

Wolfram Cremer/Nicole Wolf

Art. 33 Abs. 4 GG und die Verbeamtung von Lehrerinnen und Lehrern

1 Einleitung

Andreas Gehrke und Gesa Bruno-Latocha¹ haben in einem jüngst in dieser Zeitschrift erschienenen Beitrag dargelegt, dass uns die Rechtsstellung von Lehrern an öffentlichen Schulen² und namentlich die Frage ihrer (zwingenden) Verbeamtung mutmaßlich noch lange beschäftigen wird. Zwar soll sich für die neuen Bundesländer eine Nichtverbeamtung aus tatsächlichen Gründen, nämlich wegen andernfalls zu geringer Bewerberzahlen, mittelfristig „verbieten“, die alten Bundesländer mögen vor dem Hintergrund einer guten Bewerberlage und abnehmender Schülerzahlen dagegen vermehrt auf befristete, notwendigerweise im Angestelltenverhältnis erfolgende Beschäftigung zurückgreifen. Ungeachtet der Validität dieser Prognosen hat das Thema höchste Aktualität. So forderte der Freiburger Professor für Finanzwissenschaft Bernd Raffelhüschen jüngst in einem Interview mit der Zeitschrift „Focus“³, Lehrer künftig nicht mehr zu verbeamten. Es gäbe „schlicht zu viele Beamte“ und er – Raffelhüschen – glaube „nicht, dass Lehrer oder Hochschullehrer hoheitliche Aufgaben wahrnehmen“. Deshalb sei hinsichtlich dieser Personengruppe „der Beamtenstatus auch nicht mehr zeitgemäß“. Bundesinnenminister Thomas de Maizière rief – wenngleich ohne seinerseits konkrete Forderungen nach einer Abschaffung der Lehrerverbeamtung zu erheben – in seiner Rede⁴ auf der Jahrestagung des DBB am 6. Januar 2014 in Köln dazu auf, sich kritisch mit diesem – von den Befürwortern eines einheitlichen Dienstrechts auf *privatrechtlicher* Grundlage beständig erhobenen – Vorwurf der „Überverbeamtungen“ auseinanderzusetzen und die Konturen des Berufsbeamtentums zu schärfen. Unter expliziter Benennung gerade der Berufsgruppe der Lehrerinnen und Lehrer warnte de Maizière vor der Gefahr von Unschärfen und einer gewissen „Beliebigkeit“, die sich aus der unterschiedlichen Verbeamtungspraxis in den Bundesländern ergebe. Schließlich hat das Bundesverwaltungsgericht am 27.02.2014⁵ entschieden, dass aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Streikrecht von (nach türkischem Recht) verbeamteten Lehrerinnen und Lehrern aus Verfassungsgründen nicht folgen könne, dass in Deutschland verbeamtete Lehrerinnen und Lehrer streikberechtigt wären; vielmehr hat das Bundesverwaltungsgericht dem Gesetzgeber aufgegeben, den Rechtsstatus von Lehrern neu zu regeln.

Vor diesem Hintergrund sowie anknüpfend an die Darstellung der Verbeamtungspraxis der Bundesländer bei Lehrkräften in dem genannten Beitrag von Gehrke und Bruno-Latocha wird hier die Frage behandelt, ob eine (regelmäßige) Nichtverbeamtung von Lehrerinnen und Lehrern an

1 A. Gehrke/G. Bruno-Latocha, Die Verbeamtungspraxis der Bundesländer bei Lehrkräften, RdJB 2013, 306–316.

2 Ausgeklammert bleibt hier die Frage einer Verbeamtung an Privatschulen.

3 Der nähere Inhalt des Interviews ist abrufbar unter http://www.focus.de/politik/deutschland/appell-gegen-verbeamtung-lehrer-verbeamtung-lehrer-stoppen-zu-viele-beamte-deutschland-2_id_3514872.html.

4 Die Rede ist im Wortlaut abrufbar unter http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Reden/DE/2014/01/dbb-jahrestagung.html?jsessionid=24F808176C9C996DFD804BCCB72725C1.2_cid287?nn=3314802.

5 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.02.2014, 2 C 1.13. Dieser Beitrag wurde im Januar 2014 fertiggestellt. Das (noch nicht veröffentlichte) Urteil des Bundesverwaltungsgerichts kann hier daher nur in seiner Kernaussage referiert werden.

öffentlichen Schulen rechtlich – und zwar verfassungsrechtlich – überhaupt zulässig ist.⁶ Dabei wird der Fokus auf die insoweit vordringlich gebotene Analyse des Grundgesetzes gerichtet,⁷ namentlich Art. 33 Abs. 4 GG.

2 Art. 33 Abs. 4 GG

Art. 33 Abs. 4 GG lautet: „Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ist als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen.“ Damit enthält Art. 33 Abs. 4 GG eine Grundsatzentscheidung für die Wahrnehmung bestimmter öffentlicher Aufgaben durch Beamte. Dementsprechend wird verbreitet formuliert, dass bestimmte Funktionen Beamten vorzubehalten sind und Art. 33 Abs. 4 GG mit dem Etikett „Funktionsvorbehalt“ versehen.⁸ Hier wird erörtert, ob Lehrerinnen und Lehrer diesem Funktionsvorbehalt unterfallen.

3 Vorbemerkung: Verfassungsgebot zur Verbeamtung von Lehrerinnen und Lehrern – ein schleichender Abschied

Ungeachtet der von Anfang an in mehrerlei Hinsicht heftig umstrittenen Auslegung von Art. 33 Abs. 4 GG war lange Zeit konsentiert, dass Lehrer hoheitsrechtliche Befugnisse im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG ausüben und folglich „in der Regel“⁹ verbeamtet werden müssen.¹⁰ Dieser Konsens wurde in der Verfassungsrechtswissenschaft zunehmend in Frage gestellt¹¹ und im September 2007 hat das Bundesverfassungsgericht in einem obiter dictum und mit sehr knapper Begründung festgestellt, dass Art. 33 Abs. 4 GG es nicht verbietet, Lehrerinnen und Lehrer im Angestelltenverhältnis einzustellen.¹² Dies gibt weiteren Anlass, die Verfassungsnorm des Art. 33

6 Dazu allerjüngst auch *H. Günther*, Funktionsvorbehalt und Beamtenstatus von Lehrern, ZBR 1-2/2014, S. 18.

7 Sowohl auf eine Untersuchung der Landesverfassungen als auch auf die europäischen Aspekte der Verbeamtung von Lehrern kann hier aus Gründen des Umfangs nicht eingegangen werden, vgl. zu Ersterem *W. Cremer*, Verbeamtung von Lehrern als Verfassungsgebot, in: Institut für Bildungsforschung und Bildungsrecht e.V./Deutsches Institut für Internationale Pädagogische Forschung (Hrsg.), Zur Rechtsstellung der Lehrkräfte – heute, S. 11 (13 ff.).

8 Vgl. nur *J. Masing*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Band II, 2. Aufl. 2006, Art. 33, Rn. 58.

9 Näher dazu unten 5.3.2. Vorweggenommen sei aber bereits, dass diesem Tatbestandsmerkmal des Art. 33 Abs. 4 GG für die Verbeamtung von Lehrerinnen und Lehrern keine spezifische Bedeutung beizumessen ist.

10 Siehe nur *H. Heckel*, Die Rechtsstellung des bergbäulichen Schulwesens in Nordrhein-Westfalen, DÖV 1961, S. 46 (49); *F. Ruland*, Verfassungsrecht und Beamtenrecht, ZRP 1983, S. 278 (282 f.); *W. Leisner*, Müssten Lehrer Beamte sein?, ZBR 1980, S. 361 (362 ff.). Anders frühzeitig *J. Isensee*, Beamtenstreik. Zur rechtlichen Zulässigkeit des Dienstkampfes, 1971, S. 94, der diese Auffassung auf einen Funktionsvorbehalt stützt, der lediglich obrigkeitstaatliche Eingriffe umfasse (ebenda, S. 84 ff.), diese Position aber schon in der 1980er Jahren aufgibt und fortan auf die Substanz der Staatsfunktion abstellt, siehe nur *J. Isensee*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1. Aufl. 1983, S. 1149/1173 f., sowie sodann 2. Aufl. 1994, § 32, Rn. 57. Für einen prinzipiellen Zwang zur Verbeamtung von Lehrerinnen und Lehrern sprechen sich auch in jüngerer Zeit etwa aus: *P. Badura*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, Band IV (Loseblatt, Stand: 69. Lieferung, Mai 2013), Art. 33 Rn. 57; *H. Avenarius*, in: Avenarius/Füssel, Schulrecht, 8. Aufl. 2010, Tz. 28.21; *C. von Coelln/T. Horst*, Grundgesetzliche Grenzen politischer Opportunitätserwägungen: Die verfassungsrechtlichen Vorgaben für den dienstrechtlichen Status der Lehrer, ZBR 2009, S. 109 (109 ff.); *U. Battis/H. D. Schlenga*, Die Verbeamtung der Lehrer, ZBR 1995, S. 253 (insbesondere 256 ff.).

11 *M. Böhm*, Lehrerstaus heute: Rahmenbedingungen und Reformperspektiven, DÖV 2006, S. 665 (666 f.); *Masing* (Fn. 8), Art. 33, Rn. 66 f.; *B. Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 12. Aufl. 2012, Art. 33, Rn. 41.

12 BVerfGE 119, 247 (266).

Abs. 4 GG – unter stetem Rückbezug auf Lehrerinnen und Lehrer an öffentlichen Schulen – einer genaueren Analyse zu unterziehen.

4 In einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehende Angehörige des öffentlichen Dienstes: Beamtenstatus

Art. 33 Abs. 4 GG bezeichnet mit der Wendung vom „öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis“ entsprechend den Vorstellungen im Parlamentarischen Rat¹³ und nach ganz h. M.¹⁴ den Beamtenstatus und gewährleistet in Folge dessen einen Mindesteinsatzbereich von Berufsbeamten,¹⁵ der nach Maßgabe von Art. 33 Abs. 5 GG auszugestalten ist.¹⁶ Gewährleistet ist damit zugleich das Berufsbeamtentum als Institution.¹⁷

13 Vgl. Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Band 3, Ausschluß für Zuständigkeitsabgrenzung, S. 496 ff. Die dort wiedergegebene Debatte dokumentiert verschiedene Kontroversen im Hinblick auf die in der 12. Sitzung des Zuständigkeitssausschusses am 14.10.1948 (verschiedentlich und insbesondere beim nachfolgenden Nachweis aus JÖR NF 1 wird insoweit fälschlich das Datum 14.12.1948 genannt) erstmals vorgeschlagene Einfügung einer funktional ausgerichteten Verfassungsgarantie des Berufsbeamtentums, verdeutlicht aber, dass es von Anfang an nur um eine verfassungsrechtliche Gewährleistung („Ob“ und vor allem „Wie“) des tradierten Berufsbeamtentums (und um nichts anderes) ging. Vgl. dazu auch *K.-B. von Doemming/R. W. Fülllein/W. Matz*, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes. Im Auftrage der Abwicklungsstelle des Parlamentarischen Rates und des Bundesministers des Innern auf Grund der Verhandlungen des Parlamentarischen Rates bearbeitet, JÖR NF 1 (1951), S. 314.

14 *Battis/Schlenga* (Fn. 10), S. 254; *Pieroth* (Fn. 11), Art. 33, Rn. 40; *Masing* (Fn. 8), Art. 33, Rn. 63; *von Coelln/Horst* (Fn. 10), S. 111.

15 Eine verfassungsrechtliche Grenze der Verbeamtung ergibt sich aus der Norm dagegen nicht. Ob sich eine solche (in gewissem Umfang) aus anderen Verfassungsnormen, insbesondere Art. 33 Abs. 5 GG (i. V. m. Art. 33 Abs. 4 GG), ergibt und mithin die Zweispurigkeit des Öffentlichen Dienstes ein Verfassungsgebot ist, kann hier dahinstehen. Die Thematik ist nicht nur ohne Bezug zu der hier behandelten Frage, sondern auch praktisch auf absehbare Zeit ohne Bedeutung. Soweit ersichtlich ist keine relevante gesellschaftliche oder politische Kraft identifizierbar, welche dafür plädiert, *sämtliche* Angehörigen des Öffentlichen Dienstes zu verbeamten.

16 Näher dazu jüngst *H. Günther*, Das öffentliche Dienst- und Treueverhältnis i.S.v. Art. 33 Abs. 4 GG, DÖV 2012, S. 678 ff.

17 Auf die nach ganz h. M. (dazu mit zahlreichen Nachweisen *Masing* (Fn. 8), Art. 33, Fn. 319; a. A. *J. Isensee*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1994, § 32, Rn. 52 im Einklang mit dem Parlamentarischen Rat (vgl. zum entsprechenden Willen im Parlamentarischen Rat besonders pointiert der Abg. *Reif* in der 13. Sitzung des Ausschusses für Zuständigkeitsabgrenzung, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Band 3, S. 547)) verneinte Frage, ob aus der verbindlichen Norm des Art. 33 Abs. 4 GG subjektive Rechte des Einzelnen ableitbar sind, wird hier nicht näher eingegangen. Nur soviel: Auch soweit man der h. M. folgt, mag der Einzelne, etwa der einzelne Lehrer, ggf. in Anknüpfung an das einfache (Beamten-) oder (Schul-)Recht ein subjektives Recht auf Verbeamtung geltend machen können. Im Übrigen wäre zu prüfen, ob das einfache Recht – unterstellt Art. 33 Abs. 4 GG garantiert die Verbeamtung von Lehrerinnen und Lehrern –, soweit es eine Verbeamtung von Lehrern nicht vorsieht, einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden kann. Insoweit kommt (wohl nur) eine abstrakte Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG (auch gegen ein Unterlassen) in Betracht. Dabei ist das für die Bejahung der Antragsbefugnis erforderliche objektive Interesse an der Klarstellung unabhängig von einem Interesse des Antragstellers zu beurteilen. Demgemäß kann insbesondere $\frac{1}{4}$ des Bundestages wie auch eine fremde Landesregierung Landesrecht, welches im vorgeblichen Widerspruch zu Art. 33 Abs. 4 GG Lehrerinnen und Lehrer nicht verbeamtet, dem BVerfG zur Prüfung im Wege der abstrakten Normenkontrolle zuführen. Soweit in der Literatur des Weiteren ausgeführt wird oder zumindest angedeutet ist, dass man auch einen ungleichmäßigen Umgang mit Verbeamtung bzw. Nichtverbeamtung als Einzelner unter Berufung auf das Grundgesetz nicht angreifen könne, ist dem zwar (auf Grundlage der h. M.) im Hinblick auf Art. 33 Abs. 4 GG zuzustimmen; indes ist insoweit an eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG und ggf. Art. 33 Abs. 2 GG zu denken. Ungeachtet aller prozessualen Fragen ist es aber auf Dauer verfassungspolitisch nicht hinnehmbar, einen objektiv verfassungswidrigen Zustand staatlicherseits (unter Hinweis auf fehlende Klagemöglichkeiten des Einzelnen) und gar auf Dauer zu tolerieren.

5 Hoheitsrechtliche Befugnisse

Wodurch ist dieser Mindesteinsatzbereich aber nun gekennzeichnet resp. was sind hoheitsrechtliche Befugnisse im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG? Vor allem an dieser Frage entzündet sich der Streit um die Reichweite von Art. 33 Abs. 4 GG im Allgemeinen und der Verbeamtung von Lehrerinnen und Lehrern im Besonderen. Der Diskussion um das Merkmal „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ sei Zweierlei vorangestellt. So erfasst die Norm von vorneherein nur exekutive Befugnisse¹⁸ und stellt zweitens mit ihrem Funktionsvorbehalt nicht auf ganze Verwaltungsbereiche, sondern auf die jeweilige Tätigkeit des Einzelnen oder – wie es verbreitet heißt – auf den „einzelnen Dienstposten“ ab.¹⁹

5.1 Exklusive und inklusive Gewissheiten

5.1.1 *Wirtschaftliche Betätigung und Tätigkeiten ohne eigene Sachentscheidungsgewalt: Keine Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse*

Zunächst liegt die wirtschaftliche Betätigung des Staates und der Gemeinden fraglos außerhalb des Funktionsvorbehaltes von Art. 33 Abs. 4 GG. Das gilt unbeschadet ihrer Grundrechtsgebundenheit gleichermaßen für Geschäfte zur Bedarfsdeckung wie für die erwerbswirtschaftliche Betätigung der Öffentlichen Hand. Dieses schon durch den Wortlaut nahegelegte Verständnis wird durch die Entstehungsgeschichte bestätigt. So wurde die letztendliche Formulierung „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ in bewusster und gezielter Abkehr vom ursprünglichen Vorschlag des Abgeordneten Strauß in der 12. Sitzung des Zuständigkeitsausschusses („Die staatlichen und gemeindlichen Daueraufgaben“) vorgeschlagen und akzeptiert, weil man das „Betreiben von Wirtschaftsbetrieben“, welche nach damaliger Vorstellung teils auf Dauer vom Staat bzw. den Gemeinden betrieben werden würden (und sollten), aus dem Funktionsvorbehalt ausklammern wollte.²⁰

Darüberhinaus liegen Tätigkeiten ohne eigene Sachentscheidungsgewalt – zur Umschreibung dieser Kategorie finden sich in der Literatur verschiedenste Formulierungen²¹ – zweifelsfrei außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 33 Abs. 4 GG. Zu dieser Kategorie von Tätigkeiten zählen etwa Schreibkräfte, Pförtner, Hausmeister und Gärtner.²²

5.1.2 *Eingriffsverwaltung: Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse*

Umgekehrt besteht Einigkeit, dass die mit Befehl und Zwang verbundene bzw. durchsetzbare (klassische) Eingriffsverwaltung als „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ zu qualifizieren ist.²³

18 Vgl. nur *Masing* (Fn. 8), Art. 33, Rn. 64.

19 *H. Lecheler*, Der öffentliche Dienst, in: *Insee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, 1988, § 72, Rn. 26; *Battis/Schlenga* (Fn. 10), S. 255; *J. Insee*, Beamtenstreik. Zur rechtlichen Zulässigkeit des Dienstkampfes, 1971, S. 95. Die Position findet heute (wohl) keinen Widerspruch mehr.

20 Vgl. nur 13. Sitzung des Zuständigkeitsausschusses, *JöR NF* 1, S. 317, sowie zum ursprünglichen Vorschlag von Strauß 12. Sitzung des Zuständigkeitsausschusses, in: *Deutscher Bundestag/Bundesarchiv* (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948–1949*, Band 3, S. 496 ff. (insbesondere 501).

21 Etwa *Masing* (Fn. 8), Art. 33, Rn. 64: „nicht entscheidungsprägende Hilfstätigkeiten“; weitere Nachweise bei *von Coelln/Horst* (Fn. 10), S. 111 mit Fn. 49.

22 Vgl. nur *Insee* (Fn. 19), S. 95.

23 Vgl. nur *BVerfG*, Urteil vom 18.01.2012 – 2 BvR 133/10 –, Rn. 140 mit zahlreichen Nachweisen. Nur am Rande sei

5.1.3 Gewissheiten und die Verbeamtung von Lehrerinnen und Lehrern

Rekapituliert man die geschilderten Gewissheiten, lässt sich für die Frage eines verfassungsrechtlich garantierten Beamtenstatus von Lehrerinnen und Lehrern einerseits festhalten, dass der Lehrerberuf jedenfalls nicht von vorneherein außerhalb des Funktionsvorbehalts des Art. 33 Abs. 4 GG steht, ist er doch nicht durch eine untergeordnete Tätigkeit ohne eigene Sachentscheidungsgewalt gekennzeichnet. Andererseits ist der Lehrerberuf nicht durchgängig eingriffsverwaltender Natur – das gilt insbesondere für den Unterricht im engeren Sinne, d. h. unter Ausklammerung der Notengebung –, sondern durch verschiedenste Tätigkeiten, Befugnisse und Verantwortlichkeiten geprägt, die, ohne darauf bereits an dieser Stelle näher einzugehen, eine Mischung aus eingriffsverwaltenden und nichteingriffsverwaltenden Elementen (sog. gemischte Funktion) ergeben. Wie diese Vielfalt letztendlich im Hinblick auf eine Subsumtion unter den Begriff „hoheitsrechtliche Befugnisse“ zu beurteilen ist, gehört nicht zu den allgemein konsentierten Gewissheiten im Umgang mit Art. 33 Abs. 4 GG und soll an dieser Stelle demgemäß noch offen bleiben. Es sei freilich vorweggenommen, dass der diesbezüglichen Beurteilung gemischter Funktionen in unserem Zusammenhang herausragende Bedeutung zukommt.

5.2 Ungewissheiten oder verbleibende Meinungsvielfalt

Jenseits der vorstehend geschilderten Gewissheiten ist die Diskussion durch ein breites Meinungsspektrum zur Reichweite des Funktionsvorbehalts geprägt, wobei sich drei Grundpositionen, – die freilich vielfache Ausdifferenzierungen erfahren²⁴ – identifizieren lassen, zwei Rand- bzw. Extrempositionen (5.2.1) und eine mittlere Position (5.2.2).

5.2.1 Randpositionen

Lange Zeit wurde die Diskussion um die Reichweite des Funktionsvorbehalts in Art. 33 Abs. 4 GG maßgeblich durch zwei Extrempositionen – die Reduktion des Funktionsvorbehalts auf die Eingriffsverwaltung einerseits und die (weitgehende) Einbeziehung der Leistungsverwaltung andererseits – bestimmt.

5.2.1.1 Reduktion auf die Eingriffsverwaltung

Die engste Interpretation des Funktionsvorbehalts will nur die Eingriffsverwaltung vom Tatbestandsmerkmal „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ umfasst sehen.²⁵ Dabei assoziieren die Anhänger dieser (vor allem in den 1960er und 1970er Jahren vertretenen) Position, ohne dass dies

angemerkt, dass in Literatur und Rechtsprechung keine abschließende Gewissheit darüber besteht, welches Verwaltungshandeln als Eingriffsverwaltung zu qualifizieren ist bzw. was einen Grundrechtseingriff kennzeichnet, näher dazu *W. Cremer*, *Freiheitsgrundrechte*, 2003, S. 136 ff.

24 Das gilt namentlich für die hier zuletzt behandelte „mittlere“ Position.

25 *J. Jung*, *Die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes*, 1970, S. 132 ff., resümierend S. 192; *W. Thieme*, *Der Aufgabenbereich der Angestellten im öffentlichen Dienst*, 1962, S. 25 f.; *H.-J. Wolff/O. Bachof*, *Verwaltungsrecht*, Band 1, 9. Aufl., 1974, S. 111; *H. Hill*, *Das hoheitliche Moment im Verwaltungsrecht der Gegenwart*, DVBl. 1989, S. 321 (323).

stets explizit wird, mit Eingriffsverwaltung wohl den sog. „klassischen“ unmittelbaren, finalen und mit Befehl und Zwang durchsetzbaren Eingriff.²⁶

5.2.1.2 (Weitgehende) Einbeziehung der Leistungsverwaltung

Das andere Ende des Meinungsspektrums bildet die Position, welche die Leistungsverwaltung (nahezu) durchweg oder jedenfalls soweit sie in den Formen des öffentlichen Rechts erfolgt, als „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ qualifiziert. Wohl am weitestgehenden wird – jenseits „einfacher Hilfstätigkeiten“ – die Verfolgung eines öffentlichen Zwecks für ausreichend erachtet.²⁷ Dass Lehrerinnen und Lehrer an öffentlichen Schulen nach diesem Maßstab zu verbeamteten sind, bedarf keiner weiteren Erläuterung. Andere wollen die Einbeziehung der Leistungsverwaltung zudem davon abhängig machen, dass diese in den Rechtsformen des öffentlichen Rechts erfolgt. Danach müsste jedwedes schlicht-hoheitliche Handeln grundsätzlich durch Beamte erfolgen, lediglich die verwaltungsprivatrechtliche Aufgabenwahrnehmung wäre exkludiert.²⁸ Auch nach dieser Auffassung wären Lehrerinnen und Lehrer an öffentlichen Schulen zwingend zu verbeamteten.

5.2.1.3 Bewertung der Randpositionen

Die geschilderten Extrempositionen, welche Leistungsverwaltung entweder stets außerhalb oder – jenseits eines Bagatellvorbehalts – stets (bzw. soweit diese in öffentlich-rechtlicher Form erbracht wird) innerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 33 Abs. 4 GG ansiedeln, greifen indes zu kurz und finden heute zu Recht²⁹ sämtlich kaum mehr Zuspruch. Überzeugender ist demgegenüber mit der heute h. M. eine besondere Qualität der Leistungs- bzw. der Nichteingriffsverwaltung zu verlangen, um die entsprechende Tätigkeit unter den Funktionsvorbehalt subsumieren zu können.

5.2.2 Leistungsverwaltung von besonderer Qualität: Eine Konkretisierung

Wie aber muss nun die dienstliche Tätigkeit beschaffen sein, um sie unter „Leistungsverwaltung von besonderer Qualität“ subsumieren zu können? Im Laufe der letzten Jahre und Jahrzehnte hat die seit Langem verfochtene³⁰ und sich einer beständig zunehmenden Anhängerschaft erfreuende These, wonach die Einschlägigkeit des Funktionsvorbehalts von der besonderen (inhaltlichen)

26 Soweit ersichtlich haben sich die Vertreter dieser Auffassung nicht explizit zur Verbeamtung von Lehrerinnen und Lehrern an öffentlichen Schulen geäußert. Es liegt aber in der Konsequenz dieses engen, auf eine restriktive Auslegung des Art. 33 Abs. 4 GG pochenden Ansatzes, eine Anwendung des Funktionsvorbehalts auf den Lehrerberuf zu verneinen.

27 H. Lecheler, Der öffentliche Dienst, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, 1988, § 72 Rn. 37; P. Kirchhof, Der Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse in Art. 33 Abs. 4 des Grundgesetzes, 1968, S. 127; W. Leisner, Legitimation des Berufsbeamtentums aus der Aufgabenerfüllung, 1988, S. 52 ff.

28 So etwa W. Rudolf, Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart, VVDStRL Band 37 (1979), S. 175 (200 ff.); P. Lersch, Verbeamtung als Verfassungsauftrag?, 1973, passim.

29 Vgl. zu den gegen die Extrempositionen streitenden Argumenten ausführlich Cremer (Fn. 7), S. 22 f. Dass auf eine Auseinandersetzung mit den Extrempositionen dennoch auch heute nicht gänzlich verzichtet werden kann, zeigt nicht zuletzt ihre Erwähnung in der einleitend genannten Rede de Maizières auf der Jahrestagung des DBB.

30 Etwa M. Benndorf, Zur Bestimmung der „hoheitsrechtlichen Befugnisse“ gemäß Art. 33 Abs. 4 GG, DVBl. 1981, S. 23 (26 f.); F. Ruland, Verfassungsrecht und Beamtentum, ZRP 1983, S. 278 (282 f.); W. Leisner, Legitimation des Berufsbeamtentums aus der Aufgabenerfüllung, 1988, abgedruckt in: ders., Beamtentum, 1995, S. 163 (166); im Ausgangspunkt auch von Coelln/Horst (Fn. 10), S. 113.

Qualität der Aufgabe abhängen soll, vielfache Ausdifferenzierungen in Gestalt konkretisierender Subkriterien erfahren.³¹ Dabei sei den Interpretationsansätzen, welche konkretisierend auf die Kriterien der Funktionsadäquanz, des materiellen Schwerpunktes der Staatstätigkeit oder die Substanz der Staatsaufgabe abstellen, hier nur in aller Kürze entgegengehalten, dass sie ob ihrer Unbestimmtheit kaum geeignet sind, den Funktionsvorbehalt auszugestalten.³²

5.2.2.1 Grundrechtsrelevante Leistungsverwaltung – zugleich zum Bundesverfassungsgericht

5.2.2.1.1 Zum Funktionsvorbehalt im Allgemeinen

Eine im Vordringen befindliche Auffassung schlägt zur Bestimmung des Funktionsvorbehalts in Art. 33 Abs. 4 GG eine grundrechtsorientierte Interpretation vor, nach der neben der Eingriffsverwaltung auch die (ausreichend) grundrechtsrelevante Leistungsverwaltung dem Funktionsvorbehalt unterfällt.³³ Vor einer Würdigung dieses Vorschlags wird hier noch illustriert, dass eine nähere Analyse des bereits erwähnten Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom September 2007 nahelegt, dass auch das Bundesverfassungsgericht (am ehesten) dieser Auffassung zuneigt.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich in diesem im Kern Art. 33 Abs. 5 GG betreffenden Beschluss³⁴ auch zur Auslegung von Art. 33 Abs. 4 GG sowie, was an dieser Stelle aber noch zurückgestellt werden soll, in einem obiter dictum zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Nichtverbeamtung von Lehrern geäußert. Dort heißt es zunächst: „Zum Gewährleistungsbereich des Art. 33 Abs. 4 GG gehören jene Aufgaben, deren Wahrnehmung die besonderen Verlässlichkeits-, Stetigkeits- und Rechtsstaatlichkeitsgarantien des Beamtentums erfordert.“³⁵ Doch welche Spezifika kennzeichnen nun gerade jene Aufgaben, deren Wahrnehmung die besondere Verlässlichkeit, Stetigkeit und Rechtsstaatlichkeit erfordern? Um insoweit zu einer Präzisierung des bundesverfassungsgerichtlichen Maßstabs zu gelangen, soll die an dieser Stelle des Beschlusses in Bezug genommene Literatur³⁶ einer näheren Analyse unterzogen werden. Dabei ist zunächst zu konstatieren, dass die zuvörderst in Bezug genommenen Ausführungen *Walter Leisners*³⁷ insoweit kaum zur Präzisierung beitragen, als dieser die Legitimation des Beamtenstatus weniger aus der Aufgabe als vielmehr „aus der Art ihrer Erfüllung“ herleiten will bzw. es auf die „Qualität gerade der beamtlichen Aufgabenerfüllung“ ankommen soll. Auch der Verweis auf *Peter Bandura*³⁸ er-

31 Freilich verstehen sich die Vertreter dieser Subpositionen nicht durchweg als solche oder machen dies jedenfalls nicht explizit.

32 Vgl. im Einzelnen näher zu den insoweit vertretenen Konkretisierungsansätzen *Cremer* (Fn. 7), S. 25 f.

33 *Masing* (Fn. 8), Art. 33, Rn. 66; *Pieroth* (Fn. 11), Art. 33, Rn. 41 und schon *Ruland* (Fn. 30), S. 278 (282 f.). Vgl. auch *Badura* (Fn. 10), Art. 33 Rn. 56, der Entscheidungen einbezogen haben möchte, die für die grundrechtliche Gewährleistung der Freiheit, die sozialstaatliche Teilhabe oder den rechtsstaatlichen Vollzug der Gesetze wesentlich sind. Grundsätzlich sympathisierend auch *von Coelln/Horst* (Fn. 10), S. 113. Teils wird ergänzend zur Grundrechtsrelevanz auf funktionale Gesichtspunkte abgestellt; insbesondere darauf, ob für eine Tätigkeit eine relative Unabhängigkeit oder eine spezielle Pflichtenstellung typischerweise wesentlich ist, so *Masing*, ebenda. Vgl. auch schon *Benndorf* (Fn. 30), S. 26 f., der darauf abstellen will, ob „über für den Bürger entscheidende Leistungen obrigkeitlich entschieden wird“, wozu er etwa Entscheidungen über die Sozialhilfe- und Rentengewährung zählt.

34 BVerfGE 119, 247 ff., zur Zulässigkeit antragsloser Teilzeitverbeamtung.

35 BVerfGE 119, 247 (261). Vgl. jüngst auch BVerfG, Urteil vom 18.01.2012 – 2 BvR 133/10 –, Rn. 136.

36 In Bezug genommen werden *W. Leisner*; *P. Badura*; *J. Isensee* sowie *M. Jachmann/T. Strauß*.

37 *W. Leisner*, Legitimation des Berufsbeamtentums aus der Aufgabenerfüllung, 1988, abgedruckt in: ders., *Beamtentum*, 1995, S. 163 (166).

38 *P. Badura*, Die hoheitlichen Aufgaben des Staates und die Verantwortung des Berufsbeamtentums, ZBR 1996, S. 321 (324).

scheint – *prima facie*³⁹ – im Hinblick auf eine Präzisierung wenig zielführend, da sich bei eben jenem nicht mehr als die Aussage findet, der Funktionsvorbehalt gelte „für die wesentlichen Entscheidungen und Regelungen der öffentlichen Verwaltung“. Der des Weiteren in Bezug genommene *Josef Isensee*, dessen Formulierung das Bundesverfassungsgericht in dem oben wiedergegebenen Zitat im Wortlaut übernommen hat, fügt dem explikativ hinzu, „Aufgaben, die (...) ohne größere Gefahren für das Gemeinwohl den Arbeitnehmerstatus vertragen, dürften auch den Übergang auf den Markt aushalten“⁴⁰ und konstatiert in der daran anschließenden Analyse der Wirklichkeit eine weitgehende Ignoranz gegenüber dem (auch die Leistungsverwaltung in substantiellem Umfang umfassenden) Verbeamtungsgebot nach Art. 33 Abs. 4 GG.⁴¹ Die abschließend in Bezug genommenen *Monika Jachmann/Thomas Strauß* führen an der vom Bundesverfassungsgericht zitierten Stelle⁴² schließlich aus: „Der Wirkungskreis des Beamten und damit die Reichweite des Funktionsvorbehalts bestimmt sich vordringlich nach der Grundrechtsrelevanz staatlichen Handelns für den Bürger.“

Resümierend wird somit nicht nur überdeutlich, dass das Bundesverfassungsgericht nicht etwa in dem Sinne zu verstehen ist, dass der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG allein die Eingriffsverwaltung erfasst, sondern dass es vielmehr auf die Bedeutung der Aufgabe und die Schwierigkeit ihrer Erfüllung ankommt und der Funktionsvorbehalt in diesem Sinne wichtige und wesentliche Verwaltungstätigkeit erfasst. Schon vor diesem Hintergrund liegt es nahe, an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Wesentlichkeitslehre anzuknüpfen, und dies dahingehend zu konkretisieren, dass wesentlich vor allem auch wesentlich für die Grundrechtsausübung bedeutet.

Unabhängig von der Position des Bundesverfassungsgerichts bleibt die Frage, ob die Ausfüllung des Funktionsvorbehalts durch Eingriffsverwaltung plus (hinreichend) grundrechtsrelevante Leistungsverwaltung zu überzeugen vermag. Der heute weitgehend bestehende Konsens, wonach der Funktionsvorbehalt neben der Eingriffsverwaltung auch Teile der Leistungsverwaltung umfasst, soweit sie eine gewisse, nach welchen Maßstäben auch immer zu konkretisierende Qualität bzw. Wichtigkeit aufweisen, steht mit dem Wortlaut von Art. 33 Abs. 4 GG ohne Weiteres im Einklang. So ruft uns die Verfassung – wie jüngst auch *de Maizière* in seiner Rede zu Recht anerkannt hat – nicht dazu auf, ausschließlich im Bereich der Eingriffsverwaltung zu verbeamten. Vielmehr lässt sich auch die Leistungsverwaltung in den Formen des öffentlichen Rechts zwanglos als hoheitsrechtlich etikettieren.⁴³ Des Weiteren stützt die Entstehungsgeschichte diese Interpretation, wurde doch in den verschiedenen Ausschüssen des Parlamentarischen Rats im Kontext der Diskussion um Art. 33 Abs. 4 GG bzw. seiner Vorläuferfassungen immer wieder betont, dass wichtige resp. anspruchsvolle Verwaltungsaufgaben von Beamten ausgeübt werden sollen. Schließlich streitet auch das bereits angeführte teleologische Argument, wonach der besondere, entsprechend Art. 33 Abs. 5 GG „geschützte“ Beamtenstatus eine besondere Qualität bzw. Wichtigkeit der Aufgabe nahelegt, für eine solche Interpretation des Art. 33 Abs. 4 GG.

39 Siehe aber sogleich zur Würdigung seiner Ausführungen im Zusammenhang mit der Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie den vom Bundesverfassungsgericht ebenfalls zitierten Ausführungen von *Jachmann/Strauß*.

40 *J. Isensee*, Affekt gegen Institutionen – Überlebt das Berufsbeamtentum?, ZBR 1998, S. 295 (304).

41 *Isensee*, ebenda.

42 *M. Jachmann/T. Strauß*, Berufsbeamtentum, Funktionsvorbehalt und der „Kaperbrief für den Landeinsatz“, ZBR 1999, S. 289 (296).

43 Vgl. insoweit auch *J. Jung*, Die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes, 1970, S. 132–135.

Diese Qualität bzw. Wichtigkeit sodann im Sinne von Grundrechtswichtigkeit oder – wie es zumeist heißt – Grundrechtswesentlichkeit zu konkretisieren, gebietet die im Wege systematisch-teleologischer Auslegung gewonnene Erkenntnis, dass gerade das Grundgesetz den Einzelnen und den Schutz seiner Grundrechte in den Mittelpunkt der Verfassungsordnung stellt. Der Staat muss sein Handeln nach der Konzeption des Grundgesetzes stets auch im Lichte der Grundrechte des Einzelnen legitimieren können. Diese oberste Verfassungsprämisse zieht sich folgerichtig wie ein roter Faden durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die auch jenseits der Grundrechtsjudikatur im engeren Sinne durch eine dementsprechende Ausrichtung geprägt ist – erwähnt sei hier nur der vor allem mittels der Grundrechtswesentlichkeit zu bestimmende Umfang des Parlamentsvorbehalts sowie die von der Grundrechtswesentlichkeit abhängenden Anforderungen an die Bestimmtheit einer Verordnungsermächtigung im Sinne von Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG.⁴⁴ Gerade die in Art. 33 Abs. 4 GG verankerte Garantie verfolgt – auch wenn Art. 33 Abs. 4 GG nach h. M. kein subjektives Recht verbürgt – das Ziel, die Rechte und insbesondere die Grundrechte des Einzelnen durch eben verlässliche und qualifizierte Beamte zu schützen. Dem entspricht es denn auch, wenn das Bundesverfassungsgericht zum Gewährleistungsbereich des Art. 33 Abs. 4 GG jene Aufgaben zählt, deren Wahrnehmung die besonderen Verlässlichkeits-, Stetigkeits- und Rechtsstaatlichkeitsgarantien des Beamtentums erfordert,⁴⁵ und es dann weiter heißt, dass das Berufsbeamtentum von den Müttern und Vätern des Grundgesetzes „als ein Instrument zur Sicherung von Rechtsstaat und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“ verstanden wurde. Genau dafür sei ein nach innen und außen unabhängiger Beamtenapparat unerlässlich.⁴⁶ Schließlich ist – darauf sei zur argumentativen Abrundung hingewiesen – der enge Zusammenhang zwischen Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz in der Verfassungsrechtswissenschaft und darüber hinaus schon seit Langem nicht mehr erklärungsbedürftig.

Nach allem unterfällt neben der Eingriffsverwaltung auch die grundrechtswesentliche Leistungsverwaltung dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG.

5.2.2.1.2 *Zum Funktionsvorbehalt im Besonderen: Lehrerinnen und Lehrer an öffentlichen Schulen*

Bleibt die Frage, was aus einem derartigen, maßgeblich an der Grundrechtswesentlichkeit zu orientierenden Funktionsvorbehalt im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG für die Verbeamtung von Lehrerinnen und Lehrern folgt.

5.2.2.1.3 *Bundesverfassungsgericht*

Wie bereits angedeutet, hat das Bundesverfassungsgericht in dem Beschluss vom September 2007 in einem obiter dictum⁴⁷ ausgeführt, eine Anstellung von Lehrern im Angestelltenverhältnis sei

44 Ausführlich dazu *W. Cremer*, Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG und Parlamentsvorbehalt – Dogmatische Unstimmigkeiten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 122 (1997), S. 248 ff.

45 Vgl. nochmals BVerfGE 119, 247 (261).

46 BVerfGE 119, 247 (261 f.).

47 Vorliegend kam es auf ein Verfassungsgebot der Lehrerverbeamtung nach den Ausführungen des Gerichts deshalb nicht mehr an, weil die in Rede stehende Rechtfertigung eines Einbruchs in Art. 33 Abs. 5 GG unter Rekurs auf das Sozialstaatsprinzip vorher schon endgültig unter Hinweis darauf abgelehnt worden war, dass es insoweit an einer mit Art. 33 Abs. 5 GG vergleichbaren verfassungsrechtlichen Position fehle, BVerfGE 119, 247 (266 f.). Die nachfolgenden Aus-

mit den Vorgaben des Art. 33 Abs. 4 GG vereinbar, „weil Lehrer in der Regel nicht schwerpunktmäßig hoheitlich geprägte Aufgaben wahrnehmen, die der besonderen Absicherung durch den Beamtenstatus bedürften“.⁴⁸ Indes wird nicht erläutert, was „hoheitlich“, „schwerpunktmäßig“ und „in der Regel“ bedeuten – und dieses Defizit wird in dem jüngst ergangenen Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom Januar 2012 durch bloßen Verweis auf den Beschluss vom September 2007 fortgeschrieben.⁴⁹ Stattdessen findet sich allein ein Verweis auf eine Kommentierung von *Johannes Masing*.⁵⁰ *Masing* knüpft ebenda zunächst entstehungsgeschichtlich an, indem er die Diskussion im Parlamentarischen Rat über die Fürsorgerinnen heranzieht und ausführt, dass im Parlamentarischen Rat für diese Gruppe, die sowohl hoheitsrechtliche wie nichthoheitsrechtliche Funktionen ausübe (sog. Mischfunktionen oder gemischte Funktionen), angenommen wurde, dass insoweit kein Zwang zur Verbeamtung bestehe.⁵¹ *Masing* sieht die Fürsorgerinnen sodann exemplarisch für die gemischten Funktionen, ordnet die Lehrer dieser Kategorie zu und zieht den Schluss, dass es auf der so skizzierten Linie des Parlamentarischen Rates liege, Lehrer nicht verbeamtet zu müssen.

5.2.2.1.4 Entstehungsgeschichtliches zur Reichweite des Funktionsvorbehalts

Die Bedeutung der Entstehungsgeschichte⁵² als für die Interpretation der Reichweite des Funktionsvorbehalts maßgebliches Kriterium soll hier nicht negiert werden. Indes kann der Argumentation *Masings* und mithin auch des sich darauf beziehenden Bundesverfassungsgerichts nicht gefolgt werden. *Masing* bezieht sich in seiner Würdigung der Entstehungsgeschichte wohl⁵³ vor allem auf die Diskussionen in der 12. Sitzung (14.10.1948) und in der 13. Sitzung des Ausschusses für Zuständigkeitsabgrenzung am 15.10.1948. Die Erörterungen aus der 12. Sitzung sind dabei vorliegend bereits insofern ohne Belang, als dort über einen bereits aus tatsächlichen Erwägungen nicht vergleichbarer Fall debattiert wurde. Die Diskussion in der 13. Sitzung⁵⁴ lässt sich hingegen in der Tat in dem von *Masing* gewürdigten Sinne deuten. Allerdings ist – insbesondere im Hinblick auf die hier maßgebliche Berufsgruppe der Lehrerinnen und Lehrer – besonders hervorzuheben, dass nach der Vorstellung des Parlamentarischen Rates ein Verbeamtungszwang dann nicht besteht, wenn die hoheitsrechtlichen Befugnisse im Rahmen einer gemischten Funktion nur eine *untergeordnete* Rolle spielen. Der Diskussion lässt sich hingegen nicht entnehmen, dass Personen,

fürungen des Gerichts zur Möglichkeit einer Teilzeitbeschäftigung von Lehrern im Angestelltenverhältnis zeigen lediglich Regelungsmöglichkeiten zur Herstellung einer nicht verfassungsrechtlich gebotenen, sondern an sachlich-politisch Maßstäben orientierten praktischen Konkordanz auf.

48 BVerfGE 119, 247 (267).

49 BVerfGE 130, 76 (116). Streng genommen wird die Gedankenführung aus dem Beschluss von 2007 sogar noch verwirrt und dadurch geschwächt, dass der Verweis im Urteil von 2012, ebenda, Rn. 143 ff., im Rahmen des Diskussion der Ausnahmemöglichkeit des Art. 33 Abs. 4 GG („in der Regel“) erfolgt.

50 *Masing* (Fn. 8), Art. 33 Rn. 67.

51 Dogmatisch umsetzen will *Masing* (Fn. 8), Art. 33, Rn. 67, diesen entstehungsgeschichtlichen Befund über den Ausnahmeverbehalt („in der Regel“) in Art. 33 Abs. 4 GG.

52 Hier soll dabei nur auf die Entstehungsgeschichte im Hinblick auf ein „allgemeines“ Verständnis der „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG eingegangen werden. Vgl. zur letztlich unergiebigem Erörterung der spezifischen Frage einer Einbeziehung von Lehrerinnen und Lehrern in den Funktionsvorbehalt im Parlamentarischen Rat bzw. seinen Ausschüssen *Cremer* (Fn. 7), S. 35 ff.

53 Er verweist an der maßgeblichen Stelle seiner Kommentierung (Rn. 67, Fn. 359) auf Rn. 13 und Fn. 65, wo eben diese Sitzungen, ausdrücklich die 12. Sitzung des Ausschusses für Zuständigkeitsabgrenzung, auszugsweise referiert werden.

54 Vgl. Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948–1949*, Band 3, Ausschuss für Zuständigkeitsabgrenzung, S. 547.

die nur teilweise hoheitliche Aufgaben wahrnehmen oder besser mit der „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ betraut sind, *stets* – etwa auch bei (deutlichem) Überwiegen des hoheitlichen Anteils an der Gesamttätigkeit – außerhalb des Funktionsvorbehalts stehen sollten; dies wird von *Masing* selbst letztlich auch nicht behauptet.⁵⁵ Auf dieser generellen Linie liegt schließlich auch die zeitlich nachfolgende Diskussion über die zwangsweise Verbeamtung von Fürsorgerinnen in der 28. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 03.12.1948⁵⁶, die hier indes nur der Vollständigkeit halber aufgeführt sei.⁵⁷ Analysiert man die diesbezüglichen Äußerungen der Abg. von Mangoldt, Reif, Heuss und Weber in ihrem Zusammenhang ergibt sich wohl, dass Fürsorgerinnen im Gegensatz zu anderen unbenannten Personengruppen („wer weiß wen“)⁵⁸ unter den Funktionsvorbehalt fallen sollen, üben diese doch „in vielen Fällen Polizeigewalt“ aus.

Anknüpfend an obige Ausführungen zieht sich durch sämtliche Diskussionen im Parlamentarischen Rat (namentlich im Ausschuss für Zuständigkeitsabgrenzung, im Grundsatzausschuss und im Hauptausschuss⁵⁹), dass man eine Fassung des Art. 33 Abs. 4 GG anstrebte, welche gegenüber dem Stand in den Jahren 1948/1949 eher zu einer Verkleinerung der Beamtenschaft führte resp. den Gesetzgebern in größerem Umfang als bis dahin ein Wahlrecht einräumte. Es wurde gezeigt, dass demgemäß wirtschaftliche Tätigkeiten von Staat und Kommunen sowie nicht hinreichend grundrechtsrelevante Leistungsverwaltung aus dem Funktionsvorbehalt auszuschneiden sind. Im Hinblick auf gemischte Funktionen legt die Entstehungsgeschichte dagegen nahe, dass die Zuordnung oder Nichtzuordnung zum Funktionsvorbehalt letztlich vom Anteil (Quantität) und Gewicht (Qualität) der hoheitsrechtlichen Befugnisse abhängt. Oder um nochmals den vom Bundesverfassungsgericht in Bezug genommenen *Masing* zu zitieren: „Entscheidend ist, wo das Schwergewicht hoheitlicher⁶⁰ Tätigkeit liegt.“

5.2.2.1.5 *Der Lehrerberuf als (unentwirrbares) Mixtum aus Eingriffsverwaltung und grundrechtswesentlicher Leistungsverwaltung*

In Anknüpfung an den vorgängigen Befund gilt es nunmehr zu klären, ob und ggf. inwiefern es sich beim Lehrerberuf um eine gemischte Funktion im soeben beschriebenen Sinne handelt sowie ggf. schließlich, inwiefern der Anteil der hoheitlichen Befugnisse – um die Formulierung *Masings* aufzugreifen – „nur eine untergeordnete, nicht das Gesamtbild der betreffenden Tätigkeit prägende Rolle spielt“⁶¹. Wendet man sich diesen – vom Bundesverfassungsgericht nicht erörterten – Fragen zu, gilt es erstens zu analysieren, welches eigentlich die Aufgaben eines Lehrers sind, zweitens, ob und ggf. inwiefern diese als „hoheitsrechtliche Befugnisse“ zu qualifizieren sind und ggf. drittens, welche Prägung im beschriebenen Sinne sich daraus für den Lehrerberuf ergibt.

Es wird kaum bestritten, dass Lehrerinnen und Lehrer, wenn sie prüfen, Noten geben, über Versetzungen entscheiden, Abschlusszeugnisse erteilen bzw. daran durch Notengebung mitwirken so-

55 Vgl. neben Art. 33, Rn. 67 auch Art. 33, Rn. 70.

56 Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Band 5/II, Ausschuss für Grundsatzfragen, S. 798.

57 Vgl. dazu näher *Cremer* (Fn. 7), S. 31 f.

58 Vgl. die Äußerung der Abg. *Weber*, ebenda.

59 Vgl. insbesondere die Anmerkung des Allgemeinen Redaktionsausschusses zu Art. 27b der in 2. Lesung des Hauptausschusses beschlossenen Fassung, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Band 7, Entwürfe zum Grundgesetz, S. 225 sowie JöR NF, Band 1, S. 323.

60 Gemeint ist der Verwaltungstätigkeit.

61 Vgl. nochmals *Masing* (Fn. 8), Art. 33, Rn. 70.

wie Disziplinarmaßnahmen gegenüber Schülerinnen und Schülern erlassen, hoheitsrechtliche Befugnisse ausüben.⁶² Wie aber ist im Hinblick auf eine (notwendige) Verbeamtung von Lehrerinnen und Lehrern die kaum zu bestreitende Tatsache zu bewerten, dass der Lehrerberuf maßgeblich durch Unterrichten (und dessen Vorbereitung) geprägt ist, handelt es sich doch insoweit jedenfalls nicht um klassische Eingriffsverwaltung? Ungeachtet der Tatsache, dass der vielbeschworene „klassische Eingriffsbegriff“ und mithin auch eine konturenscharf beschreibbare „klassische Eingriffsverwaltung“ historisch nicht nachweisbar sind,⁶³ steht das Unterrichten in einem untrennbaren Zusammenhang mit der Stellung von Klassenarbeiten, der Vergabe von Noten und letztlich (Abschluss-)Zeugnissen sowie Versetzungsentscheidungen und gar mit dem Erlass von Disziplinarmaßnahmen – dienen diese doch regelmäßig und typischerweise der Ermöglichung eines geordneten Unterrichts. Dennoch ließe sich, anknüpfend an die obigen Ausführungen zu gemischten Funktionen, argumentieren, der Lehrerberuf mit seinen unterschiedlichen dienstlichen Tätigkeiten sei wegen des quantitativen Überwiegens von Unterricht insgesamt nicht unter das Merkmal „Ausübung hoheitlicher Befugnisse“ zu subsumieren.

Eine solche These, die letztlich wohl auch der Position des Bundesverfassungsgerichts zu Grunde liegt resp. liegen muss, überzeugt freilich nicht. Insofern sei zunächst daran erinnert, dass es für die Qualifikation einer Tätigkeit als „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ maßgeblich darauf ankommt, ob diese wesentlich und insbesondere grundrechtswesentlich ist,⁶⁴ und nicht darauf, ob die eingriffsverwaltenden Elemente im Lehrerberuf bei einer quantitativ oder qualitativ ausgerichteten Würdigung nachrangig sind. Angesichts der Bedeutung von Versetzungsentscheidungen und Abschlusszeugnissen, aber auch der Vergabe von Noten als Teil eines Abschlusszeugnisses für die Lebenschancen des Einzelnen dürfte kaum zu bestreiten sein, dass es sich jenseits der Frage „Eingriffs- oder Leistungsverwaltung“, „Verwaltungsakt oder Nichtverwaltungsakt“, um wesentliche und gar sehr wesentliche und eben auch grundrechtswesentliche Entscheidungen handelt. Wer insoweit noch aufklärungsbedürftig ist, dem sei die Lektüre der „*numerus clausus-Entscheidung*“ des Bundesverfassungsgerichts⁶⁵ empfohlen. Zudem sei die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zur Frage der Grundrechtswesentlichkeit von Schule und namentlich die Schulentlassungsentscheidung⁶⁶ in Erinnerung gerufen.

Nichts anderes ergibt sich, wenn man einmal – abweichend von obiger Würdigung – unterstellt, dass sich der Unterricht aus dem Gesamtaufgabenfeld eines Lehrers herauslösen, also isolieren ließe. Wenn man die allseits gepredigte und jüngst im Koalitionsvertrag⁶⁷ von CDU, CSU und SPD als klare Priorität benannte Prämisse, dass die Ausgestaltung von Bildung und gerade Schulbildung (und vorschulischer Bildung) für die Gesellschaft als Wissensgesellschaft insgesamt, aber auch für den Einzelnen, *die* zentrale Zukunftsaufgabe ist, ernst nimmt, wird man kaum begründen können, dass gerade das Unterrichten des Lehrers als Grundlage der Wissensgesellschaft (grundrechts-)unwesentlich ist. Auch insoweit mag man ergänzend auf die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zur Grundrechtswesentlichkeit von Unterrichtsinhalten verweisen.⁶⁸ Überdies umfasst die Lehrtätigkeit jedes einzelnen Lehrers – worauf das Bundesverwaltungsgericht zu Recht

62 Vgl. auch *Avenarius* (Fn. 10), Tz. 28.21; *Battis/Schlenga* (Fn. 10), S. 257. Sehr zurückhaltend aber *Böhm* (Fn. 11), S. 666 f., dagegen *Cremer* (Fn. 7), S. 33.

63 Dazu *W. Roth*, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, 1994, S. 10 ff.; *Cremer* (Fn. 23), S. 147 ff. m. w. N.

64 Siehe oben 5.2.2.1.

65 BVerfGE 33, 303.

66 BVerfGE 58, 257.

67 Vgl. zur propagierten überragenden Bedeutung der Bildung Ziffer 1.2. des Koalitionsvertrages zwischen CDU, CSU und SPD.

68 Siehe nur BVerfGE 47, 46.

hinweist – Aufgaben von großer staatspolitischer Bedeutung, „weil die Schule in hervorragendem Maße den heranwachsenden Staatsbürgern entsprechend ihrem Alter, ihrem Verständnis und ihrer Reife die Werte der Staatsordnung bewußt zu machen hat und weil diese Verpflichtung dem einzelnen Lehrer als ein den gesamten Unterricht durchwirkendes Unterrichtsprinzip aufgetragen und Bestandteil seiner dienstlichen Unterrichts- und Erziehungsaufgabe ist, die bereits in der Grundschule einzusetzen hat“⁶⁹. Dieser „staatstragende“ Lehr- und Erziehungsauftrag kann kaum überbewertet werden. Nur der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass die Schülerinnen und Schüler der Primar- und der Sekundarstufe I die Schule nicht freiwillig auf- und besuchen, sondern einer letztendlich gar zwangsweise durchsetzbaren Schulpflicht unterliegen.

5.3 Fazit

Nach allem ist die Tätigkeit von Lehrern und Lehrerinnen insgesamt grundrechtswesentlich und mithin nach Maßgabe der hier entwickelten und auch vom Bundesverfassungsgericht (und *Masing*) geteilten Grundposition zur Auslegung von Art. 33 Abs. 4 GG „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ im Sinne dieser Norm. Wenn das Bundesverfassungsgericht demgegenüber – wie geschildert ohne nähere Erläuterung – zu einem anderen Ergebnis gelangt, nimmt es seine eigenen Prämissen nicht ernst. Eine nähere Analyse des Charakters der Tätigkeit von Lehrerinnen und Lehrern und eine daran anschließende Subsumtion unter die eigene Auslegung von „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ hätte – wie hier gezeigt – zu dem entgegengesetzten Ergebnis führen müssen.

5.3.1 Ständige Aufgabe

Die Begrenzung des Funktionsvorbehalts auf die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse „als ständige Aufgabe“ war nach den Vorstellungen im Parlamentarischen Rat vor allem darauf gerichtet, solche hoheitlichen Tätigkeiten auszuklammern, welche (mutmaßlich) nur zeitweilig in der (unmittelbaren) Nachkriegszeit anfallen.⁷⁰ Darüber hinaus scheidet ein Verbeamtungszwang für Aufgaben von absehbar begrenzter Dauer generell aus. Dazu mag zwar der Vorbereitungsdienst zählen,⁷¹ die Tätigkeit von Lehrern und Lehrerinnen an öffentlichen Schulen ist aber (im Regelfall) eine ständige Aufgabe im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG.

5.3.2 Begrenzte Zulässigkeit von Ausnahmen

Nach Art. 33 Abs. 4 GG ist die Ausübung hoheitlicher Befugnisse „in der Regel“ Beamten zu übertragen. In welchem Umfang und aus welchen Gründen danach Ausnahmen vom Verbeamtungszwang zulässig sind, ist alles andere als eindeutig und geklärt.⁷² Insofern hilft es jedenfalls im Hinblick auf Lehrerinnen und Lehrer auch nicht weiter, wenn das Bundesverfassungsgericht in dem bereits erwähnten Urteil vom 18.01.2012 formuliert, Abweichungen bedürften der „Recht-

69 BVerwGE 47, 330.

70 Vgl. dazu mit Nachweisen *Masing* (Fn. 8), Art. 33, Rn. 69.

71 Vgl. nur BVerfGE 39, 334 (372); *Pieroth* (Fn. 11), Art. 33, Rn. 41.

72 Vgl. dazu nur die inhaltlich teils substanziiell divergierenden bzw. kümmerlichen Kommentierungen zu diesem Tatbestandsmerkmal bei *Badura* (Fn. 10), Art. 33, Rn. 58; *Pieroth* (Fn. 11), Art. 33, Rn. 42; *Masing* (Fn. 8), Art. 33, Rn. 70.

fertigung durch einen besonderen sachlichen Grund“.⁷³ Denn obwohl die Aufgaben des Lehrers in diesem Kontext vom Bundesverfassungsgericht als Beispiel für eine zulässige Ausnahme genannt werden,⁷⁴ zeigt der Verweis auf den Beschluss vom September 2007, dass das Gericht schon eine „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ negieren will.⁷⁵ Für die Begründung einer Ausnahme i. S. v. Art. 33 Abs. 4 GG („in der Regel“) wird jedenfalls vom Bundesverfassungsgericht nichts vorgetragen und – so mag man hinzufügen – es ist auch nichts Belastbares ersichtlich. Demnach kommt eine Nichtverbeamtung von Lehrerinnen und Lehrern lediglich aus Gründen des Einzelfalls in Betracht; unzulässig wäre es dagegen, wenn ein Bundesland beschlösse, für den Lehrerberuf insgesamt eine sog. Bereichsausnahme zu reklamieren.

6 Schluss

Neben der Eingriffsverwaltung ist auch die grundrechtswesentliche Leistungsverwaltung als „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG zu qualifizieren. Diese Deutung entspricht – wie die Analyse des einschlägigen Beschlusses aus dem Jahr 2007 gezeigt hat – durchaus der Position des Bundesverfassungsgerichts. Daran anknüpfend wurde – entgegen der Position des Bundesverfassungsgerichts, aber unter Rekurs auf verschiedene mit dieser Position kaum vereinbare Judikate des Bundesverfassungsgerichts – aufgezeigt, dass die Tätigkeit von Lehrerinnen und Lehrern in eben diesem Sinne als grundrechtswesentlich und mithin als „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ zu qualifizieren ist. Mithin sind Bund und Länder nach Art. 33 Abs. 4 GG dazu verpflichtet, grundsätzlich alle Lehrerinnen und Lehrer an öffentlichen Schulen zu verbeamteten.

Verf.: Prof. Dr. Wolfram Cremer, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht, Juristische Fakultät, Ruhr-Universität Bochum, 44780 Bochum, E-Mail: wolfram.cremer@ruhr-uni-bochum.de.

Rechtsanwältin Dr. Nicole Wolf, Hotstegs Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Mozartstr. 21, 40479 Düsseldorf, E-Mail: wolf@hotstegs-recht.de.

73 BVerfG, Urteil vom 18.01.2012 – 2 BvR 133/10 –, Rn. 146.

74 Vgl. nochmals BVerfG, Urteil vom 18.01.2012 – 2 BvR 133/10 –, Rn. 146.

75 Dazu bereits näher oben 5.2.2.1.3.