

# Denkanstöße

## Beamtenstatus von Lehrern als Verfassungsgebot



## Impressum

**Verband Bildung und Erziehung  
VBE NRW**

Westfalendamm 247  
44141 Dortmund

Tel.: 02 31-42 57 57 0  
Fax: 02 31-42 57 57 10

E-Mail: [info@vbe-nrw.de](mailto:info@vbe-nrw.de)  
Internet: [www.vbe-nrw.de](http://www.vbe-nrw.de)

Titelbild: © arsdigital.de/ Fotolia.com

Stand: März 2012

# Denkanstöße

---

*Wolfram Cremer*

## Beamtenstatus von Lehrern als Verfassungsgebot

3



# Inhalt

|   |           |
|---|-----------|
| Vorwort .....   | 5         |
| <b>A. Untersuchungsgegenstand und Rechtsstatus von Lehrern in Deutschland .....</b>   | <b>7</b>  |
| <b>B. Landesverfassungsrecht .....</b>  | <b>9</b>  |
| <b>C. Grundgesetz: Art. 33 Abs. 4 .....</b>   | <b>10</b> |
| I. Entwicklung der Diskussion über ein in Art. 33 Abs. 4 GG<br>fundiertes Verfassungsgebot zur Verbeamtung von Lehrerinnen und Lehrern..... | 11        |
| 1. Langjähriger Konsens eines Verbeamtungsgebots von Lehrerinnen und Lehrern .....  | 11        |
| 2. Ende des Konsens .....   | 11        |
| II. Auslegung von Art. 33 Abs. 4 GG und Konsequenzen für die Verbeamtung von Lehrerinnen und Lehrern .....                                  | 12        |
| 1. In einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis<br>stehende Angehörige des öffentlichen Dienstes: Beamtenstatus.....         | 12        |
| 2. Hoheitsrechtliche Befugnisse .....   | 13        |
| 3. Ständige Aufgabe .....   | 30        |
| 4. Begrenzte Zulässigkeit von Ausnahmen .....   | 30        |
| <b>D. Zum Recht der Europäischen Union: Art. 45 AEUV.....</b>   | <b>31</b> |
| <b>E. Europäische Menschenrechtskonvention: Art. 11 EMRK .....</b>  | <b>31</b> |
| <b>F. Zusammenfassung in Thesen: Die Verbeamtung von Lehrerinnen<br/>    und Lehrern an öffentlichen Schulen als Verfassungsgebot .....</b> | <b>32</b> |
| I. Landesverfassungsrecht .....   | 32        |
| II. Art. 33 Abs. 4 GG .....   | 32        |
| 1. Auslegung von „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ .....   | 32        |
| 2. Die Tätigkeit von Lehrerinnen und Lehrern an öffentlichen Schulen als<br>„Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ .....                  | 33        |
| III. Europäisches Recht .....   | 33        |
| IV. Ergebnis .....  | 33        |
| Anhang: Höchstaltersgrenze für die Verbeamtung von Lehrkräften.....   | 34        |

# Vorwort

*Sehr geehrte Damen und Herren,  
liebe Kolleginnen und Kollegen,*

**d**as Land NRW hat für eine Verbeamtung hohe Hürden aufgebaut. Im Gegensatz zu vielen anderen Bundesländern kann man im Regelfall den Beamtenstatus nur bis zu einem Alter von 40 Jahren erhalten. Als Folge davon sind mittlerweile mehr als 20 % der Lehrerinnen und Lehrer in NRW Tarifbeschäftigte – Tendenz steigend.

Die Landesregierung sucht immer wieder nach Gründen, um Lehrerinnen und Lehrer an öffentlichen Schulen im Angestelltenverhältnis zu beschäftigen.

Im Gegensatz zu anderen europäischen Ländern besteht in Deutschland gemäß Grundgesetz, Landesverfassungen und den Schulgesetzen der Länder die allgemeine Schulpflicht. Zum Wohle des Gemeinwesens ist es erforderlich, dass Schülerinnen und Schüler ihrer Schulpflicht nachkommen können. Dies kann nur dann gewährleistet werden, wenn ein stabiler Schulbetrieb sichergestellt werden kann – dieses stabile und verlässliche Schulangebot ist also nur mit verbeamteten Lehrkräften möglich.

Der Verband Bildung und Erziehung fordert daher erneut dazu auf, allen Lehrkräften auf Antrag die Übernahme in das Beamtenverhältnis zu ermöglichen.

Vor diesem Hintergrund hat Prof. Dr. Wolfram Cremer, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht an der Universität Bochum, im Auftrag des VBE NRW ein Gutachten erstellt. In ihm werden die historischen Grundlagen der Verbeamtung von Lehrkräften, die verfassungswissenschaftliche Meinung, die entsprechenden Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts und die grundgesetzlichen Grundlagen geprüft und beleuchtet.

Dieses Gutachten legen wir hiermit vor und hoffen, dass der wissenschaftliche Ertrag als eine gute Basis dient, um die Frage der Verbeamtung von Lehrkräften zu betrachten und daraus die politischen Konsequenzen zu ziehen.

*Berlin, im März 2012*

*Udo Beckmann*

*Vorsitzender des VBE NRW*

*Prof. Dr. Wolfram Cremer*  
*Lehrstuhl für*  
*Öffentliches Recht und Europarecht*  
*an der Ruhr-Universität Bochum*



# Beamtenstatus von Lehrern als Verfassungsgebot

## A. Untersuchungsgegenstand und Rechtsstatus von Lehrern in Deutschland

Lehrerinnen und Lehrer an öffentlichen Schulen<sup>1</sup> sind in Deutschland traditionell und auch heute noch ganz überwiegend Beamte – und zwar Beamte der Länder.<sup>2</sup> Allerdings gibt es seit geraumer Zeit eine gewisse Tendenz, Lehrer – nicht nur wegen des Überschreitens der Altersgrenze oder aus sonstigen Gründen des Einzelfalls – nur mehr im Angestelltenverhältnis zu beschäftigen. Zwar werden Lehrer in den alten Bundesländern noch ganz überwiegend verbeamtet,<sup>3</sup> in den neuen Ländern kann davon aber nicht mehr die Rede sein.<sup>4</sup>

Hintergrund dieser Entwicklung sind ganz unterschiedliche Motive. Angeführt werden Kostengesichtspunkte, eine motivationsfördernde Wirkung des Angestelltenverhältnisses sowie seine größere Flexibilität,<sup>5</sup> eine Professionalisierung des Lehrerberufs sowie eine verbesserte Möglichkeit, die Zahl inkompetenter Lehrer zu reduzieren. Teils wird auch schlicht behauptet, der Beamtenstatus sei ein nicht mehr zeitgemäßes Privileg resp. ein „alter Zopf, der aus dem Obrigkeitsstaat kommt“ und abgeschafft gehöre.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Ausgeklammert bleibt hier die Frage einer Verbeamtung an Privatschulen.

<sup>2</sup> Daneben gibt es eine kleine Zahl im Bundesdienst stehender Lehrer.

<sup>3</sup> Vgl. nur exemplarisch § 22 Abs. 3 S. 1 Schulverwaltungsgesetz NRW; § 5 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Beamtengesetz Rheinland-Pfalz. Anders freilich in Berlin, wo nur Schulleiterinnen und Schulleiter sowie ihre ständigen Vertreterinnen und Vertreter gem. § 97 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Beamtengesetz Berlin (zunächst zwei Jahre auf Probe) verbeamtet werden.

<sup>4</sup> Derzeit werden Lehrerinnen und Lehrer in Sachsen und Mecklenburg-Vorpommern generell nicht verbeamtet. Vgl. ferner C. Gusy, Gleiche Lehrerbesoldung als Verfassungsauftrag, 2011, S. 13.

<sup>5</sup> W. Krull, Eckpunkte eines zukunftsfähigen deutschen Wissenschaftssystems – Zwölf Empfehlungen, 2005, S. 9. Eine jedenfalls signifikant größere Flexibilität des Angestelltenverhältnisses gegenüber dem Beamtenstatus dagegen verneinend M. Böhm, Lehrerberuf heute: Rahmenbedingungen und Reformperspektiven, DÖV 2006, S. 665 (668).

<sup>6</sup> Vgl. dazu die Nachweise bei C. von Coelln/T. Horst, Grundgesetzliche Grenzen politischer Opportunitätserwägungen: Die verfassungsrechtlichen Vorgaben für den dienstrechtlichen Status der Lehrer, ZBR 2009, S. 109 (109) sowie Vereinigung der Bayrischen Wirtschaft e.V. (Hrsg.), Bildung neu denken!, Band 1, Das Zukunftsprojekt, 2003, S. 331. Vgl. demgegenüber etwa J. Masing, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Band II, 2. Aufl. 2006, Art. 33, Rn. 59, der in einem Umfeld zunehmender Ökonomisierung aller gesellschaftlichen Bereiche in Art. 33 Abs. 4 und 5 GG durchaus einen gewinnbringenden Zusatz an Differenzierung identifiziert. Pointierte Kritik an der oft pauschalen und wenig gehaltvoll daherkommenden Beamtenschelte J. Isensee, ZBR 1998, S. 295 f.



Ob und inwieweit diese Argumente überzeugen und ggf. welches Gewicht ihnen in der politischen Diskussion beizumessen ist, wird hier nicht untersucht. Vielmehr wird der demgegenüber vorrangigen Frage nachgegangen, ob eine (regelmäßige) Nichtverbeamtung von Lehrerinnen und Lehrern an öffentlichen Schulen rechtlich – und zwar verfassungsrechtlich – überhaupt zulässig ist (im Rahmen dieser Diskussion sind die genannten und weitere gegen eine Verbeamtung von Lehrern vorgebrachte Argumente selbstverständlich im Hinblick auf ihre verfassungsrechtliche Relevanz zu befragen und ggf. zu gewichten). Die fachliche resp. politische Diskussion erübrigt sich nämlich oder muss jedenfalls unter Berücksichtigung der Notwendigkeit einer Verfassungsänderung geführt werden, wenn sich die regelmäßige Nichtverbeamtung als verfassungswidrig herausstellte. Auch die Frage nach der einfachrechtlichen Zulässigkeit stellt sich erst, wenn und soweit eine regelmäßige Nichtverbeamtung verfassungsrechtlich zulässig ist. Dann und nur dann dürfte und müsste bei einem entsprechenden Willen des Landesgesetzgebers das einer Nichtverbeamtung von Lehrern entgegenstehende einfache Gesetzesrecht geändert werden.

Jenseits der politischen und mit Blick auf das Grundgesetz geführten verfassungsrechtlichen Diskussion um den Beamtenstatus der Lehrer wird diese in jüngerer Zeit durch eine weitere Dimension „bereichert“. Eine neuere Stoßrichtung der Kritik gegen einen verfassungsrechtlich verbürgten Beamtenstatus von Lehrern wurzelt im europäischen Recht – und zwar im europäischen Recht zweierlei Provenienz. Erstens wird eine Verfassungsgarantie unter Hinweis auf das Recht der Europäischen Union und namentlich Art. 45 AEUV<sup>7</sup> (ex-Art. 39 EG<sup>8</sup>) und die dazu ergangene Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in Zweifel gezogen. Zweitens erfolgt dies unter Rekurs auf die an Art. 11 EMRK<sup>9</sup> anknüpfende jüngere Rechtsprechung des EGMR.<sup>10</sup> Im Zentrum stehen insoweit zwei Entscheidungen, die beide gegenüber der Türkei ergangen sind. In einer Entscheidung vom 12.11.2008 erklärt der EGMR das grundsätzliche Verbot für Beamte – soweit sie nicht Angehörige der Streitkräfte, der Polizei oder der Staatsverwaltung im Sinne von Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK sind –, Gewerkschaften zu bilden und kollektiv zu verhandeln, für konventionswidrig. Entsprechend hat er in einer Entscheidung vom 21.4.2009 zu einem allgemeinen Streikverbot für Beamte in der Türkei judiziert. Auf beide europäischen Aspekte wird zurückzukommen sein (D. und E.). Im Zentrum des Gutachtens steht freilich die Analyse des Grundgesetzes und namentlich seines Art. 33 Abs. 4 GG (C.). Zuvor werden in der gebotenen Kürze die Landesverfassungen im Hinblick auf eine verfassungsrechtliche Garantie des Beamtenstatus für Lehrer untersucht (B.).

---

<sup>7</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

<sup>8</sup> Vertrag zur Gründung einer Europäischen Gemeinschaft.

<sup>9</sup> Europäische Menschenrechtskonvention.

<sup>10</sup> Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte.



## B. Landesverfassungsrecht



Der Untersuchung des Landesverfassungsrechts im Hinblick auf einen landesverfassungsrechtlich garantierten Beamtenstatus von Lehrern sei folgende rechtssystematische Bemerkung vorausgeschickt: Wenn ein Landesverfassungsrecht eine solche Garantie enthält, ist diese Zeit ihrer Existenz für das entsprechende Bundesland gleichermaßen verbindlich wie eine grundgesetzliche Garantie. Dies ist der Fall, weil das Grundgesetz – *de constitutione lata*<sup>11</sup> wohl unstrittig – eine Verbeamtung von Lehrern jedenfalls nicht verbietet, so dass einer entsprechenden landesverfassungsrechtlichen Verbürgung höherrangiges Recht nicht entgegen steht. Soweit die spätere Analyse des Grundgesetzes (C.) freilich ergibt, dass diesem eine entsprechende Garantie zu entnehmen ist, kommt es – vorbehaltlich einer Grundgesetzänderung – auf landesverfassungsrechtliche Regelungen nicht mehr an. Eine vom Grundgesetz abweichende Regelung in einer Landesverfassung wäre in diesem Fall rechtlich unbeachtlich – bei einem Gleichlauf mit dem Grundgesetz eine überflüssige, wenn auch unschädliche Doppelung, bei einem Widerspruch zum Grundgesetz wäre die landesverfassungsrechtliche Regelung nichtig.

Eine Erörterung der Regelung des Status von Lehrern in den Landesverfassungen ist schon deshalb lohnenswert, weil sich zur Garantie des Beamtenstatus für Lehrerinnen und Lehrer in der Bayerischen Verfassung eine eindeutige und insbesondere gegenüber dem Grundgesetz eindeutiger Regelung findet. So heißt es in Art. 133 Abs. 2 Bayerische Verfassung: „Die Lehrer an öffentlichen Schulen haben grundsätzlich die Rechte und Pflichten der Staatsbeamten.“ Aus dieser Norm ist zweifelsfrei abzuleiten, dass die Lehrerinnen und Lehrer an den öffentlichen Schulen in Bayern im Regelfall zu verbeamteten sind. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind nur in atypischen Fällen zulässig, etwa wenn ein Lehrer nur übergangsweise beschäftigt wird.<sup>12</sup> Vor diesem Hintergrund ist auch die jüngst von der bayerischen FDP-Chefin und Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger erhobene Forderung, bayerische Lehrerinnen und Lehrer zukünftig nicht mehr zu verbeamteten,<sup>13</sup> einzuordnen. Die Durchsetzung dieser Forderung setzt – unter Ausklammerung der Regelung des Grundgesetzes – eine Änderung der bayerischen Verfassung voraus.<sup>14</sup>

9

---

<sup>11</sup> In seiner derzeit geltenden Fassung.

<sup>12</sup> Dazu m.w.N. R. Stettner, in: Nawiasky/Leusser/Schweiger/Zacher (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaates Bayern, Kommentar, Loseblatt, Art. 133, Rn. 74.

<sup>13</sup> So auf dem FDP-Parteitag am 26./27.11.2011 in Landshut.

<sup>14</sup> Vgl. zur Änderung der bayerischen Verfassung Art. 75 Bay Verfassung.



In den anderen Landesverfassungen finden sich keine der bayerischen Verfassung vergleichbare Regelungen. Aus den Regelungen in den Verfassungen von Baden-Württemberg (Art. 17 Abs. 2), Nordrhein-Westfalen (Art. 8 Abs. 3 S. 3) und Rheinland-Pfalz (Art. 27 Abs. 3 S. 2), wonach die Schulaufsicht durch fachmännisch<sup>15</sup> bzw. fachlich<sup>16</sup> vorgebildete, hauptamtlich tätige Beamte ausgeübt wird,<sup>17</sup> lässt sich für den Beamtenstatus von Lehrerinnen und Lehrern letztlich keine verbindliche Aussage ableiten.<sup>18</sup>

### C. Grundgesetz: Art. 33 Abs. 4

Zentralnorm im Hinblick auf eine grundgesetzliche Garantie des Beamtenstatus von Lehrern ist Art. 33 Abs. 4 GG. Die Norm 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.“ Jenseits allen Streits im Detail trifft Art. 33 Abs. 4 GG eine Grundsatzentscheidung für die Wahrnehmung bestimmter öffentlicher Aufgaben durch Beamte. Verbreitet ist auch die Rede davon, dass bestimmte Funktionen Beamten vorzubehalten sind und daran anknüpfend von Art. 33 Abs. 4 GG als „Funktionsvorbehalt.“<sup>19</sup> Vorliegend ist die Frage, ob Lehrerinnen und Lehrer diesem Funktionsvorbehalt unterfallen.

10

---

<sup>15</sup> So Art. 17 Abs. 2 LV B-W.

<sup>16</sup> So Art. 8 Abs. 3 S. 3 LV NRW; Art. 27 Abs. 3 S. 2 LV R-P

<sup>17</sup> In der Hessischen Verfassung (Art. 56 Abs. 1 S. 3) heißt es: „Die Schulaufsicht wird hauptamtlich durch Fachkräfte ausgeübt.“

<sup>18</sup> In Art. 125 LV R-P und Art. 113 LV Saarland finden sich Art. 33 Abs. 4 GG ähnliche Bestimmungen.

<sup>19</sup> Vgl. nur Masing (Fn. 6) Art. 33, Rn. 58.



# I. Entwicklung der Diskussion über ein in Art. 33 Abs. 4 GG fundiertes Verfassungsgebot zur Verbeamtung von Lehrerinnen und Lehrern

## 1. Langjähriger Konsens eines Verbeamtungsgebots von Lehrerinnen und Lehrern

Ungeachtet der von Anfang an in mehrfacher Hinsicht durchaus heftig umstrittenen Auslegung von Art. 33 Abs. 4 GG war lange Zeit nahezu unumstritten, dass Lehrer aufgrund dieser Norm (im Regelfall) zwingend zu verbeamteten sind.<sup>20</sup>

So war und ist bis heute unumstritten, dass mit den in der Norm genannten „Angehörigen des öffentlichen Dienstes, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen“, der tradierte Beamte bezeichnet wird – der Beamte, der auch in Art. 33 Abs. 5 GG mit der Bezugnahme auf die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums angesprochen ist.<sup>21</sup>

Lange Zeit war zudem auch konsentiert, dass Lehrer hoheitsrechtliche Befugnisse im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG ausüben und Lehrerinnen und Lehrer folglich „in der Regel“<sup>22</sup> zu verbeamteten sind.<sup>23</sup>

## 2. Ende des Konsenses

Seit einigen Jahren wird dieser Konsens indes vermehrt in Frage gestellt,<sup>24</sup> und im September 2007 hat insbesondere auch das Bundesverfassungsgericht in einem obiter dictum<sup>25</sup> und mit recht knapper Begründung festgestellt, dass Art. 33 Abs. 4 GG es nicht verbietet, Lehrerinnen und Lehrer im Angestelltenverhältnis einzustellen.<sup>26</sup> Dies gibt Anlass, die Verfassungsnorm des Art. 33 Abs. 4 GG – unter stetem Rückbezug auf Lehrerinnen und Lehrer an öffentlichen Schulen – einer genaueren Analyse zu unterziehen.

---

<sup>20</sup> Siehe nur H. Heckel, Die Rechtsstellung des bergbaulichen Schulwesens in Nordrhein-Westfalen, DÖV 1961, S. 46 (49); F. Ruland, Verfassungsrecht und Beamtenrecht, ZRP 1983, S. 278 (282 f.); W. Leisner, Müssen Lehrer Beamte sein?, ZBR 1980, 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 III (Loseblatt, Stand: 62. Lieferung, Mai 2011), Art. 33 Rn. 57; H. Avenarius, in: Avenarius/Füssel, Schulrecht, 8. Aufl. 2010, Tz. 28.21; von Coelln/Horst (Fn. 6), S. 109 ff.; U. Battis/H. D. Schlenga, Die Verbeamtung der Lehrer, ZBR 1995, S. 253 (insbesondere 256 ff.).

<sup>21</sup> Näher dazu sogleich C. II. 1. mit Nachweisen in Fn. 29.

<sup>22</sup> Näher dazu unten C. II. 4. Vorweggenommen sei aber bereits, dass dem Merkmal für die Verbeamtung von Lehrerinnen und Lehrern keine spezifische Bedeutung beizumessen ist.

<sup>23</sup> Dem Tatbestandsmerkmal „als ständige Aufgabe“ kommt für Lebenszeitlehrer an öffentlichen Schulen keine begrenzende Bedeutung zu, näher dazu unten C. II. 3.

<sup>24</sup> Böhm (Fn. 5), S. 666 f.; Masing (Fn. 6), Art. 33, Rn. 66 f.; B. Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 11. Aufl. 2011, Art. 33, Rn. 41.

<sup>25</sup> Von einem Gericht geäußerte Rechtsansicht, welche die Entscheidung nicht trägt und damit nicht der Urteilsbegründung dient.

<sup>26</sup> BVerfGE 119, 247 (266).



## II. Auslegung von Art. 33 Abs. 4 GG und Konsequenzen für die Verbeamtung von Lehrerinnen und Lehrern

### 1. In einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehende Angehörige des öffentlichen Dienstes: Beamtenstatus

Art. 33 Abs. 4 GG meint – wie bereits angedeutet –<sup>27</sup> mit der Wendung vom „öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis“ entsprechend den Vorstellungen im Parlamentarischen Rat<sup>28</sup> und nach ganz h. M.<sup>29</sup> den Beamtenstatus und gewährleistet in Folge dessen einen Mindesteinsatzbereich von Berufsbeamten,<sup>30</sup> der nach Maßgabe von Art. 33 Abs. 5 GG auszugestaltet ist. Gewährleistet ist damit zugleich das Berufsbeamtentum als Institution.<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> Soeben C. I. 1.

<sup>28</sup> Vgl. Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band 3, Ausschuss für Zuständigkeitsabgrenzung, S. 496 ff. Die dort wiedergegebene Debatte dokumentiert verschiedene Kontroversen im Hinblick auf die in der 12. Sitzung des Zuständigkeitsausschusses 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 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. Füssel/W. Matz, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR NF 1 (1951), S. 314.

<sup>29</sup> Battis/Schlenge (Fn. 20), S. 254; Pieroth (Fn. 24), Art. 33, Rn. 40; Masing (Fn. 6), Art. 33, Rn. 63; von Coelln/Horst (Fn. 6), S. 111.

<sup>30</sup> 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 Angehörige des Öffentlichen Dienstes zu verbeamten.

<sup>31</sup> Auf die nach ganz h.M. (dazu mit zahlreichen Nachweisen Masing (Fn. 6), 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 ein Viertel der Mitglieder 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.



## 2. Hoheitsrechtliche Befugnisse

Wodurch ist aber nun der genannte Mindesteinsatzbereich gekennzeichnet oder besser: Was ist „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG? Vor allem an diesem Tatbestandsmerkmal entzündet sich der Streit um die Reichweite von Art. 33 Abs. 4 GG im Allgemeinen und der Verbeamtung von Lehrerinnen und Lehrern im Besonderen.

### a) Vorbemerkungen

Der Diskussion um den gegenständlichen Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 4 GG unter dem Stichwort „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ seien zwei grundsätzliche Bemerkungen vorangestellt. Erstens erfasst die Norm von vornherein nur exekutive Befugnisse<sup>32</sup> und zweitens stellt die Norm mit ihrem Funktionsvorbehalt nicht auf Verwaltungsbereiche im Ganzen, sondern auf die jeweilige Tätigkeit des Einzelnen oder – wie es verbreitet heißt – auf den „einzelnen Dienstposten“ ab.<sup>33</sup>

### b) Gewissheiten

#### aa) Wirtschaftliche Betätigung der Öffentlichen Hand: Keine Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse

Ganz überwiegend und zutreffend wird angenommen, dass die wirtschaftliche Betätigung des Staates und der Gemeinden nicht dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG unterfällt. Obwohl nach mittlerweile ganz h. M. grundrechtsgebunden, sind weder Geschäfte zur Bedarfsdeckung noch erwerbswirtschaftliche Betätigungen der Öffentlichen Hand als „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG zu qualifizieren. Dieses Normverständnis wird nicht nur durch den Wortlaut der Norm nahegelegt, sondern findet auch in der Entstehungsgeschichte eine nachhaltige Stütze. 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.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Vgl. nur Masing (Fn. 6), Art. 33, Rn. 64.

<sup>33</sup> H. Lecheler, Der öffentliche Dienst, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, 1988, § 72, Rn. 26; Battis/Schlenga (Fn. 20), S. 255; J. Isensee, Beamtenstreik. Zur rechtlichen Zulässigkeit des Dienstkampfes, 1971, S. 95. Die Position findet heute (wohl) keinen Widerspruch mehr.

<sup>34</sup> 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).



### **bb) Tätigkeiten ohne eigene Sachentscheidungsgewalt: Keine Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse**

Des Weiteren stehen „Tätigkeiten ohne eigene Sachentscheidungsgewalt“ – zur Umschreibung dieser Kategorie finden sich in der Literatur verschiedenste Formulierungen –<sup>35</sup> außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 33 Abs. 4 GG. Die von dieser Kategorie umfassten Tätigkeiten lassen sich nicht abschließend beschreiben; genannt seien etwa Schreibkräfte, Pförtner, Hausmeister und Gärtner.<sup>36</sup>

### **cc) Eingriffsverwaltung als Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse**

Umgekehrt besteht schließlich Einigkeit, dass die mit Befehl und Zwang verbundene bzw. durchsetzbare (klassische) Eingriffsverwaltung als „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ zu qualifizieren ist.<sup>37</sup>

### **dd) Zwischenfazit**

Resümiert 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 weder durch eine untergeordnete Tätigkeit ohne eigene Sachentscheidungsgewalt gekennzeichnet, noch dient oder steht er im Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen Betätigung des Staates.

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 sie bereits an dieser Stelle im Einzelnen zu nennen und einzuordnen, 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.

---

<sup>35</sup> Etwa Masing (Fn. 6), Art. 33, Rn. 64: „nicht entscheidungsprägende Hilfstätigkeiten“; weitere Nachweise bei von Coelln/Horst (Fn. 6), S. 111 mit Fn. 49.

<sup>36</sup> Vgl. nur J. Isensee, Beamtenstreik. Zur rechtlichen Zulässigkeit des Dienstkampfes, 1971, S. 95.

<sup>37</sup> Vgl. nur BVerfG, Urteil vom 18.01.2012 – 2 BvR 133/10 –, Rn. 140 mit zahlreichen Nachweisen. Nur am Rande sei 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.



### c) Verbleibende Meinungsvielfalt

Jenseits des vorstehend geschilderten Konsenses findet sich in der Literatur ein breites Meinungsspektrum zur Reichweite des Funktionsvorbehalts, wobei sich m.E.<sup>38</sup> drei Grundpositionen ausmachen lassen, die teils freilich eine Vielzahl von Ausdifferenzierungen erfahren.<sup>39</sup>

#### aa) „Extrempositionen“

Lange Zeit wurde die Diskussion um die Reichweite des Funktionsvorbehalts in Art. 33 Abs. 4 GG maßgeblich durch zwei „Extrempositionen“ bestimmt.

#### aaa) Reduktion auf die Eingriffsverwaltung

Die engste Interpretation des Funktionsvorbehalts will nur die Eingriffsverwaltung vom Tatbestandsmerkmal „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ umfasst sehen.<sup>40</sup> Dabei assoziieren die Anhänger dieser (vor allem in den 1960er und 1970er Jahren vertretenen) Position, ohne dass dies stets explizit wird, mit Eingriffsverwaltung wohl den sog. „klassischen“ unmittelbaren, finalen und mit Befehl und Zwang durchsetzbaren Eingriff.

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 negieren.

15

#### bbb) (Weitgehende) Einbeziehung der Leistungsverwaltung

Am anderen Ende des Meinungsspektrums stehen Auffassungen, welche die Leistungsverwaltung (nahezu) durchweg oder jedenfalls soweit sie in den Formen des öffentlichen Rechts erfolgt, als „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ qualifizieren.

##### (1) Verwaltung in Verfolgung öffentlicher Zwecke als „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“

Am weitesten greift die Auffassung, welche neben der Eingriffsverwaltung die gesamte Leistungsverwaltung resp. jede Erfüllung von Verwaltungsaufgaben unabhängig von ihrer Rechtsform, soweit es nicht um „einfache Hilfstätigkeiten“ geht, in Art. 33 Abs. 4 GG einbeziehen möchte. Ausreichend sei die Verfolgung eines öffentlichen Zwecks.<sup>41</sup> Dass Lehrerinnen und Lehrer an öffentlichen Schulen nach diesem Maßstab (in der Regel) zu verbeamten sind, bedarf keiner weiteren Erläuterung.

---

<sup>38</sup> Teils im Einklang mit, teils in Abweichung von anderen Einteilungen in der Literatur.

<sup>39</sup> Das gilt namentlich für die hier zuletzt behandelte „mittlere“ Position.

<sup>40</sup> 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).

<sup>41</sup> 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.



## (2) Handeln in den Formen des öffentlichen Rechts

Andere wollen die Einbeziehung der Leistungsverwaltung „lediglich“ 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.<sup>42</sup> Auch nach dieser Auffassung bestünden keine Zweifel daran, dass Lehrerinnen und Lehrer an öffentlichen Schulen (in der Regel) zu verbeamteten sind.

### ccc) Stellungnahme zu den „Extrempositionen“ und Zwischenergebnis

Die geschilderten „Extrempositionen“ finden heute sämtlich kaum mehr Zuspruch. Dabei wird der weiten Auslegung (in ihren beiden Varianten) gleichermaßen der Wortlaut<sup>43</sup> des Art. 33 Abs. 4 GG wie auch dessen Entstehungsgeschichte<sup>44</sup> und seine (vorgeblich) im Wege systematischer Auslegung gewonnene Teleologie<sup>45</sup> entgegengehalten. Dem Wortlaut und namentlich dem Adjektivattribut „hoheitsrechtlich“ ist – einerlei, ob man nach einem Verständnis im Sinne eines allgemeinen Sprachgebrauchs oder nach einem (verfassungs)rechtsspezifischen Verständnis fragt – entgegen anders lautenden Behauptungen<sup>46</sup> indes nicht mehr zu entnehmen, als dass neben der wirtschaftlichen Betätigung des Staates Leistungsverwaltung in dem Umfang ausscheidet, in dem sie nicht einmal in den Formen des öffentlichen Rechts stattfindet.<sup>47</sup> Dass auch Leistungsverwaltung in den Formen des öffentlichen Rechts keine Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ist, ist dagegen begrifflich alles andere als evident. Noch weniger überzeugte es, den Wortlaut gar für eine Interpretation im Sinne der engen, auf die Eingriffsverwaltung reduzierten Position zu vereinnahmen. Gegen beide die Leistungsverwaltung weitgehend einbeziehenden Positionen spricht indes in der Tat die Entstehungsgeschichte. Dieser ist, ohne an dieser Stelle bereits in die Details zu gehen, zu entnehmen, dass es dem Gesetzgeber von Verfassungs wegen freistehen sollte, den Kreis der zu verbeamtenden Personen gegenüber dem damaligen Zustand zu verkleinern. Diesem Anliegen wurde nach Vorstellung des Parlamentarischen Rates – insoweit bestand in Hauptausschuss, Grundsatzausschuss, Allgemeinem Redaktionsausschuss und Ausschuss für Zuständigkeitsabgrenzung prinzipielle Einigkeit – auch dadurch Rechnung getragen, dass an Stelle der Formulierung „Ausübung öffentlicher Gewalt“ gezielt die Formulierung „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ gewählt wurde.<sup>48</sup> Daraus kann abgeleitet werden, dass Leistungsverwaltung,

---

<sup>42</sup> So etwa W. Rudolf, Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart, VVDStRL Band 37 (1979), S. 175 (200 ff.); P. Lerche, Verbeamtung als Verfassungsauftrag?, 1973, passim.

<sup>43</sup> Böhm (Fn. 5), S. 666.

<sup>44</sup> Masing (Fn. 6), Art. 33, Rn. 65; Böhm (Fn. 5), S. 666.

<sup>45</sup> M. Benndorf, Zur Bestimmung der „hoheitsrechtlichen Befugnisse“ gemäß Art. 33 Abs. 4 GG, DVBl. 1981, S. 23 (26 f.); Masing (Fn. 6), Art. 33, Rn. 65, erkennt jedenfalls keine teleologischen Gründe, welche eine extensive Auslegung rechtfertigen könnten.

<sup>46</sup> Vgl. nochmals Böhm (Fn. 6), S. 666

<sup>47</sup> So wohl auch Benndorf (Fn. 45), S. 26.

<sup>48</sup> 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.



auch wenn sie in den Formen des öffentlichen Rechts erfolgt, jedenfalls nicht stets dem Funktionsvorbehalt unterfällt.<sup>49</sup> Andererseits kann der Entstehungsgeschichte nicht entnommen werden, dass der Funktionsvorbehalt auf eingriffsverwaltende Tätigkeiten beschränkt sein soll; soweit dies dennoch vereinzelt behauptet wird,<sup>50</sup> fehlt es schlicht an tauglichen Nachweisen. Im Übrigen wird später noch näher illustriert, dass auch die Diskussion im Parlamentarischen Rat, welche ganz konkret die Einbeziehung der Lehrerinnen und Lehrer in den Funktionsvorbehalt zum Gegenstand hatte, jedenfalls nicht für eine Beschränkung desselben auf die Eingriffsverwaltung angeführt werden kann. Schließlich führt auch ein verbreitet gegen die weiten Auslegungen (und vereinzelt für die engste Auslegung) angeführtes, teils als systematisch, teils als teleologisch etikettiertes Argument<sup>51</sup> nicht weiter. Das Argument lautet – soweit es systematisch überhaupt angebunden wird –: Angesichts des engen Zusammenhangs zu Art. 33 Abs. 5 GG, der die Ausgestaltung des Berufsbeamtentums auf die Berücksichtigung besonderer Grundsätze verpflichtet,<sup>52</sup> müsse quasi spiegelbildlich auch der Aufgabe im Sinne des Art. 33 Abs. 4 GG eine besondere Qualität zukommen.<sup>53</sup> Dem soll hier nicht entgegengetreten werden. Es sei nur betont, dass das Argument nicht für eine Beschränkung des Funktionsvorbehalts auf die Eingriffsverwaltung streitet, sondern für eine Einbeziehung und gleichzeitig eine Beschränkung auf eine Leistungsverwaltung besonderer Qualität. Darauf wird ausführlich zurück zu kommen sein.

Als Zwischenergebnis lässt sich mithin festhalten, dass 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, zu kurz greifen. Überzeugender erscheint es 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. Freilich wird in der Literatur ein bunter Strauß von Kriterien vorgeschlagen, nach denen diese besondere Qualität zu bestimmen ist. Dem wird im Folgenden nachgegangen. Des Weiteren wird die nicht leicht interpretierbare Position des Bundesverfassungsgerichts aus dem zitierten Beschluss vom September 2007 näher analysiert; ein bislang – soweit ersichtlich – noch ausstehendes Unterfangen. Im Anschluss an eine – das sei an dieser Stelle vorweggenommen – durchaus im Einklang mit der Grundposition des Bundesverfassungsgerichts stehende Stellungnahme wird dann die Situation der Lehrerinnen und Lehrer an öffentlichen Schulen in den Blick genommen. Die diesbezüglichen Ausführungen – auch das sei vorweggenommen – erschöpfen sich freilich nicht in bloßer Subsumtion der Lehrerinnen und Lehrer unter die entwickelten Kriterien zur

<sup>49</sup> Vgl. zu weiteren Argumenten von Coelln/Horst (Fn. 6), S. 113.

<sup>50</sup> So etwa U. Fink, Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Dienstrecht der Hochschullehrer, DÖV 1999, S. 980 (981 m. w. N. in Fn. 13), der diesen Gesichtspunkt aber letztlich nicht für durchschlagend erachtet. Siehe auch von Coelln/Horst (Fn. 6), S. 112, die insoweit zwar zunächst „auf den ersten Blick“ formulieren, dem ersten Blick sodann aber nichts mehr entgegensetzen.

<sup>51</sup> Vgl. Benndorf (Fn. 45), S. 26, der das Argument zumindest in seinem Kern zweimal anführt, einmal als systematisches (das von Verfassungs wegen durch spezielle Grundsätze geprägte Berufsbeamtentum verlangt besondere Aufgabenqualität) und einmal als teleologisches (besonderer Typus verlangt besondere Aufgabenbereiche) Argument.

<sup>52</sup> Vgl. dazu, dass die Änderung von Art. 33 Abs. 5 GG im Jahr 2006 zu keiner oder jedenfalls keiner nennenswerten Inhaltsänderung geführt hat, nur J. Masing, in: H. Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Band II Supplementum 2007, 2. Aufl. 2007, Art. 33, Rn. 72a.

<sup>53</sup> Vgl. nur Benndorf (Fn. 45), S. 26; Kirchhof (Fn. 41), S. 55.



Bestimmung des Funktionsvorbehalts. Dies beruht zum einen auf der kategorial (Eingriffs- oder Leistungsverwaltung?) schwierigen Einordnung des vielschichtigen Lehrerberufs und zum anderen auf entstehungsgeschichtlichen Spezifika im Hinblick auf die Subsumtion der Lehrerinnen und Lehrer unter Art. 33 Abs. 4 GG.

### **bb) Leistungsverwaltung von besonderer Qualität**

Für die These, wonach die Einschlägigkeit des Funktionsvorbehalts von der besonderen (inhaltlichen) Qualität der Aufgabe abhängen soll, wird zwar schon seit Langem gefochten;<sup>54</sup> im Laufe der letzten Jahre und Jahrzehnte hat sie aber nicht nur eine beständig zunehmende Anhängerschaft gefunden, sondern auch eine beständige Ausdifferenzierung in Gestalt von die besondere Qualität konkretisierenden Subkriterien erfahren.<sup>55</sup> Diesen Konkretisierungen, welche angesichts der Vagheit des Kriteriums „besondere Qualität“ prinzipiell zu begrüßen sind, wird im Folgenden nachgegangen.

### **aaa) Funktionsadäquanz/Spezifische Staatstätigkeit**

Eine Variante geht dahin, den Funktionsvorbehalt dann zu aktivieren, wenn die spezifischen Merkmale des Beamtenverhältnisses in besonderem Maße funktionsadäquat sind.<sup>56</sup> Das Kriterium der Funktionsadäquanz ist freilich ähnlich vage wie das der besonderen Qualität und demgemäß kaum tauglich zur Bestimmung des Funktionsvorbehalts. Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die Vertreter dieser Position die Reichweite des Funktionsvorbehalts im konkreten Fall sehr unterschiedlich beurteilen.<sup>57</sup> Auch die Modifikation der Funktionsadäquanz hin zu einem Abstellen auf „spezifische Staatstätigkeit“<sup>58</sup> ist ähnlichen Einwänden ausgesetzt, fehlt es doch an einer gesicherten Staatsaufgabenlehre des Grundgesetzes und wird die Existenz einer solchen doch sogar vielfach negiert.

---

<sup>54</sup> Etwa Benndorf (Fn. 45), S. 26 f.; F. Ruland, Verfassungsrecht und Beamtenrecht, ZRP 1983, S. 278 (282 f.); W. Leisner, Legitimation des Berufsbeamten-tums aus der Aufgabenerfüllung, 1988, abgedruckt in: ders., Beamtentum, 1995, S. 163 (166); im Ausgangspunkt auch von Coelln/Horst (Fn. 6), S. 113.

<sup>55</sup> Freilich verstehen sich die Vertreter dieser Subpositionen nicht durchweg als solche oder machen dies jedenfalls nicht explizit.

<sup>56</sup> P. Kunig, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Band 2, 5. Aufl. 2001, Art. 33 Rn. 49 m. w. N.; ähnlich U. Battis, in: M. Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 33 Rn. 57.

<sup>57</sup> Vgl. dazu von Coelln/Horst (Fn. 6), S. 113 f.

<sup>58</sup> So letztlich von Coelln/Horst (Fn. 6), S. 114.

### **bbb) Materieller Schwerpunkt der Staatstätigkeit nach Maßgabe einer an der Verfassungswirklichkeit orientierten dynamischen Auslegung**

Der insbesondere von Theodor Maunz<sup>59</sup> entwickelte Interpretationsansatz eines Abstellens auf den materiellen Schwerpunkt der Staatstätigkeit ist dem auf die Funktionsadäquanz abstellenden Interpretationsvorschlag m. E. recht nahe – und teilt auch die Schwäche seiner Unbestimmtheit.<sup>60</sup> Dies gilt zumindest, soweit man den materiellen Schwerpunkt weniger quantitativ als qualitativ versteht. Des Weiteren vermag auch die vorgeschlagene Orientierung einer Auslegung nach Maßgabe einer sich verändernden Verfassungswirklichkeit<sup>61</sup> nicht zu überzeugen bzw. sie führt nicht weiter. Eine Auslegung, nach der das (veränderte) Sein das Sollen bestimmt, ist nach ganz h. M. nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen methodisch akzeptabel;<sup>62</sup> diese sind aber für den Kontext des Art. 33 Abs. 4 GG nicht einmal belastbar dargelegt. Vielmehr wird die Veränderung der Verfassungswirklichkeit im Hinblick auf die durch den Staat wahrgenommenen Aufgaben nicht einmal einheitlich beschrieben resp. gewürdigt.<sup>63</sup>

### **ccc) Substanz der Staatsaufgabe**

Der Vorwurf der Vagheit trifft schließlich auch den Vorschlag eines Abstellens auf die Substanz der Staatsaufgabe.<sup>64</sup>

### **ddd) Grundrechtsrelevante Leistungsverwaltung – zugleich zum Bundesverfassungsgericht**

#### **(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.<sup>65</sup> Vor einer Würdigung dieses Vorschlags wird hier noch

---

<sup>59</sup> Vgl. seine vormalige (im Juni 2010 durch die Kommentierung von P. Badura ersetzte) Kommentierung in T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 33, Rn. 33.

<sup>60</sup> Vgl. dazu soeben C. II. 2. c) bb) aaa).

<sup>61</sup> Siehe Fn. 59.

<sup>62</sup> Etwas gänzlich anderes ist es, wenn das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der Verfassungsgarantie des Berufsbeamtentums, namentlich im Kontext von Art. 33 Abs. 5 GG, unter Anknüpfung an den Wortlaut der Norm selbst eine gewisse Entwicklungsoffenheit gegenüber Veränderungen der Regelungen über das Berufsbeamtentum konstatiert, vgl. BVerfGE 119, 247 (262 f.).

<sup>63</sup> Siehe dazu etwa Fink (Fn. 50), S. 981; Böhm (Fn. 5), S. 666.

<sup>64</sup> Mit diesem Vorschlag J. Isensee, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1994, § 32, Rn. 57.

<sup>65</sup> Masing (Fn. 5), Art. 33, Rn. 66; Pieroth (Fn. 24), Art. 33, Rn. 41 und schon F. Ruland, Verfassungsrecht und Beamtenrecht, ZRP 1983, S. 278 (282 f.). Vgl. auch P. Badura, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Band IV, Loseblatt, Stand: 62. Lieferung, Mai 2011, 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. 6), 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. 45), 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.



gezeigt, dass eine nähere Analyse des bereits erwähnten Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom September 2007 zeigt, dass auch das Bundesverfassungsgericht (am ehesten) dieser Auffassung zuneigt.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich in seinem Beschluss zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit antragsloser Teilzeitverbeamtung nach Maßgabe von Art. 33 Abs. 5 GG<sup>66</sup> 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. Zunächst hat es in eben diesem Beschluss festgestellt: „Zum Gewährleistungsbereich des Art. 33 Abs. 4 GG gehören jene Aufgaben, deren Wahrnehmung die besonderen Verlässlichkeits-, Stetigkeits- und Rechtsstaatlichkeitsgarantien des Beamtentums erfordert (...).“<sup>67</sup> Diese Formulierung legt nahe, dass das Gericht dem Grundgedanken einer an der Qualität der Aufgabe orientierten Auslegung nahe tritt, welcher – wie bereits ausgeführt – zwar seiner Kernidee nach überzeugen kann, aber ob seiner Vagheit keine verlässliche und überzeugende Beurteilungsgrundlage bietet. Welche Aufgaben sind es nämlich, so müsste die an das Bundesverfassungsgericht zu richtende Frage lauten, deren Wahrnehmung die besondere Verlässlichkeit, Stetigkeit und Rechtsstaatlichkeit eines Beamten erfordern. Analysiert man daran anknüpfend, um zu einer Präzisierung des bundesverfassungsgerichtlichen Maßstabs zu gelangen, die an dieser Stelle vom Bundesverfassungsgericht in Bezug genommene Literatur<sup>68</sup> ergibt sich Folgendes: Die an erster Stelle in Bezug genommenen Ausführungen Walter Leisners<sup>69</sup> tragen insoweit kaum zur Präzisierung bei, wenn dieser die Legitimation des Beamtenstatus weniger aus der Aufgabe, sondern vielmehr „aus der Art ihrer Erfüllung“ gewinnen will bzw. es auf die „Qualität gerade der beamtlichen Aufgabenerfüllung“ ankommen soll. Wenig weiterführend im Sinne einer Präzisierung erscheint prima facie<sup>70</sup> auch der Verweis auf Peter Badura,<sup>71</sup> wo sich nicht mehr findet als die Aussage, 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 (...).“<sup>72</sup> In der daran anschließenden Analyse der Wirklichkeit konstatiert er sodann eine weitgehende Ignoranz gegenüber dem (auch die Leistungsverwaltung in substanziellem Umfang umfassenden) Verbeamtungsgebot nach Art. 33 Abs. 4 GG.<sup>73</sup>

20

---

<sup>66</sup> BVerfGE 119, 247 ff.

<sup>67</sup> BVerfGE 119, 247 (261). Vgl. jüngst auch BVerfG, Urteil vom 18.01.2012 – 2 BvR 133/10 –, Rn. 136.

<sup>68</sup> In Bezug genommen werden W. Leisner; P. Badura; J. Isensee sowie M. Jachmann/T. Strauß.

<sup>69</sup> W. Leisner, Legitimation des Berufsbeamtentums aus der Aufgabenerfüllung, 1988, abgedruckt in: ders., Beamtentum, 1995, S. 163 (166).

<sup>70</sup> Siehe aber sogleich zur Würdigung seiner Ausführungen im Zusammenhang mit der Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie den vom Bundesverfassungsgericht ebenfalls zitierten Ausführungen von Jachmann/Strauß.

<sup>71</sup> Genauer P. Badura, Die hoheitlichen Aufgaben des Staates und die Verantwortung des Berufsbeamtentums, ZBR 1996, S. 321 (324).

<sup>72</sup> J. Isensee, Affekt gegen Institutionen – Überlebt das Berufsbeamtentum?, ZBR 1998, S. 295 (304).

<sup>73</sup> Isensee, ebenda.



Bei den schließlich in Bezug genommenen Monika Jachmann/Thomas Strauß heißt es dann an der vom Bundesverfassungsgericht zitierten Stelle:<sup>74</sup> „Der Wirkungskreis des Beamten und damit die Reichweite des Funktionsvorbehalts bestimmt sich vordringlich nach der Grundrechtsrelevanz staatlichen Handelns für den Bürger.“

Nach allem ist nicht nur überdeutlich geworden, dass das Bundesverfassungsgericht nicht etwa in dem Sinne interpretierbar 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, wie der Verweis auf Badura zeigt, wichtige und wesentliche Verwaltungstätigkeit erfasst. Schon vor diesem Hintergrund liegt es nahe, an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Wesentlichkeitslehre anzuknüpfen,<sup>75</sup> und dies dahingehend zu konkretisieren, dass wesentlich vor allem auch wesentlich für die Grundrechtsausübung meint. Die These einer Orientierung der Auslegung des Funktionsvorbehalts an der Grundrechtsrelevanz staatlicher Aufgabenwahrnehmung seitens des Bundesverfassungsgerichts findet in dem Verweis auf Jachmann/Strauß dann seine eindrückliche Bestätigung. Schließlich mag man zur Stützung dieser Interpretation des Bundesverfassungsgerichts noch den wenig später im Beschluss erfolgenden Verweis auf Masing anführen, der freilich in Rn. 66 und nicht in der in vom Bundesverfassungsgericht (hinsichtlich der Verbeamtung von Lehrern) in Bezug genommenen Rn. 67 seiner Kommentierung auf die Grundrechtsrelevanz als maßgebliches Kriterium zur inhaltlichen Ausfüllung des Funktionsvorbehalts abstellt.

21

Unabhängig von der Position des Bundesverfassungsgerichts bleibt noch 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 ohne Weiteres im Einklang, lässt sich Leistungsverwaltung in den Formen des öffentlichen Rechts doch durchaus als hoheitsrechtlich etikettieren.<sup>76</sup> Auch die Entstehungsgeschichte stützt diese Interpretation, wird doch in den verschiedenen Ausschüssen im Kontext der Diskussion des Art. 33 Abs. 4 GG bzw. seiner Vorläuferfassungen immer wieder betont, dass wichtige resp. anspruchsvolle Verwaltungsaufgaben von Beamten ausgeübt werden sollen. Schließlich spricht 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.

Qualität bzw. Wichtigkeit sodann im Sinne von Grundrechtswichtigkeit oder wie es zumeist heißt Grundrechtswesentlichkeit zu konkretisieren, folgt sodann im Wege systematisch-teleologischer Auslegung aus dem Befund, dass gerade das

---

<sup>74</sup> M. Jachmann/T. Strauß, Berufsbeamtentum, Funktionsvorbehalt und der „Kaperbrief für den Landeinsatz“, ZBR 1999, S. 289 (296).

<sup>75</sup> Namentlich im Kontext des Parlamentsvorbehalts, aber auch im Kontext der Bestimmtheitstrias des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG.

<sup>76</sup> Vgl. insoweit auch J. Jung, Die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes, 1970, S. 132-135.



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. Folgerichtig ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch jenseits der Grundrechtsjudikatur im engeren Sinne durch eine dementsprechende Ausrichtung geprägt – erinnert sei nur nochmals<sup>77</sup> an den vor allem mittels der Grundrechtswesentlichkeit zu bestimmenden 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<sup>–78</sup>; und auch wenn Art. 33 Abs. 4 GG nach h. M. kein subjektives Recht verbürgt, verfolgt die dort verankerte Garantie doch auch und gerade das Ziel, die Rechte und insbesondere die Grundrechte des Einzelnen durch eben verlässliche und qualifizierte Beamte zu schützen. Dem entspricht es, 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,<sup>79</sup> 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.<sup>80</sup> Und man mag hinzufügen, dass der enge Zusammenhang zwischen Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz in der Verfassungsrechtswissenschaft und darüber hinaus schon seit Langem nicht mehr erklärungsbedürftig ist.

22

Nach allem<sup>81</sup> unterfällt neben der Eingriffsverwaltung auch die grundrechtswesentliche Leistungsverwaltung dem Funktionsvorbehalt gem. Art. 33 Abs. 4 GG.

## **(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.

---

<sup>77</sup> Vgl. schon Fn. 75.

<sup>78</sup> 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.

<sup>79</sup> Vgl. nochmals BVerfGE 119, 247 (261).

<sup>80</sup> BVerfGE 119, 247 (261 f.).

<sup>81</sup> Wenn Monika Böhm einer weiten Auslegung von Art. 33 Abs. 4 GG und mindestens implizit der Einbeziehung von Lehrerinnen und Lehrern in die Norm zudem entgegenhält, die „Praxis, auf vielen Posten sowohl Beamte als auch Angestellte zu beschäftigen, macht auf jeden Fall deutlich, dass der Begriff der hoheitlichen Tätigkeit erhebliche Spielräume zulässt“ (Böhm, Fn. 5, S. 666) bleibt völlig offen, wie dieses Argument für die Verfassungsauslegung fruchtbar zu machen ist. Verständlich wäre ihre Argumentation allenfalls, wenn sie auf den vorangehenden Absatz in ihrem Aufsatz Bezug nähme; dann wäre aber gerade nicht verständlich, wieso sich an der Stelle ein Absatz findet. In jedem Fall bleibt ihre These vom „erheblichen Spielraum“ (unter bloßem Bezug auf die Praxis) ohne substanzhaltige Begründung; es reicht jedenfalls nicht, der Gegenauffassung in (verschlüsselter Form) entgegen zu halten, sie verkenne die Verfassungswirklichkeit.

### (a) Bundesverfassungsgericht im Anschluss an Masing

Wie bereits angedeutet, hat das Bundesverfassungsgericht in dem Beschluss vom September 2007 in einem obiter dictum<sup>82</sup> zudem ausgeführt, eine Anstellung von Lehrern im Angestelltenverhältnis sei 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 (...).“<sup>83</sup> Statt einer Begründung dieser Behauptung – denn um mehr handelt es sich nicht – wird auf die Kommentierung von Johannes Masing in dem von Horst Dreier herausgegebenen Grundgesetzkommentar<sup>84</sup> sowie die dortigen weiteren Nachweise verwiesen. Führt man sich vor Augen, dass trotz gewisser „Auflösungstendenzen“ – auch das Bundesverfassungsgericht hebt an dieser Stelle „die seit Jahren in großem Umfang praktizierte (...) Einstellung [von Lehrern] im Angestelltenverhältnis“ hervor und weckt damit die Assoziation eines Arguments – nach wie vor die Mehrzahl der Lehrerinnen und Lehrer an öffentlichen Schulen in Deutschland verbeamtet wird und die zunächst allgemeine Auffassung und wohl auch heute noch h. M. in der Verfassungsrechtswissenschaft<sup>85</sup> dies auch für verfassungsrechtlich zwingend hielt und hält, muss die Knappheit der Argumentation doch sehr überraschen. Man hätte gerne gewusst, wieso Lehrer in der Regel nicht schwerpunktmäßig hoheitlich geprägte Aufgaben wahrnehmen. Es wird weder erläutert, was „hoheitlich“, noch was „schwerpunktmäßig“ und „in der Regel“ bedeuten – und dieses Defizit wird dem jüngst ergangenen Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom Januar 2012 durch bloßen Verweis auf den Beschluss vom September 2007 fortgeschrieben.<sup>86</sup>

23

Schaut man nun in die (maßgeblich) in Bezug genommene Kommentierung von Masing, stellt man fest, dass dieser zunächst einmal entstehungsgeschichtlich anknüpft, 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.<sup>87</sup> Masing sieht die Fürsorgerinnen sodann exemplarisch für die ge-

---

<sup>82</sup> Nochmals: Ein obiter dictum ist eine von einem Gericht geäußerte Rechtsansicht, welche die Entscheidung nicht trägt und damit nicht der Urteilsbegründung dient. 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 Ausführungen 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.

<sup>83</sup> BVerfGE 119, 247 (267).

<sup>84</sup> Masing (Fn. 6), Art. 33 Rn. 67.

<sup>85</sup> So auch die Einschätzung von H. Avenarius, in: Avenarius/Füssel, Schulrecht, 8. Aufl. 2010, Tz. 28.21.

<sup>86</sup> BVerfG, Urteil vom 18.01.2012 – 2 BvR 133/10 –, Rn. 146. 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 der Diskussion der Ausnahmemöglichkeit des Art. 33 Abs. 4 GG („in der Regel“) erfolgt.

<sup>87</sup> Dogmatisch umsetzen will Masing (Fn. 6), Art. 33, Rn. 67, diesen entstehungsgeschichtlichen Befund über den Ausnahmeverbehalt („in der Regel“) in Art. 33 Abs. 4 GG.



mischten 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.

### **(b) Stellungnahme**

Ohne dass dem entstehungsgeschichtlichen Ansatz als maßgeblichem Kriterium für die Interpretation der Reichweite des Funktionsvorbehalts gem. Art. 33 Abs. 4 GG entgegengetreten werden soll, kann der Argumentation Masings (und damit auch dem Bundesverfassungsgericht) letztlich nicht gefolgt werden.

### **(aa) Entstehungsgeschichte I: Funktionsvorbehalt und sog. Mischfunktionen**

Masing bezieht sich in seiner Würdigung der Entstehungsgeschichte wohl<sup>88</sup> 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. Während aus der 12. Sitzung insoweit nichts abgeleitet werden kann, weil dort der schon im Tatsächlichen anders gelagerte Fall des Leiters eines u.a. für die Versorgung mit Säuglingsmilch zuständigen Landguts erörtert wurde (und das diesbezügliche Ergebnis im Übrigen, was auch Masing konstatiert,<sup>89</sup> offen bleibt), lässt sich die Diskussion in der 13. Sitzung<sup>90</sup> in der Tat in dem von Masing gewürdigten Sinne deuten, allerdings (mit Blick und im Vorgriff auf die sogleich zu würdigenden Lehrerinnen und Lehrer) unter Hervorhebung des Aspekts, dass ein Verbeamtungszwang dann nicht besteht, wenn die hoheitsrechtlichen Befugnisse nur eine untergeordnete Rolle spielen. Dass Personen, die nur teilweise hoheitliche Aufgaben wahrnehmen oder besser mit der „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ betraut sind, nach Vorstellung des Parlamentarischen Rates stets – etwa auch bei (deutlichem) Überwiegen des hoheitlichen Anteils an der Gesamttätigkeit – außerhalb des Funktionsvorbehalts stehen sollten, lässt sich der Diskussion nicht entnehmen – und wird von Masing selbst letztlich auch nicht behauptet.<sup>91</sup> Auf dieser generellen Linie – wenn auch mit hier freilich nicht weiter interessierenden abweichenden Konsequenzen für die Berufsgruppe der Fürsorgerinnen – liegt schließlich auch die zeitlich nachfolgende Diskussion über die zwangsweise Verbeamtung von Fürsorgerinnen in der 28. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 3.12.1948.<sup>92</sup> 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“)<sup>93</sup> unter den Funktionsvorbehalt fallen sollen, üben diese doch „in vielen Fällen Polizeigewalt“ aus.

24

---

<sup>88</sup> 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.

<sup>89</sup> Masing (Fn. 6), Art. 33, Rn. 13, Fn. 65.

<sup>90</sup> Vgl. Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band 3, Ausschuss für Zuständigkeitsabgrenzung, S. 547.

<sup>91</sup> Vgl. neben Art. 33, Rn. 67 auch Art. 33, Rn. 70.

<sup>92</sup> Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band 5/II, Ausschuss für Grundsatzfragen, S. 798.

<sup>93</sup> Vgl. die Äußerung der Abg. Weber, ebenda.





Was folgt aus der Entstehungsgeschichte also nun für sog. Mischfunktionen? Anknüpfend an obige Ausführungen zieht sich durch sämtliche Diskussionen im Parlamentarischen Rat (namentlich im Ausschuss für Zuständigkeitsabgrenzung, im Grundsatzausschuss und im Hauptausschuss<sup>94</sup>), dass man eine Fassung des Art. 33 Abs. 4 GG anstrebte, welche gegenüber dem Stand in den Jahren 1948/49 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 Mischfunktionen legt die Entstehungsgeschichte dagegen nahe, dass die Zuordnung oder Nichtzuordnung zum Funktionsvorbehalt letztlich vom Anteil (Quantität) und Gewicht (Qualität) der hoheitsrechtlichen Befugnisse abhängen sollte. Oder um nochmals den vom Bundesverfassungsgericht in Bezug genommenen Masing zu zitieren: „Entscheidend ist, wo das Schwergewicht hoheitlicher<sup>95</sup> Tätigkeit liegt (...)“

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

Das entscheidende Manko der Argumentation Masings (und des sich diesem anschließenden Bundesverfassungsgerichts) liegt aber nun in der weitgehend begründungs-, ja erklärungslosen Übertragung dieser Grundsätze im Wege der Ausklammerung des Lehrerberufs aus dem Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 4 GG. So bleibt nicht nur ohne weitere Erläuterung, warum es sich beim Lehrerberuf überhaupt um eine gemischte Funktion handelt, sondern (konsequenterweise) auch, inwiefern der Anteil der hoheitlichen Befugnisse, um die Formulierung Masings aufzugreifen, „nur eine untergeordnete, nicht das Gesamtbild der betreffenden Tätigkeit prägende Rolle spielt (...)“<sup>96</sup>

25

Wendet man sich diesen Fragen zu, gilt es erstens zu analysieren, welches eigentlich die Aufgaben eines Lehrers sind, zweitens, ob und ggf. inwiefern sie als „hoheitsrechtliche Befugnisse“ zu qualifizieren sind und ggf. drittens, welche Prägung im beschriebenen Sinne sich daraus für den Lehrerberuf ergibt.

---

<sup>94</sup> 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.

<sup>95</sup> Gemeint ist der Verwaltungstätigkeit.

<sup>96</sup> Vgl. nochmals Masing (Fn. 6), Art. 33, Rn. 70.



Es wird kaum bestritten, dass Lehrerinnen und Lehrer, wenn sie prüfen, Noten geben, über Versetzungen entscheiden, Abschlusszeugnisse erteilen bzw. daran durch Notengebung mitwirken und Disziplinarmaßnahmen gegenüber Schülerinnen und Schülern erlassen, hoheitsrechtliche Befugnisse ausüben.<sup>97</sup> Freilich wird namentlich von Monika Böhm vorge-  
tragen, dass nicht bereits jede Note als Verwaltungsakt, sondern zumeist als unselbständige Teilregelung zu qualifizieren sei, die als Verwaltungsakte zu qualifizierenden Maßnahmen zudem regelmäßig nicht dem einzelnen Lehrer, sondern der Schulleitung zuzurechnen seien und Lehrerinnen und Lehrer vor diesem Hintergrund nur in sehr begrenztem Umfang hoheitliche Tätigkeiten ausübten und mithin nicht verbeamtet werden müssten.<sup>98</sup> Diese Argumentation verkennt indes zunächst, dass in Art. 33 Abs. 4 GG nicht vom Erlass von Verwaltungsakten, sondern von der Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse die Rede ist und Böhm auch nicht näher begründet, warum hoheitsrechtlich mit (belastendem) Verwaltungsakt zu identifizieren ist. Der pauschale Hinweis Böhms darauf, dass Wortlaut und Entstehungsgeschichte einer weiten Auslegung von Art. 33 Abs. 4 GG entgegenstehen,<sup>99</sup> ist insoweit jedenfalls keineswegs zureichend. Zudem ist ihre Rede von der „Zurechnung des Verwaltungsakts“ nebulös und irreführend. Selbstverständlich werden die regelmäßig halbjährig erteilten Zeugnisse mit den Einzelnoten nicht im Namen der für die Einzelnote verantwortlichen Lehrer erteilt, sondern durch den Schulleiter (für die Schule) gezeichnet; dies ändert aber nichts an der Verantwortlichkeit des jeweiligen Fachlehrers für die jeweilige Einzelnote. Wenn die Rede von Zurechenbarkeit also überhaupt einen Sinn haben kann und soll, dann nur in dem Sinne, dass die Einzelnoten trotz Zeichnung des Zeugnisses durch den Schulleiter dem jeweiligen Fachlehrer zuzurechnen sind – demjenigen, der sie „gegeben“ und in der Sache zu verantworten hat..

26

Was folgt aber nun daraus, 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,<sup>100</sup> 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. Nun mag man, anknüpfend an die obigen Ausführungen zu gemischten Funktionen, noch die These formulieren, dass wegen des quantitativen Überwiegens von Unterricht als Merkmal des Lehrerberufs dieser dennoch insgesamt nicht unter das Merkmal „Ausübung hoheitlicher Befugnisse“ zu subsumieren ist.

---

<sup>97</sup> Vgl. auch Avenarius (Fn. 20), Tz. 28.21; Battis/Schlenga (Fn. 20), S. 257.

<sup>98</sup> So Böhm (Fn. 5), S. 666 f.

<sup>99</sup> Vgl. nochmals Böhm (Fn. 5), S. 666.

<sup>100</sup> Dazu W. Roth, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, 1994, S. 10 ff.; Cremer (Fn. 37), S. 147 ff. m. w. N.



Eine solche These, die letztlich wohl auch der Position Masings und des Bundesverfassungsgerichts zu Grunde liegt und liegen muss, überzeugt freilich nicht. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob die eingriffsverwaltenden Elemente im Lehrerberuf bei einer quantitativ oder qualitativ ausgerichteten Würdigung nachrangig sind, bringt man sich in Erinnerung, dass es dafür, ob eine Tätigkeit als „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ zu qualifizieren ist, (auch und gerade nach Masing<sup>101</sup> und dem Bundesverfassungsgericht) darauf ankommt, ob diese wesentlich und insbesondere grundrechtswesentlich ist. Schaut man insoweit auf Versetzungsentscheidungen und Abschlusszeugnisse, aber auch die Vergabe von Noten als Teil eines Abschlusszeugnisses, wird man angesichts deren Bedeutung für die Lebenschancen des Einzelnen nur davon sprechen können, 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 Bundesverfassungsgerichts“<sup>102</sup> empfohlen. Zudem sei die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zur Frage der Grundrechtswesentlichkeit von Schule und namentlich die Schulentlassungsentscheidung<sup>103</sup> in Erinnerung gerufen.

Nichts anderes ergibt sich indes auch, wenn man einmal – abweichend von obiger Würdigung – so tut, als wenn sich der Unterricht aus dem Gesamtaufgabenfeld eines Lehrers herauslösen, also isolieren ließe. Wenn es richtig ist, was allseits gepredigt wird, dass die Ausgestaltung von Bildung und gerade Schulbildung (und vorschulische Bildung) für die Gesellschaft als Wissensgesellschaft insgesamt, aber auch für den Einzelnen, die zentrale Zukunftsaufgabe ist, 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.<sup>104</sup> 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.

Nach allem ist die Tätigkeit von Lehrern und Lehrerinnen insgesamt grundrechtswesentlich und mithin nach Maßgabe der hier entwickelten und auch vom Bundesverfassungsgericht (und Johannes Masing) geteilten Auffassung 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.

---

<sup>101</sup> Vgl. nochmals Masing (Fn. 6), Art. 33, Rn. 66.

<sup>102</sup> BVerfGE 33, 303.

<sup>103</sup> BVerfGE 58, 257.

<sup>104</sup> Siehe nur BVerfGE 47, 46.



## (cc) Entstehungsgeschichte II: Lehrerspezifisches zu Art. 33 Abs. 4 GG

Es bleibt freilich noch einem letzten Argumentationsstrang nachzugehen, welcher für die vom Bundesverfassungsgericht angenommene Exklusion von Lehrerinnen und Lehrern aus dem Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 4 GG streiten könnte.<sup>105</sup> Jenseits der geschilderten Entstehungsgeschichte im Hinblick auf ein „allgemeines“ Verständnis der „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG wurde im Parlamentarischen Rat bzw. seinen Ausschüssen nämlich auch, wenn auch nur am Rande, die Frage einer Einbeziehung von Lehrerinnen und Lehrern in den Funktionsvorbehalt erörtert. Würde man nun zu dem Ergebnis gelangen, dass Lehrerinnen und Lehrer nach dem Willen der Mütter und Väter des Grundgesetzes außerhalb von Art. 33 Abs. 4 GG stehen sollten, wäre dieser spezielle(re) entstehungsgeschichtliche Befund selbstverständlich gegenüber allgemeineren (in eine andere Richtung weisenden) Befunden vorrangig.<sup>106</sup>

Indes wird in der Literatur verschiedentlich sogar angenommen, dass im Parlamentarischen Rat „nicht nur stillschweigend, sondern ausdrücklich stets eine Verbeamtung von Lehrern und Lehrerinnen vorausgesetzt wurde (...).“<sup>107</sup> Dies wird insbesondere daran festgemacht, dass der Abgeordnete von Mangoldt die im Grundsatzausschuss des Parlamentarischen Rates *expressis verbis* gestellte Frage, ob eine Verbeamtung von Lehrpersonen durch die gewählte Formulierung nicht ausgeschlossen werde, wie folgt beantwortet hat: „Bei den Schulen betonen wir immer wieder, daß sie Aufgaben des Staates sind. Es besteht Schulpflicht. Die Lehrer haben die Durchführung der Schulpflicht natürlich auch nicht in der Hand. (...) Die Frage ist nach unserem Recht kaum umstritten. Man hat die Lehrpersonen immer zu den Beamten gerechnet.“<sup>108</sup>

Namentlich Masing hat dieser Würdigung der Entstehungsgeschichte indes nachdrücklich widersprochen. Nach Masing stützt die zitierte Äußerung von Mangoldts eher das gegenteilige Ergebnis. Von Mangoldt habe im Grundsatzausschuss des Parlamentarischen Rates nämlich lediglich bejahend auf die Frage geantwortet, ob nach der im Ausschuss diskutierten Fassung des Art. 33 Abs. 4 GG Lehrer weiterhin Beamten bleiben können. Damit sei aber keinerlei Aussage zur Frage des Gebotenseins einer Verbeamtung von Lehrern nach Art. 33 Abs. 4 GG getroffen. Vielmehr habe von Mangoldt gar diese Möglichkeitsfrage nur unter dem Vorbehalt bejaht, dass noch zu prüfen sei, ob die Bejahung für jeden Studienrat oder nur für die Schulleitung gelte.<sup>109</sup>

---

<sup>105</sup> Die von Masing (Fn. 6), Art. 33, Rn. 67, vorgenommene dogmatische Umsetzung seines entstehungsgeschichtlichen Befunds („Diese Lösung ist dogmatisch konsequent.“) mittels des Tatbestandsmerkmals „in der Regel“ erfolgt nicht im Sinne der Abstützung seiner These durch ein weiteres Argument, sondern erläutert, inwiefern der Wortlaut der Norm in der Lage ist, den entstehungsgeschichtlichen Befund angemessen zu verarbeiten. Dies ist keinesfalls als Kritik an Masing zu verstehen, sondern soll lediglich verdeutlichen, dass in dieser „dogmatischen Umsetzung“ noch kein eigenständiges weiteres Argument liegt; vgl. zur Vielseitigkeit und kehrseitigen Unbestimmtheit des Begriffs „Dogmatik“ nur Cremer (Fn. 37), S. 16 ff.

<sup>106</sup> Insoweit gilt nichts anderes als im Verhältnis vom allgemeinen zum besonderen Gesetz, d.h.: *Lex specialis derogat legi generali*.

<sup>107</sup> Zitat nach Battis/Schlenga (Fn. 20), S. 257.

<sup>108</sup> Vgl. nochmals Battis/Schlenga (Fn. 20), S. 257 mit Verweis auf JöR 1 (1951), 320; sich anschließend von Coelln/Horst (Fn. 6), S. 112.

<sup>109</sup> Zum Ganzen Masing (Fn. 6), Art. 33, Rn. 67 mit Fn. 362.



M.E. überinterpretieren beide vorgenannten Würdigungen die in Bezug genommene Diskussion im Grundsatzausschuss des Parlamentarischen Rates, namentlich die Äußerungen von Mangoldts. Weder trifft es zu, dass, wie Masing annimmt, von Mangoldt auf die Frage nach der Möglichkeit oder besser Zulässigkeit einer Verbeamtung von Lehrerinnen und Lehrern geantwortet hat – zumindest ist dies alles andere als eindeutig und liegt unter Berücksichtigung des Gesamtkontextes der Diskussion nicht einmal nahe. Vielmehr hat die Abgeordnete Weber in der in Bezug genommenen Diskussion gefragt, ob Lehrerinnen und Lehrer unter „Ausübung öffentlicher Gewalt“ (im Sinne des Mangoldtschen Verständnisses) fallen. Unmittelbar an diese Frage anschließend schilderte der Abgeordnete Reif angesichts der Nichtanerkennung des Beamten­tums in Berlin die Schwierigkeiten, Personal für die Freie Universität in Berlin zu gewinnen. Unmittelbar danach tätigte von Mangoldt die zitierte Äußerung. Da der Abgeordnete Reif keine Frage gestellt hatte, die Abgeordnete Weber aber danach gefragt hatte, ob Lehrerinnen und Lehrer unter den Funktionsvorbehalt in seiner damaligen Fassung („Ausübung öffentlicher Gewalt“) zu subsumieren seien, liegt es nahe, dass von Mangoldt zumindest in erster Linie auf die Frage Webers antworten wollte. Vorstellbar ist aber ebenfalls, dass von Mangoldt zugleich die Schilderung Reifs kommentieren wollte. Andererseits kann seine Antwort entgegen der erstgenannten Würdigung nicht eindeutig im Sinne einer Bejahung der Frage Webers gedeutet werden; das gilt erst recht, weil, worauf Masing zu Recht hinweist, von Mangoldt in seinem anschließenden Redebeitrag die Notwendigkeit der näheren Prüfung der Frage einer Zwangsverbeamtung von Kreisschulräten, Schuldirektoren sowie Studienräten nach Maßgabe von Art. 33 Abs. 4 GG (in seiner damaligen Fassung) betonte.

29

Nach allem geben die Diskussionen im Parlamentarischen Rat, und insbesondere in seinem Grundsatzausschuss, zur konkreten Frage eines Verfassungsgebots zur Verbeamtung von Lehrerinnen und Lehrern keinen belastbaren Aufschluss über den diesbezüglichen Willen des Verfassungsgebers. Die „spezielle“ Entstehungsgeschichte vermag das zuvor gewonnene (zunächst vorläufige) Auslegungsergebnis also weder zu bestätigen, noch, worauf es letztendlich ankommt, in Frage zu stellen. Es bleibt also dabei, dass Lehrerinnen und Lehrer an öffentlichen Schulen dem Funktionsvorbehalt unterfallen.



### 3. Ständige Aufgabe

Dass der Funktionsvorbehalt nur für die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse „als ständige Aufgabe“ gilt, zielte nach den Vorstellungen im Parlamentarischen Rat vor allem darauf, solche hoheitlichen Tätigkeiten auszuklammern, welche (mutmaßlich) nur zeitweilig in der (unmittelbaren) Nachkriegszeit anfallen.<sup>110</sup> Darüber hinaus scheidet für Aufgaben von absehbar begrenzter Dauer ein Verbeamtungszwang generell aus. Dazu soll zwar auch der Vorbereitungsdienst zählen,<sup>111</sup> die Tätigkeit von Lehrern und Lehrerinnen an öffentlichen Schulen ist aber (im Regelfall) eine ständige Aufgabe im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG.

### 4. 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.<sup>112</sup> 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 „Rechtfertigung durch einen besonderen sachlichen Grund“.<sup>113</sup> Denn obwohl die Aufgaben des Lehrers in diesem Kontext vom Bundesverfassungsgericht gar als Beispiel für eine zulässige Ausnahme genannt werden,<sup>114</sup> zeigt der Verweis auf den Beschluss vom September 2007, dass das Gericht schon eine „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ negieren will.<sup>115</sup> 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 – dies lässt sich auch nicht belastbar begründen. 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.

30

---

<sup>110</sup> Vgl. dazu mit Nachweisen Masing (Fn. 6), Art. 33, Rn. 69.

<sup>111</sup> Vgl. nur BVerfGE 39, 334 (372); Pieroth (Fn. 24), Art. 33, Rn. 41.

<sup>112</sup> Vgl. dazu nur die inhaltlich teils substanziell divergierenden bzw. kümmerlichen Kommentierungen zu diesem Tatbestandsmerkmal bei Badura (Fn. 20), Art. 33, Rn. 58; Pieroth (Fn. 24), Art. 33, Rn. 42; Masing (Fn. 6), Art. 33, Rn. 70.

<sup>113</sup> BVerfG, Urteil vom 18.01.2012 – 2 BvR 133/10 , Rn. 146.

<sup>114</sup> Vgl. nochmals BVerfG, Urteil vom 18.01.2012 – 2 BvR 133/10 , Rn. 146.

<sup>115</sup> Dazu bereits näher oben C. II. 2. c) bb) ddd) (2) (a).



## D. Zum Recht der Europäischen Union: Art. 45 AEUV

Bleibt die Frage, ob das Recht der Europäischen Union (EU) in Gestalt von Art. 45 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) das zu Art. 33 Abs. 4 GG gefundene Ergebnis kraft seines Vorrangs vor dem nationalen Recht, einschließlich des Verfassungsrechts, in Frage zu stellen vermag. Ist m.a.W. eine Verbeamtung von Lehrerinnen und Lehrern ein Verstoß gegen Art. 45 AEUV, also die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Maßgabe ihrer primärrechtlichen Verbürgung? Zwar findet die primärrechtliche Arbeitnehmerfreizügigkeit ausweislich von Art. 45 Abs. 4 AEUV „auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“ keine Anwendung; der EuGH hat indes in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass die Norm eng auszulegen ist und Lehrtätigkeit in öffentlichen Schulen nicht unter Art. 45 Abs. 4 AEUV zu subsumieren ist.<sup>116</sup> Freilich verlangt die primärrechtliche Arbeitnehmerfreizügigkeit keine Abschaffung des Beamtenstatus, sondern (außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 45 Abs. 4 AEUV) lediglich, dass Angehörige anderer EU-Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Verbeamtung gegenüber deutschen Staatsangehörigen nicht benachteiligt werden. Dem trägt das deutsche Beamtenrecht seit Langem Rechnung;<sup>117</sup> und es muss dies im Hinblick auf Lehrerinnen und Lehrer auch, soweit man der hier vertretenen Auffassung zur Auslegung von Art. 33 Abs. 4 folgt, denn das Recht der EU suspendiert mangels inhaltlich entgegenstehendem Rechtsbefehl nicht von dem in Art. 33 Abs. 4 GG niedergelegten Verfassungsgebot.

## E. Europäische Menschenrechtskonvention: Art. 11 EMRK

Unabhängig davon, ob man die vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) gefällten Entscheidungen zum Recht auf Kollektivverhandlungen und Streik von türkischen Beamten<sup>118</sup> auf verbeamtete Lehrerinnen und Lehrer in Deutschland für übertragbar und im Wege völkerrechtsfreundlicher Auslegung gar für schon derzeit verbindlich für Gerichte und Behörden in Deutschland hält,<sup>119</sup> ist dies letztlich doch ohne Bedeutung für den Umfang des Funktionsvorbehalts nach Art. 33 Abs. 4 GG. Auch soweit das Völkerrecht (und gar das Recht der EU) zur Korrektur deutschen Verfassungsrechts im Hinblick auf die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ zwingt, folgt daraus noch nicht ohne Weiteres eine Neuinterpretation des Funktionsvorbehalts nach Art. 33 Abs. 4 GG. Anderes würde nur dann gelten, wenn die Garantie der hergebrachten Grundsätze nach Art. 33 Abs. 5 GG durch völker- oder europarechtliche Überformung von innen ausgehöhlt resp. ihrer Substanz beraubt würde. Davon kann aber selbst im Falle eines durch die EMRK verbürgten Rechts auf Streik und Kollektivverhandlungen für in Deutschland verbeamtete Lehrerinnen und Lehrer nicht die Rede sein.

---

<sup>116</sup> Vgl. nur EuGH, Rs. C-4/91, Slg. 1991, I-5627, Rn. 7 (Bleis).

<sup>117</sup> Zunächst in Gestalt von Art. 4 Abs. 2 BRRG.

<sup>118</sup> EGMR, 12.11.2008, Nr. 34503/97, Demir und Baykar/Türkei, AuR 2009, S. 269 ff.; EGMR, 21.04.2009, Nr. 68959/01, Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei, AuR 2009, S. 274 f. Instruktiv dazu M. Niedobitek, Denationalisierung des Streikrechts – auch für Beamte?, ZBR 2010, S. 361 ff.

<sup>119</sup> Der verwaltungsgerichtlichen Judikatur fehlt es insoweit noch an einer einheitlichen Linie, siehe nur VG Düsseldorf, ZBR 12011, S. 177 ff.; VG Kassel, AuR 2011, S. 375 f.; VG Osnabrück, AuR 2011, S. 375, dazu H. Wißmann, ZJS 2011, S. 395 ff.



## F. Zusammenfassung in Thesen: Die Verbeamtung von Lehrerinnen und Lehrern an öffentlichen Schulen als Verfassungsgebot

1. Die Frage, ob Lehrerinnen und Lehrer an öffentlichen Schulen von Verfassungswegen verbeamtet werden müssen, lenkt den Blick erstens auf die 16 Landesverfassungen und zweitens auf das Grundgesetz.

### I. Landesverfassungsrecht

2. Art. 133 Abs. 2 Bayerische Verfassung lautet: „Die Lehrer an öffentlichen Schulen haben grundsätzlich die Rechte und Pflichten der Staatsbeamten.“ Daraus folgt, dass die Lehrerinnen und Lehrer an den öffentlichen Schulen in Bayern grundsätzlich zu verbeamteten sind. Die jüngst von der bayerischen FDP-Chefin und Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger erhobene Forderung, bayerische Lehrerinnen und Lehrer zukünftig nicht mehr zu verbeamteten, steht folglich zur Landesverfassung im Widerspruch. Eine verfassungsgemäße Durchsetzung dieser Forderung setzt demgemäß – unter Ausklammerung der Regelung des Grundgesetzes – eine Änderung der bayerischen Verfassung voraus.
3. In den übrigen 15 Landesverfassungen findet sich keine der bayerischen Verfassung vergleichbare Regelung. Ein verfassungsrechtlich fundierter Zwang zur Verbeamtung von Lehrerinnen und Lehrern hängt mithin in sämtlichen Bundesländern mit der Ausnahme Bayerns von der Interpretation des Grundgesetzes und namentlich Art. 33 Abs. 4 GG ab.

### II. Art. 33 Abs. 4 GG

4. Anders als bei der Auslegung von Art. 133 Abs. 2 Bayerische Landesverfassung erfordert die Beantwortung der Frage, ob das Grundgesetz dazu zwingt, Lehrerinnen und Lehrer an öffentlichen Schulen zu verbeamteten, eine äußerst komplexe juristische Analyse, obwohl die zentralen Ausgangsfragen des Gutachtens sehr einfach und übersichtlich erscheinen. Sie lauten:
  - Wie ist das Tatbestandsmerkmal „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ in Art. 33 Abs. 4 GG auszulegen?
  - Und daran anknüpfend: Ist die Tätigkeit von Lehrerinnen und Lehrern „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ in diesem Sinne?

#### 1. Auslegung von „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“

5. Die Analyse hat zunächst ergeben, dass die in der Literatur unterbreiteten „Extrempositionen“, wonach „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ einerseits nur die obrigstaatliche Eingriffsverwaltung (insbesondere Polizei und Finanzverwaltung) und andererseits (nahezu) jedwede Verwaltungstätigkeit unter Einschluss der Leistungsverwaltung erfasst, abzulehnen sind.





6. In Übereinstimmung mit einer beständig an Zustimmung gewinnenden Auffassung in der Literatur ist die „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG vielmehr dadurch gekennzeichnet, dass diese neben der Eingriffsverwaltung auch grundrechtswesentliche Leistungsverwaltung erfasst. Die akribische Analyse des einschlägigen, freilich interpretationsbedürftigen Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2007 hat gezeigt, dass auch das Bundesverfassungsgericht dieser Position zuneigt.
2. **Die Tätigkeit von Lehrerinnen und Lehrern an öffentlichen Schulen als „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“**
7. Nicht allein die (fach)politische Diskussion, sondern auch verschiedene Judikate des Bundesverfassungsgerichts belegen, dass die Tätigkeit von Lehrerinnen und Lehrern an öffentlichen Schulen grundrechtswesentlich ist und mithin als „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG zu qualifizieren ist.
8. Die gegenteilige Position des Bundesverfassungsgerichts in einem sog. obiter dictum (von einem Gericht geäußerte Rechtsansicht, welche die Entscheidung nicht trägt und damit nicht der Urteilsbegründung dient) in dem genannten Beschluss aus dem Jahre 2007 bleibt nicht nur ohne substanzhaltige Begründung, sondern gerät zudem mit den eigenen Prämissen bzgl. der Auslegung von „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ (vgl. These 6) in Widerspruch.

33

### III. Europäisches Recht

9. Weder das EU-Recht noch das Recht der EMRK stehen der verfassungsrechtlich begründeten Pflicht zur Verbeamtung von Lehrerinnen und Lehrern an öffentlichen Schulen entgegen.

### IV. Ergebnis

10. Neben der Bayerischen Landesverfassung mit Wirkung allein für die Lehrerinnen und Lehrer an öffentlichen Schulen in Bayern verpflichtet das Grundgesetz in Gestalt seines Art. 33 Abs. 4 dazu, grundsätzlich alle Lehrerinnen und Lehrer an öffentlichen Schulen in Deutschland zu verbeamten.



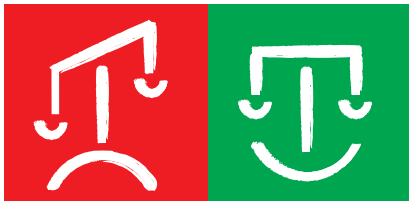
## Höchstaltersgrenze für die Verbeamtung von Lehrkräften

|                        |   |                                    |
|------------------------|---|------------------------------------|
| Baden-Württemberg      | § 48 Abs. 1 Landeshaushaltsordnung BW:<br><b>Ausnahme möglich</b> ; im Schuldienst gängige Praxis:<br>ohne gesonderte Prüfung der Ausnahmevoraussetzungen | <b>40 Jahre</b><br><b>45 Jahre</b> |
| Bayern                 | Art. 23 Bayerisches Beamten-gesetz:   | <b>45 Jahre</b>                    |
| Berlin                 | Nr. 1 Ausführungsvorschrift zu § 48 LHO Berlin:<br><b>Seit 2004 keine Verbeamtung mehr von Lehrkräften</b>  | <b>45 Jahre</b>                    |
| Brandenburg            | § 3 Abs. 2 Landesbeamten-gesetz BRB:  | <b>45 Jahre</b>                    |
| Bremen                 | § 48 Verwaltungsvorschriften der Landeshaushaltsordnung Bremen:   | <b>45 Jahre</b>                    |
| Hamburg                | § 5 Abs.1 Hamburgerische Laufbahnverordnung:  | <b>45 Jahre</b>                    |
| Hessen                 | § 27 S.1 Hessisches Beamten-gesetz:   | <b>50 Jahre</b>                    |
| Mecklenburg-Vorpommern | Nr.1 der Verwaltungsvorschrift zu § 48 der LHO MV:<br><b>Z. Zt. keine Verbeamtung von Lehrkräften mehr</b>  | <b>45 Jahre</b>                    |
| Niedersachsen          | § 16 niedersächsische Laufbahnverordnung:   | <b>40 Jahre</b>                    |
| Nordrhein-Westfalen    | § 52 Laufbahnverordnung NRW:  | <b>40 Jahre</b>                    |
| Rheinland- Pfalz       | Nr. 1 der Verwaltungsvorschrift zu § 48 der LHO RP:   | <b>45 Jahre</b>                    |
| Saarland               | § 4 Abs.3 Saarländisches Beamten-gesetz:  | <b>45 Jahre</b>                    |
| Sachsen                | § 7 a Abs. 1 Sächsisches Beamten-gesetz:<br><b>Keine Verbeamtung von Lehrkräften mehr</b>   | <b>45 Jahre</b>                    |
| Sachsen-Anhalt         | § 5 Abs.1 Laufbahnverordnung S-A:   | <b>45 Jahre</b>                    |
| Schleswig-Holstein     | § 14 Abs. 1 S.2 Nr.2 Lehrerinnen -und Lehrerlaufbahnverordnung- SH:   | <b>45 Jahre</b>                    |
| Thüringen              | Nr. 2 der Verwaltungsvorschrift zu § 48 der Thüringischen Laufbahnverordnung:<br><b>Keine Verbeamtung von Lehrkräften</b>                                 | <b>45 Jahre</b>                    |

## Der VBE NRW fordert deshalb:

- Lehrerinnen und Lehrer sind in NRW grundsätzlich im Beamtenverhältnis zu beschäftigen.
- Die Höchstaltersgrenze für eine Verbeamtung (derzeit „wer das 40. Lebensjahr noch nicht vollendet hat“) ist aufzuheben.
- Die weiteren beamten- und laufbahnrechtlichen Voraussetzungen gelten fort.
- Über 50-Jährige müssen selbst entscheiden können, ob sie im Beamten- oder Tarifverhältnis beschäftigt werden möchten.

35



Mehr Gerechtigkeit wa(a)gen.

**Ihr starker Partner:**

**VBE – die Lehrgewerkschaft**



**Verband Bildung und Erziehung  
VBE NRW**  
Westfalendamm 247  
44141 Dortmund

Tel.: 02 31-42 57 57 0  
Fax: 02 31-42 57 57 10  
E-Mail: [info@vbe-nrw.de](mailto:info@vbe-nrw.de)  
Internet: [www.vbe-nrw.de](http://www.vbe-nrw.de)



Verband Bildung und Erziehung  
Landesverband NRW