Amt und dem höheren Amt im funktionellen Sinne) wird in der gegenwärtigen Auseinandersetzung um eine Verwaltungsmodernisierung weniger favorisiert.²¹

c) Derzeit bevorzugte Modelle

Die politische Diskussion konzentriert sich auf das Erprobungszeit-Modell und das Doppelbeamten-Modell. Ein wesentlicher Unterschied zwischen diesen beiden Ansätzen liegt darin, daß das höhere Amt im funktionellen Sinn bei dem Erprobungszeit-Modell nach erfolgreichem Bestehen der Probezeit auf Lebenszeit übertragen werden muß, beim Doppelbeamten-Modell jedoch nicht. Letzteres schafft deshalb ein graduell höheres Maß an Flexibilität. Gelegentlich²² wird vorgeschlagen, der Bundesgesetzgeber möge den Ländern durch eine sogenannte Experimentierklausel Raum für eigene Modelle zur Vergabe von Führungsfunktionen auf Zeit zugestehen.²³

Im Unterschied zu zeitlich befristeten Dienstverträgen in der Privatwirtschaft besteht bei der Vergabe von Führungsfunktionen auf Zeit im Beamtenrecht für den Beamten nicht die Gefahr eines Outplacements, d. h. des Verlustes seines Arbeitsplatzes. Für ihn entstehen auch am Ende des Zeitbeamtenverhältnisses keine unkalkulierbaren finanziellen Risiken. Auf der Seite der Dienstherren könnte mit einer Vergabe von Führungsfunktionen auf Zeit eine stärkere Fluktuation in der Führungsebene erreicht werden. Zu fragen ist, ob und warum dies im öffentlichen Dienst wünschenswert sein könnte.

¹⁷ So u. a. Vorstellungen im Innenministerium in Rheinland-Pfalz.

¹⁸ Vgl. die Nachweise in Fußnoten 6 und 7.

¹⁹ BVerfGE 70, 251.

²⁰ § 46 Abs. 2 BBesG.

²¹ Vgl. aber den von der Kultusministerkonferenz am 28./29. 9. 95 zur Kenntnis genommenen und der Ministerpräsidentenkonferenz zugeleiteten Bericht der Amtschefskommission »Sicherung der Leistungsfähigkeit der Schulen«, der auf S. 31 ff. am Zulagenmodell grds. festhält und außerdem ein »Sperrklimmenmodell« diskutiert. Dabei wurde erst mit Übertragung der nächsthöheren Funktion das davor eingenommene Amt lebenszeitig übertragen.

²² So aus Kreisen der Ministerpräsidenten, vgl. SZ vom 12. 9. 95, und Antrag des Landes Rheinland-Pfalz im Bundesrat BR-Drs. 593/95.

²³ Kritisch zu »Experimentierklauseln«: Siedentopf (Fn. 6), S. 193.

3. Korrektur von Fehlbesetzungen?

Verbreitet wird der Wunsch nach einer Vergabe von Führungsfunktionen auf Zeit damit begründet, Fehlbesetzungen in Führungsämtern könnten leichter korrigiert werden.²⁴ Dieses Argument stand zu Beginn der Verwaltungsmodernisierungs-Diskussion im Vordergrund.²⁵

Bei näherem Hinsehen erweist sich das Fehlbesetzungs-Argument jedoch als nicht tragfähig. Zum einen erlaubt es das geltende Beamtenrecht bereits heute, daß Beamte auf einem höherwertigen Dienstposten verwendet werden, ohne daß ihnen zugleich das entsprechende Amt im konkret-funktionellen Sinn übertragen wird. Es ist zulässig und verbreitet auch üblich, daß z. B. in Länderministerien Leitende Ministerialräte den Dienstposten eines Abteilungsleiters bekleiden. Nach Bewährung (und üblicherweise nach dem Ausscheiden des jeweils ältesten Ministerialdirigenten) werden sie zu Ministerialdirigenten ernannt oder – im Falle der Nichtbewährung – im bisherigen Amt weiter verwendet. Allerdings kann der Fall eintreten, daß nach Übertragung des höherwertigen Amtes aus gesundheitlichen oder altersbedingten Gründen ein Leistungsabbau eintritt. In diesem Fall erlaubt das geltende Beamtenrecht²⁶ zwar eine Verwendung auf einem Dienstposten, der einem niedrigeren Amt im abstrakt-funktionellen Sinne zugeordnet ist, jedoch in engen Grenzen. Abgesehen davon, daß im Einzelfall ein Leistungsabbau tatsächlich nur schwer »gerichts-fest« nachweisbar sein dürfte, besteht für den Dienstherrn kaum eine Möglichkeit, den Beamten auf einem qualitativ geringerwertigen Dienstposten weiter zu beschäftigen. Der Fall eines im Verlauf des Berufslebens eintretenden Leistungsabbaus ist aber nicht gleichzusetzen mit dem der ursprünglich schon gegebenen – jedoch nicht erkannten – Fehlbesetzung.

Jede Fehlbesetzung eines Dienstpostens ist Folge einer falschen *Potentialbeurteilung*. Die Leistungs- und Potentialbeurteilung ist in erster Linie dazu geeignet und auch darauf ausgerichtet, Fehlbesetzungen zu vermeiden. Sie ist Element der *Personalentwicklung*.²⁷ Ebenso wie Konzepte der Personalentwicklung im öffentlichen Dienst häufig noch nicht vorhanden sind oder aber in den Kinderschuhen stecken, findet eine nachvollziehbare und damit auch transparente Potentialbeurteilung nur in Ansätzen statt. Die Potentialbeurteilung geht über das weithin übliche »Beurteilungswesen« hinaus.²⁸ Instrumente der Potentialbeurteilung können neben der Leistungsbeurteilung regelmäßige Mitarbeitergespräche, Testverfahren, Arbeitsproben und auch Assessment-Center sein. Die Vergabe von Führungsfunktionen auf Zeit kann eine weitere zusätzliche Absicherung vor Fehlschlägen in der Potentialbeurteilung sein, nicht aber eine Verbesserung der Potentialbeurteilung ersetzen.

²⁴ Ule (Fn. 6), S. 1 mwN.

²⁵ Thieme, Gutachten zum 48. Deutschen Juristentag »Empfiehl es sich, das Beamtentum unter Berücksichtigung der Wandlungen von Staat und Gesellschaft neu zu ordnen?«, S. D 38.

²⁶ Vgl. dazu Summer, Die Spitzenposition auf Zeit im Beamtenrecht, DOV 1986, S. 713 ff., 720 f.

²⁷ Vgl. dazu Schanz, Personalwirtschaftslehre, 2. Aufl., München 1993, S. 413 f.; Sonntag (Hrsg.), Personalentwicklung in Organisationen, Göttingen u. a. 1992.

²⁸ Schuler/Prochaska in: Sonntag (Fn. 27), S. 180 ff.

Die Vergabe von Führungsfunktionen auf Zeit könnte ein im Einzelfall brauchbares Element der Personalentwicklung im öffentlichen Dienst darstellen. Eine bestimmte Führungsfunktion könnte im Verlauf einer Karriereplanung im Rahmen einer *job rotation* eingenommen werden. Jüngere Führungskräfte könnten, z. B. in Ministerien, für bestimmte Zeit mit Führungsaufgaben – verbunden mit der entsprechenden Besoldung – verwendet werden, um sie im Fall der Bewährung mit der Leitung einer nachgeordneten Behörde zu betrauen. Letzteres ist bereits de lege lata möglich und üblich. Der Unterschied bestünde beim Doppelbeamten-Modell aber darin, daß die Beamten im Rahmen einer derartigen *job rotation* schon früher in den Genuß einer höheren Besoldung kämen. Dies würde allerdings erkaufte mit dem Risiko, im Falle des Scheiterns auf die niedrigere Besoldung des Ausgangsamts zurückzufallen. Neben der Möglichkeit, Führungsfunktionen auf Zeit im Rahmen einer Rotation zu vergeben, wäre auch an ein *training on the job* zu denken. Dies bedeutet, daß die Qualifikation auf dem Dienstposten, der sie verlangt, angeeignet wird.²⁹ Zu denken ist daran, daß Führungskräfte aus Wirtschaftsbereichen außerhalb des Ressorts gewonnen und sofort eingesetzt werden sollen. Auch in diesem Fall würde der Beamte beim Doppelbeamten-Modell das Risiko tragen, im Fall des Fehlschlagens »nur« im niedrigeren Ausgangsamts lebenszeitig weiter beschäftigt und besoldet zu werden.

Schließlich könnte es für den Dienstherrn, aber auch für den Beamten angebracht sein, eine bestimmte Führungsfunktion auf Zeit zur Bearbeitung eines ganz bestimmten Projekts übertragen zu bekommen. *Projektmanagement*³⁰ kann für eine Verwaltung beispielsweise nützlich sein, wenn es um die Erfüllung bestimmter umrisener Aufgaben mit hohem Koordinierungsbedarf, z. B. der Einführung oder der Umstellung von EDV-Anlagen, geht. Dem Projektmanager würde die Führungsfunktion auf Zeit übertragen. Ein persönliches Karriererisiko wäre mit der Übernahme eines Projektmanagements in einer beamtenrechtlichen Führungsfunktion auf Zeit nicht verbunden.

5. Stärkung des Wettbewerbsgedankens

Insgesamt gesehen ist mit einer Vergabe von Führungsfunktionen auf Zeit die Erwartung verbunden, daß dem Leistungsprinzip auch im öffentlichen Dienst stärker Rechnung getragen wird.³¹ Der Wettbewerbsgedanke, der in den eingangs angesprochenen Großvorhaben zur Reform des öffentlichen Sektors in Großbritannien eine große Rolle spielt, würde im deutschen Beamtenrecht noch stärker in den Vordergrund gerückt. Die beschriebenen, derzeit in Deutschland diskutierten Modelle einer Vergabe von Führungsfunktionen auf Zeit sichern Beamte, die sich auf die Übernahme eines derartigen Dienstpostens einlassen, ausreichend ab. Es bleibt zu bedenken, daß es dennoch *Gewinner und Verlierer* geben könnte.³² Das deutsche Beamtenrecht ist auf den Aufstieg in einer Funktions- und Besoldungshierarchie

29 Vgl. jedoch Art. 33 Abs. 2 GG, § 8 Abs. 1 Satz 2 BBG.

30 Zum Projektmanagement im Verwaltungsverfahren vgl. Bockel, DÖV 1993, S. 102 ff.

31 N. Achterberg, Das Leistungsprinzip im öffentlichen Dienstrecht, DVBl. 1977, S. 541 ff.

32 Zu diesem Problem in der Personalentwicklung allgemein: Rucke u. a., Personalentwicklung, Düsseldorf 1994, S. 71 f.

ausgerichtet. Neben dem hierarchisch-aufsteigenden Karriereverlauf ist ein horizontaler Karriereverlauf³³ eher die Ausnahme. Horizontale Karriereverläufe, d. h. die Verwendung auf einem Dienstposten, der mit dem gleichen Amt verbunden ist, aber in einer anderen Behörde, gibt es nur gelegentlich im Rahmen der Mobilitätsanforderungen einer Personalentwicklung oder aber als (verdeckte) »Abschiebungsmaßnahme«. Mit dem Verlust einer einmal übertragenen Führungsfunktion dürften deshalb in vielen Fällen psychische Probleme auf den betroffenen Beamten zukommen. Ob diese schwerwiegender sind als diejenigen, die bei fortdauernder Überforderung oder bei einer sogenannten inneren Kündigung des Beamten vorkommen, mag dahinstehen.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die Einführung insbesondere des Doppelbeamten-Modells zur Vergabe von Führungsfunktionen auf Zeit an Beamte keinen wesentlichen zusätzlichen Beitrag dazu liefern würde, Fehlbesetzungen zu korrigieren. Ungeachtet der psychischen Probleme im Einzelfall könnte es aber als Reaktion auf ein Nachlassen der Leistungsfähigkeit in Betracht kommen. Die Vergabe von Führungsfunktionen auf Zeit an Beamte könnte in Konzepte der Personalentwicklung eingebaut werden und würde dort dem Wettbewerbsgedanken stärker Rechnung tragen.

III. Die Institution des Berufsbeamtentums in Deutschland – Zur Geschichte eines Konstrukts

1. Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums als argumentativer Festungsring

Artikel 33 Abs. 5 GG bestimmt: Das Recht des öffentlichen Dienstes ist unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln. Die »hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums« stellen sich in der Rechtsprechung des BVerfG als eine Sammlung von *topoi* heraus, die – historisch überkommen – im zu entscheidenden Einzelfall zur Umschreibung und gegebenenfalls Verteidigung der Institution³⁴ des Berufsbeamtentums herangezogen werden. Der Festungsring der *topoi* um die Institution des Berufsbeamtentums erscheint dermaßen robust, daß es nicht verwundert, wenn eine im Vergleich zu Entwicklungen in anderen Ländern zwar marginale Änderung des Beamtenrechts wie etwa die Vergabe bestimmter Führungsfunktionen auf Zeit als verfassungswidrig abgelehnt wird.³⁵ Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG³⁶ meint das Wort »Berücksichtigung« in Artikel 33 Abs. 5 GG, daß der einzelne hergebrachte Grundsatz in seiner Bedeutung für die Institution des Berufsbeamtentums in der freiheitlichen, rechts- und sozialstaatlichen Demokratie zu würdigen ist.

Für die Vergabe von Führungsfunktionen auf Zeit *de lege ferenda* streitet das Leistungsprinzip als ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums. Dagegen spricht der Grundsatz des Lebenszeitprinzips, welcher nach der Rechtsprechung des

³³ Zu »Karriereplanungen« in der Privatwirtschaft vgl. Schanz (Fn. 27), S. 400, 402 f.; zur »Hierarchiediskussion« im Beamtenrecht: Einerseits Lenze, Hierarchie, Gehorsams- und Remonstrationspflicht des Beamten, DÖD 1995, S. 1 ff.; andererseits Thieme, Beamtentum und Hierarchie, DÖD 1995, S. 176 ff.

³⁴ BVerfGE 7, 155, 162.

³⁵ Vgl. die Übersicht über den Meinungsstand bei Ule (Fn. 6), S. 1 ff.

³⁶ BVerfGE 8, 1, 16.

BVerfG auch eine Entkoppelung des Amtes im abstrakt-funktionellen Sinn von dem lebenszeitig vergebenen Amt im statusrechtlichen Sinn verbietet.³⁷

Ferner werden die abgeleiteten Grundsätze der Unabhängigkeit, der Stabilität und der Neutralität des Berufsbeamtentums ins Feld geführt. Daß die Vergabe von Führungsfunktionen auf Zeit an Beamte deren persönliche und wirtschaftliche Lebensplanung sowie in Reaktion darauf das Verhalten zum jeweiligen Dienstvorgesetzten mitbeeinflussen kann, ist ein Gemeinplatz. Ein Gemeinplatz ist es auch, daß eine stärkere Fluktuation in der Führungsebene des öffentlichen Dienstes die – wie auch immer zu begreifende – Stabilität des Berufsbeamtentums berührt. Daß die »politische« Neutralität des Berufsbeamtentums – so wie sie sich in Deutschland darstellt – durch eine Vergabe von Führungsfunktionen auf Zeit beeinträchtigt würde, ist eine Behauptung. In der verfassungsrechtlichen Diskussion fällt als Strukturprinzip auf, daß die herangezogenen *topoi* jeweils aufeinander verweisen: Das Lebenszeitprinzip schafft Unabhängigkeit und Stabilität; letztere sorgen für Neutralität. Die Neutralität des Berufsbeamtentums ist auf das Lebenszeitprinzip angewiesen. Jeder Eingriff in das Lebenszeitprinzip schlägt über die Unabhängigkeit und Stabilität schließlich auf die Neutralität des Berufsbeamtentums durch.

Wenn auch das BVerfG³⁸ selbst die Institution des Berufsbeamtentums in Deutschland für veränderbar hält, so stellen sich doch insbesondere das Lebenszeitprinzip und das Alimentationsprinzip als Grundsätze heraus, deren Bedeutung so hoch anzusiedeln ist³⁹, daß eine mögliche Beeinträchtigung infolge einer Änderung des Beamtenrechts verfassungsrechtliche Auseinandersetzungen unausweichlich macht. Wenn das BVerfG⁴⁰ verlangt, daß der einzelne hergebrachte Grundsatz in *seiner Bedeutung* für die Institution des Berufsbeamtentums in der freiheitlichen, rechts- und sozialstaatlichen Demokratie zu würdigen sei, dann ist nach der Bedeutung, insbesondere der Genese, der Grundsätze des Berufsbeamtentums in Deutschland zu fragen.

Die Institution des Berufsbeamtentums wird traditionell verstanden als Essential des modernen Staats.⁴¹ Veränderungen berühren unmittelbar das Staatsverständnis. Wandlungen im Staatsverständnis wiederum erfordern eine Besinnung auf die historische Entwicklung. Dabei wird nicht verkannt, daß das »historische Argument« schon in den siebziger Jahren eine bedeutende Rolle in der Modernisierungs-Diskussion spielte⁴², jedoch mit einem besonderen politischen Akzent. Anders als damals geht es heute nicht um Zuordnung von und Partizipation an politischer Macht, sondern um die *globalen Marktprinzipien* als Gegenstand der Staatsorganisation.

³⁷ BVerfGE 70, 251, 267.

³⁸ Es besteht ein weiterer Ermessensspielraum, aber nicht »vollige Regelungsfreiheit«, BVerfGE 11, 203, 215.

³⁹ Vgl. u. a. BVerfGE 70, 251, 266.

⁴⁰ BVerfGE 8, 1, 16.

⁴¹ Zu allem: Heller, Das Berufsbeamtentum in der deutschen Demokratie, Gesammelte Schriften, 2. Aufl., Tübingen 1992, Bd. 2, S. 379 ff.

⁴² Vgl. dazu Quaritsch, Referat zum 48. Deutschen Juristentag, O 35 ff.; im übrigen wird das »historische Argument« mindestens seit den zwanziger Jahren bei jedem Anlauf zu einer Beamtenrechtsreform vorgebracht.

2. Die Gleichzeitigkeit des Aufstiegs von Beamtentum und modernem Staat

a) Vom Fürstendiener zum Staatsdiener

Bis in die Zeit des Absolutismus bestimmten sich Rechte und Pflichten der Fürstendiener ausschließlich aus ihrem (vertraglichen) Verhältnis zum souveränen Herrscher.⁴³ »Der Priester der Kirche hatte im weltlichen Bereich eine Entsprechung in dem Beamten des Territorialstaats gefunden. Das Amt heiligte den Beamten und hob ihn aus dem Untertanenverband heraus.«⁴⁴ Das persönliche Band zwischen Fürst und Diener bedurfte in der Krise der monarchischen Idee⁴⁵ im Europa des 17. und 18. Jahrhunderts einer deutlichen Verstärkung. Die seinerzeit sich entwickelnde und dann herrschende Naturrechtslehre führte nicht nur zu einer Säkularisierung der Staatsidee, sondern etablierte den Staat als etwas, das außer dem Herrscher und seiner Legitimation bestehend gedacht wurde.⁴⁶ Die Verselbständigung des Staatsgedankens bot die Chance, das ausschließlich personale Band zwischen Herrscher und Diener durch ein neues, mindestens ebenso starkes Band zu ergänzen. In Konsequenz zu den im 18. Jahrhundert vorherrschenden konventionalistischen Denkweisen drang in Deutschland die Auffassung vor⁴⁷, der Beamte stehe in einer wie auch immer gearteten Rechtsbeziehung zum Staat. Zwar war die Vorstellung vom Staat als eigenständigem Gebilde mit eigener Autorität in Deutschland schon früh Selbstverständlichkeit.⁴⁸ Tatsächlich liegen in der damit verbundenen Abkehr von Willkür auch tiefere Wurzeln des Rechtsstaats. Zugleich fühlten sich die zu Staatsdienern erhobenen Fürstendiener nunmehr legitimiert, eben im Interesse des Staats, dem sie zu dienen hatten, eine lebenszeitige Anstellung, angemessene Alimentation und Unabhängigkeit zu fordern.⁴⁹ *Seuffert* und *von der Becke*⁵⁰ legten bereits Ende des 18. Jahrhunderts die theoretischen Grundlagen für Freiheit und Selbständigkeit der Beamten gegenüber dem Regenten. Darüber hinaus gingen die Beamten seither als Amtsträger in einer im Staat repräsentierten Idee auf.⁵¹ Das deutsche Beamtentum hatte damit einen ganz bestimmten Wertakzent⁵² erhalten, den es bis heute beibehält.

b) Vom Staatsdiener zum mittelbaren (persönlichen) Staatsorgan

Die neue Bindung des Beamtentums an das Abstraktum »Staat« hing in ihrer Bedeutung davon ab, welche Rolle diesem Abstraktum in Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft beigemessen werden würde. War der Staat nach naturrechtlicher Anschauung noch Folgeerscheinung eines wie auch immer gearteten Gesellschaftsvertrags, die sich als »Maschine« oder gar Leviathan⁵³ darstellen konnte, so erlangte

43 Zum folgenden: Handbuch des öffentlichen Dienstes, Hrsg. W. Wiese, Bd. 1, Geschichte des deutschen Beamtentums, bearb. von H. Hattenhauer, 2. Aufl., Köln u. a. 1993; hier: S. 152 ff.; zur Frage der Entlassung von Fürstendienern vgl. Hattenhauer, Geschichte des deutschen Beamtentums, ebd., S. 152 ff.

44 Hattenhauer, Geschichte des deutschen Beamtentums (Fn. 43), S. 51.

45 Zur monarchischen Idee vgl. Heller (Fn. 41), Bd. 1, S. 283 ff.

46 Zur Entwicklung der Staatspersonlichkeit vgl. Heller (Fn. 41), Bd. 1, S. 130 ff.

47 Vgl. dazu Hattenhauer (Fn. 43), S. 188 ff.

48 Heller (Fn. 41); zur Entwicklung verselbständigter Verwaltungen seit dem vierzehnten Jahrhundert vgl. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 1, München 1988, S. 357 f.

49 Stolleis (Fn. 48), S. 358, 359.

50 Hattenhauer (Fn. 43), S. 191 ff.

51 Kottgen, Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. 2, S. 6.

52 R. Naumann, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) Heft 13 (1955), S. 107.

53 Zu Th. Hobbes in diesem Zusammenhang: Stolleis (Fn. 48), Bd. 2, S. 280 f.

er doch erst nach *Hegels* Rechtsphilosophie die Qualität eines transpersonalen Machtganzen⁵⁴, eines in sich ruhenden, seinen Zweck in sich tragenden »Organismus«⁵⁵. *W. E. Albrecht* dachte diesen Staat als erster⁵⁶ als juristische Person (des öffentlichen Rechts). Die von *Hegel* zuvor dialektisch entwickelte transpersonale Staatspersönlichkeit wird auf eine operationale juristische Formel heruntergebrochen. Es bedarf keiner besonderen Hervorhebung, daß durch diesen philosophisch-rechtlichen Bedeutungszuwachs des Staates das Beamtentum in Deutschland mit seinen exklusiven Bindungen an den Staat einen besonderen staatspolitischen Rang erhielt.

Hinzu kommt, daß in der Folge der Rechtsphilosophie *Hegels* der Staat streng zu trennen war von der mit niedrigerer Dignität ausgestatteten Gesellschaft. Der Machtstaat⁵⁷ der späteren Bismarckzeit überwölbte die Gesellschaft. In ihm sollten die Antagonismen der Interessen, der Stände und Klassen aufgehoben sein. Die gedanklich über das Getümmel der gesellschaftlichen Interessen hinausgehobenen Beamten verstanden sich ihrerseits als neutraler, über jeglichen Interessenmonismus herausgehobener Stand. Dies war außerordentlich anspruchsvoll und weckte Erwartungen, die naturgemäß nur sehr eingeschränkt erfüllt werden konnten. Dem Beamtenstand im Sinne des Staatsverständnisses des Vormärz und später der Bismarckzeit begegnete von Anfang an auch Mißtrauen. Der Vorwurf der Ämterpatronage beginnt und verläuft zeitgleich mit dem Aufstieg des deutschen Beamtentums im 19. Jahrhundert. Wurden Führungsfunktionen im 19. Jahrhundert nahezu ausschließlich⁵⁸ mit Adeligen besetzt, richtete sich der Vorwurf der Ämterpatronage in der Weimarer Republik gegen die Parteien in der parlamentarischen Demokratie.⁵⁹

Die Krise der monarchischen Idee, die Apotheose des Machtstaats und damit verbunden der soziologisch greifbare und verfassungspolitisch wirksame Aufstieg des Beamtentums wurden auch daran augenfällig, daß das Beamtentum schließlich als abgeleitetes, mittelbares oder persönliches Staatsorgan gedacht wurde.⁶⁰ Die (nach »unten«) zur bürgerlichen Gesellschaft hin und (nach »oben«) zum Herrscher hin beanspruchte sachliche und persönliche Unabhängigkeit, welche die Organstellung im Staat untermauerte, wurde zum in Zukunft fortbestehenden Politikum. Jede Beeinträchtigung der Unabhängigkeit, sei es durch die Gesellschaft, sei es durch die Regierung, würde die Organstellung selbst in Frage stellen.

c) Vom mittelbaren Staatsorgan zur verfassungsrechtlichen Institutsgarantie

Die Pufferfunktion, die der abstrakten Staatspersönlichkeit mit ihren mittelbaren Staatsorganen, eben den Beamten, in der Zeit nach den Karlsbader Beschlüssen bis zur Errichtung der Weimarer Republik immer mehr zugeordnet war, nämlich als eine vermittelnde Funktion zwischen der wiedererrichteten monarchischen Gewalt und den sich emanzipierenden gesellschaftlichen Gruppen, entfiel in der Weimarer Republik deshalb, weil der Monarch abgedankt hatte. Die vom Staat theoretisch streng

⁵⁴ Heller, *Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke in Deutschland*, Gesammelte Schriften (Fn. 41), Bd. 1, S. 193.

⁵⁵ E. Kaufmann, *Über den Begriff des Organismus in der Staatslehre des 19. Jahrhunderts*, Heidelberg 1908.

⁵⁶ Vgl. Stolleis (Fn. 48), Bd. 2, S. 108.

⁵⁷ Dazu insbesondere Heller (Fn. 54), Bd. 1, S. 21 ff.

⁵⁸ Heller (Fn. 54), Bd. 1, S. 299 f.; Kottgen, *Das deutsche Beamtentum und die parlamentarische Demokratie*, Berlin 1928, S. 105, sprach von der »Schicksalsfrage des deutschen Berufsbeamtentums überhaupt«.

⁵⁹ Heller (Fn. 41), Bd. 2, S. 387.

⁶⁰ Vgl. Hans Gerber, *VVDStRL*, Heft 7 (1931), S. 8 ff.

geschiedene Gesellschaft machte sich in der parlamentarischen Demokratie daran, die Bürokratie des Kaiserreichs zu vereinnahmen. Die Debatte um das Beamtentum im »Parteienstaat« begann.

Köttgen meinte damals, daß dem Beamtentum (gerade) im parlamentarisch-demokratischen Staat eine eigene und selbständige Funktion zukomme.⁶¹ Das Unabhängigkeits-Postulat erklang stärker als je zuvor.

Auch Heller⁶² schloß sich diesem Ruf an. Er sah eine Chance, das Beamtentum des Kaiserreichs in die junge Demokratie zu integrieren. Gegen skeptische Stimmen zitierte er Max Weber⁶³ mit dessen Worten: »Es hat eine Zeit gegeben, wo die Demokratie eine Hauptaufgabe in der Verhinderung der Entstehung des Beamtenstandes mit hohem *Ehrebegriff* sahen. Sie ist für immer dahin. Möge die Demokratie nicht glauben, ein Beamtentum *ohne Amtsehre* werde fähig sein, die hohe Integrität und Fachqualifikation des bisherigen deutschen Beamtentums ... erhalten zu können.« In Abscheu wandte sich Heller ab von dem amerikanischen Beispiel einer rotation in office, das den Verwaltungsorganen »keinerlei ökonomische Sicherung, keinerlei Gewähr für ihre dauernde Stellung« gebe, »sondern sie alle paar Jahre« durch die Angehörigen einer anderen Partei ersetze.⁶⁴ Die Hoffnungen Hellers lagen bei der Loyalität der Beamten.⁶⁵ Die Garantie ihrer Unabhängigkeit würden sie mit dem loyalen Dienen für die Demokratie entgelten.

C. Schmitt wies dem Beamtentum – trotz geringer Anhaltspunkte im Wortlaut der Weimarer Reichsverfassung – die verfassungsrechtliche Rolle einer neutralen Gewalt im pluralistischen Parteienstaat zu. Er begründete die Lehre von der verfassungsrechtlich geschützten Institutsgarantie des deutschen Berufsbeamtentums.⁶⁶ Die Unabhängigkeit des Berufsbeamtentums im Gefüge der Staatsorganisation wurde damit in Verfassungsrang erhoben. Die Usurpation von Staat und Gesellschaft durch die Nazi Herrschaft ergriff jedoch auch den im aufgeklärten Absolutismus, in der Restauration, im Bismarckreich, im ausgehenden Kaiserreich und in der Weimarer Republik mit unterschiedlichen Akzenten durchgängig beschworenen *pouvoir neutre* des deutschen Beamtentums.

d) Die Rekonstruktion des deutschen Beamtentums nach 1945

Die Konstruktion des Beamtenstaats deutscher Prägung brach spätestens am 8. Mai 1945 zusammen. Im Parlamentarischen Rat, im Bundestag und in den ersten Bänden der Entscheidungssammlung des BVerfG wurde allerdings die Gelegenheit nicht ergriffen, die Rechtsverhältnisse der Beamten und Angehörigen des öffentlichen Dienstes grundlegend neu zu regeln. Verfassungs-, Beamtenrecht und das Recht des öffentlichen Dienstes knüpften sehr bald an die Rechtslage vor 1933 an.

Die von der deutschen Staatsrechtslehre entwickelte besondere rechtliche Bindung des Beamten an den Staat – über die jeweiligen Staatsformen hinweg – war aber nach Auffassung des BVerfG in seinen Entscheidungen zur Verfassungsmäßigkeit des G 131⁶⁷ in der Nazi Herrschaft zerrissen und durch eine persönliche Bindung an das

61 Köttgen (Fn. 58), S. 123, 124: Die »Bureaukratie« als vornehmster Gegner »der politischen Partei«.

62 Heller (Fn. 41), Bd. 2, S. 385.

63 M. Weber, *Gesammelte politische Schriften*, Tübingen 1920, S. 371.

64 Heller (Fn. 41), S. 386.

65 Heller (Fn. 41), S. 389 und S. 391 unter Zitierung eines in der Weimarer Republik verbreiteten Spottverses: »Ich schwore Treue der Verfassung, dieweil ich fürchte die Entlassung; und macht man eine neue, so schwör' ich wieder Treue«.

66 Diese sollte nach einer verbreiteten Ansicht damals ausdrücklich in den organisatorischen Teil der Weimarer Reichsverfassung aufgenommen und »ausgebaut« werden; C. Schmitt, *DJZ* 1931, Sp. 917 ff.; H. Gerber (Fn. 60), S. 27.

67 Vgl. insbesondere BVerfGE 3, 58 ff.

damalige Regime ersetzt worden. Das Gericht stellt fest⁶⁸, daß während der Nazi-herrschaft der Beamteneid »ein besonderes persönliches Band« zwischen jedem Beamten und Hitler schuf. Diese Trennung des Beamtentums von der ewigen Staats-idee *Hegels* verschaffte dem Gericht letztlich den argumentativen Spielraum, der notwendig war, um die Eingriffe des G 131 in die »wohlerworbenen Rechte« verdrängter Beamter für verfassungsmäßig zu erachten. Mögen es auch letztlich eher pragmatische Erwägungen gewesen sein, die das Bundesverfassungsgericht dazu veranlaßten, das G 131 zu »halten«, so konnten sich die Entscheidungen doch auf zahlreiche Äußerungen von Staatsrechtlehrern *nach* 1933 stützen, die eben jenes persönliche Band der Beamten zum »Führer« (= unbedingte Gefolgschaft) in ihren Schriften und Kommentaren herausgestellt⁶⁹ hatten.

Die Darstellung des Berufsbeamtentums von 1933 bis 1945 als »Regime-Beamten-tum« wurde von der deutschen Staatsrechtslehre unmittelbar nach der Entscheidung des BVerfG heftig angegriffen.⁷⁰ Statt dessen berief man sich auf die Bindung des Beamtentums an die Staatsidee.⁷¹ Unter Zitierung von *H. Gerber*⁷² behauptete *R. Naumann*: »Der Sinn des Berufsbeamtentums hängt nicht mit einem bestimmten Staatsformprinzip zusammen, nicht mit den Grundsätzen der Monarchie, unter der es entstanden ist, sondern mit dem modernen Staatsdenken schlechthin«. Die rechts-staatliche Verfassungsordnung des Grundgesetzes lasse erwarten, »daß in einem demokratischen Parteienstaat, in dem vielleicht auch noch außerparlamentarische Gruppenkräfte um maßgebenden Einfluß bei der Staatswillenbildung ringen, das Beamtentum als statischer Faktor gesamtheitsbezogener, insofern neutraler, Gewalt eine ganz bedeutsame staatsrechtliche Rolle« spielen werde.

Der seit der Restauration immer wieder erhobene Verdacht der Ämterpatronage, die Diffamierung der Weimarer Republik als »Parteienstaat«, der komplette Verlust der beamtenrechtlichen Unabhängigkeit in der Zeit des Nationalsozialismus und die per-sonale Unterwerfung unter das Führerprinzip änderten zu Anfang der fünfziger Jahre nichts daran, daß das Berufsbeamtentum mit seinen »hergebrachten Grundsätzen« auch in der Rechtsprechung des BVerfG⁷³ wieder installiert wurde. Insgesamt hatte es einen großen Anteil am Erfolg des Wiederaufbaus. Mit dem Beamtentum erlebte das Webersche Konzept des modernen Staats in der Bundesrepublik eine Renaissance.

Die Beratungen im Parlamentarischen Rat und in seinen Ausschüssen waren mit geprägt durch ein Aide Mémoire der Alliierten⁷⁴, worin ausdrücklich die Einrich-tung eines »unpolitischen« Beamtentums gefordert wurde. Aus der Sicht der Mitglieder des Parlamentarischen Rates konnte nichts näherliegen, als auf die gleichsam in Fleisch und Blut übergegangenen »hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums« vor 1933 zurückzugreifen. Die Aufnahme dieser Formel in das spätere Grundgesetz stieß deshalb auch auf keinen nennenswerten Widerstand. Im Vorder-ground der Beratungen standen weniger die verfassungspolitische Rolle des künftigen Beamtentums und schon gar nicht eine veränderte Auffassung der Staatsfunktion

68 BVerfGE 3, 58 ff.

69 BVerfGE 3, 91 ff. Interessant auch im gegebenen Zusammenhang das Zitat von Kottgen, Vom Deutschen Staatsleben, JoR, Bd. 34 (1937), S. 43/44: »Das Beamtentum des Zwischenreichs hatte versucht, im Machtkampf der politischen Parteien eine neutrale Position zu beziehen. Das Beamtentum war damit, soweit es nicht zum Parteibuchbeamtentum entartete, ausgesprochenes Fachbeamtentum geworden, des-sen fachliche Fähigkeiten im Sinne liberaler Voraussetzungslosigkeit für wechselnde politische Ziele eingesetzt werden konnte.« Kottgen forderte dagegen den Beamten als »Vollstrecker« ... nationalsozia-listischer Weltanschauung«.

70 Vgl. R. Naumann (Fn. 52), S. 88 ff.

71 R. Naumann (Fn. 52), S. 107 f.

72 Gerber (Fn. 60), S. 4.

73 BVerfGE 3, 58, Leitsatz 7.

74 Vom 22. 11. 1948, zitiert in: JoR N. F., Bd. I, S. 314.

»Exekutive« als ein Dienstleistungsunternehmen, sondern vielmehr die soziale Absicherung der Staatsdiener und die Notwendigkeit einer Abgrenzung des künftigen demokratischen Verfassungsstaats zu den »Ostzonen-Verhältnissen«.⁷⁵

Mit der Bezugnahme auf die »hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums« wurde faktisch der staatsrechtliche Hintergrund des deutschen Berufsbeamtentums mit seiner Entwicklung seit dem 18. Jahrhundert in das Rechtsleben der Bundesrepublik Deutschland transferiert. Bei juristischen Operationen mit dem Topos der »hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums« sollte deshalb jener historische Hintergrund immer mit bedacht werden. Jedoch hat das BVerfG schon früh die von Verfassungs wegen geforderte Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums in einen besonderen Kontext gerade zur freiheitlichen, rechts- und sozialstaatlichen Demokratie gestellt⁷⁶ und damit eine Tür zur Zukunft aufgetan. Die »zurückhaltende Fassung« des Artikels 33 Abs. 5 GG lasse dem Gesetzgeber »einen weiten Raum zur Fortentwicklung des Beamtenrechts im Rahmen des gegenwärtigen Staatslebens«.⁷⁷

e) Die Abwehr einer »Vergesellschaftung des Staats« in den siebziger Jahren

Dennoch stellte Thieme in seinem Gutachten für den 48. Deutschen Juristentag zur Frage »Empfiehlt es sich, das Beamtenrecht unter Berücksichtigung der Wandlungen von Staat und Gesellschaft neu zu ordnen?« fest⁷⁸: »Die Verweisung auf die Vergangenheit, die Artikel 33 Abs. 5 enthält, setzt jeder Dienstrechtsreform Schranken. Erstaunlicherweise enthält diese Bestimmung den Verfassungsbefehl, die Vergangenheit zu konservieren. Weder werden materielle Werte noch Verfahrensweisen garantiert, sondern schlicht das Gestrige. Mag dabei auch feststehen, daß unter früheren Bedingungen das Beamtentum seine staatspolitische Aufgabe gut erfüllt hat, es ist aber geradezu eine gesetzgeberische Scharlatanerie anzunehmen, bei Anwendung von Grundsätzen, die unter ganz anderen Bedingungen von Staat und Gesellschaft entstanden sind, könnte das Berufsbeamtentum auch in der Zukunft gedeihen.« Thieme schlug unter anderem eine »kollegiale Behördenverfassung«⁷⁹ sowie eine »Rotation der Leitung unter den Kollegiumsmitgliedern bei besonders starker Heranziehung der jüngeren Mitglieder zu den Leitungsaufgaben« vor, durch welche eine »Erhöhung der Effektivität« erreicht werden könne.

In seinem immer wieder von Applaus unterbrochenen Referat ging Quaritsch mit den Kritikern des überkommenen Beamtenrechts hart ins Gericht.⁸⁰ Es sei eine irrige Meinung, das enge Band zwischen Staatsdiener und Staat als eine deutsche oder »absolutistische« Besonderheit zu verstehen. Die strukturelle Gleichheit des öffentlichen Dienstes im neuzeitlichen Kontinentaleuropa folge der Logik des modernen Staats.⁸¹ Merkmal des modernen Staats sei, daß der politische Herrschaftsapparat gegenüber den gesellschaftlichen Teilsystemen, welche »für den Staat eine regulierbare Umwelt« darstellten, Autonomie gewonnen habe. Die Trennung von Staat und Gesellschaft lasse sich nur um den Preis des totalitären Einparteiensstaats aufheben

75 Vgl. die Äußerung v. Mangoldt in JoR, ebd., S. 320; andererseits warnte der Abgeordnete Wagner vor einer »unerhorten« Bindung des künftigen Gesetzgebers (JoR, ebd., S. 322).

76 Vgl. schon Leitsatz 7 in BVerfGE 3, 58: »Art. 33 Abs. 5 GG stellt nicht – wie Art. 129 WRV – wohlverworbene Rechte der Beamten unter Verfassungsschutz; er gewährleistet das Berufsbeamtentum als Einrichtung insoweit, als es sich in seiner hergebrachten Gestalt in den Rahmen unseres heutigen Staatslebens einfügen läßt.«

77 BVerfGE 7, 162 mit Bezug auf E. 3, 137.

78 Thieme (Fn. 25), D 12.

79 Thieme (Fn. 25), D 37.

80 Quaritsch (Fn. 42), O 34 ff.

81 Quaritsch (Fn. 42), O 36.

oder »durch die Rückkehr zu der undifferenzierten Existenzform der Papuas«.⁸² Die »Überlegenheit des Staats gegenüber den gesellschaftlichen Bereichen« lasse sich nur durch Amtsträger verwirklichen, die vor Loyalitätskonflikten bewahrt blieben, die also in ihrer Amtstätigkeit ausschließlich das jeweilige Handlungsprogramm des Staats zugrunde legten.⁸³ Die Angehörigen des öffentlichen Dienstes müßten »aus dem Kampf um die politische Macht« herausgenommen und neutralisiert sein.⁸⁴ Staat und Gesellschaft seien zwar nicht mehr wie im 19. Jahrhundert »existentielle politische Gegensätze«, wohl aber bleibe die Trennung als Denkhilfe notwendig, um das Funktionieren der verschiedenen Systeme begreifen – und auch ermöglichen – zu können.⁸⁵

Diese 1970, zeitgleich mit der Einsetzung der Studienkommission zur Reform des öffentlichen Dienstrechts⁸⁶ geführte Debatte fand statt, als die marxistische Lehre in der DDR die »Widersprüche« von Individuum, Klasse, Gesellschaft und Staat im Sozialismus damaliger Prägung aufgehoben sah. Jene Sozialismuskonzeption behauptete die Identität von Staat und Gesellschaft. Tatsächlich wurde nach Vorlage des Berichts der Studienkommission im Jahr 1973 der Streit wesentlich von der Frage nach dem Erfordernis und der Legitimation des Berufsbeamtentums im modernen Verfassungsstaat beherrscht.⁸⁷ Da sich die Leistungsverwaltung des Sozialstaats der siebziger Jahre immer stärker intervenierend und regulierend in gesellschaftliche Teilbereiche hineinbegab und außerdem die damals vehement vorgetragene Mitbestimmungsforderung auf eine stärkere Partizipation gesellschaftlicher Gruppen an exekutiven Entscheidungen hinzielte, war eine scharfe Trennung zwischen Staat einerseits und Gesellschaft andererseits im historisch überkommenen Sinne nicht mehr aufrechtzuerhalten.⁸⁸ Die Rezeption marxistischer Lehren in der Bundesrepublik Deutschland schien die Gefahr einer Vergesellschaftung des Staats⁸⁹ heraufzubeschwören. Die Verteidigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums erschien geeignet, gesellschaftliche oder »klassenmäßige« Machtansprüche abzuwehren. Dem seinerzeitigen Ruf einer Minderheit der Kommission nach einer grundlegenden Reform des öffentlichen Dienstrechts (Trennung in öffentliches Statusrecht und privates Folgerecht) wurde entgegengehalten, gerade das Berufsbeamtentum in seiner herkömmlichen Gestalt sei maßgebender Pfeiler und Garant des demokratischen und sozialen Rechtsstaats.⁹⁰ Der in Artikel 33 Abs. 4 und 5 GG begründete Sonderstatus des Beamten sei nicht etwa eine »Insel« in einer im übrigen anders strukturierten Rechtsordnung⁹¹, sondern »organischer Bestandteil des grundgesetzlichen Gemeinwesens«. Denn in einem demokratischen Staat »als politische Form der freien Gesellschaft« bedürfe es ganz besonders eines Elements der Stabilität und der Nichtverfügbarkeit im freien Wettbewerb.⁹²

Derartige Argumente trugen zwar zur weiteren Festigung der hergebrachten Grund-

⁸² Quaritsch (Fn. 42).

⁸³ Quaritsch (Fn. 42), O 168.

⁸⁴ Quaritsch (Fn. 42).

⁸⁵ Quaritsch (Fn. 42), O 168.

⁸⁶ Mit Beschluß vom 11. 9. 1970 beauftragte die Bundesregierung den Bundesminister des Innern mit der Bildung einer Studienkommission, vgl. dazu: Millack/Summer, Besoldungsrecht im Spiegel gesellschaftlicher Einflüsse, ZBR 1978, 138 ff.

⁸⁷ R. Scholz, Öffentlicher Dienst zwischen öffentlicher Amtsverfassung und privater Arbeitsverfassung, in: Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat, Hrsg. W. Leisner, Berlin 1975, S. 179.

⁸⁸ R. Scholz (Fn. 87), S. 181; Millack/Summer (Fn. 86), S. 139.

⁸⁹ R. Scholz (Fn. 87).

⁹⁰ R. Scholz (Fn. 87), S. 182 unter Zitierung von Leisner, Grundlagen des Berufsbeamtentums, 1971, S. 36 ff.

⁹¹ Loschelder, »Systemgerechte Regelung« – Sachargument oder Leerformel der Dienstrechtsdiskussion?, ZBR 1978, S. 133.

⁹² Loschelder (Fn. 91), S. 137.

sätze des Berufsbeamtentums in und über die Zeit der Reformvorschläge in den siebziger und achtziger Jahren bei, zugleich engten Erfolge an der politischen Front aber die Spielräume für Beamtenrechtsänderungen im Interesse einer Stärkung des Leistungsprinzips weitgehend ein. R. Scholz anerkannte, daß die »klassisch hierarchisch-bürokratische Bauform der Verwaltung« ... »unzweifelhaft neuer Zweckrationalitäten, neuer Reagibilitäten und verstärkter Effizienzkontrollen« bedürfe.⁹³ Das Argument, daß die Einführung neuartiger Managementkonzeptionen eine Neubestimmung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, aber auch des Funktionsvorbehalts in Artikel 33 Abs. 4 GG erfordere, wurde als unzulässige »Systemveränderung« abgewehrt.⁹⁴ Die Frage, ob in der demokratischen Industriegesellschaft ein entrepreneurial spirit Einzug halten sollte in das Berufsbeamtentum, wurde schon wegen jenes Verdachts nicht angedacht. In der politisch bipolaren Welt der siebziger und achtziger Jahre schien es wichtiger zu sein, dem Beamtentum – wie in der Vergangenheit – zuvörderst eine neutrale und stabilisierende Funktion zuzuweisen. Die Auffassung des Staats als Machtgebilde war noch nicht wesentlich von der Auffassung als Service-Staat in der globalen Marktwirtschaft relativiert worden.

IV. Zur Neubestimmung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums im modernen Staat

1. Rückgang der Kontrollfunktion, Vorrücken der Unterstützungsfunktion

Bei der Frage nach der Rolle des Beamtentums in der Staatsorganisation ging es bislang – das zeigt die vorgehende historische Skizze – um die Probleme der Zuordnung und Kontrolle politischer Macht. Dem Berufsbeamtentum als personellem Substrat⁹⁵ des »Staats« ist dabei in erster Linie eine neutralisierende und stabilisierende Funktion zugeordnet. »In business, personnel is a *support* function, to help managers manage more effectively. In government, it is a *control* function and managers bitterly resent it.«⁹⁶ Erwartungen und Ansprüche an das Berufsbeamtentum wuchsen im 19. und 20. Jahrhundert um so mehr, je mehr die Machtbalance zwischen Herrschaftsgewalt und Gesellschaft gestört schien. Die damit verbundene eminente staatspolitische Funktion des Beamtentums in Deutschland tritt seit 1989 zurück. Nach dem Zusammenbruch der totalitären Zentralwirtschaft im Osten sind in der Modernisierungs-Diskussion mit den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums *politische* Schlachten schwer zu gewinnen. Jedoch bleibt die Versuchung, sie zur Verteidigung von Besitzständen zu zitieren. Diese Funktion rückt um so mehr in den Vordergrund, je mehr der Staat auf dem Rückzug zu sein scheint.⁹⁷

⁹³ R. Scholz (Fn. 87), S. 193.

⁹⁴ In diesem Sinn wohl Loschelder (Fn. 91), S. 133, 135.

⁹⁵ R. Scholz (Fn. 87), S. 181.

⁹⁶ Osborne/Gaebler (Fn. 1), S. 125.

⁹⁷ Vgl. dazu: Leisner, Der unsichtbare Staat, 1994, passim; Schuppert, Rückzug des Staats?, DÖV 1995, 761 ff.

Tatsächlich ist heute ein tiefgreifender Funktionswandel von Staat und Verwaltung zu beobachten.⁹⁸ Dies geht so weit, daß das Absterben des Staats im traditionellen Sinn als »Gebilde eigener Souveränität« vorausgesagt wird.⁹⁹ Diese Prognose ist nicht dahin mißzuverstehen, daß einem Verschwinden oder gar nur einer Schwächung öffentlicher Gewalt das Wort geredet würde. Vielmehr geht es um ein Überdenken der Staatsfunktionen. Der »Staat der Dienstleistungen« wandelt sich hinsichtlich seines Handelns, seiner Aufgabenverantwortung und in der Konsequenz auch auf der personalen Seite, d. h. im öffentlichen Dienstrecht, insbesondere im Beamtenrecht. Zu Maximen staatlicher Handlungsweisen werden eine stärkere Kooperation, Kommunikation und Beschleunigung erkoren. Die Handlungsinhalte sollen auf Steuerungsfunktionen reduziert werden.

Das Modell des enabling state findet Rezeption in der deutschen Verwaltungswissenschaft. Die hierarchische Steuerung soll sich zu einer konsensualen wandeln. Darüber hinaus wird eine Neubestimmung und zugleich Eingrenzung der staatlichen Aufgabenverantwortung diskutiert.¹⁰⁰ Dabei spielt die Frage der Vergesellschaftung von traditionellen Staatsaufgaben eine große Rolle. Staat und Gesellschaft sind stärker als zuvor miteinander verzahnt, jedoch nicht im Sinne der bis in die achtziger Jahre hinein befürchteten »Fundamentalpolitisierung«¹⁰¹, sondern im Sinne eines globalen Vordringens von Marktprinzipien. Der Staat wird eher als ein im Auftrag handelnder und an die Rechtsordnung gebundener Agent der offenen, marktwirtschaftlichen (Anspruchs-)Gesellschaft gedacht, für die er da ist, deren Sicherheit er zu gewährleisten und die er zu versorgen hat. Damit *dies* bestens besorgt wird, bedarf es eines Personals in der Bürokratie, dessen Rechtsverhältnisse zum Staat den in der Gesellschaft erprobten Marktprinzipien folgt.

Der Gesichtspunkt einer Bändigung politischer Macht durch Bürokratie, welcher das 19. und 20. Jahrhundert beherrschte, verblaßt demgegenüber zusehends. »Like the steam engine, civil service was a valuable break-through in its day. But that day has long since passed. We obviously need some protection against patronage hiring and firing. But it is time so listen to our public entrepreneurs and replace a civil service system designed for the nineteenth century with a personnel system designed for the twenty-first.«¹⁰²

3. Vom Berufsbeamtentum zur bürokratischen Elite?

Es wird darauf ankommen, wie sehr sich ein wandelndes Staatsverständnis in einer künftigen Beamtenrechtsprechung – z. B. zur Rechtmäßigkeit einer Vergabe von Führungsfunktionen auf Zeit – niederschlagen wird. Denn eine geänderte Auffassung von den Staatsfunktionen und damit auch des modernen Staats kann das »personelle Substrat« des Staats – insbesondere das Beamtentum – nicht unbeachtet lassen. Im Vordergrund der Staatsdiskussion heute steht zwar die Reichweite des

⁹⁸ Vgl. dazu: Hofe/Müller, Wandel der Staatsfunktionen – Wandel in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß, BayVBl. 1995, 225 ff.

⁹⁹ Bohret, in: Beate Kohler-Koch (Hrsg.), Staat und Demokratie in Europa, 1992, S. 117; zitiert nach Schuppert (Fn. 97), S. 769.

¹⁰⁰ Schuppert (Fn. 97), S. 768 ff.

¹⁰¹ Bockenforde, Staat und Gesellschaft, Darmstadt 1976, S. XV, XVI, zitiert nach Millack/Summer (Fn. 86), S. 139.

¹⁰² Osborne/Gaebler (Fn. 1), S. 130.

Funktionsvorbehalts. Gewandeltes staatliches Handeln und gewandelte Aufgabenverantwortung stellen aber darüber hinaus neue Ansprüche an die Rechtsverhältnisse des Beamtentums selbst. Im Grunde schwebt der »Verwaltungsmodernisierung« auf der personellen Seite die Umbildung des Berufsbeamtentums zu einer bürokratischen Elite vor.¹⁰³ Wesentliche Merkmale einer bürokratischen Elite könnten in Zukunft eine gesteigerte Kompetenz und Verantwortungsbereitschaft sein. Ob allein die sich hieraus ergebende Unabhängigkeit ausreichen würde, Zugriffe aus dem nichtgouvernementalen Raum, auch der Korruption, zu wehren, kann hier nicht beantwortet werden.

Der Wandel der Staatsfunktionen und der Auffassung vom modernen Staat im globalen Markt ist bei der Auslegung des Topos der »hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums« aber mit zu berücksichtigen. Wenn es zutrifft, daß zum modernen Staat nach wie vor ein unabhängiges und stabiles Berufsbeamtentum als Wesensmerkmal gehört, dann muß dieses sich auch an das derzeit wandelnde Verständnis von eben jenem modernen Staat anpassen, und dies kann nur eine Anpassung an betriebswirtschaftliche und verwaltungswissenschaftliche Muster bedeuten. Der bloße Wunsch nach Unabhängigkeit gerade gegenüber einer fordernden (Anspruchs-) Gesellschaft wird – nicht zuletzt wegen der anhaltend angespannten Finanzlage bei den öffentlich-rechtlichen Körperschaften – nicht ausreichen, um die Institution des Beamtentums zu konservieren. Anders als in den ideologisch bewegten siebziger Jahren wird sich der Staat den Forderungen der Gesellschaft auf dem Gebiet des Beamtenrechts nicht mit einem Verweis auf eine drohende Systemveränderung verschließen können. Ein »Zugeständnis« kann die Zulassung einer Vergabe von Führungsfunktionen auf Zeit sein. Die auch vom BVerfG für zulässig gehaltene Fortentwicklung des Beamtenrechts im demokratischen Rechtsstaat sollte deshalb Entwicklungen der gegenwärtigen Staatsdiskussion behutsam aufnehmen. Der »moderne Staat« des 21. Jahrhunderts wird nicht mehr der »moderne Staat« sein, wie er sich aus dem Absolutismus heraus entwickelt hat.

Dies bedeutet, daß das Lebenszeitprinzip und das Leistungsprinzip nicht nur in ihrer überkommenen historischen Bedeutung zu berücksichtigen und – was das Lebenszeitprinzip anlangt – sogar zu beachten sind, sondern daß der einzelne hergebrachte Grundsatz des Berufsbeamtentums dem Wandel des Staatsverständnisses und der Staatsfunktionen Rechnung trägt.

Eine derartige dynamische Auffassung des Artikels 33 Abs. 5 GG stünde einer Modernisierung des Beamtenrechts nicht a priori entgegen. Artikel 33 Abs. 5 GG stellt nicht eine Garantie des Gestrigen dar, sondern eine Garantie für eine Zukunft des Berufsbeamtentums auch bei gewandeltem Staatsverständnis. Der Blick auf die Tendenzen in anderen europäischen Staaten, auf den historischen Kontext und auf die Diskussion insbesondere in den Verwaltungswissenschaften zeigt, daß eine Auslegung des Artikels 33 Abs. 5 GG sich nicht beschränken sollte auf das Operieren mit vordergründig verstandenen Gesichtspunkten wie »Lebenszeitprinzip«, »Unabhängigkeit«, »Stabilität« und »Neutralität«, sondern eine Gesamtschau der aktuellen Wandlungen des Verständnisses von Staat und Gesellschaft erfordert. Diese könnte eine Änderung des Artikels 33 GG erübrigen. Das Beamtenrecht brauchte nicht wiedererfunden, sondern nur neu verstanden zu werden.

¹⁰³ Badura, zitiert nach Schuppert (Fn. 97), S. 765.