

Martin Stock

**Die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“
als verfassungsrechtliches Regulativ der Dienstrechtsreform**

Inhaltsübersicht

I. Lernziele

1. Vorbemerkungen
2. Öffentliches Dienstrecht als rechtspolitisches Thema: Lernzielbesonderheiten
 - a) Im Vorfeld umstrittener Neuregelungen: Das Grundgesetz als Reformplattform
 - b) Dreischritt?

II. Lernschritte

1. Erster Durchgang: Zehn Jahre Streit um Strategien der Dienstrechtsreform
 - a) Streikrechtsdebatte seit 1966, DGB-Grundsätze 1970
 - b) Juristentag 1970
 - c) Die Empfehlungen der *Genscher-Kommission* 1973
 - d) Lähmungsphase
 - e) Das Aktionsprogramm zur Dienstrechtsreform 1975/76
2. Zwischenbilanz
 - a) Im Mittelpunkt des Reformstreits: Treueprinzip und Leistungsprinzip
 - b) Auf der Suche nach einem Rahmenkonzept politischer Verwaltung
 - c) Die politische Treuepflicht
3. Zweiter Durchgang: Art. 33 IV und V GG als Angelpunkt – Reformhindernis oder Reformstimulus?
 - a) Zur Einwirkungsweise des Art. 33 V GG, dargestellt im Hinblick auf das Treueprinzip
 - b) Treueprinzip und demokratisches Prinzip: Alternativen der Neuregelung
 - c) Art. 33 V GG als Problemlösungsauftrag

III. Art der Lehrveranstaltung

Literaturauswahl: *Baum-Hinrichs-Potratz*, Die restaurative Dienstrechtsreform, Gewerkschaftliche Monatshefte 1974, 273 ff.; *Däubler*, Der Streik im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. (1971); *Dammann*, Ökonomisierung, Loyalisierung, Reform und Gegenreform des Öffentlichen Dienstes, WSI-Mitteilungen 1974, 479 ff.; *Düll-Sauer*, Rationalisierung im öffentlichen Dienst, Gewerkschaftliche Monatshefte 1975, 97 ff.; *Ellwein-Zoll*, Berufsbeamtentum – Anspruch und Wirklichkeit, 1973; Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Bericht der Kommission, 1973, mit: *Forsthoff* u. a., Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, (Anlage-) Bd. 6, 1973; *Grauhan*, Grenzen des Fortschritts? Widersprüche der gesellschaftlichen Rationalisierung, 1975; *Haensch*, Kritik der Dienstrechtsreform, KritJ 1976, 1 ff.; *R. Hoffmann*, Beamtentum und Streik, AÖR 91 (1966), 141 ff.; *ders.*, Ziele der Modernisierung der öffentlichen Verwaltungen, in: Modernisierung im öffentlichen Dienst. Öffentliche Verwaltung, hrsg. von der Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr, 1971, S. 15 ff.; *ders.*, Entwicklungstendenzen zur Rolle der Gewerkschaften im öffentlichen Dienst, Gewerkschaftliche Monatshefte 1975, 85 ff.; *Isensee*, Beam-

tenstreik, 1971; *Köttgen*, Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie, 1928; *Kroppenstedt*, Das Aktionsprogramm der Bundesregierung zur Reform des öffentlichen Dienstrechts, DÖV 1977, 12 ff.; *Leisner*, Grundlagen des Berufsbeamtentums, 1971; *ders.* (Hrsg.), Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat, 1975; *v. Münch*, Öffentlicher Dienst, in: *ders.* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Aufl. (1976), S. 1 ff.; *H. Otto*, Das Recht der Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst, 1973; *Sonthheimer-Bleek*, Abschied vom Berufsbeamtentum? 1973; *W. Thieme*, Empfiehlt es sich, das Beamtenrecht unter Berücksichtigung der Wandlungen von Staat und Gesellschaft neu zu ordnen? Verhandlungen des 48. Deutschen Juristentages, Bd. I, 1970, S. D 1 ff.; *Ule*, Öffentlicher Dienst, in: *Bettermann-Nipperdey* (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. IV/2, 2. Aufl. (1972), S. 537 ff.

Grundsätze des Deutschen Gewerkschaftsbundes zur Neuordnung des Beamtenrechts. Gliederung in Statusrecht und Folgerecht, hrsg. vom DGB-Bundesvorstand, 2. Aufl. (1971); auch in: *Leminski-Otto* (Hrsg.), Politik und Programmatik des Deutschen Gewerkschaftsbundes, 1974, S. 401 ff.; Vorschlag des Deutschen Beamtenbundes zur Reform des öffentlichen Dienstrechts, hrsg. von der Bundesleitung des DBB, 1973; Auf dem Weg zur Dienstrechtsreform? Eine Zwischenbilanz, hrsg. von der Bundesleitung des DBB, 1976; Modernisierung im öffentlichen Dienst. Einheitliches Personalrecht 2, hrsg. von der Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr, 1976; ASJ-Leitsätze zur Verwaltungspolitik, RuP 1976, 241 ff.; Aktionsprogramm der Bundesregierung zur Dienstrechtsreform, DDB 1976, 125 ff.

I. Lernziele

1. Vorbemerkungen

Die Überlegungen, die in diesem Beitrag zur Diskussion gestellt werden, betreffen verfassungsrechtliche Aspekte der Reform des öffentlichen Dienstrechts. Dabei geht es vor allem um die Bestimmungen des Art. 33 IV und V GG. Und zwar möchte ich auf einige Gesichtspunkte hinweisen, mit denen es eine „sozialwissenschaftlich aufgeklärte“ Rechtswissenschaft, insbesondere eine „Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft“,¹ zu tun bekommt, wenn sie Anstalten trifft, sich mit der Reformrelevanz dieser dienstrechtlichen Schlüsselbestimmungen zu beschäftigen.

Wer sich nach Problemen umsieht, an denen hier Integrationsmöglichkeiten veranschaulicht, konkretisiert, exemplifiziert werden könnten, wird bald fündig werden. Ein Blick in die juristische Literatur ergibt allerdings: Was dort noch das Bild bestimmt, ist auf weite Strecken das Gegenteil von Integration. Es überwiegen die Grenzkonflikte. Auf der Seite der Rechtswissenschaft sind Arrondierungsversuche zu verzeichnen: eine Streitbarkeit zugunsten des „Hergebrachten“, die „hergebrachten“ Normelementen im Sinn des Art. 33 V GG gilt, zugleich „hergebrachte“ Dogmenbestände umfaßt und sich von da aus auch auf „hergebrachte“ methodologische Standard und wissenschaftsstrategische Perspektiven erstreckt. Es sind zumal abweichend-*präskriptiv*² orientierte sozialwissenschaftliche Ansätze, zu denen solche Literatur keine

¹ Vgl. *Hoffmann=Riems* Lernziel-Thesen, in diesem Band S. 4f., im Hinblick auf *Rottleuthner*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, 1972, und die diesbezüglichen Kontroversen.

² Vgl. *Hoffmann=Riem* (o. Fußn. 1), S. 19f.

ungezwungene Einstellung findet. Abweichende Erkenntnisinteressen mit- samt allem, was daraus an weiteren Abweichungen folgt, mögen aus solcher Sicht eine gewisse Beunruhigungs- und Herausforderungswirkung haben. Sie wurden zunächst mit der einen oder anderen skeptischen Rezension oder Fußnote bedacht oder ganz übergangen. In einer späteren Phase kam es zu ausführlicheren Auseinandersetzungen. Was geblieben ist, ist ein Klima von großer Gespanntheit. Diesseits, mit nach außen verlängerter konservativer Option: „Eine streitbare Demokratie braucht das Berufsbeamtentum“.³ Dagegen, von jenseits, dann die Feststellung, Beamtenjurisprudenz verhalte sich zur übrigen Rechtswissenschaft „wie Militärmusik zur Musik“.⁴ Wie wird sich solche Jurisprudenz gar zu Rechtswissenschaft „als Sozialwissenschaft“ verhalten?

Wo von der Dienstrechtsreform die Rede ist, machen sich Lagerbildungen und Emotionalisierungen bemerkbar, wie sie auch für die Auseinandersetzungen um Schul-, Hochschul-, Presserechtsreform usw. kennzeichnend sind oder waren. Das indiziert gesellschaftliche Erheblichkeit und curriculare Ergiebigkeit, allerdings auch besondere Erschließungsschwierigkeiten. Die Dienstrechtsreform unter Verfassungsaspekten als Integrationsbeispiel ins Auge zu fassen, kann dann heißen (noch in Bildern aus dem Militärwesen ausgedrückt): Man begibt sich in ein Niemandsland. Es ist ein zerrichtetes Terrain, auf dem hier ein neuer Anfang gemacht werden muß. Das möglichst civiliter, indes nicht in beliebiger Vermittlungsabsicht. Eine Reihe von Richtpunkten, welche auch hier einschlägig sind, hat *Hoffmann-Riem* oben⁵ in allgemeinerer Form bezeichnet. Auf dieser Grundlage verstehen sich die folgenden Darlegungen.

2. Öffentliches Dienstrecht als rechtspolitisches Thema: Lernzielbesonderheiten

Geht man von den von *Hoffmann-Riem* vorgelegten Lernziel-Thesen aus, dann stellt sich zunächst die Frage, welches die Spezifika des hier zu behandelnden Gegenstands innerhalb jener weiterreichenden Aufstellungen sind.

a) Im Vorfeld umstrittener Neuregelungen: Das Grundgesetz als Reformplattform

Gegenstand dieses Beitrags ist ein Reformkomplex, bei dem es sich zunächst um *gesetzgeberische* Schritte handeln würde. Ein Stadium, in dem entsprechende politische Grundentscheidungen unmittelbar anstünden, ist jedoch bisher nicht erreicht. Vielmehr werden Reforminitiativen und Entwicklungsphasen einer weitläufigen öffentlichen Auseinandersetzung im fernereren und näheren *Vorfeld* der Gesetzgebungsebene vorzuführen sein. Neben Verbandsstellnahmen spielen dabei Stellungnahmen von Rechtswissenschaftlern eine besondere Rolle, und zwar unter *verfassungsrechtlichem* Blickwinkel: Die

³ Forsthoff, Die Welt Nr. 204 v. 1. 9. 1973, S. 1.

⁴ Dammann, Gewerkschaftliche Monatsh. 1975, 362. Allg. ders., in: Grimm (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften 1, 2. Aufl. (1976), S. 107 ff.

⁵ AaO (o. Fußn. 1).

Bestimmungen des Art. 33 IV und V GG als juristische Hebelstellung, überwiegend als Sitz von Reformhindernissen ausgelegt und daraufhin von anderer Seite gelegentlich auch ihrerseits in Veränderungsversuche einbezogen. Novellierungs- bzw. Streichungsbestrebungen sind allerdings insoweit noch weniger aktuell als hinsichtlich der vorhandenen einfachgesetzlichen Kodifikationen. Forderungen nach einer derartigen Verfassungsänderung treffen im übrigen wiederum auf eine verfassungsjuristische Verteidigungslinie: Ihnen wird da und dort Art. 79 III GG entgegengehalten. Bei einer reformerleichternden Verfassungsänderung müßte es sich also um eine an der Sperrnorm der Art. 79 III orientierte Entscheidung handeln. Wird dagegen der gegebene verfassungsrechtliche Rahmen insgesamt akzeptiert und wird nur an Gesetzesänderungen gedacht – und das ist die Ebene, auf die sich der Reformstreit hauptsächlich bezieht, und die auch in diesem Beitrag in den Vordergrund treten wird –, dann geht es lediglich um *verfassungsorientierte Gesetzgebungsentscheidungen*; näherhin: um Einwirkungen herkömmlicher und sozialwissenschaftlich informierter und „aufgeklärter“ Rechtswissenschaft auf solche Entscheidungen.

Mittelbar sind allerdings auch hypothetische (an einem etwa geänderten Personalrecht orientierte) *Gesetzesanwendungsentscheidungen* der verschiedensten Art involviert. Es ist die gesamte behördliche – und dahinter die gerichtliche – Personalrechtspraxis, um deren legislatorische Vorsteuerung hier gestritten wird. Zudem ist das Personalrecht auf vielen Ebenen in das Organisations- und Verfahrensrecht verflochten. Auch können Personalrechtsentscheidungen überall die Anwendung des jeweiligen *materiellen* Rechts beeinflussen, mithin auch die „*fachliche*“ Seite, die Modalitäten der Vorsteuerung des Verwaltungshandelns gegenüber den Klienten. Letztere Seite ist die (indirekt) *maßgebliche*. Auf sie pflegen denn auch die verfassungsrechtlich-dienstrechtlichen Argumentationen *de lege ferenda* durchzugreifen. Ausgegangen wird dann von verfassungsrechtlichen Maßstäben für Aufgaben und Funktionen der öffentlichen Verwaltung überhaupt.

Damit sind Verbindungslinien und Wechselbeziehungen angedeutet, von denen später noch genauer die Rede sein wird. Hier sei vorweg festgehalten: Unmittelbarer Ansatzpunkt rechtswissenschaftlicher Aktivitäten in Fragen der Dienstrechtsreform ist vor allem die *Dienstrechtsgesetzgebung*, verstanden als normorientierte Entscheidungstätigkeit, als *Verfassungsrechtsanwendung*. Es geht um Alternativen der Transformation geltenden Dienstrechts, mit dem Grundgesetz als Reformplattform und Reformrahmen. Dabei kann Rechtswissenschaft auf zahlreichen Wegen und in zahlreichen Zwischenstadien, gerade auch im Vorfeld der Gesetzesentscheidung, reformrelevanten praktischen Einfluß nehmen. Einige gängige Verwendungszusammenhänge sollen an späterer Stelle illustriert werden. Indem hier ein solcherart ausgefächertes rechtspolitisches Thema gewählt worden ist, ergibt sich die Möglichkeit, verschiedene Formen und Richtungen wissenschaftspraktischen Engagements aufzugreifen, auch über die Phänomene forschungs- und lehreinterner Interessiertheit hinaus. Wissenschaftstheoretische Einstiegsstellen bieten sich angesichts jener Militanz und Parteilichkeit, auf die eben hingewiesen wurde, in vielfältiger Weise an. Zugleich bieten sich inhaltlich-sozialtheoretische Einstiegsstellen an. Hier kann ein Rechtsgebiet auf zurückliegenden Stufen seines „Herstellungsbereichs“ aufgesucht werden, es befindet sich dort in einem spezifischen Anregungszustand – um so leichter lassen sich allgemeine Rahmenbedingungen und konkrete Entscheidungsbedingungen miteinbeziehen.

Es ist gerade dieser Anregungs- und Gärungszustand, der für manche Autoren zum Anlaß gesteigerter verfassungsjuristischer Bemühungen wird. Was die kategorialen Einzugsbereiche solcher stabilitätsorientierter Argumentationen betrifft, so pflegt das Hauptaugenmerk der Garantie des Art. 33 V GG zu gelten, d. h. einer Bestimmung, an der auf den ersten Blick auffällt, daß ihr eine verhältnismäßig große normative Rigidität innewohnt. Wer näher hinsieht, wird allerdings auch bemerken: Mit den „hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums“ inkorporiert diese Norm in eigenartiger Weise auch andersartigen, weniger „harten“ Rechtsstoff. Im übrigen enthält sie auch schon in sich selbst gewisse Vorbehalte zugunsten einer korrigierenden Mitberücksichtigung anderweitiger „Sachbereichs“-Elemente. Von da aus sieht sich bereits konventionelle Beamtenrechtswissenschaft zu der einen oder anderen Bereichserweiterung veranlaßt, oder es werden gewissermaßen Exkursionen und punktuelle Erkundungen unternommen, die zu Auflockerungen des normlogischen, des traditionellen, des engräumig-dogmatischen Auslegungsanteils usw. führen können. Darin offenbart sich mitunter erhebliche Unsicherheit. Es liegt auf der Hand, daß dies eine Konstellation ist, durch die ein mehrdimensionaler konzentrischer Einsatz von Sozialwissenschaften geradezu herausgefordert wird.

b) Dreischritt?

Das zeigt schon: Es erscheint sinnvoll, auch⁶ in diesem Beitrag hauptsächlich auf den (auch hier: verfassungsrechtlichen) „Normbereich“ abzustellen, näherhin auf den (auch hier: verhältnismäßig komplexen, wenig durchkultivierten) „Rechtsstoff“-Bereich in seiner Relation zu dem „Sachbereich“ des Art. 33 IV und V GG in Verbindung mit weiteren Verfassungsbestimmungen; das unter Einbeziehung von Interdependenzen zwischen diesen Bereichen und dem „Sachverhaltensbereich“ und im Hinblick auf jenen Gärungszustand, der den Entscheidungsbereich in besonderer Weise ins Blickfeld treten läßt.

Vorweg wird eine Übersicht über Anlässe, Verlauf und derzeitige Befindlichkeit dieses Projekts „innerer Reform“ gegeben. Dabei treten bestimmte Komponenten des Sachverhaltensbereichs hervor, und es wird über Vorgänge im Vorfeld des Entscheidungsbereichs berichtet, welche sich immer auch auf den Normbereich beziehen. Einschlägig sind bereits auf dieser Stufe die Lernziele 1 bis 4 nach *Hoffmann-Riem*.⁷ In einer Zwischenbilanz und in einem zweiten, der weiteren Aufarbeitung des Reformkomplexes dienenden Durchgang wird dann auf jenen „Dreischritt“ hingesteuert, bei dem es zunächst um die Lernziele 6 bis 8 geht.⁸ Dabei wird das dienstrechtliche *Treueprinzip* im Mittelpunkt stehen. In ihm hat die ältere, einem als mehr oder weniger metapolitisch verstandenen administrativen „Sachprinzip“ verpflichtete Verfassungsdoktrin ihren Kernpunkt. Es wird zu zeigen sein, daß diese Doktrin mit wachsenden inneren Labilitäten und Widersprüchlichkeiten behaftet ist, daß sie zwar bisher gegen bestimmte insbesondere *gewerkschaftliche* Konzepte einer Dienstrechtsreform mit Erfolg ins Feld geführt worden ist, daß sie aber auch ihrerseits rückläufig ist und einem Instrumentalismus Platz zu machen beginnt, der das Ende des älteren Treueprinzips bedeuten könnte.

⁶ Wie *Hoffmann-Riem* in seinem Beitrag: Medienfreiheit, in diesem Bd. S. 47, 50.

⁷ AaO (o. Fußn. 1), S. 13 ff.

⁸ Ebda. S. 17 ff.

Von da aus wird zu Prämissenkritik und Revisionsversuchen im Sinn der Lernziele 9ff.⁹ überzugehen sein, mit Konsequenzen in der Richtung auf eine Vergrößerung des reformpolitischen Spielraums, auch auf gewisse verfassungsrechtliche Stimulierungseffekte.

Dabei wird vor allem zu untersuchen sein, *in welcher Weise* Art. 33 V GG „Hergebrachtes“ in die Reform einbringen will. In „Hergebrachtem“, als einer Grundlage bisheriger Staatlichkeit, müßte eine Essenz aufgefunden werden, die den Reformzusammenhang als Vermittlungs- und Verarbeitungszusammenhang von rückwärts nach vorwärts begründen könnte. Art. 33 V GG müßte als Sitz eines verfassungsrechtlichen Reformauftrags erkannt und ins Spiel gebracht werden, der auf Kontinuität hinauswill: auf Aktivierungen dessen, was in „Hergebrachtem“ als Grundlage *neuer*, der Erneuerung *bedürftiger* staatlicher Identität vorgegeben ist, diesseits restaurativer Verhaftetheit, diesseits auch sozialtechnischer Strangulierungen; dergestalt aber auch diesseits von Abrissen in anderen nachliberalen Richtungen. Es müßte sich um den Auftrag handeln, Verwaltung und öffentlichen Dienst auf dem Boden eines *Treuhandprinzips neu* zu ordnen, das aus dem *demokratischen Prinzip* hervorzubringen wäre – als Auftrag, die Verwaltung demokratispezifisch-, *politisch*“ zu verfassen.

Wo diese weiteren Schritte anstehen, vergrößern sich allerdings die Schwierigkeiten beträchtlich. Das hat Hoffmann-*Riem* in allgemeinerer Form dargelegt, und das gilt zumal für den Gegenstand, der hier in Rede steht. Ob der Brückenschlag angesichts des heutigen dienstrechts-, verwaltungs-, demokratiethoretischen Sachstands und der entsprechenden Praxisstrukturen überhaupt schon gelingen kann, mag zweifelhaft erscheinen. Jedenfalls kann er in diesem Beitrag noch nicht in befriedigender Weise vollzogen werden. Es wird auf neuere Postulate „*politischer Verwaltung*“ hinzuweisen sein, die hier einzuarbeiten wären; auch auf entsprechende dienstrechtstheoretische Ansätze. Derartige Vorstellungen scheinen indes noch nicht konsistent genug, um dem Dreischritt – in jenem besonderen konstitutionellen Sinn – zum Erfolg zu verhelfen. Es wird also bei einer „open end“-Deklaration sein Bewenden haben. Das läuft auf einen Appell hinaus, die dienstrechtliche Stringenz und Offenheit der Verfassung weiter herauszuarbeiten, auch im Rahmen reformorientierter Juristenausbildung.

II. Lernschritte

1. *Erster Durchgang: Zehn Jahre Streit um Strategien der Dienstrechtsreform*

Zunächst wird es darauf ankommen, Dienstrechtsreform – ein Thema, das sich in der üblichen Ausbildungsliteratur kaum einer hinreichenden Beachtung erfreut – überhaupt erst als Gegenstand zu identifizieren. Für Zwecke der Grundinformation geeignete einführende Darstellungen sind bisher nicht vorhanden. Es sei versucht, aus dieser Not eine Tugend zu machen: Informationsbeschaffung und erste Aufbereitung lassen sich in die Lehrveranstaltung selbst verlegen. Ein Einführungsabschnitt könnte also dazu dienen, den Studierenden

⁹ Ebd. S. 20ff.

den insoweit zu einem Überblick über wesentliche Impulse und Gegenbestrebungen, Entwicklungsstadien, Stagnationserscheinungen usw. zu verhelfen.

Den folgenden Angaben fällt daraufhin der Charakter einer Sammlung und Sichtung möglichen Lernmaterials zu. In diesem Rahmen werden allerdings, im Sinn eines ersten Durchgangs, durchaus auch schon fundamentale Lernziele anzuvisieren sein. Wie erwähnt, kommen dafür besonders die Lernziele 1 bis 4 nach *Hoffmann-Riem* in Frage. Sie wären jeweils in passende Lernziele geringeren Abstraktionsgrads umzusetzen und dergestalt als Orientierungselemente in die informatorische Grundlegung einzubeziehen. Das kann in unterschiedlicher Weise geschehen. Um ein Anschwellen didaktischer Nebenerörterungen zu vermeiden, werden Gesichtspunkte dieser Art im folgenden nur implizit angedeutet. Als Ergebnis wäre wünschenswert, daß Art. 33 IV und V GG mit seinem Rechtsstoff – Bereich und den entsprechenden Bezüglichkeiten und Bewegungsaspekten im oben umrissenen Sinn als *Schlüsselposition* in den Vordergrund tritt – das als Voraussetzung jenes Dreischritts, um den es dann im zweiten Durchgang (unten 3) gehen wird. Dem soll eine Zwischenbilanz (unten 2) dienen.

Um in die Reformdiskussion der letzten zehn Jahre¹⁰ einen Einstieg zu finden, kann an eine aktuelle regierungsamtliche „Reform“-Initiative angeknüpft werden. Der Bundesminister des Innern hat im November 1975 einen „Entwurf eines Aktionsprogramms zur Dienstrechtsreform“ veröffentlicht.¹¹ In einer überarbeiteten Fassung ist dieses Papier, als „*Aktionsprogramm zur Dienstrechtsreform*“, im Mai 1976 von der Bundesregierung verabschiedet worden.¹² Nach *Maihofer* markiert es einen „neuen Anlauf“ zur Dienstrechtsreform.¹³ Es „nennt die mittel- und längerfristigen Vorhaben, die noch vor Ende dieser Legislaturperiode in Angriff zu nehmen sind“. „In realistischer Einschätzung des heute Möglichen“ will es unter den in der öffentlichen Diskussion befindlichen Reformvorschlägen eine Auswahl treffen. Unter diesem Blickwinkel konzentriert es sich auf Vorhaben, „mit denen notwendige Verbesserungen auf den Gebieten der Personalsteuerung und der Bezahlung erreicht werden sollen“. Das Kennwort lautet insoweit: „*funktions- und leistungsgerechte*“ Personalsteuerung und Bezahlung.¹⁴

Vorgeschichte und restriktive Rahmenbedingungen, wie sie in dem Programmpapier anklingen, lassen sich von diesem aktuellen Bezugspunkt aus gewissermaßen perspektivisch erschließen. Es seien von hier aus jene Phasen der Reformdiskussion, auf die sich das Papier bezieht und zu denen es sich „realistisch“ verhalten will, aufgegriffen; das mit Blickrichtung auf die Formel von der „Funktions- und Leistungsgerechtigkeit“, als tragendes Maßstabele-

¹⁰ Ihr Beginn um 1966 wird sogleich zu belegen sein (u. Fußn. 17). *Dammann* hat sich – unter z. T. anderen Modellprämissen – älterer Entwicklungsstufen angenommen (in diesem Band, S. 109 ff.). Über insoweit mögliche Querverbindungen näher Fußn. 91, 124.

¹¹ Abgedr. u. a. in: DDB 1975, 222 ff., und in der von der Gewerkschaft Öff. Dienste, Transport und Verkehr (ÖTV) herausgegebenen Schrift: *Modernisierung im öffentlichen Dienst. Einheitliches Personalrecht 2*, 1976, S. 11 ff. (hiernach im folg. zitiert).

¹² Abgedr. DDB 1976, 125 ff. (danach wird zitiert). Auch abgedr. in: *Auf dem Weg zur Dienstrechtsreform?* Hrsg. von der Bundesleitung des DBB, 1976, S. 58 ff.

¹³ Nach FAZ Nr. 280 v. 3. 12. 1975, S. 1.

¹⁴ DDB 1976, 127 (unter Nrn. 5, 6, 7.1), 132 (Nr. 7.2). Auf der Grundlage dieses Programms will die jetzige Bundesregierung die Dienstrechtsreform weiterverfolgen (u. Fußn. 60).

ment in der Version des Papiers. Das Aktionsprogramm orientiert sich in erster Linie an Empfehlungen der Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts aus dem Jahr 1973.¹⁵ Einsetzung und Tätigkeit dieser Kommission stellten allerdings bereits eine Reaktion auf weiter zurückliegende Initiativen und Gegenbestrebungen dar.

a) *Streikrechtsdebatte seit 1966, DGB-Grundsätze 1970*

An erster Stelle nennt das Aktionsprogramm insoweit jene Reformvorschläge aus dem *gewerkschaftlichen Bereich*, die in den DGB-„Grundsätzen“ von 1970¹⁶ ihren prägnanten Ausdruck gefunden haben.

Diese gewerkschaftlichen Vorschläge sind von rechtswissenschaftlichen Untersuchungen über den *Beamtenstreik* flankiert worden: von Untersuchungen, in denen sich eine für die Nachkriegszeit neuartige „bedeutende Mindermeinung“¹⁷ artikuliert hat. Sie stellt die älteren, nach 1945 wiederaufgenommenen staatsrechtlichen Grundpositionen des Beamtenrechts insgesamt in Frage. Bis dahin war jene juristische Doktrin unangefochten gewesen, welche ihre Wurzeln in der Ära der konstitutionellen Monarchie hat; an nächster Stelle fußt sie auf konservativen Weimarer Positionen. In der zweiten Hälfte der sechziger Jahre traten dann innerjuristische und zugleich auch verbandspolitische Pluralisierungen hervor, durch die die Skala der Grundpositionen verbreitert wurde.

Die DGB-Grundsätze von 1970 zielen auf eine „Modernisierung des Beamtenrechts“ in der Weise ab, daß „*Statusrecht*“ und „*Folgerecht*“ kompetenziell *getrennt* werden sollen. Das „*Folgerecht*“ („das alle materiellen Bereiche einschließt“) soll Vereinbarungen zwischen den öffentlichrechtlichen Arbeitgebern und den gewerkschaftlichen Spitzenorganisationen unterliegen, wobei „die uneingeschränkte Wahrnehmung der allen Arbeitnehmern verfassungsmäßig gewährleisteten Koalitionsrechte“ vorausgesetzt wird. Dahinter steht das Bestreben, einem *einheitlichen Personalrecht* für alle Beschäftigten im öffentlichen Dienst „näherzukommen“.¹⁸ Mit den DGB-Grundsätzen wurde ein erster Schritt in der Richtung auf ein Einheitskonzept gefordert, wie es dann in den nachfolgenden Jahren¹⁹ mit Nachdruck verfochten worden ist.

¹⁵ Dazu u. c).

¹⁶ Grundsätze des Deutschen Gewerkschaftsbundes zur Neuordnung des Beamtenrechts. Gliederung in Statusrecht und Folgerecht, hrsg. vom DGB-Bundesvorstand, 2. Aufl. (1971), S. 19 ff. (danach zitiert). Auch abgedr. in: *Einheitliches Dienstrecht*. Ein Diskussionsbeitrag der Gewerkschaft ÖTV, hrsg. vom DGB-Bundesvorstand, 2. Aufl. (1972), S. 16 ff., und in: *Leminsky-Otto*, Politik und Programmatik des Deutschen Gewerkschaftsbundes, 1974, S. 401 ff.

¹⁷ So kürzlich *W. Weber*, in: *Leisner* (Hrsg.), *Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat*, 1975, S. 199; Nachw. dort S. 203 ff. Am Anfang steht hier *R. Hoffmann*, AÖR 91 (1966), 141 ff. Es folgte die Untersuchung von *Benz*, *Beamtenverhältnis und Arbeitsverhältnis*, 1969; dann die aus einem Forschungsauftrag des ÖTV-Hauptvorstands hervorgegangene Arbeit von *Däubler*, *Der Streik im öffentlichen Dienst*, 2. Aufl. (1971); sowie *Ramm*, *Das Koalitions- und Streikrecht der Beamten*, 1970, ein im Auftrag des DGB-Bundesvorstands angefertigtes Gutachten. Material zur parallellaufenden politischen Diskussion um 1970 bes. in: *Einheitliches Dienstrecht* (o. Fußn. 16).

¹⁸ Grundsätze (o. Fußn. 16), S. 20 f.

¹⁹ So durch den 10. Ordentlichen DGB-Bundeskongreß 1975, vgl. die Beschlüsse in:

b) Juristentag 1970

Diese Vorschläge sind auf dem 48. Deutschen Juristentag 1970 auf die Bühne einer breiteren juristischen Fachöffentlichkeit gelangt.²⁰ Es entwickelte sich eine kontroverse, emotional aufgeladene Diskussion, welche sich in weiteren rechtsliterarischen und verbandspolitischen Gegenbestrebungen niederschlug.²¹

c) Die Empfehlungen der Genscher-Kommission 1973

Der Juristentag hatte Bundestag und Bundesregierung empfohlen, durch eine Bestandsaufnahme die für grundlegende Reformentscheidungen maßgeblichen Vorfragen zu klären.²² In einem ähnlichen Sinn hatte der Bundestag die Bundesregierung Anfang 1970 ersucht, eine „Studienkommission unabhängiger Fachleute“ zu berufen, die „Vorschläge für eine zeitgemäße Weiterentwicklung eines modernen öffentlichen Dienstrechts unterbreitet“.²³ Daraufhin bildete der seinerzeitige Bundesinnenminister *Genscher* die *Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts*.²⁴ 1973 übergab diese sog. *Genscher-Kommission* dem Minister ihren Bericht.²⁵ Darin geht sie von einer „betont funktionsorientierten Zieldefinition“ aus: „Sicherung und Steigerung der Funktionstauglichkeit der öffentlichen Verwaltung im Rahmen des Werte-

Einheitliches Personalrecht 2 (o. Fußn. 11), S. 22f. Daraufhin: Vorstellungen des DGB zur Dienstrechtsreform, DDB 1976, 122, näher zur Übergangsperspektive. Dort auch ein entsprechender Beschluß des 8. Ordentl. ÖTV-Gewerkschaftstags 1976. Zuletzt *G. Schmidt*, DDB 1976, 163f. Dazu *Brinkmann*, Gewerkschaftliche Monatsh. 1976, 419ff.

²⁰ Empfiehlt es sich, das Beamtenrecht unter Berücksichtigung der Wandlungen von Staat und Gesellschaft neu zu ordnen? Verh. des 48. DJT Mainz 1970. Verhältnismäßig einläßlich das Gutachten *W. Thiemes*, Bd. I, S. D 1ff., und das Referat *F. Schäfers*, Bd. II, S. O 10ff. Skeptisch *Quaritsch* in seinem Gegenreferat, ebda. S. O 34ff. Zersplitterte Diskussion ebda. S. O 58ff., moderierte Beschlüsse S. O 218f. Vorausgegangen war die wohlwollende Stellungnahme *Menzels*, DÖV 1969, 513ff.

²¹ Zum Streikrecht insbes. *Isensee*, Beamtenstreik, 1971 (dazu *R. Hoffmann*, KritJ 1971, 45ff.; *Däubler*, Gewerkschaftliche Monatsh. 1972, 310ff.; siehe auch *dens.*, DDB 1971, 119ff.). Im übrigen etwa *Kölble*, DÖV 1970, 447ff.; *Ule*, DVBl 1970, 637ff.; *Quaritsch*, in: Festschr. f. G. Wacke, 1972, S. 29ff.; *H. Schneider*, ebda. S. 61ff. Vgl. auch schon die gegen *Thieme* gerichtete Schrift des Deutschen Beamtenbunds: Bedrohung einer Verfassungsinstitution, hrsg. von der Bundesleitung des DBB, 1970. Sodann: Vorschlag des DBB zur Reform des öffentlichen Dienstrechts, hrsg. von der Bundesleitung des DBB, 1973.

²² AaO (o. Fußn. 20), Bd. II, S. O 218.

²³ Vgl. Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Bericht der Kommission, 1973, S. 1. Gewünscht wurden „Modellvorstellungen für eine aufgabenadäquate Personalstruktur“.

²⁴ Ihre Besetzung ist dokumentiert in: Bericht der Kommission, S. 2ff. Über einen zugrunde liegenden „politisierten“ Expertenbegriff und über „codiertes Patt“ *Lubmann* (der Kommissionsmitglied war), ZfP 1974, 264ff.; *H. H. Rupp*, in: Das Berufsbeamten-tum (o. Fußn. 17), S. 168f.

²⁵ AaO (o. Fußn. 23); dazu erschienen 11 Anlagebände. Einführend *König*, VerwArch 1977, 3ff. Zum Ausgangsbefund seinerzeit ferner *Ellwein-Zoll*, Berufsbeamten-tum – Anspruch und Wirklichkeit, 1973.

systems der freiheitlichen Verfassung“.²⁶ Es wird eine wachsende Abhängigkeit der Gesellschaft von den Leistungen und Interventionen der öffentlichen Hand konstatiert, daraufhin eine Vermehrung, Differenzierung und qualitative Veränderung der öffentlichen Aufgaben, zugleich „das mit stärkerer politischer und ökonomischer Polarisierung zunehmende Bestreben partikularer Gruppen, auf die Gestaltung öffentlicher Angelegenheiten Einfluß zu gewinnen“. Die vorgeschlagene „aufgabengerechte Personalstruktur“ wird mit Wendungen in Verbindung gebracht wie: „institutionelle Sicherung der Autonomie und Gemeinwohlgerechtigkeit der staatlichen Willensbildung und Aufgabengestaltung“, näherhin einerseits „unverfälschte Verwirklichung des demokratischen Mehrheitswillens“ im Sinn von „Autonomie des Parlaments“, andererseits „Sachgerechtigkeit“ und „Kontinuität“ der Verwaltung, „unparteiisches, uneigennütziges, ausschließlich am Gemeinwohl orientiertes Verwaltungshandeln“. Deshalb bleibe „der Verfassungsauftrag des Art. 33 Abs. 5 GG“ aktuell, „das Recht des öffentlichen Dienstes unter Aufrechterhaltung bewährter Strukturprinzipien so fortzuentwickeln, daß es auch unter veränderten Funktionsbedingungen seinen Zweck erfüllen kann“.

aa) *Regelungsinhalte*. In dieser Lage will die Kommission an der Gestaltung des öffentlichen Dienstverhältnisses als *Lebensberuf* „im Regelfall“ und an den entsprechenden rechtlichen und wirtschaftlichen Sicherungen „prinzipiell fest(zu)halten“; diese Sicherungen seien, „soweit sie der rechts- und sozialstaatlichen Garantiefunktion dienen“, „auch in einem betont leistungsorientierten Dienstrechtssystem sachlich gerechtfertigt“. Sie seien allerdings „durch flankierende Steuerungselemente zu ergänzen, die dem Wettbewerb und dem Leistungsprinzip in der Verwaltung stärkere Geltung verschaffen und dazu beitragen, daß die Elastizität, Initiative, Risikobereitschaft, innovatives Verhalten sowie berufliche Mobilität gefördert werden“. Insbesondere seien die Kriterien für die Personalgewinnung, die Personalsteuerung und das Bezahlungssystem an diesen Erfordernissen auszurichten; was bedeute, „daß in erster Linie die individuelle Befähigung und fachliche Leistung und die durch sie ausgewiesene Sachkompetenz, gemessen an der ausgeübten oder auszuübenden Funktion, als Auslese- und Bewertungsmaßstab anerkannt und dieses Prinzip möglichst konsequent verwirklicht werden sollte“. Bisher gebe es methodische und verfahrensmäßige Schwierigkeiten, diesen – im Prinzip überall anerkannten – Maßstab in der Praxis überzeugend zu verwirklichen. Die Kommission will mit einer Reihe von „*instrumentalen Vorschlägen*“ neue Wege zur Überwindung dieser Schwierigkeiten aufzeigen.²⁷ In diesem Zusammenhang kommt sie zu „Mobilitäts“-Erwägungen, die das Aktionsprogramm jüngst wiederaufgenommen hat.²⁸ Mit den Zitaten sollte zunächst der „funktionale“ Gestus angedeutet werden, der die Kommissionsempfehlungen prägt.

²⁶ So der Kommissionsvorsitzende *Fischer-Menshausen* in einer Ansprache anlässlich der Berichtsübergabe, abgedr. ZBR 1973, 157 ff.; daraus auch die folg. Zitate. Näher: Bericht der Kommission, S. 97 ff. *Fischer-Menshausen* verkörpert als Ministerialdirektor a.D. und Vorstandsmitglied der Esso-AG a.D. (Bericht der Kommission, S. 2) in besonderer Weise „intersystemische Mobilität“, vgl. *G. Schmid-Treiber*, Bürokratie und Politik, 1975, S. 239.

²⁷ *Fischer-Menshausen* (o. Fußn. 26).

²⁸ Von anhaltender Aktualität ist davon u. a. das Konzept der „*funktionalen Herab-*

Im Mittelpunkt einer solcherart „funktional zu interpretierenden“²⁹ Dienstrechtsreform soll das *Leistungsprinzip* stehen. Es scheint in dieser heterogenen Kommission gewissermaßen den größten gemeinsamen inhaltlichen Nenner dargestellt zu haben. Es mag auf eine „modernistische Rechtfertigung“ des Berufsbeamtentums³⁰ hinauslaufen: „Reform der Mitte – Der Beamte zwischen Staatsdiener und Staatsarbeiter“.³¹ Vom Standpunkt älteren juristischen Hoheitsdenkens aus ist die „unternehmerische Konzeption“ kritisiert worden, die sich in ihm manifestiere.³² Aber auch die Gewerkschaftsvertreter in der Kommission – die „die stärkere Hinwendung zum Leistungsprinzip“ anscheinend als „Modernisierungsansatz“ gutgeheißen (und damit auf den „Abbau von Unterschieden zwischen dem öffentlichen Dienst und der übrigen Arbeitswelt“ abgezielt) hatten³³ – sind in einem Gewerkschaftsorgan kritisiert worden: Die Kommission habe keinen Versuch gemacht, „Leistung“ zu problematisieren und zu definieren; das bedeute aber: „sie überträgt das Konkurrenzmodell der Privatwirtschaft schlechthin auf die öffentliche Ver-

stufung“ „bei wesentlichen Abweichungen der Qualifikationen des Bediensteten von den Anforderungen des Dienstpostens“: Dann soll die Übertragung eines „Dienstpostens“ ermöglicht werden, welcher der nächstniedrigeren „Bezahlungsgruppe“ zugeordnet ist, bei Aufrechterhaltung nur des nominalen „Bezahlungs“-Besitzstands unter Vorbehalt einer Altersklausel; näher: Bericht der Kommission, S. 235 ff., 286 ff. Dabei wird die Einführung formalisierter periodischer Leistungsbewertungen vorausgesetzt und gefordert. Zu den Bewertungsfaktoren sollen „Anforderungsprofile“ gehören, die auf *Arbeits- und Anforderungsanalysen* beruhen sollen; vgl. Bericht der Kommission, S. 217 ff. Dieser Vorschlag darf nach den Worten der Kommission erst verwirklicht werden, „wenn das Beurteilungsverfahren im Zusammenspiel mit den Anforderungsprofilen hinreichend erprobt ist“; ebda. S. 395. Die Kommission nimmt dafür auf die von ihr in Auftrag gegebene Studie von *Triebe-Fischer-Ulich*, Auswahl von Bewerbern für den öffentlichen Dienst (Studienkommission . . ., [Anlage-] Bd. 10), 1973, Bezug. In den dort behandelten arbeits- und anforderungsanalytischen Ansätzen sieht sie eine geeignete Grundlage für praktische Erprobung und Weiterentwicklung. Dazu u. Fußn. 60.

²⁹ Vgl. *Fischer-Menshausen* (o. Fußn. 26), S. 157.

³⁰ So *Sontheimer-Bleek*, in: *Dagtoglou-Herzog-Sontheimer*, Verfassungspolitische Probleme einer Reform des öffentlichen Dienstrechts (Studienkommission . . ., [Anlage] Bd. 6), 1973, S. 241 ff. = *Sontheimer-Bleek*, Abschied vom Berufsbeamtentum? 1973, S. 20 ff., über die Schrift von *Leisner*: Grundlagen des Berufsbeamtentums, 1971.

³¹ Das der Titel eines Aufsatzes von *Leisner*, ZBR 1973, 97 ff. Dazu *ders.*, Politische Studien, H. 210, 1973, 359 ff. Es versteht sich, daß *Leisner* und der DBB diese „Mitte“ anders bestimmen möchten als etwa der DGB.

³² *Soell*, DÖV 1974, 147 ff.

³³ Vgl. *Halberstadt* – der für die Deutsche Angestellten-Gewerkschaft (DAG) bis Februar 1971 stellvertr. Kommissionsmitglied war –, *Die Neue Gesellschaft* 1973, 796, 798. S. auch *Ruhnau*, *Die Neue Gesellschaft* 1971, 276 ff. „Leistungsorientierung“ heißt aus dieser Sicht so viel wie: *arbeitsrechtliche* Orientierung. Das Postulat richtet sich bes. gegen das ältere, scheinbar konfliktüberhobene „Alimentationsprinzip“ und bezweckt den Übergang des „Folgerechts“ in die Tarifautonomie. Weiterreichende Implikationen eines so angesetzten Leistungsprinzips wurden dann etwa in dem pragmatischen Konzept eines „sozialen Arbeitsrechts“ erkennbar, wie es von *Sontheimer* und *Bleek* als Reformziel verfochten wird, aaO (o. Fußn. 30), S. 280 ff. = S. 81 ff.

waltung“.³⁴ Friedensformeln wie die der „stärkeren Funktions- und Leistungsorientierung“³⁵ mögen in der Kommission zur Verkehrssprache gehört haben, ohne daß der Leistungsbegriff anhand des Funktionsbegriffs politisiert und zu den eben referierten Restbeständen eines anspruchsvollen „Gemeinwohl“-Denkens in eine inhaltliche Beziehung gesetzt worden wäre. Daraufhin konnte später das Fehlen eines politisch positionalen Aufgaben- und Funktions-Konzepts (als Grundlage „aufgabengerechter“ und „funktionaler“ Personalreformvorschläge) bemängelt werden: Die Kommission habe verkannt, daß die Verwaltung ein „Zentrum politischer Willensbildung“ darstelle. „Ohne eine gesamtgesellschaftliche Analyse wird die Pluralismusvorstellung – unter Ignorierung der vielschichtigen politikwissenschaftlichen Diskussion – zur unbefragten Norm. Es wird nicht gesehen, daß in diesem System die Organisationsfähigkeit gesellschaftlicher Kräfte über ihre Durchsetzung entscheidet und weniger organisationsfähige Interessen nicht berücksichtigt oder sogar unterdrückt werden. Dabei wäre es gerade die entscheidende Aufgabe der das ‚Gemeinwohl‘ vertretenden Verwaltung, sich dieser vorrangig anzunehmen, das bedeutet also: Partei zu nehmen, politisch zu handeln . . . Abhängigkeiten und Privilegien abzubauen und benachteiligte Gruppen bei der Artikulation und Durchsetzung ihrer Forderungen zu unterstützen.“³⁶ Hier zeichnen sich Fragestellungen ab, welche unten³⁷ noch weiterverfolgt werden sollen.

bb) *Regelungsverfahren.* Hinsichtlich der Kommissionsempfehlungen zur inhaltlichen Seite hat es schon hiernach den Anschein, als stehe der Konsens

³⁴ So über „die restaurative Dienstrechtsreform“ *Baum-Hinrichs-Potratz*, Gewerkschaftliche Monatsh. 1974, 281 f. Erwiderung von *v. Hammerstein* ebda, S. 512 ff., mit Antwort der Autoren. Über ausbildungs- und berufssoziologische Dimensionen des Leistungsprinzips allg. *Steinkamp*, in: *Hurrelmann* (Hrsg.), Soziologie der Erziehung, 1974, S. 159 ff., m. Bibliographie S. 204 ff. Zum Leistungsprinzip im Hinblick auf den personalrechtlichen Reformzusammenhang *Helfert*, WSI-Mitteilungen 1974, 2 ff.; *ders.*, DDB 1975, 53 ff. Gegen den verkürzten Ansatz der *Genscher-Kommission* auch *Dammann*, WSI-Mitteilungen 1974, 485 ff.; *R. Hoffmann*, Gewerkschaftliche Monatsh. 1975, 87 ff.; *Schmidt-Treiber* (o. Fußn. 26), S. 247 ff.; *Haensch*, KritJ 1976, 1 ff.

³⁵ Vgl. *Halberstadt* (o. Fußn. 33), der diese mehrdeutige Formel (ungenau) dem ersten Entwurf des sog. Langzeitprogramms der SPD zuschreibt. Der Entwurf ist insoweit abgedruckt in: Vorschlag des DBB (o. Fußn. 21), S. 132. In der Fassung des zweiten Entwurfs abgedr. in: Einheitliches Personalrecht 2 (o. Fußn. 11), S. 52, Anträge S. 53 ff. (vom SPD-Parteitag in Mannheim 1975 zur Aktualisierung an die Fachkommission des Parteivorstands überwiesen). Dort wird das Leistungsprinzip in der eben (o. Fußn. 33) bezeichneten Richtung ins Feld geführt (Nrn. 175 f.). Vorweg heißt es dort: „Der öffentliche Dienst sollte sich nur so weit von der allgemeinen Arbeitswelt unterscheiden, als dies nach seiner Funktion“ (u. a.: „gesellschaftsbewußt handeln“, ebd.) „unvermeidlich ist. . . Dem Leistungsgedanken kommt ausschlaggebende Bedeutung zu“ (Nr. 174). Zwei Ergänzungsanträge bezwecken im Anschluß daran die Klarstellung: „Dabei darf aber nicht von einem Leistungsbegriff ausgegangen werden, der die Qualität der Leistung nur an Quantitäten mißt.“ U. a. müßten auch „Eigeninitiative, soziales Verantwortungsgefühl und Kooperationsbereitschaft“ als Bewertungsmerkmale einbezogen werden (OR 116/197, aaO S. 53, 55).

³⁶ So *Baum-Hinrichs-Potratz* (o. Fußn. 34), S. 276 f.

³⁷ Unter 3 b) bb).

auf schwachen Füßen.³⁸ Der Eindruck verstärkt sich, wenn die Empfehlungen zum „Regelungsverfahren“ einbezogen und aufgaben- und funktionsanalytisch ausgedeutet werden. An dieser Stelle liegt der Kernpunkt der DGB-Grundsätze von 1970. Dem gewerkschaftlichen Einheitsmodell liegt anscheinend die Annahme zugrunde, Regelungsverfahren und Regelungsinhalte stünden in einem mittelbaren Zusammenhang; die Kompetenzentscheidungen stellten zugleich *Vorentscheidungen über die Inhalte* dar. Es ist nun ein Charakteristikum des Kommissionsberichts, daß zunächst ausführlich und – an der Oberfläche – weithin einhellig der zukünftige Regelungsinhalt entwickelt wird und daß erst danach, in einem davon abgehobenen Schlußabschnitt,³⁹ der heikle verfahrensmäßige Kernpunkt auf den Tisch kommt. Da aber zerfällt der Bericht in ein *Mehrheits-* und ein *Minderheitsvotum*.

Zwar empfiehlt die Kommission insgesamt an früherer Stelle „ein an einheitlichen Grundsätzen orientiertes Dienstrechtssystem . . . , das . . . Raum für die notwendigen und sachgerechten Differenzierungen läßt“.⁴⁰ Eine 10 : 9-Mehrheit empfiehlt aber dann ein Regelungsverfahren nach dem „Gesetz-Modell“: „Das Dienstrecht aller öffentlichen Bediensteten wird durch Gesetz geregelt“.⁴¹ Die Kommissionsminderheit, darunter die Vertreter von DGB und DAG, spricht sich demgegenüber für ein kombiniertes „Gesetz/Tarif-Modell“ aus.⁴²

Beiden Modellen wird im übrigen von den jeweiligen Gegnern *Verfassungswidrigkeit* angelastet. Während dem Mehrheitsmodell von gewerkschaftlicher Seite *Art. 9 III GG* entgegengehalten wird, hat das Minderheitsmodell, wie schon die DGB-Grundsätze, eine Vielzahl deutscher Staatsrechtslehrer gegen sich, welche ihre Einwände insbesondere aus *Art. 33 IV und V GG* herleiten. Zu den oben schon erwähnten, durch den Juristentag 1970 ausgelösten Stellungnahmen sind 1973 noch mehrere von der Studienkommission in Auftrag gegebene Rechtsgutachten getreten.⁴³ *Scholz* hat diese Einwände

³⁸ Vgl. nur *Loschelder*, ZBR 1973, 194 f.

³⁹ Bericht der Kommission, S. 342 ff.

⁴⁰ Ebda. S. 142.

⁴¹ Ebda. S. 342. Damit wird den DGB-Grundsätzen, soweit sie auf eine kompetenzielle Teilung des bisherigen Beamtenrechts abzielen, eine Absage erteilt. Darüber hinaus wird die Beseitigung der Tarifautonomie einschl. des Streikrechts auch hins. der bisherigen Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst empfohlen. Wie sich versteht, haben DGB und zumal ÖTV – die damit eines Fundaments beraubt wäre – das Mehrheitsvotum scharf abgelehnt. Vgl. die Erklärungen in: Bericht der Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts. Kurzfassung, hrsg. vom DGB-Bundesvorstand, 1973, S. 85 ff. Dieser Standpunkt ist u. a. vom 10. DGB-Bundeskongreß 1975 bekräftigt worden (o. Fußn. 19); Begründung zu dem dort abgedr. Beschl. zu Antrag 232 in: Beamten-Informationen (bi) (Beilage zu DDB) 1975, 17 („totale Verbeamtung“ als verfassungswidriger Angriff auf die Tarifautonomie im öffentlichen Dienst). Ähnlich die DAG, in: Reform des öffentlichen Dienstrechts, hrsg. vom DAG-Bundesvorstand, 1973, S. 6, 52.

⁴² Bericht der Kommission, S. 356 ff. Dieses Einheitsmodell knüpft hins. der bisherigen Beamten an die DGB-Grundsätze an. Hins. der bisherigen Angestellten und Arbeiter würde es Abstriche an dem – in deren Bereich bisher in Übung befindlichen – „Tarif-Modell“ bedingen – ein Kompromißwerben, das von der Gegenseite nicht erhört worden ist.

⁴³ *Forsthoff* u. a., Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen

kürzlich dahin zusammengefaßt, zwischen „Dienstverfassung“ und „Amtsverfassung“ bestehe eine unlösliche Verbindung. Die öffentliche Amtsverfassung unterstehe, „zumindest für alle politisch essentiellen Staatsaufgaben“,⁴⁴ notwendig der gesetzlichen und verwaltungsrechtlichen Organisationsgewalt; andernfalls würde „der gesetzlich-demokratische Funktionsauftrag“ der Verwaltung „dem Einfluß oder der Disposition außerstaatlicher, d. h. nicht gesetzlich verantwortlicher Instanzen“ unterliegen. Einer eher polarisierenden Version des Verhältnisses von „Staat“ und „Gesellschaft“ verpflichtet,⁴⁵ postuliert *Scholz*, die Organisation der öffentlichen Ämter dürfe nicht „vergesellschaftet“, d. h. nicht entsprechend legitimierten gesellschaftlichen Gruppen unterstellt“ werden. Ein „vergesellschafteter“ öffentlicher Dienst würde auch den Schritt zur (partiellen) „Vergesellschaftung“ der öffentlichen Amtsverfassung einschließen.⁴⁶ *Scholz* scheint hier sogar Art. 79 III GG für einschlägig zu halten.⁴⁷ Ein „unauflösliches sachliches Junktum“ sieht auch *Rupp*: Wer „Herr“ der Dienstpostenbewertung und der Vergütungssysteme sei, sei auch „Herr der aufgabenmäßigen Funktionsstrukturen und der personellen Stellengliederung“. Mittelbare, tarifpolitische gewerkschaftliche Einwirkung auf die Kriterien von Aufgabe, Funktion, Leistung usw. würde nach *Rupp* in die Nähe einer „syndikalistischen Machtdominanz“ führen. Das Minderheitsmodell bedeutet nach *Rupp* nicht einen Kompromiß, sondern „eine bedingungslose Umpolung des Beamtenrechts auf Tarifvertrag und Arbeitskampf“. Mit Genugtuung konstatiert *Rupp* daraufhin, daß auch die Kommissionminderheit selbst der Meinung ist, die Verwirklichung ihres Modells setze eine Verfassungsänderung voraus.⁴⁸

d) Lähmungsphase

Damit war das Schicksal der Kommissionsempfehlungen zum Regelungsverfahren besiegelt. Es trat eine Lähmung ein, die zunächst auch auf die Empfehlungen zur inhaltlichen Regelung des Personalrechts übergriff. Das

Dienstrechts (Studienkommission ..., [Anlage-] Bd. 5), 1973. Vgl. dort *Forsthoff*, S. 50 ff.; *v. Münch*, S. 138 ff.; *Schick*, S. 246 ff.; *Ule*, S. 479 ff.; *F. Mayer*, S. 653 ff. Anders *W. Thieme*, S. 372 ff.

⁴⁴ Womit auf den sog. *Funktionsvorbehalt* des Art. 33 IV GG Bezug genommen wird. Zu diesem zuletzt *Leisner*, in: Das Berufsbeamtentum (o. Fußn. 17), S. 121 ff. m. Nachw., als Verfechter der konventionellen „Zweispurigkeit“-Doktrin.

⁴⁵ *Scholz* nimmt Bezug u. a. auf *Böckenförde*, in: Festg. f. Hefermehl, 1972, S. 11 ff., wiederabgedr. in: *Böckenförde*, Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 185 ff. S. auch *Böckenförde*, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, 1973; *ders.*, in: Staat, Gesellschaft, Freiheit, S. 336 ff. Andere Akzente etwa bei *Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem GG, 1973, S. 64 ff. Zuletzt *Hesse*, DÖV 1975, 437 ff.; *W. Schmidt*, AöR 101 (1976), 24 ff.

⁴⁶ *Scholz*, in: Das Berufsbeamtentum (o. Fußn. 17), S. 191 ff. Ähnlich schon *ders.*, in: *Genscher* u. a., Öffentlicher Dienst und Gesellschaft – eine Leistungsbilanz, 1974, S. 179 f. Zustimmend *Kröger*, NJW 1975, 956 f.

⁴⁷ Das Berufsbeamtentum (o. Fußn. 17), S. 197. In diesem Sinn eingehend *Ule*, Rechtsgutachten (o. Fußn. 43), S. 445 ff.; a. A. aber *Forsthoff*, ebda. S. 39 f.; *v. Münch*, ebda. S. 79 ff.; *Thieme*, ebda. S. 366 ff.; *Mayer*, ebda. S. 635 ff.

⁴⁸ *Rupp* (o. Fußn. 24), S. 173 ff. (vgl. Bericht der Kommission, S. 372). Weiter *Isensee*, ebda. S. 23 ff.; *Weber*, ebda. S. 207 ff. Daß das dem zugrunde liegende, nach rückwärts festgelegte Verfassungsverständnis gerade in Art. 33 V GG schwerlich Platz findet, wird noch dargelegt werden.

Mehrheitsvotum fand einiges Interesse bei konservativen Gruppierungen im Verbands- und Parteibereich.⁴⁹ Es ist aber auf Bundesebene gegenwärtig parlamentarisch nicht mehrheitsfähig. Ebenso wenig zeichnen sich indes politische Entscheidungen zugunsten des gewerkschaftlichen Einheitsmodells oder des Minderheitsvotums ab. Die Meinungsbildung innerhalb der SPD schritt seit 1970 nur langsam fort.⁵⁰ Von der FDP kam 1973 eine mehr hinhaltende Stellungnahme, wonach die Reform vorerst mittels der bisherigen Regelungsinstrumente in Angriff genommen werden soll.⁵¹ Im Bundesinnenministerium hatte man Anfang 1974 einen Dreistufenplan bis zur Kabinettsreife entwickelt, in dem die Entscheidung über das Regelungsverfahren in die dritte Stufe verwiesen wurde. Ehe der Entwurf das Kabinett erreicht hatte, kam es zur Kabinettsumbildung. Alsdann trat auch auf diesem Gebiet eine „Reformflaute“ ein.⁵² Unterdessen nahmen im Zeichen von Konjunkturschwierigkeiten, Arbeitslosigkeit und Haushaltsengpässen die Angriffe auf „Privilegien“ des

⁴⁹ So beim DBB, der sich von dem Kommissionsbericht in seinen eigenen „Reform“-Vorstellungen weitgehend bestätigt fand, Vorschlag des DBB (o. Fußn. 21), S. 22; näher die dort S. 114 und S. 148 abgedruckten Erklärungen; Abgrenzung nach links ebda. S. 19 ff. Das DBB-Konzept von 1972 – das nicht so weit geht wie das Mehrheitsvotum in der *Genscher*-Kommission; es zielt auf Arrondierungen auf dem Boden der Zweispurigkeits-Doktrin ab – ist u. a. durch den DBB-Bundesvertretertag 1975 bestätigt worden; vgl. Der Beamtenbund (DBB) 1975, Nr. 12, S. 1 ff. Zuletzt: Auf dem Weg zur Dienstrechtsreform? (o. Fußn. 12), S. 9 ff.

Verwandt die CDU/CSU-Dienstrechtspolitik. Erste Dokumente insoweit in: Einheitliches Dienstrecht (Fußn. 16), S. 35 ff., 47 f.; weiter in: Vorschlag des DBB, S. 118, 125, 147. Neuere Stimmen in: Einheitliches Personalrecht 2 (o. Fußn. 11), S. 24 ff., 31 ff., 44 f., 51 f., und in: Auf dem Weg zur Dienstrechtsreform? (o. Fußn. 12), S. 69 ff.

⁵⁰ Erste Dokumente in: Einheitliches Dienstrecht (o. Fußn. 16), S. 31 ff.; Vorschlag des DBB (o. Fußn. 21), S. 132, 135 ff., 146. Initiierend hat hier u. a. das „Berliner Modell für ein einheitliches Dienstrecht“ gewirkt, das 1970 von Senator *Neubauer* vorgelegt worden ist. Kurzfassung in: Einheitliches Dienstrecht, S. 49 ff., dazu der Senatsbericht 1973 in: Einheitliches Personalrecht 2 (Anm. 11), S. 37 ff. Weiter *F. Schäfers* DJT-Referat (o. Fußn. 20); *ders.*, Modernes Dienstrecht, hrsg. vom DGB-Bundesvorstand, 1972, S. 4 ff. Instrukтив *Liedtke*, bi 1974, 21, gegen *A. Krause*, DBB 1974, Nr. 5, S. 1. Weiteres Mat. in: Auf dem Weg zur Dienstrechtsreform? (o. Fußn. 12), S. 71 ff. Der „Orientierungsrahmen 85“ (o. Fußn. 35, in Nr. 175) enthält eine mittelfristige Option etwa im Sinn des Minderheitsvotums aus der *Genscher*-Kommission. Ähnlich die ASJ-Leitsätze zur Verwaltungspolitik, RuP 1976, 241 ff., dazu *Bull.*, ebda. 218 ff. und DDB 1977, 4 ff. In den Leitsätzen wird „für *alle veränderbaren Arbeitsbedingungen*“ dem Tarifvertrag der Vorzug gegeben; gesetzlicher Regelung sollen die Teile des Dienstrechts vorbehalten bleiben, „die unmittelbar die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben betreffen“. Art. 33 IV und V GG soll gestrichen werden. AaO, 249 f.

⁵¹ „Wiesbadener Thesen“, DÖV 1974, 57 f. = Einheitliches Personalrecht 2 (o. Fußn. 11), S. 36, unter Nrn. 3 und 8. Dazu *Wendig*, DDB 1975, 162: Die FDP-Bundestagsfraktion stehe noch zu diesen Thesen; dabei gehe sie nach wie vor von einem besonderen Dienst- und Treueverhältnis der Beamten aus, das ein Streikrecht ausschließe. In letzterem Sinn auch schon 1970 namens der Bundesregierung Minister *Genscher*, in: Einheitliches Dienstrecht (o. Fußn. 16), S. 48 f. = Vorschlag des DBB (o. Fußn. 21), S. 118; weitere *Genscher*-Reden dort S. 120 ff., 126 ff., 142 ff. Ähnlich jetzt *Maihofer* (u. Fußn. 56).

⁵² *Euler*, DDB 1975, 122. S. auch *Kroppenstedt*, DÖV 1974, 145 ff.

öffentlichen Dienstes an Lautstärke zu,⁵³ neuerdings verstärkt sekundiert durch Privatisierungsbestrebungen.⁵⁴

e) *Das Aktionsprogramm zur Dienstrechtsreform 1975/76*

Soviel zu Vorgeschichte und Rahmenbedingungen des neuen Aktionsprogramms.⁵⁵ Dessen „Realismus“ äußert sich in dieser Lage darin, daß tiefergreifende Veränderungen des Regelungsverfahrens ausgeklammert werden.⁵⁶ Zugleich sind weitere Verknappungen der Zielreflexion zu verzeichnen.

In dem Programmpapier in seiner Entwurfsfassung wird behauptet, der Streit über das Regelungsverfahren habe bisher „teilweise die Tatsache verdeckt“, daß alle Beteiligten in den Zielvorstellungen über die inhaltliche Ausgestaltung des Dienstrechts weitgehend übereinstimmten. Unter Berufung auf die Studienkommission wird behauptet, die inhaltlichen Entscheidungen seien von den verfahrensmäßigen „unabhängig“.⁵⁷ Als Ziel, in dem sich alle Beteilig-

⁵³ Etwa *Altmann-Möcklinghoff*, in: *Maihofer* u. a., *Der öffentliche Dienst auf dem Prüfstand*, 1975, S. 69 ff. Dort weiteres Material und die DBB-Perspektive; ferner in: *Ronneberger-Rödel-Walchshöfer*, *Der „hässliche“ Beamte*, 1975. Zu den Sparmaßnahmen 1975 näher *Clemens*, ZBR 1975, 333 ff.; *Brosche*, RiA 1976, 61 ff., 89 ff. Zu der „Privilegien“-Rhetorik *Dammann*, DDB 1975, 23 ff.; *ders.*, *Gewerkschaftliche Monatsh.* 1975, 357 ff.; *Haensch*, KritJ 1976, 3 ff.

⁵⁴ „Wo hier und da und dort eine staatlich übernommene Aufgabe oder Einrichtung in karitative oder kaufmännische Initiative zurückgegeben werden kann“, *F. Vogel* DBB 1976, Nr. 3, S. 3. Vgl. auch *Reuß*, DVBl 1976, 927 ff., zu dem Buch von *Steiner*, *Öffentliche Verwaltung durch Private*, 1975; *Tiemann*, BayVBl 1976, 261 ff. Dazu *Tofaute*, DDB 1976, 43 ff., 143 ff.; *ders.*, WSI-Mitteilungen 1976, 370 ff.

⁵⁵ *Maihofer* sah in den Sparzwängen einen „Zugzwang zur weiteren Reform“, vgl. DBB 1975, Nr. 12, S. 3. Die Grundfrage „*Privatstaat oder Sozialstaat?*“ (so *Behr*, DDB 1976, 181) bleibt auch im Zeichen des seitherigen Konjunkturaufschwungs weiter aktuell.

⁵⁶ So jedenfalls im Entwurf (o. Fußn. 11), S. 13, unter Nr. 5. Dort wird „eine Entscheidung in der Frage des Regelungsverfahrens“ noch ausdrücklich offengehalten. Vorderhand wird mit verfassungsrechtlichem Alibi am status quo festgehalten: Tarifautonomie und Streikrecht seien im Beamtenbereich ausgeschlossen, im Arbeitnehmerbereich dagegen gewährleistet. In der Endfassung wird lakonisch gesagt, das Programm habe keine Änderung des Grundgesetzes (die danach als ggf. erforderlich gilt) zum Ziel, aaO (Fußn. 12), S. 127, unter Nr. 5. Der DBB sieht darin eine „positive Weichenstellung“, eine „Grundsatzentscheidung“ und „Klarstellung“ i. S. der Durchsetzung seiner Verbandslinie, vgl. DBB 1976, Nr. 6, S. 1. Näher: Auf dem Weg zur Dienstrechtsreform? (o. Fußn. 12), S. 18 ff., 53 ff., 63 f. Ähnlich die Interpretation der ÖTV, mit der Einschätzung: Unter dem Einfluß konservativer politischer und berufsständischer Interessen habe die Bundesregierung dieses Hindernis eines einheitlichen Personalrechts jetzt „zementiert“; DDB 1976, 125. Gewisse Entlastungswirkungen scheint man sich inzwischen von erweiterter Beteiligung der Spitzenorganisationen bei der Vorbereitung beamtenrechtlicher Regelungen (im Rahmen des status quo) zu versprechen. Vgl. den Regierungsentwurf BT-Dr. 7/4922, dazu DDB 1975, 29, 33 f.; 1976, 82 („ein überflüssiger Gesetzentwurf“); *bi* 1976, 1 ff.

⁵⁷ AaO (o. Fußn. 56), unter Berufung auf den Bericht der Kommission, S. 342 Tz. 880. Dort heißt es indes, die verfahrensmäßige Zuweisung sei von wesentlicher Bedeutung, weil der Kompetenzinhaber Zielvorstellungen und Inhalt des Dienstrechts bestimmen könne. Darauf wiesen alsbald ÖTV, aber auch DBB hin, Einheitliches Personalrecht

ten einig seien, wird nunmehr genannt: „Verbesserung der Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes einschließlich einer Minderung der Kostenbelastung der öffentlichen Haushalte bei Gewährleistung angemessener Arbeitsbedingungen der im öffentlichen Dienst Tätigen“.⁵⁸ *Kostenminderung* war von der Studienkommission 1973 noch nicht mit solchem Rang als „Reform“-Ziel in Anschlag gebracht worden. Sie tritt jetzt als Leitmotiv von hoher Priorität in Erscheinung. Nach *Maihofer* macht dieses Motiv eine „Reform der Reformen“ erforderlich.⁵⁹ Es läßt vor allem das *Leistungsprinzip* in einer grellen Beleuchtung hervortreten: „vorbehaltlose Anerkennung der Leistung als Kriterium für die Angemessenheit der einzelnen dienstrechtlichen Regelungen“⁶⁰ – einer „Leistung“ indes, welche einem Rationalisierungskalkül gehorcht,

2 (o. Fußn. 11), S. 7; DBB 1976, Nr. 2, S. 3 und Nr. 3, S. 1 f. In der Endfassung wird denn auch diese Passage des Kommissionsberichts übernommen. Die Verharmlosung des politischen Kerns der Kontroverse setzt sich jedoch auch hier fort. Appellativ-ausweichend wird nun gesagt: „Bei gleichen Zielen sollten ... auch mit unterschiedlichen Regelungsverfahren gleiche inhaltliche Gestaltungen möglich sein“, aaO. Wie, wenn *nur an der Oberfläche* Übereinstimmung über Ziele besteht?

⁵⁸ Entwurf (Fußn. 11), S. 12 (unter Nr. 4); Endfassung (Fußn. 12), S. 126 (Nr. 4).

⁵⁹ Vgl. DBB 1975, Nr. 12, S. 3.

⁶⁰ So der Entwurf, aaO (Fußn. 57). Insoweit war das Verbandsecho fast einhellig negativ. Der DGB konstatierte „inhumanen Leistungsfetischismus“, DDB 1975, 223; siehe auch *Behr*, ebda. S. 221 („unklar in Weg und Ziel“, „sozialstaatfeindliche Aktion“). „Lücken und falsche Akzente“ und eine „schwere Diskriminierung“ sah auch der DBB, DBB 1976, Nr. 2, S. 1 und 3; ferner *Fees*, ZBR 1976, 133 ff.; *Finger*, RiA 1976, 67 f. In der Endfassung finden sich daraufhin mindestens verbale Abschwächungen, aaO (Fußn. 12), S. 126 f. Das „Interesse des Personals an angemessenen Arbeitsbedingungen“ wird neben „Verbesserung der Leistungsfähigkeit“ ausdrücklich als „gleichwertig“ genannt. Das auch im Hinblick auf die „funktionale Herabstufung“ (Fußn. 28). Der Entwurf hatte sich dieses Konzept in schneidiger Weise zu eigen gemacht, S. 15 f.; was ihm den Vorwurf der Repristinierung historischer „Trottelparagraphen“ eintrug. Etwas zaghafter dann die Endfassung, S. 128 (unter 7.1.2). Zusammenfassend zum Stand der Dienstrechtsreform 1976 und zur Realisierung des Aktionsprogramms (Erprobungsphase ab 1977): Kleine Anfrage der CDU/CSU-Fraktion BT-Dr. 7/5282 und Antwort der Bundesregierung BT-Dr. 7/5433; auch abgedr. DDB 1976, 193 ff., teilweise auch DBB 1976, Nr. 7/8, S. 4. Vgl. auch BT-Drucks. 7/5510, betr. Vorarbeiten für eine Ämter- und Dienstpostenbewertung; dazu *Düchs*, ZBR 1976, 212 ff.; *Summer*, ebda. S. 357 ff. Parteienstellungen bis zur Bundestagswahl: bi 1976, 25 ff.; DDB 1976, 165 ff.; DBB 1976, Nr. 9, S. 3.

In der Regierungserklärung vom 16. 12. 1976 heißt es dann: „Die Reform des öffentlichen Dienstes verfolgen wir ... auf der Grundlage des ... Aktionsprogramms Schritt für Schritt weiter“ (so die in DDB 1977, 3 abgedr. Fassung; etwas anders die mündl. Fassung, vgl. bi 1977, 6). S. auch *Helmut Schmidt*, DBB 1976, Nr. 11, S. 1 (aus einem Interview): „Keine Generalrevision!“ „... dies alles berührt nicht das Grundprinzip des Berufsbeamtentums, das ja auch ... im Grundgesetz verankert ist.“ Dabei wird anscheinend weiter von der Auslegung o. Fußn. 56 ausgegangen. Der DBB sah sich dadurch erneut in seinem Konzept für „verfassungsgerechte Reformen“ bestätigt, ebda. Anders der DGB: „überhaupt keine Lösungsperspektive“, „Steine statt Brot“, so *Behr*, DDB 1977, 1. Näher zum Fortgang aus Regierungsperspektive: *Kroppenstedt*, DÖV 1977, 12 ff.; *v. Hammerstein*, ebda. S. 149 ff.; *Geyer*, ebda. S. 151 ff.; *Schröder*, ebda. S. 153 ff.; *Schwegmann*, ebda. S. 155 ff. Ferner *Geyer*, Die Verwaltung 1977, 216 ff.; *Siedentopf-Koch*, VerwArch 1977, 99 ff.

dessen Rückbindungen zu den oben berührten tieferliegenden Kriterien-schichten verarmt erscheinen. Um so weniger scheint es von Zweifeln berührt, ob es etwa in weiterreichende verwaltungsökonomische Widersprüchlichkeiten⁶¹ verfangen sein könnte.

2. Zwischenbilanz

Es empfiehlt sich, an dieser Stelle eine Zäsur zu setzen. An den ersten Durchgang kann der Versuch einer Zwischenbilanz angeschlossen werden, als Grundlage weiterer Aufarbeitung im Rahmen des Art. 33 IV und V GG im Sinn des Dreischritts. Als Motto bietet sich auch im Hinblick auf diesen Bereich⁶² an: Dienstrechtsreform im Bannkreis der „Tendenzwende“.

a) Im Mittelpunkt des Reformstreits: Treueprinzip und Leistungsprinzip

Überblickt man die Entwicklung dieser zehn Jahre und hält man das Anfangs- und das einstweilige Endstadium der Reforminitiativen nebeneinander, dann drängt sich der Eindruck auf: Was es hier an Kontinuität gibt, ist vor allem eine Kontinuität der schwelenden Zielkonflikte, der nicht zuendege-dachten Richtungsalternativen, der aufgeschobenen Grundsatzentscheidungen. Zehn Jahre Streit um Strategien der Dienstrechtsreform – was am Ende steht, ist nicht etwa ein erneuerter, als Reformfundament tauglicher konstitutioneller Mindestkonsens. Eher hat es den Anschein, als habe sich der Ausgangsbestand an konsentierten Grundsätzen im Lauf dieser Jahre *verringert*. Es scheinen sich einerseits machtpolitische Vereinfachungen, zum Beispiel regressive Veränderungen des „Hergebrachten“, anzubahnen. Andererseits fehlt es nicht an Erschlaffungserscheinungen, was das Bemühen betrifft, den dienstrechtlichen Verfassungskonsens von innen heraus einzulösen und weiterzuentwickeln. Das läßt sich anhand jener beiden „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ veranschaulichen, die in besonderer Weise im Mittelpunkt der Auseinandersetzungen stehen: des *Treueprinzips* und des *Leistungsprinzips*.

aa) Das *Treueprinzip* wird üblicherweise unter Art. 33 V GG gebracht. Es ist zwar in Art. 33 IV GG verselbständigt und vorgezogen. Nach konventioneller Deutung empfängt der dort statuierte Begriff des „öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses“ seinen näheren Inhalt aber hauptsächlich aus

⁶¹ Wie sie etwa von *Grauhan*, Grenzen des Fortschritts? 1975, S. 10 ff., 62 ff., entwickelt werden. Ähnlich *ders.*, Rationalisierung – Bürokratisierung – Gesellschaftlicher Fortschritt? Aus Politik und Zeitgeschichte B 3/75, 3 ff. S. auch *Narr*, Leviathan 1974, 157 ff. Dazu die Ökonomisierungs-These bei *Dammann*, WSI-Mitteilungen 1974, 479 ff.; *Haensch*, KritJ 1976, 6 f. Das Aktionsprogramm fußt auch in diesen Hinsichten auf der Programmatik der *Genscher*-Kommission (vgl. im Text S. 149 f.). Überlegungen und Forderungen betr. gewerkschaftliche Gegenstrategien z. B. bei *Düll-Sauer*, Gewerkschaftliche Monatsh. 1975, 97 ff.; *Dammann*, ebda. S. 355 ff.; *Hoffmann*, ebda. S. 85 ff. Zuletzt *Brinkmann*, Gewerkschaftliche Monatsh. 1976, 419 ff.

⁶² Allg. *Greiffenhagen-Scheer* (Hrsg.), Die Gegenreform, 1975, über „Kosten der Angst“ dort bes. *K. Horn*, S. 131 ff.; *Hartwich*, Gewerkschaftliche Monatsh. 1976, 344 ff.; *Scheer*, ebda. S. 321 ff.; *Narr-Scheer-Spöri*, SPD - Staatspartei oder Reformpartei? 1976, dort S. 172 ff. auch zur Dienstrechtsreform.

der beamtenrechtlichen und beamtenstaatlichen Tradition, die durch Art. 33 V GG vermittelt wird.⁶³

Diese Tradition sieht man herkömmlich durch die *Zweispurigkeit* des öffentlichen Dienstrechts (Beamtenrecht einerseits, Recht der Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst andererseits) geprägt: Solche Zweispurigkeit stelle ihrerseits einen „hergebrachten Grundsatz“ dar, d. h. der persönliche Anwendungsbereich des Art. 33 V GG – und von da aus auch des Art. 33 IV GG – umfasse *nicht sämtliche* im öffentlichen Dienst abhängig Beschäftigten, „das Recht des öffentlichen Dienstes“ sei in Art. 33 V GG vielmehr zu lesen: *das Beamtenrecht*. Die „hergebrachten Grundsätze“ stünden einer „uferlosen Ausdehnung“ des Beamtenbegriffs entgegen. Sie reservierten einen Status, welcher in dem Treueverhältnis sein Hauptmerkmal habe, jenem abzusondern den Kreis von Bediensteten, auf den der Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG abziele.⁶⁴

Konservative Beamtenrechtsdoktrinen pflegen darauf gerichtet zu sein, das Beamtentum auf dem Boden eines wesentlich traditional verstandenen Treueprinzips zu arrondieren und das Beamtenrecht dergestalt gegen das Arbeitsrecht abzudichten. Innerhalb des Beamtenrechts sieht man gelegentlich noch Überlebenschancen für ein Statusmodell, das in einer vorbürgerlichen, vorkonstitutionellen und um so mehr vordemokratischen und dabei dienstrechtlich niemals voll kodifizierbaren Treue seinen Inbegriff haben soll.⁶⁵ Art. 33 V hat aus dieser Sicht seine Bedeutung darin, daß er – durch die dazwischenliegenden verfassungsgeschichtlichen Perioden hindurch bzw. über sie hinweg – zum *absoluten Staat* einen rückwärtigen Anschluß herstellt.⁶⁶ Auch wo derartige Überlieferungselemente „modernistisch“ überarbeitet werden und wo „die pluralistische Gesellschaft des modernen technischen Zeitalters“ nicht ohne weiteres als „ihrer Natur nach statusfeindlich“ veranschlagt wird,⁶⁷ pflegt es bei dem Bestreben zu bleiben, Beamtentum und Beamtenrecht von dem sonstigen öffentlichen Dienst und Dienstrecht abzuschichten. Ein „soziales Arbeitsrecht“ etwa, dessen Einheitsgedanke auf einem pragmatischen Konzept der Interessenähnlichkeit *aller* abhängig Beschäftigten, einschließlich derjenigen im privatwirtschaftlichen Bereich, beruht, kann dann als dienstrechtspolitische Gesamtlösung entrüftet zurückgewiesen werden.⁶⁸ Dahinter scheint

⁶³ Statt aller Ule, in: *Bettermann-Nipperdey* (Hrsg.), Die GrundR, Bd. IV/2, 2. Aufl. (1972), S. 549 ff.; *ders.*, Rechtsgutachten (o. Fußn. 43), S. 475 ff., auch zum folgenden.

⁶⁴ Vgl. *Maunz*, in: *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, 4. Aufl. (1976), Art. 33 Rdnrn. 39, 46 ff. Im übrigen o. Fußn. 44.

⁶⁵ Anschaulich zuletzt *v. der Heydte*, BayVBl 1976, 528 ff., mit Betonung typologischer Affinitäten zum *Berufssoldaten*.

⁶⁶ Zu dem Ansatz des *BVerfG* insoweit u. 2 c), 3.

⁶⁷ So aber noch *v. der Heydte* BayVBl 1976, 528, der andererseits „in kommunistischen Staaten“ „Schaffung neuer Statusverhältnisse“ als „Basis der ‚neuen Gesellschaft‘“ konstatiert. Dazu etwa *Grebing*, Linksradikalismus gleich Rechtsradikalismus. Eine falsche Gleichung, 1971, bes. S. 51 ff.; *Greiffenhagen*, Freiheit gegen Gleichheit? 1975, S. 21 ff. Hier wäre die neuere Konservativismus-Diskussion einzubeziehen, seit *Grebing*, Konservative gegen die Demokratie, 1971; zuletzt *dies.*, in: *Fetscher-Richter* (Hrsg.), Worte machen keine Politik, 1976, S. 104 ff. m. w. Nachw.

⁶⁸ „So richtet man nicht nur den Staat, sondern auch die Gemeinschaft zugrunde und macht sie wieder einmal reif für eine neue Diktatur“, so *Neeße*, ZBR 1974, 380, über *Sonthheimer-Bleek* (o. Fußn. 30).

man nachliberale Weiterungen zu vermuten,⁶⁹ und diese sollen jedenfalls aus dem Beamtenbereich ferngehalten werden.

bb) So traf denn schon *Hoffmanns* erster Vorstoß zugunsten einer beamtenrechtlichen Aktivierung des Art. 9 III GG auf das ältere Treueprinzip. *Hoffmann* forderte eine „rationale Einordnung der Beamten in die Gesellschaft“: „Auch das Beamtenverhältnis ist ein Zweckvertrag geworden, der den Status der Person nicht berührt und lediglich konkret bestimmte Leistungen austauscht.“⁷⁰ Unter diesem Gesichtspunkt kehrt sich hier ein *politisch spezifiziertes Leistungsprinzip* gegen das ältere Treueprinzip.⁷¹ Daß Beamte nach dem Grundgesetz nicht „besondere politische Subjekte“,⁷² nämlich koalitionsrechtlich (im Hinblick auf eine politisch erhebliche Tarifautonomie) *un-*„politische Subjekte“ sein müßten, ist dann von Vertretern dieser Konzeption immer wieder vorgebracht worden.⁷³ Auch die DGB-Grundsätze enthalten ein Votum gegen den Treuebegriff.⁷⁴ Auf dem Weg zu einem einheitlichen Personalrecht soll noch ein „Statusrecht“ als Rahmenelement beibehalten werden. Im übrigen soll das bisherige Beamtenrecht abgelöst und durch ein kollektiv-vertraglich geprägtes „Folgerecht“ ersetzt werden, mit gesellschafts- und daraufhin dienst-, verwaltungs-, verfassungspolitischen Begleitperspektiven, die nicht die eines „Gewerkschaftsstaats“ sein sollen;⁷⁵ schon gar nicht

⁶⁹ Etwa *Fees*, ZBR 1976, 137, mit der Folgerung: „Unsere Zeit hat weder Anlaß noch Beruf zu einer grundsätzlichen Reform des Beamtenrechts“ (S. 138). Angesprochen wird dabei vor allem „der DGB, der seiner ganzen geistigen Haltung nach die Existenz von Statusverhältnissen in der Bundesrepublik nicht anerkennen kann“, so *v. der Heydte*, BayVBl 1976, 529.

⁷⁰ AöR 91 (1966), 178. Hinzuzunehmen wäre als Skizze eines alternativen Gesamtkonzepts: *R. Hoffmann*, Ziele der Modernisierung der öffentlichen Verwaltungen, in: *Modernisierung im öffentlichen Dienst. Öffentliche Verwaltung*, hrsg. von der Gewerkschaft ÖTV, 1971, S. 15 ff.

⁷¹ Die o. bei und in Fußn. 33 ff. berührte Entwicklung drängt auch über den z. B. vom Bundesarbeitsgericht praktizierten privatrechtlich-arbeitsrechtlichen Standard der Treuepflicht hinaus. Zu letzterem *Däubler*, Das soziale Ideal des BAG, 1975, S. 89 ff. Über Begrenzung dieser Treuepflicht als „Versachlichung“ aus einer arbeitgeber-nahen Perspektive *Voll*, Meinungsfreiheit und Treuepflicht, 1975, S. 124 ff. Ferner etwa *Tomandl* (Hrsg.), Treue- und Fürsorgepflicht im ArbR, 1975; *Schwarz-Holzer*, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre künftige Gestaltung, 1976. Konventionell über die Treuepflicht des „Dienstnehmers“ *H. Otto*, Das Recht der Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst, 1973, S. 54 ff.

⁷² Vgl. *Hoffmann* (o. Fußn. 70).

⁷³ Etwa von *Benz* (o. Fußn. 17), S. 128 ff., und *Däubler* (o. Fußn. 17), S. 114 ff.

⁷⁴ AaO (o. Fußn. 16), S. 25.

⁷⁵ Vgl. *Forsthoff*, in: *Festschr. f. Gehlen*, 1974, S. 42: Das Berufsbeamtentum als „das stärkste noch vorhandene Hindernis auf dem Wege zum Gewerkschaftsstaat“. Letzte Frucht solcher Besorgnisse: *Gießen*, Die Gewerkschaften im Prozeß der Volks- und Staatswillensbildung, 1976. Demgegenüber *R. Hoffmann*, Rechtsfortschritt durch gewerkschaftliche Gegenmacht, 7. Aufl. (1972), S. 108 ff.; *Grebing*, Gewerkschaftliche Monatsh. 1973, 393 ff.; *E. Mayer*, Theorien zum Funktionswandel der Gewerkschaften, 1973; *Hartwich*, Gewerkschaftliche Monatsh. 1974, 225 ff.; *Hemmer-Borsdorf*, ebda. S. 640 ff.; *Leminsky*, ebda. S. 654 ff.; *Bergmann-Jacobi-Müller-Jentsch*, Gewerkschaften in der Bundesrepublik, 1975; *Mosdorf*, in: *Die Gegenreform* (o. Fußn. 62), S. 142 ff.;

soll es sich um ein Übergangsstadium auf dem Weg zu einem andersartigen Statusprinzip handeln, wie es da und dort gewissermaßen als Entelechie einer solchen Reformpolitik an die Wand gemalt wird.⁷⁶

Im Hinblick auf Art. 33 IV und V GG, zumal auf die Zweispurigkeits-Doktrin als denkbaren Sperrriegel, hat *Thieme* Auslegungen vorgeschlagen, welche ohne Verfassungsänderung Schritte in der Richtung auf ein derartiges einheitliches Personalrecht erlauben könnten. Nach *Thieme* umfaßt der persönliche Anwendungsbereich des Art. 33 V GG auch die Angestellten und Arbeiter.⁷⁷ Zugleich schwächt *Thieme* den sonstigen Garantiegehalt dieses Absatzes so weit ab, daß sich ein beträchtlicher Reformspielraum eröffnet.⁷⁸ Das beamtentypische Treueprinzip mitsamt seinen „hergebrachten“ Einzelausformungen verlegt er auf die Ebene des Art. 33 IV GG und ist auch insoweit um einen gewissen Reformspielraum bemüht.⁷⁹ Im Ergebnis spricht er sich für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines abgestuften Einheitsdienstrechts von folgender Art aus: „*Alle Dienstnehmer erhalten einen neuen öffentlich-rechtlichen Status, der sich vom herkömmlichen Beamtenstatus unterscheidet*“, vorbehaltlich einer Differenzierung, die dem Funktionsvorbehalt und den entsprechenden (nach *Thieme* in Art. 33 IV GG i. V. m. dritten Verfassungsbestimmungen⁸⁰ angelegten) inhaltlichen Sondererfordernissen Rechnung zu tragen hätte. Die Differenzierung könnte bzw. müßte „*innerhalb*“ dieses „neuen Status“ stattfinden: Der – ohne Verfassungsänderung unaufhebbare – Status des Beamten müßte „als besondere Ausprägung unter den neuen Status subsumierbar“ sein.⁸¹

cc) Die sozialliberale Koalition und die *Genscher*-Kommission hatten es also zunächst mit Reforminitiativen aus dem gewerkschaftlichen Bereich zu tun: mit Initiativen, welche den zweispurigen status quo in Frage stellten und dabei mit mehr oder weniger weitreichenden sonstigen Zielvorstellungen unterlegt waren; jedenfalls waren sie mit einem quasi-absoluten Status- und Treuedenken unvereinbar. Und sie ermangelten nicht der verfassungsrechtlichen Herleitung und Absicherung. Es war vor allem Art. 9 III GG, dessen beamtenrechtliche Aktivierung den status quo ins Rutschen zu bringen begann. – Koalition und Kommission hatten es daraufhin auch mit Gegenbestrebungen zu tun, und zwar mit Abriegelungs- und Restaurierungsversuchen zugunsten eines Treueprinzips, eines Funktionsvorbehalts, einer Zweispurigkeit, welche jetzt zunehmend staatspolitisch begründet und auch ihrerseits

Seitenzahl, Gewerkschaften zwischen Kooperation und Konflikt, 1976; Gewerkschaftsstaat oder Unternehmerstaat (WSI-Mitteilungen, Sonderheft Aug. 1976). Einführende Selbstdarstellung: *B. Otto*, Gewerkschaftsbewegung in Dtl., 1975. Mat. bei *Leminsky-Otto* (o. Fußn. 16); weiter bei *Liesegang*, Gewerkschaften in der Bundesrepublik Dtl., 1975. Von hier aus könnte die Diskussion über ein „Verbändegesetz“ einbezogen werden, etwa: *M. Gerhardt*, Das Koalitionsgesetz, 1976; *Meessen*, Erlaß eines Verbändegesetzes als rechtspolitische Aufgabe? 1976; *Schelter*, Demokratisierung der Verbände? 1976; *Teubner*, in: Aus Politik und Zeitgeschichte B 8/77, 23 ff.; *Wimmer*, DVBl 1977, 401 ff.

⁷⁶ AaO (o. Fußn. 67).

⁷⁷ Rechtsgutachten (o. Fußn. 43), S. 355 ff. S. auch schon *Thiemes* DJT-Gutachen (o. Fußn. 20).

⁷⁸ Rechtsgutachten (o. Fußn. 43), S. 317 ff.

⁷⁹ Ebda. S. 332 ff.

⁸⁰ Zu den Grundsätzen des Art. 20 GG ebda. S. 375 ff. Näher unten 3.

⁸¹ Ebda. S. 361. (Wenn ich *Thieme* richtig verstehe, ist der „neue Status“ nach ihm „nicht unzulässig“, d. h. an der entscheidenden Stelle liegt dort ein Druckfehler vor.)

über Art. 33 GG hinaus verfassungsrechtlich abgestützt wurden; solcherart wurde für Art. 33 IV und V GG ein *Vorrang* gegenüber Art. 9 III (als Gewährleistung begrenzter Tarifautonomie) hergeleitet. Konservative Standespolitik ging auf dieser Seite – bei verringerter, aber noch nicht gänzlich abgekühlter Treue-Emphase – eine Verbindung u. a. mit neoliberalen Pluralismuskonzeptionen und entsprechenden Demokratie- und Rechtsstaatskonzepten ein, mit Frontrichtung gegen einen „Gewerkschaftsstaat“, hinter dem man womöglich den neuen Leviathan heraufkommen sieht.

Die *Genscher*-Kommission zeigte sich von „Säkularisierungs“-Bemühungen⁸² im Hinblick auf den Treuebegriff nicht ganz unbeeindruckt: „Ungemessene Inpflichtnahmen“ seien dem Rechtsstaat fremd, „weil sie zu einer ins Undeutliche verlaufenden Abhängigkeit führen“.⁸³ Es wurde wohl eine gewisse Morbidität und strukturelle Gefährlichkeit „ungemessener“ Treue in Rechnung gestellt. Die Diskussion über dienstrechtliche und sonstige *Rationalität* zum Beispiel im besonderen Sinn *Hoffmanns*, wie sie im Zusammenhang mit den Vorgängen um 1970 in größerer Breite eingesetzt hatte, wurde indes nicht inhaltlich aufgenommen. Wie gezeigt, sprach die Studienkommission auf ihre Weise von „Gemeinwohlgerechtigkeit“, „Sachgerechtigkeit“, „Autonomie“.⁸⁴ Dem lag keineswegs ein ausgearbeitetes Funktionskonzept zugrunde: ein Konzept, das über Möglichkeiten und Grenzen einer graduell „autonomen“ gouvernementalen und administrativen oder überhaupt verfassungsstaatlichen Handhabung von „Gemeinwohl“-Standards, etwa mit kompensatorischen Einschlägen im Sinn der oben referierten Kritik, befriedigende Auskünfte enthalten hätte. Die zeitgenössische Demokratisierungs- und Partizipationsdebatte wurde anscheinend nicht rezipiert, jedenfalls wurde sie nicht verarbeitet. Was unter einer verwaltungsspezifischen „Sachgerechtigkeit“ zu verstehen sein könnte, vermochte dann auch das Aktionsprogramm nicht ans Licht zu bringen. Von den späteren legitimationstheoretischen Ansätzen, von der seitherigen, ihrerseits abgekühlten Staatsfunktionendebatte usw. zeigt es sich unberührt.⁸⁵ So konnten Kommission und Koalition auch nicht zu Abklärungen darüber kommen, was es mit tarifpolitisch vermitteltem gewerkschaftlichem Einfluß, mit Gewerkschaften als Instanzen einer „Vergesellschaftung“ des öffentlichen Dienstes oder mit Syndikalismus auf sich haben könnte. Das gewerkschaftliche Anliegen wurde *inhaltlich nicht aufgenommen*.

Stattdessen *überlagerte* sich hier dem Treueprinzip und dem Restbestand älteren Statusdenkens jenes *Leistungsprinzip*, über dessen Merkmale oben einige Angaben gemacht worden sind. Von der „fachlichen Leistung“ als Zugangskriterium spricht schon Art. 33 II GG. Über die Ebene der Einstellungsvoraussetzungen hinaus pflegte ein Leistungsprinzip auch schon in den Katalogen der „hergebrachten Grundsätze“ vorzukommen, wobei gewisse

⁸² Vgl. *Däubler* (o. Fußn. 17), S. 115; *Hoffmann*, *KritJ* 1971, 50.

⁸³ Bericht der Kommission (o. Fußn. 23), S. 36. Dort ist – überwiegend deskriptiv – von einer „Konkretisierung des Treuebegriffs“ durch im einzelnen festgelegte Dienstpflichten die Rede. Die allg. Treuepflicht wird als Generalklausel in einer Reservestellung gesehen. Weiter ebda. S. 163, für sprachliche Glattheit Tz. 306.

⁸⁴ Oben 1 c).

⁸⁵ Näher unten b).

Reibungsflächen oder Kollisionen mit anderen, der älteren Grundsicht zugerechneten Prinzipien verzeichnet wurden.⁸⁶ Das Leistungsprinzip in der Lesart von Kommission und Aktionsprogramm nun scheint von seinen Rückbindungen zur Tradition großer „Gemeinwohl“-Begriffe weitgehend abgeschnitten. Es weist regressive Züge auf. Trifft es hier Anstalten, sich zu einem „neo-tayloristischen Anreizsystem“ zurückzubilden?⁸⁷ Jedenfalls liegt die Annahme nahe: Mit dem anderen, arbeitsrechtlich profilierten und dabei politisch positionalen Leistungsargument hat es nicht viel gemeinsam.

Jenes letztere, im Umkreis gewerkschaftlicher Initiativen verfochtene Leistungsprinzip kehrt sich gegen das ältere Treuprinzip und löst damit unterschiedliche Reaktionen aus. Man mag etwa eine gewisse restliche Unsicherheit im Hinblick auf Alternativen diesseits eines Instrumentalismus empfinden, welcher nur ein anderes Vorzeichen hätte. Mit jenem gewerkschaftlichen Konzept mögen Überlegungen darüber einhergehen, wie „ins Undeutliche verlaufende“ Treue zu einem anderen, „deutlichen“ (wie auch immer organisierten) Adressaten kommen könnte. Es mag dabei dort, mit anderem Vorzeichen, noch etwas von den älteren Parteilichkeits-Aporien nachwirken. In der latent instrumentellen Lesart der Kommission allerdings scheint das Leistungsprinzip geeignet, solche Überlegungen und Reformanstrengungen zu *behindern*. Es scheint geeignet, das ältere Treueprinzip in einem Entleerungs- und Übergangszustand festzuhalten und gewissermaßen zu sterilisieren. Das Treueprinzip könnte dann noch als Behelf der Beschwichtigung eingesetzt werden, wo es Loyalitäts- und Legitimationsschwierigkeiten gibt. Nachliberale Umpolungs-, zugleich aber auch Materialisierungsversuche in einem anspruchsvolleren sozialliberalen Sinn könnten sich durch dieses Leistungsprinzip *stillgestellt* sehen. Es wäre das ein Fall des Umschlagens einer Reform – kaum, daß sie begonnen hat – in ihr Gegenteil.

dd) Die *Genscher*-Kommission hat sich demnach, was die *Regelungsinhalte* angeht, vom status quo abgelöst, und zwar mit der Folge, daß sich über die Auswirkungen einer solchen „Reform“ erhebliche Ungewißheiten hinbreiten. Das ist zu bedenken, wenn es um die Einschätzung der Vorschläge für neue *Regelungsverfahren* geht. Die Verfahrensentscheidung impliziert *Vorentscheidungen über mögliche Inhalte*. Auch insoweit hat man sich beiderseits aus der Deckung begeben. Die *Kommissionsminderheit* mochte mit dem von ihr vertretenen Gesetz/Tarif-Modell auf die Übertragung arbeitsrechtlicher Elemente in das Beamtenrecht abzielen, etwa nach Art der DGB-Grundsätze – dem würde das Defizit an Prämissenerörterung abträglich sein. Abhilfe könnte darin liegen, daß man in der Realisierungsphase den Faden der Grundsatz-Innovation wiederaufnahme, daß man vor allem dem dienstrechtlichen Instrumentalismusproblem (als Macht- und Gegenmachtproblem) auf den Grund zu gehen versuchte. Andernfalls würde man sich zu etwas hergeben,

⁸⁶ Zumal mit dem Alimentations- und dem Laufbahnprinzip. Vgl. *Ule*, Rechtsgutachten (o. Fußn. 43), S. 507 ff.; *F. Mayer* ebda. S. 684 ff. Scharfsichtig *Leisner* (o. Fußn. 30), S. 60 ff., auch zur älteren „Fortschrittsdynamik“ des Leistungsprinzips.

⁸⁷ So *Narr*, *Leviathan* 1974, 162 („Ineinander von Neotaylorismus und vorindustrieller Habituserhaltungssozialisation“, auf „fraglose Fungibilität“ und Instrumentalisierung der Beamtenschaft hinauslaufend).

was schließlich auf nachliberale Zuspitzungen im Beamtenbereich hinauslaufen könnte; und davon könnte sich – über Teilkodifikationen eines „Statusrechts“ auch der Angestellten und Arbeiter – eine Erschütterungswirkung auf die übrigen Teile des öffentlichen Dienstrechts fortpflanzen.

Indem sich die Kommissionsmehrheit für ein an einheitlichen Grundsätzen der eben beschriebenen Art orientiertes Gesetz-Modell ausgesprochen hat, scheint sie Konglomerate von Treue- und Leistungsprinzip in dem einen Bereich ansiedeln und von da aus in den anderen vorschieben zu wollen, *ohne* daß dabei – weder hier noch dort – tarifpolitische Gegensteuerung auf der „Folgerechts“-Ebene möglich wäre. Darin läge auch hinsichtlich des Regelungsverfahrens ein *Gegenangriff*.

Dazu ist es bisher nicht gekommen. Das Patt hat dazu geführt, daß die Inhalts- von den Verfahrensproblemen *abgekoppelt* wurden. Das Aktionsprogramm beschränkt sich auf die *Regelungsinhalte*. Das mit der Wirkung, daß sich eine „Reform“ des Beamtenrechts auf dem Boden des bisherigen Regelungsverfahrens abzeichnet. (Ihr liegt also insoweit eine Entscheidung *gegen* den Minderheitsvorschlag zugrunde.) Sie könnte von einem Leistungsprinzip ihr Gepräge erhalten, dessen Rückbindungen zu dem, was an der Überlieferung erhaltungs- und entwicklungsbedürftig wäre, geschwächt erscheinen. Von anspruchsvolleren Versuchen einer Funktionsbestimmung ist das Programm nicht begleitet. „Spitzengespräche“ über Prämissen kommen anscheinend nur mühsam in Gang. Um so leichter könnten sich Mißbildungen ergeben, und im Hinblick auf das Dienstrecht in seiner Gesamtheit: wachsende Divergenzen statt einer Annäherung der beiden Bereiche, geschweige denn eines einheitlichen Personalrechts.

ee) Die ersten Reformantriebe konnten sich also auf politischem Weg nicht durchsetzen, auch nicht mit Hilfe begleitender, an Verheißungen und vorgreiflichen Elementen im Grundgesetz orientierter verfassungsrechtlicher Argumentationen. Nachdem das Thema auf der Gegenseite *defensiv* juridifiziert worden war, war es auch um dieses Stück „innerer Reform“ geschehen. Das „codierte Patt“ in der *Genscher*-Kommission mag schon der Ausdruck einer Ausweichbewegung, eines Ausklammerungsversuchs, eines inkrementalistischen Rückfalls gewesen sein. In ihrer heutigen Erscheinungsweise richtet sich diese „Reform“ zum Teil *gegen* ihre ersten Initiatoren. Die ältere Grundschicht des Treueprinzips soll womöglich als Schicht einer wesentlich irrationalen Verhaftetheit bestehen bleiben, obzwar einer abgedämpften. Sie soll anscheinend nicht in unbefangener Weise den Herausforderungen ausgesetzt werden, die man in dem Gewerkschaftskonzept enthalten sieht, sondern es soll eine vergleichsweise hermetisch beschaffene Oberschicht darüberschoben werden. Der Grundschicht soll sich anscheinend die Schicht des forcierten Leistungsprinzips überlagern. Nicht Rationalität, sondern Rationalisierung, Vereinzelung, vielleicht Ökonomisierung, „Loyalisierung“?

b) Auf der Suche nach einem Rahmenkonzept politischer Verwaltung

Was diesem Leistungsprinzip fehlt, ist die Einbindung in ein entwickeltes Konzept „sachgerechter“ und dabei „*politischer*“⁸⁸ öffentlicher Verwaltung.

⁸⁸ Erste Erwägungen über „*politische Verwaltung*“ und auch dieser Ausdruck bei

Es fehlt nämlich schon ein solches Generalkonzept als Rahmenkonzept. Was fehlt, ist schon das Konzept einer administrativen Rationalität, welche lebendiger als bisher aus dem demokratischen Verfassungszusammenhang hervorgehen müßte. Sie müßte ihre maßgeblichen politischen Vorgaben auf dem Weg der zentraldemokratischen konstitutionellen Repräsentation erhalten, je nach den jeweiligen gegenständlichen Möglichkeiten ergänzt um Vorgaben im Weg konstituierter Teilnahme von Direkt-Klienten.⁸⁹ Andererseits wäre der verfassungsverträgliche und verfassungsrechtlich erwünschte Stellenwert parteilichen Eigenengagements im Personalbereich abzuklären;⁹⁰ in diesem Zusammenhang auch der des gewerkschaftlichen Faktors. Es geht um eine Rationalität, welche von beliebiger politischer Eigenmacht des Verwaltungspersonals

Ellwein, Einführung in die Regierungs- und Verwaltungslehre, 1966, S. 122, dort noch unter dem engeren Blickwinkel einer „Regierungslehre“, welche sich an vorhandenen Organstrukturen auf zentralen verfaßten Makroebenen orientiert, im Hinblick auf „Führung“ bzw. „Führungshilfe“ von administrativen Spitzenpositionen aus, S. 80, 112 ff.; siehe aber schon S. 181 f., 202 ff. Dazu *Grauhan*, DÖV 1970, 589 ff.

Weiterreichende Fragestellungen hat *Grauhan* entwickelt. Zuerst: *Grauhan*, Modelle politischer Verwaltungsführung, 1969 = PVS 1969, 269 ff. Unter kommunalwissenschaftl. Aspekten dann *ders.*, Politische Verwaltung, 1970, S. 15 ff., 27 ff., 325 ff.; dazu *Dammann*, Neue Politische Literatur 1971, S. 189, 460 ff.; *Scharpf*, Planung als politischer Prozeß, 1973, S. 15 ff. Inhaltliche Implementierungen in weiteren Arbeiten *Grauhans*: Politik der Verstärkung, 1974; Rationalisierung (o. Fußn. 61); Grenzen des Fortschritts? Das dort umrissene Konzept „politischer Produktionsstrukturen“ (S. 112) könnte mit den dienstrechtspolitischen Arbeiten *R. Hoffmanns* in Beziehung gesetzt werden, besonders mit dessen ÖTV-Referat: Ziele (o. Fußn. 70). Würden damit herkömmliche bzw. „modernistische“ Beamtenrechtstheorien konfrontiert, dann wäre das eine Herausforderung, die nützlich und wünschenswert wäre. So könnte hier vielleicht der Defizienzzustand überwunden werden, den *W. Schmidt* verzeichnet, in: Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften 1 (o. Fußn. 4), S. 96 ff.

⁸⁹ Das als Andeutung im Hinblick auf Problembündel, an denen sich auch eine „aufgeklärte“ Dienstrechtstheorie versuchen müssen. Vgl. zuletzt *Denninger*, in: Demokratisierung – Möglichkeiten und Grenzen (Cappenberg Gespräche, Bd. 11), 1976, bes. S. 52 f., 59 ff.; *ders.*, in diesem Band S. 33 ff.; im übrigen statt aller *Grube/Richter* (Hrsg.), Demokratietheorien, 1975. Als Beispiel mißlungener Überbrückung: einerseits *Hondrich*, Demokratisierung und Leistungsgesellschaft, 1972, andererseits *Hartisch*, Verfassungsrechtliches Leistungsprinzip und Partizipationsverbot im Verwaltungsverfahren, 1975; dazu *Schmitt Glaeser*, VVDStRL 31 (1973), S. 179 ff. Die Phänomene „doppelten Inputs“ – vgl. *Grauhan*, Rationalisierung (o. Fußn. 61), S. 35 – werden sich m. E. erfolgreich nur angehen lassen, wenn in beiden Bezugsrichtungen ein verfassungsspezifisches Leistungsprinzip angesiedelt werden kann, das (in einer besonderen Ausprägung) zugleich ein verwaltungsspezifisches sein müßte. Es müßte auch auf entsprechenden Mikroebenen der Verwaltung politisch organisiert werden, anhand eines Politikbegriffs, der erst noch zu entwickeln wäre. Es müßte aus dem Treueprinzip hervorgebracht werden; dazu gleich.

⁹⁰ Über das konstitutive Arbeitsprinzip der öffentlichen Verwaltung ist insoweit auch unter personalvertretungsrechtlichen Gesichtspunkten gestritten worden. Einerseits *Leisner*, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, 1970, andererseits *Ekk. Stein*, AuR 1973, S. 225 ff.; *Däubler*, ebda. S. 233 ff., dazu allg. *ders.*, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, 1973. Über „Binnenkonstitutionalisierung“ dann *v. Münch*, Rechtsgutachten (o. Fußn. 43), S. 125 ff.; *Schick*, ebda. S. 264 ff.; *Thieme*, ebda. S. 408 ff.; *Ule*, ebda. S. 543 ff.; *F. Mayer*, ebda. S. 619 ff.

bzw. der Gewerkschaften verschieden sein müßte.⁹¹ Sie müßte aber auch von beliebiger staatlicher bzw. gesellschaftlicher Fremdsteuerung und politischer Instrumentalität verschieden sein. Dabei wäre es nicht angängig, den *inneren* individuellen und kollektiven Interessen- und Meinungsfaktor von der Sphäre der „fachlichen Leistung“ herrschaftlich abzutrennen, ihn etwa (als Bestandteil „innerer Umwelt“) ohne weiteres dem *äußeren*, zum Beispiel dem im Weg der Klienten-Beteiligung einwirkenden Interessen- und Meinungsfaktor gleichzustellen und ebenso zaghaft zu behandeln, wie es im Hinblick auf letzteren Faktor notorisch ist. Ein derartiges Neutralitätsprinzip würde ein Schein-Vakuum schaffen. Es würde verfehlen, was wirklich vor sich geht und was ansteht. Eine politische Verwaltung, die der Sache nach – *de lege lata* auch noch dem Namen nach – etwas von dem beibehalten soll, was mit dem Treueprinzip einmal gemeint gewesen sein mag, muß *hermeneutische* Einschlüsse beibehalten bzw. erst noch entwickeln. Es geht um ein *Vermittlungsprinzip*, als ein verwaltungsspezifisches Öffentlichkeitsprinzip.⁹² Es geht um einen Verarbeitungsmodus, der zunächst im Hinblick auf Einwirkungen zentraler politischer Kontrolle zu entwickeln wäre, dann auch im Hinblick auf Partizipationsweisen direktdemokratischen Zuschnitts. In beiden Bezugsrichtungen obliegt die Verarbeitung, insbesondere die Enddefinition des „öffentlichen Interesses“⁹³ „vor Ort“, der handelnden Verwaltung. Der innere Interessen- und Meinungsfaktor, der dabei im Spiel ist, wäre zugleich zu vermitteln, an nächster Stelle durch jene handelnden Interessen- und Meinungssubjekte selbst, denen auch die Vermittlung von oben und außen her obliegt. Das bedingt ein besonderes internes Vermittlungsprinzip, ein Prinzip zweiter Stufe. Ausschlaggebend sollte in alledem der Gesichtspunkt sein: Eine „unparteiische“ und „uneigennützig“ und nichtsdestoweniger aus sich selbst heraus produktive Verwaltung ist nur denkbar, wenn sie ein eigenes materiales „Gemeinwohl-“ und „Sach-“Prinzip herausbilden kann; ein Prinzip, das in sämtlichen äußeren und inneren Bezugsrichtungen hermeneutisch und „kritisch“⁹⁴ angelegt sein müßte. Es müßte vor allem arbeitsfähig organisiert werden, und es müßte relativ machteresistent sein. Ein solches Prinzip zu konstituieren, wäre das eigentliche Thema einer aufgeklärten Personal- und sonstigen Verwaltungsreform.

Von einem solchen Prinzip politischer Verwaltung ist nun im jetzigen „Reform“-Stadium nichts zu sehen. Was um 1970 an Ansätzen vorhanden war, die vielleicht in dieser Richtung hätten präzisiert werden können, ist von der *Genscher*-Kommission vernachlässigt worden. Das zugunsten eines hauptsächlich funktionalistisch-systemtheoreti-

⁹¹ Hier liegt die Naht- oder aber Bruchstelle zwischen Entscheidungsprämissenmodell und Arbeitskräftemodell im Sinn *Dammanns*, in diesem Band S. 112 ff.

⁹² Wo auch immer ein „Autonomie“-Problem besteht, wäre es auch in seinen *kommunikatorischen* Dimensionen zu erschließen. Weder legalistische Ansätze noch der Rekurs auf politische Herrschaft erübrigen solche Aufarbeitungen.

⁹³ Vgl. *W. Schmidt*, VVDStRL 33 (1975), 194 ff. S. auch *ders.*, in: Freiheit in der sozialen Demokratie. Materialien zum 4. Rechtspolit. Kongreß der SPD, Arbeitsgemeinschaft IV, hrsg. vom Vorstand der SPD, 1975, S. 24 ff.; *ders.*, DÖV 1976, 578 ff.

⁹⁴ Dazu unter schulrechtlichem Aspekt *Stock*, Pädagogische Freiheit und politischer Auftrag der Schule, 1971.

schen Ansatzes,⁹⁵ der zu jenen kärglichen Vorstellungen von „Funktions- und Leistungsgerechtigkeit“ geführt hat, wie sie dann im Aktionsprogramm wiederkehren. Ein Rahmenprogramm der Verwaltungsreform ist von *Maihofer* angekündigt, jedoch noch nicht vorgelegt worden.⁹⁶ Im übrigen sind die früheren Ansätze teilweise, zumal innerhalb der rechtswissenschaftlichen Diskussion, durch restriktive Einflüsse blockiert worden. Man sah sich nicht in der Lage, das Politische an der Verwaltung von innen heraus zu erschließen und in ein entsprechendes Aufgaben- und Funktionskonzept einzubeziehen. Die verwaltungsspezifische Konstitutionalisierung des Politischen wurde versäumt. Stattdessen kam es zu Abdrängungs- und Ausklammerungseffekten, welche dann zurückschlugen.

c) Die politische Treuepflicht

Es liegt auf der Hand, daß zwischen den Problemen der Präzisierung der sog. politischen Treuepflicht und denjenigen der Dienstrechtsreform Zusammenhänge bestehen. Der gemeinsame Nenner ist das *Treueprinzip*. Die Dienstrechtsreform stagniert, weil zwischen dem Begriff des Treueverhältnisses nach Art. 33 IV GG und dem Begriff der Leistung u. a. nach Art. 33 II GG nicht in angemessener Weise die Brücke geschlagen werden konnte. Ähnliche Schwierigkeiten gibt es auf der anderen Ebene im Hinblick auf die Beziehung zwischen Treueverhältnis und „*Eignung*“ nach Art. 33 II GG.⁹⁷

Die Dienstrechtsreform stagniert nicht zuletzt deshalb, weil Beamtentreue nach Art. 33 II GG im Hinblick auf die Herausforderungen, die in den gewerkschaftlichen Vorstellungen beschlossen liegen, nicht mehr hinreichend aufnahme-, verarbeitungs-, nötigenfalls auch resistenzfähig erscheint. Die erste, um 1970 entstandene Generation von Erneuerungsversuchen hat sich zwar wohl noch nicht verbraucht. Es fehlte dort aber an einem Zuordnungsmodell, nach dem man Gewerkschaften und öffentlichen Dienst in einen Vermittlungszusammenhang hätte bringen können, wie er eben in

⁹⁵ Vgl. *Koch*, Personalsteuerung in der Ministerialbürokratie, 1975, S. 34 ff. Dazu allg. *Scharpf* (o. Fußn. 88), S. 11 ff.; *Schmidt* (o. Fußn. 88), S. 97 ff.; zuletzt Beiträge in: *Ronge-Weibe* (Hrsg.), Politik ohne Herrschaft? 1976.

⁹⁶ Angekündigt im Entwurf (o. Fußn. 11) S. 11 (unter Nr. 1). Die hier bestehenden Wechselbeziehungen werden deutlich in den ASJ-Leitsätzen (o. Fußn. 50) und in den Forderungen des DGB zur Funktionalreform, DDB 1976, 123 f., dazu *Behr*, ebda. S. 121. Einschlägig ist hier zugleich die Diskussion über Regierungsreform, politische Planung usw. Überblick: *Buse*, Einführung in die politische Verwaltung, 1975, S. 84 ff. (mit einem Konzept „politischer Verwaltung“, das auf der Linie *Ellweins* liegt).

⁹⁷ Diese Querverbindung wird vorbereitet in dem *Lenhart*-Urt. *BVerwGE* 47, 336 f., 347 f., desgl. in *BVerwGE* 47, 365 ff. In dem sog. Radikalenbeschluß *BVerfGE* 39, 351 f. wird sie dann von Art. 33 V GG aus in aller Breite entwickelt.

Zu möglichen Weiterungen u. a. für die Dienstrechtsreform *Narr*, Gewerkschaftl. Monatsh. 1976, 366 ff., bes. 374. Zu hochschulpraktischen Folgewirkungen, auch im Hinblick auf die Reform der Juristenausbildung, *Hoffmann-Riem*, Evang. Komm. 1976, 348 ff. Die jetzigen „Grundsätze der Bundesregierung für die Prüfung der Verfassungstreue“, vom Bundeskabinett am 19. 5. 1976 „zustimmend zur Kenntnis genommen“, sind abgedr. in: *E. Brandt* (Hrsg.), Die politische Treuepflicht, 1976, S. 171 ff. Dort, bes. S. 131 ff., weiteres Mat., desgl. in: *Denninger* (Hrsg.), Freiheitliche demokratische Grundordnung, 1976, bes. Bd. II, S. 487 ff.

allgemeinerer Form skizziert worden ist. Die Ausstrahlungen personalrechtlichen gewerkschaftlichen Einflusses auf Amtsverfassung,⁹⁸ Verwaltungsverfahren und fachliche Seite wurden da und dort anscheinend als unheimlich empfunden, gewissermaßen als latent „radikal“. Soweit diese Ausstrahlungen auch im Umkreis der Gewerkschaften näher diskutiert genannt wurden und soweit dort erste Vorstellungen von einem neuen Rationalitätsprinzip erkennbar wurden, ist dergleichen von anderen im Vorfeld der Reformgesetzgebung Beteiligten nicht verstanden und bestärkt worden. Die Reaktionen aus dem anderen Lager trugen im Gegenteil dazu bei, daß die inhaltliche Diskussion des gewerkschaftlichen Anliegens hinter machtpolitischen Formalisierungen zurücktrat, wie sie etwa für die Rede vom „Gewerkschaftsstaat“ kennzeichnend sind. Das Leistungsprinzip im Sinn der *Genscher*-Kommission konnte sich daraufhin als eine Art Sedativum darstellen, verordnet zum Schutz des gebrechlichen Treueprinzips. Mit dem Leistungsprinzip gekoppelt, betrifft das Treueprinzip Gewerkschaften in ihrem Charakter als denkbare Gegenmacht.⁹⁹

Mit dem Eignungserfordernis gekoppelt, dient das Treueprinzip dagegen der Auslese vor allem unter Bewerbern, die sich „zu den mit der freiheitlichen demokratischen Grundordnung nicht zu vereinbarenden Zielen einer extremistischen Partei linker oder rechter Prägung“ bekennen.¹⁰⁰ Es handelt sich hier um Grenzen der Zuordnung von öffentlichem Dienst und „extremistischen“¹⁰¹ Parteien. Hier ist die Suche nach den Essentialien in großer Breite in Gang gekommen.¹⁰² Von einem erneuerten Grundkonsens kann dabei bekanntlich nicht die Rede sein.

Es müßte hier um Verfassung und verfassungstreue Verwaltung als Inbegriff jener besonderen Rationalität gehen, die „linke oder rechte“ Parteilichkeit, „Kritik“¹⁰³ usw. im Personal-, zumal¹⁰⁴ im Beamtenbereich nicht schon als solche zu scheuen hätte. Das Zuordnungsproblem stellt sich erst im Hinblick auf Parteilichkeitszustände, die die spezifische Differenz, die vorhin umschrie-

⁹⁸ Oben bei Fußn. 44 ff.

⁹⁹ Vgl. *Grebing*, Gewerkschaftliche Monatsh. 1973, 397. Im übrigen o. Fußn. 75.

¹⁰⁰ Vgl. *BVerwGE* 47, 338.

¹⁰¹ Zur parteirechtlichen Seite zuletzt etwa *D. Lorenz*, AöR 101 (1976), 1 ff.; *Kriele*, ZRP 1975, 201 ff.; *Wiese-Kriele*, ZRP 1976, 54 ff.

¹⁰² Im Rahmen dieser Lehrveranstaltung wird es nur um einen Problemrahmen gehen können, wie er im folg. angedeutet wird.

¹⁰³ Vgl. *BVerfGE* 39, 348. Dazu *Hoffmann-Riem* (o. Fußn. 97), S. 349 f.

¹⁰⁴ Nach *BVerfGE* 39, 355 „schulden auch die Angestellten im öffentlichen Dienst dem Dienstherrn Loyalität“. In *BAG NJW* 1976, 1708 ff. wird daraus eine „politische Treuepflicht“ nach Art. 33 II GG als Plattform der Übertragung von Elementen des Art. 33 V GG auf den gesamten öff. Dienst. *Richtig* angesetzt, könnte ein solcher Einheitsgedanke die Durchsetzung eines einheitlichen Personalrechts erleichtern. Das *BAG* sucht auch einen Schritt in der m. E. richtigen Richtung zu tun. *BVerwGE* 47, 340 und 367 sowie *BVerfGE* 39, 355 verweigern sich einer *konkreten*, vom jeweiligen Dienstposten im Rahmen der jeweiligen Fachrichtung und des entspr. Laufbahnzusammenhangs ausgehenden Treue-Explikation; sie begeben sich damit von vornherein des Problemzugangs (Fußn. 105). Demgegenüber stellt das *BAG* für Angestellte und Arbeiter auf das konkrete „Amt“ i. S. des Art. 33 II GG ab (1709). Es verfehlt dann allerdings eine angemessene Differenzierung und Abstufung. Dazu *Kühnert*, Südd. Zeitung Nr. 227 v. 30. 9. 1976, S. 7.

ben worden ist, nicht mehr zulassen. Dafür Kriterien zu benennen, ist m. E. eine vordringliche Aufgabe; das um so mehr, je weniger von Mindeststandards unverzerrter Rationalität als Normalwerten ausgegangen werden kann.¹⁰⁵ Jedenfalls sei festgehalten: Eignung nach Art. 33 II GG heißt Eignung zur Wahrnehmung eines „*öffentlichen Amtes*“, dessen Öffentlichkeitsprinzip ein materiales Vermittlungsprinzip sein soll, als Voraussetzung von Eigenverantwortung im Rahmen der einschlägigen Vorgaben. Darauf wird noch zurückzukommen sein. Zunächst zu den Herleitungen des *BVerfG*:

Das *BVerfG* entnimmt Art. 33 V GG „*eine besondere politische Treuepflicht*“ des Beamten „*gegenüber dem Staat und seiner Verfassung*“.¹⁰⁶ Dabei bleibt undeutlich, ob „*der Staat*“ mit der „*Idee des Staates*“¹⁰⁷ und letztere mit der *Verfassung* (als dem Inbegriff jener besonderen Rationalität) *identisch* sein soll – oder ob „*der Staat*“ irgendwo hinter und über der Verfassung angeordnet wird. Ist an einen metakonstitutionellen Überhang gedacht, dann muß es sich um „*ins Undeutliche verlaufende Abhängigkeit*“¹⁰⁸ handeln, um Restbestände absoluten Staats- und Statusdenkens, wie es denn auch in dem Beschluß zum Ausgangspunkt der Deduktion gemacht wird.¹⁰⁹ Von da aus gelangt das Gericht zu einer bedenklichen irrationalen Aufgeladenheit des Treueprinzips.¹¹⁰ Um so näher liegt der Umschlag von der „*Staatstreue*“ zur bloßen „*Regierungstreue*“.¹¹¹ „*Staat*“ bzw. Regierung als empirische Adressaten einer Treue, die zu einer meinungs-

¹⁰⁵ Das Problem läßt sich m. E. am ehesten in Angriff nehmen, wenn der Verfassungsbezug des Amtes (vgl. *BVerwGE* 47, 335 f.) konkret entwickelt wird. Es mag etwa um „*aufgabenbezogene Einstellungen*“ eines Lehramtsbewerbers gehen, *Esser*, JZ 1975, 557. Dann stellt sich die Frage: Was wäre „*Indoktrination*“ bzw. Gegen-Indoktrination, als Verfehlung des Schulauftrags? Vgl. *Damkowski*, RiA 1976, 10. Es wäre daraufhin nach dem besonderen pädagogischen und schulrechtlichen Öffentlichkeitsprinzip zu fragen (o. bei Fußn. 94). An verfassungsrechtlichen Vorgaben käme mit Vorrang ein Grundrecht des Schülers auf Bildung in Betracht, auch mit negatorischem Einschlag, gegen Indoktrination durch Staat oder Lehrer. Vgl. *Stock*, RdJB 1977, demn. „*Die Grundrechte des Bürgers ... bestimmen also das Amtsrecht*“; so *BVerwGE* 47, 353, allerdings mit schiefen Schlußfolgerungen, *Damkowski*, ebda. S. 4. Gelingt die verfassungsrechtliche Erschließung der jeweiligen öffentlichen Aufgabe und gelingen von da aus Verallgemeinerungen, dann wird auch das Treueprinzip zu den richtigen Koordinaten kommen. Dann wird sich aufhellen, was das heißt: Der Beamte „*als Sachwalter und Treuhänder der Gesamtheit der Staatsbürger*“, *BVerwGE* 39, 176, herangezogen von *Stern*, Zur Verfassungstreue der Beamten, 1974, S. 12.

¹⁰⁶ *BVerfGE* 39, 334 LS 1.

¹⁰⁷ Ebda. S. 347. Hervorhebung von mir.

¹⁰⁸ Oben bei Fußn. 83.

¹⁰⁹ S. 346 f. Dazu *Goerlich*, ZBR 1975, 100 ff.; *H.-P. Schneider*, Blätter f. dt. u. int. Politik 1975, 1023 ff. Im übrigen *Zwirner*, Politische Treuepflicht des Beamten, Jur. Diss. Göttingen 1956. S. auch *Fenske*, Civitas XIV (1976), S. 99 ff.; *Schlink*, Der Staat 1976, S. 335 ff. Hist. Texte bei *Brandt* (o. Fußn. 97). Näher u. 3.

¹¹⁰ *BVerfGE* 39, 334 LS 2, 348 u. ö., dazu *Schneider* (o. Fußn. 109).

¹¹¹ Nach *BVerwGE* 47, 336 bedeutet „*Verfassungstreue*“ „*nicht Regierungstreue ... (der Regierung schuldet der Beamte Loyalität)*“, sie betrifft auch nicht „*die soziale Struktur*“. Ähnlich *BayVGH*, DÖV 1976, 423 ff. Auch *BVerfGE* 39, 347 will „*nicht eine Verpflichtung, sich mit den Zielen oder einer bestimmten Politik der jeweiligen Regierung zu identifizieren*“. Gemeint sei eben die „*Idee des Staates*“. Wenig später liest man: „*Der Staat – und das heißt hier konkreter, jede verfassungsmäßige Regierung und die Bürger – ...*“, S. 349. Derartige Inbegriffe, als Objekte verlangter „*Bejahung*“ und

verhafteten Treue werden könnte, als Überhang von politischer Meinungstreue hinter der Verfassungstreue. Derartige strukturelle Merkwürdigkeiten könnten bei einer einfachen Meinungs-, Bekenntnis-, irrationalen Machtalternative enden, die für das Prinzip der konstitutionellen Vermittlung keinen Platz mehr ließe. Verfassungstreue könnte schließlich durch eine verfassungswidrige „Gesinnungstreue“¹¹² verdrängt werden.

Das Eignungserfordernis als Schutzmantel einer Beamtentreue, die auch dieser Herausforderung nicht mehr gewachsen wäre, die auch diesem schwierigen Vermittlungs- und Objektivierungsprozeß ausweichen müßte, die sich dabei womöglich auch ihrerseits zur exklusiven Macht- und Gesinnungstreue zurückbilden würde – das wäre ein Schwächezustand, in dem die ganze unbewältigte Ambivalenz des „Hergebrachten“ durchbrechen würde. Hier machen sich Unsicherheiten bemerkbar, von denen angenommen werden kann: Sie haben zur Stagnation und Umkehrung auch der Dienstrechtsreform beigetragen. Und sie lassen sich u. a. dadurch verringern, daß die Dienstrechtsreform in der ursprünglichen Richtung in Gang gesetzt und auf ihr eigentliches Thema hingelenkt wird. Ihr eigentliches Thema genauer zu fassen, steht auch in diesem Beitrag als weiterer Punkt auf der Tagesordnung.

3. Zweiter Durchgang: Art. 33 IV und V GG als Angelpunkt – Reformhindernis oder Reformstimulus?

Die folgenden Bemerkungen betreffen jene verfassungsjuristischen Schlüsselstellungen, auf die in den vorausgegangenen Abschnitten schon unter verschiedenen Aspekten hingewiesen worden ist. Es sei noch versucht, das, was vorhin als das eigentliche Reformthema ins Blickfeld gekommen ist, mit einer Reihe von verfassungsrechtlichen Pro- und Kontra-Argumenten in Beziehung zu setzen, und zwar jetzt in Richtung auf den *Dreischnitt*. Es muß hier allerdings bei einigen Anregungen und ersten Anläufen, im übrigen bei Hinweisen auf mögliche Arbeitsgänge im Sinn einer Vertiefungsphase sein Bewenden haben.

Dabei geht es um nicht weniger als dies: einen *durchgehenden Grundgedanken* zu entwickeln, der verfassungsrechtlich verankert sein und vom Grundgesetz aus das öffentliche Dienstrecht in seiner Gesamtheit durchziehen müßte. Er müßte aus dem „Hergebrachten“ hervorgeholt werden, und er müßte zu größerer Lebendigkeit erwachsen als das derzeit der Fall ist, und zwar auch *nach vorwärts*. Läßt sich ein solcher Extrakt gewinnen, dann würde das auch weitere auf dienstrechtliches Detail bezogene Durchgänge erlauben und initiieren: die Einziehung und Aufarbeitung ausgewählter Teilstücke etwa preußischen, wilhelminischen, Weimarer, nationalsozialistischen Dienstrechts sowie sozialistischen Arbeitsrechts verschiedener Provenienz und sonsti-

Militanz und als „Boden“ zulässiger Kritik, werden bald mehr vergegenständlicht, bald mehr der abstrakten „Idee“ angenähert. Verfassungs-, zumal demokratietheoretisch eingelöst wird das Treueprinzip nicht. Dazu *Abendroth*, *Betrifft: Erziehung* 1975, H. 9, S. 16; *B. Blanke*, *Leviathan* 1975, 156f.; *Damkowski* (o. Fußn. 105), S. 2f.; *Denninger*, *Vorgänge* 4/1975, Nr. 16, S. 12; *Grottian*, *Leviathan* 1975, 580ff.; *Preuß*, *Betrifft: Erziehung* 1975, H. 6, S. 20, 22; *Hoffmann-Riem* (o. Fußn. 97), S. 348.

¹¹² „Treue als gesinnungsmäßige Identifikation, in Form gehalten durch Pressionen“.
Esser (o. Fußn. 105), S. 558.

ger Materien der Rechtsvergleichung; *Rezeption und Kritik des geltenden einfachen Beamten- und sonstigen öffentlichen Dienstrechts* in seinen Grundzügen; Behandlung der einzelnen Regelungsvorhaben, die sich in dem Aktionsprogramm abzeichnen, und andererseits des Konzepts der Trennung und neuen Verzahnung von „Status-“ und „Folgerecht“, zum Beispiel anhand des Vorschlags zur Änderung des Bundesbeamtengesetzes, der in den DGB-Grundsätzen enthalten ist.¹¹³

a) *Zur Einwirkungsweise des Art. 33 V GG, dargestellt im Hinblick auf das Treueprinzip*

Wie gezeigt, wird der Normbereich des Art. 33 IV und V GG von dem Treueprinzip beherrscht. Diese Verfassungsbestimmungen stellen den reformrelevanten Angelpunkt des öffentlichen Dienstrechts dar, mit dem Treueprinzip als Zentrum. Es erscheint angezeigt, die weiteren Überlegungen auf dieses Zentrum zu konzentrieren. Das *BVerfG* nimmt eine in der absoluten Monarchie beginnende geschichtliche Kontinuität der Treuepflicht an: „An jener traditionellen Treuepflicht ... hält auch das Grundgesetz als einem hergebrachten und zu beachtenden Grundsatz des Berufsbeamtentums fest“.¹¹⁴ In „dieser *einen* (umfassenden) Pflicht“, mit der „*politischen*“ Treuepflicht als „*Kern*“,¹¹⁵ scheint es den Inbegriff zu erblicken. Wenn über die Weichenstellungen der Dienstrechtsreform entschieden wird, wird über Alternativen der Konkretisierung des Treueprinzips entschieden.

Die kategorische Ausdrucksweise des Gerichts kann den Anschein erwecken, als wohne Art. 33 V GG eine so große Eindeutigkeit und normative Rigidität inne, daß für Vorschläge wie die, um die es hier geht, keinesfalls Raum bliebe. Genauer angesehen, weist die Bestimmung indes „weiche Stellen“ auf, und das in mehrfacher Hinsicht. Das Normprogramm könnte Spielräume zugunsten gesetzgeberischer Entscheidungen enthalten: für Entscheidungen, durch die eingelöst würde, was noch nicht eingelöst ist. Auf solche Entscheidungen könnte die Bestimmung im Sinn einer „Ermutigungs-“ und Initiationswirkung angelegt sein.

aa) Schon der „*Grundsatz*“-Begriff¹¹⁶ steht einer schlichten Kanonisierung und Perpetuierung des älteren Treueprinzips entgegen. Auch Grundsätze i. S. des Art. 33 V GG

¹¹³ AaO (o. Fußn. 16), S. 25 ff.

¹¹⁴ *BVerfGE* 39, 346.

¹¹⁵ Ebda., S. 346 f. Dazu *Schick*, NJW 1975, 2169.

¹¹⁶ „Grundsätze“ sind nach dem *BVerfG* ein „*Kernbestand von Strukturprinzipien*“, *BVerfGE* 8, 343; 15, 195 f. Nach *Maunz* sind es „Regelungen ...“, die das Bild des Beamtentums in seiner überkommenen Gestalt so prägen, daß ihre Beseitigung auch das Wesen des Beamtentums antasten würde“, aaO (o. Fußn. 64), Rdnr. 53. Nach *Ule*: „alle Rechtssätze und Rechtsinstitute des Beamtenrechts, die für das Wesen und den Bestand des Berufsbeamtentums entscheidende Bedeutung haben“, aaO (o. Fußn. 63), S. 570.

Ausführlich dann *Ule*, Rechtsgutachten (o. Fußn. 43), S. 465 ff., gegen *Däubler* (o. Fußn. 17), S. 103 ff., und *Thieme* (o. Fußn. 20). *Ule* zeigt sich zu einem unter die Oberfläche von Rechtssätzen u. ä. dringenden Vorgehen nur in engen Grenzen bereit. Er unterschätzt daraufhin den geschichtlichen Charakter der „Grundsätze“, zumal den Umstand, daß sie auf eine „*Neugestaltung*“ des Beamtenrechts angelegt sind, d. h. auf eine „*in die Zukunft weisende Aufgabe*“; so *BVerfGE* 15, 196, dazu *Däubler*, S. 111. *Ule* hält *Däubler* – der „sich von politischen Vorurteilen beeinflussen läßt“, S. 466 – „eine

stellen konkretisierungsbedürftige Vorgaben dar. Jener „Grundsatzkern“, der hier in Rede steht, betrifft an der Treuepflicht etwas *Politisches*. Oben wurde schon gezeigt: Dabei kann es sich keineswegs um eine Art Abschottung „innerer Umwelt“ und um vertikale Anbindungen beliebigen Charakters handeln, sei es „ins Ungemessene“ oder mehr im Sinn eines instrumentellen Bürokratiemodells. Es geht vielmehr u. a. um die Art und Weise, in der Ermessens- bzw. „Beurteilungsspielräume“¹¹⁷ einer politischen Verwaltung ausgefüllt werden sollen. Es geht darum, von der personalrechtlichen Ebene aus administrative Eigenverantwortung zu konstituieren: gewissermaßen Zellen möglicher politischer Selbststeuerung im organisierten Vermittlungszusammenhang. Daß dafür ein Regulativ tauglich sein könnte, welches man geradewegs aus der absoluten Monarchie heranziehen will, wird nicht leicht einleuchten.

Diesem Zuordnungsproblem kann man sich, zunächst auf dem Boden des Art. 33 V GG, von da aus dann das verfassungsrechtliche Umfeld einbeziehend, in mehreren weiteren Schritten annähern. Um weiter von dem Grundsatz-Begriff auszugehen: Üblicherweise werden aus dem Treueprinzip einige *Nachbar-Grundsätze* hervorgesponnen, oder sie werden diesem Prinzip auf sonstige, im einzelnen variierende Weise zugesellt. Solche Grundsätze werden zu einem mehr oder weniger weitmaschigen und elastischen Netz reformrelevanter Vorgaben verknüpft. Ule führt u. a. auf: einerseits „Gehorsamspflicht und Verantwortlichkeit“, andererseits „innere Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit“;¹¹⁸ einerseits „gesetzliche Regelung der beamtenrechtlichen Verhältnisse“, Streikverbot, „amtsgemäßer Unterhalt und amtsgemäße Versorgung“, Leistungsgrundsatz, andererseits Lebensberuf-Grundsatz, „parteilpolitische Unabhängigkeit und politische Meinungs- und Vereinigungsfreiheit“; „Mitbestimmung?“¹¹⁹ Der Katalog ist nicht frei von Mehrdeutigkeiten und Widersprüchlichkeiten. Das entscheidende Zuordnungsproblem wird als solches nicht angegangen. Eindeutig ist aber dies: Das Netzwerk soll den Funktionsvorbehalt – als ersten der Grundsätze und als rocher de bronze konservativer Doktrin¹²⁰ – schützen. Es könnte das gewerkschaftliche Reformprogramm abfangen.

bb) Dieser Nebeneffekt beamtenrechtlicher Lehrmeinungen ist uns schon bekannt. Fragt man sich, wie es zu solchen Netzwerken kommt, dann gebührt verstärkte Aufmerksamkeit zunächst dem Begriff „hergebracht“. „Herge-

durchaus konservative Tendenz“ entgegen, welche er in Art. 33 V GG angelegt sieht: „Strukturprinzipien müssen etwas Vorhandenes und damit begrifflich etwas ‚Gestriges‘ sein“, S. 471 f. Daß sie mit Vorhandenem nicht *identisch* sind, sich vielmehr einer gewissen inneren Abständigkeit erfreuen und von da aus auch „Morgiges“ meinen, zieht Ule nicht in Betracht. Wenn er von „Anpassung . . . an diese veränderte Welt“ spricht, denkt er dabei z. B. an neue *Einschränkungen* der „politischen Meinungs- und Vereinigungsfreiheit der Beamten“, S. 471. – Aufgeschlossener in kategorialer Hinsicht v. Münch, ebda. S. 101 f.; Schick, ebda. S. 197 ff.; teils auch F. Mayer, ebda. S. 599 f. Im Ansatz m. E. richtig Thieme, ebda. S. 320 ff.

¹¹⁷ Der heutige Diskussionsstand insoweit in: Scholz und Schmidt-Aßmann, VVDStRL 34 (1976), 145 ff., 221 ff., Aussprache 275 ff. Weiter W. Schmidt, NJW 1975, 1753 ff. Gegen ihn Quambusch, ZBR 1976, 274 ff.

¹¹⁸ Zu den Aporien, die diesem Vokabular innewohnen, näher Stock (Fußn. 94), S. 222 ff.

¹¹⁹ Rechtsgutachten (o. Fußn. 43), S. 476 ff. Zum Vergleich v. Münch, ebda. S. 103 ff., anhand der Rechtsprechung des BVerfG; Schick, ebda. S. 207 ff.; F. Mayer, ebda. S. 607 ff., 645 ff. Thieme bezweifelt schon die Möglichkeit solcher Kataloge auf der Ebene des Art. 33 V GG und wendet sich stattdessen der Entfaltung des Art. 33 IV GG zu, ebda. S. 320 ff., 335 ff.

¹²⁰ Oben 2 a) aa).

bracht“ ist nach dem *BVerfG* „jener Kernbestand von Strukturprinzipien“, „die allgemein oder doch ganz überwiegend und während eines längeren, Tradition bildenden Zeitraums, mindestens unter der Reichsverfassung von Weimar, als verbindlich anerkannt und gewahrt worden sind“.¹²¹ In dieser Standardformel sind zahlreiche weiterer Untersuchung und Aufhellung bedürftige Bestandteile enthalten. Die Formel bringt inhaltliche und methodologische Komplikationen mit sich. Herkömmliche Rechtswissenschaft und Rechtsprechung pflegen es mit solchen Komplikationen aufzunehmen, ohne daß dabei ein Grundgedanke der vorhin bezeichneten Art zum Vorschein käme. Stattdessen kann es dann bei einer rückwärtigen Verhaftetheit bleiben, die der *Aufarbeitung* der Tradition hinderlich ist. Man riskiert es dann, sich in strukturelle Merkwürdigkeiten zu verstricken, die schließlich zu Abirrungen führen könnten. Dafür sind schon Beispiele gegeben worden. Gegenwärtig sind jene beiden vorhin erwähnten Gefahren zu bemerken: Einmal die Gefahr, daß in der Grundschicht ein Traditionalismus eingenistet bleibt, welcher weiter erstarren und illiberale Züge annehmen könnte. Zum anderen die Gefahr eines seinerseits nachliberalen Neo-Taylorismus an der Oberfläche, auf der Ebene „instrumentaler Vorschläge“.¹²²

Der Rückgriff auf „Hergebrachtes“ sollte allerdings nach den im Parlamentarischen Rat hervorgetretenen Absichten¹²³ gerade dazu dienen, derartige Deformationen und Gespaltenheitsphänomene zu *vermeiden*. Gerade unter diesem therapeutischen Gesichtspunkt pflegte und pflegt man nach einem dienstrechtsgeschichtlichen *Konzentrat* zu suchen, zum Unterschied von Inbegriffen, die im Weg einfacher Zusammenlegung und Vermischung dieser und jener Hinterlassenschaften und Sedimente zustandekämen, unter Überspringung der nationalsozialistischen Periode.¹²⁴ Und die „Summe“ des „Hergebrachten“ (in einem *qualitativen* Sinn) soll eben das Treueprinzip sein.

¹²¹ AaO (o. Fußn. 116). Dazu, mehr summativ-pragmatisch, *Maunz* (o. Fußn. 64), Rdnr. 55. Zusammenfassend zu den Rechtsgutachten (Fußn. 43) *F. Mayer*, dort S. 600 ff. Besonders *Thieme* hebt dort auf das Erfordernis *qualitativer* Maßstäbe ab, S. 317 ff.

¹²² Oben bei Fußn. 27.

¹²³ Vgl. *Sörgel*, Konsensus und Interessen, 1969, S. 120 ff. Zur Vorgeschichte in der US-Zone *Niethammer*, Vierteljahresh. f. Zeitgeschichte 1973 177 ff. Dazu *Niclaus*, Demokratiegründung in Westdeutschland, 1974. Mit abweichender Perspektive zuletzt *U. Mayer*, in: *Mayer-Stuby* (Hrsg.), Die Entstehung des GG, 1976, S. 167 ff. Kontroversen insoweit auch in den Rechtsgutachten (o. Fußn. 43): *v. Münch*, S. 98 ff.; *Thieme*, S. 321 f., S. 324 ff.; *F. Mayer*, S. 576 ff.

¹²⁴ Kritisch besonders *Thieme*, Rechtsgutachten (o. Fußn. 43), S. 317 ff.; s. auch *Schick*, ebda. S. 201 f. Einer Aufarbeitung könnten neben *Zwirner* und den weiteren o. Fußn. 109 Genannten zugrunde gelegt werden etwa: *Wunder*, *Leviathan* 1974, 459 ff.; *Preuß*, *Der Staat* 1975, 371 ff.; *Fenske*, *Der Staat* 1973, 339 ff.; *Rejewski*, Die Pflicht zur politischen Treue im pr. BeamtenR (1850–1918), 1973; *Morsey*, in: *Demokratie und Verwaltung. 25 Jahre Hochschule f. Verwaltungswissenschaften Speyer*, 1972, S. 101 ff.; *Dammann*, in diesem Band 109 ff.; *Runge*, Politik und Beamtentum im Parteienstaat, 1965; *Fenske*, in: *Demokratie und Verwaltung*, aaO, S. 118 ff.; *ders.*, *VerwArch* 1973, 117 ff.; *Mommsen*, Vierteljahresh. f. Zeitgeschichte 1973, 151 ff.; *ders.*, in: *Gedenkschr. f. Besson*, 1976, S. 81 ff.; *Duwe-Kopitzsch* (Hrsg.), *Weimar ist kein Argument*, 1976; *Schmahl*, *Disziplinarrecht und politische Betätigung der Beamten in der Weimarer Republik*, 1977; *Mommsen*, *Beamtentum im Dritten Reich*, 1966; *Stolleis*, *Gemeinwohl-*

Wie gezeigt, werden die verschiedenen Einzelprinzipien, die man dem „Kernbestand“ zurechnet, so oder so auf das Treueprinzip zurückbezogen. Dieses soll die gesuchte Essenz darstellen. Und zwar sollte es sich nach konservativen Vorstellungen wohl um ein Fluidum in geronnenem Zustand handeln: um Kristallisationen einer Sozial- und Verfassungsgeschichte, zu der man sich wieder zurückwenden wollte. Das Treueprinzip soll auch heute noch etwas verhältnismäßig Festes sein. Es soll einen Ankerpunkt darstellen, an dem auch das gesamte weitere Netzwerk festgemacht werden kann. Für die Konsistenz des „Kernbestands“ im Hinblick auf nachrangige Regelungsebenen ist daraufhin die Konsistenz des Treueprinzips ausschlaggebend. Dieses Prinzip soll den Inbegriff einer Überlieferung darstellen, an der man hängt, man wollte sie wieder lebendig machen, man will sie lebendig halten. Man wollte und will sie über das einfache Beamtenrecht in das öffentliche Personalwesen, überhaupt in die öffentliche Verwaltung einbringen, damals durch die konstitutive Ausgangsentscheidung, inzwischen zunehmend auch im Sinn mehr oder weniger tiefgreifender Anpassungsversuche. Das Treueprinzip ist danach historischer Inbegriff und gleichzeitig Grundlage des beamtenrechtlichen status quo. Es ist auch archimedischer Punkt der Reform. Um so dringlicher stellen sich Fragen wie die: Welches ist nach dem Grundgesetz seine heutige normstrukturelle Befindlichkeit? Wie verhalten sich dabei Normbereich und Sachbereich, Sachverhaltsbereich usw.? Welches sind die institutionellen, verfahrensmäßigen, inhaltlichen Rahmenbedingungen relevanter Traditions- und sodann Verfassungsbildung und -fortbildung? Wo sind die Schlüssel zu diesem Tresor? Wer kennt das Geheimnis? Wo liegt die Interpretations- und Definitionsbefugnis?

Hier wären Stellungnahmen zu Fragen der kategorialen Befindlichkeit und Erzeugungsweise von Grundsätzen i. S. des Art. 33 V GG zu analysieren, etwa Hinweise auf historische Verfassungs- und einfache Gesetzgeber und auf historische Rechtsprechung und Rechtslehre¹²⁵ als Schöpfungs- bzw. Deutungsinstanzen. Andererseits wäre hier der Entstehung des Art. 33 V GG als Hervorbringung *heute* erheblicher verfassungsgebender Gewalt nachzugehen. Es wäre nach dem Spielraum *heutiger* Gesetzgeber zu fragen,¹²⁶ nach deren Einschätzungs-, Implementierungs-, Umgestaltungsbefugnis in ihrem Verhältnis zu heutiger *Rechtsprechung*, letztlich derjenigen des *BVerfG* als der ausschlaggebenden Ausfilterungs- und Akkreditierungsinstanz.¹²⁷ Zugleich wäre nach dem Stellenwert heutiger (pluraler, und zwar zunehmend fraktio-

formeln im nationalsozialistischen Recht, 1974, bes. S. 227 ff.; *Kirn*, Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität? 1973.

¹²⁵ Vgl. *Maunz* (o. Fußn. 64), Rdnr. 55; *Schick*, Rechtsgutachten (o. Fußn. 43), S. 201 ff.; *F. Mayer*, ebda. S. 601 ff.

¹²⁶ Wobei zunehmend auch *postkonstitutionelles einfaches* Beamtenrecht unter Art. 33 V GG gerechnet wird. Würden damit Verhärtungen i. S. *Ulesinhergehen*, dann könnte das in die Nähe einer Selbstbindung des einfachen Gesetzgebers führen, durch welche der Regelungsauftrag des Art. 33 V GG unterlaufen und ausgehöhlt würde. Dagegen *Schick*, Rechtsgutachten (o. Fußn. 43), S. 204 f.

¹²⁷ Von hier aus lassen sich Querverbindungen zu dem Beitrag *Grimms*, o. S. 83 ff., herstellen. Dort Nachw. der Jubiläumsliteratur. Hingewiesen sei auf *Häberle*, in: *ders.* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976, S. 1 ff. Sollte es zu Änderungen des Art. 33

nierter) Dienstrechtslehre zu fragen. Es geht hier um die Schlüssel zum Tresor. Es geht um die Möglichkeit, das Treueprinzip – bisher ein in seiner Struktur wenig durchsichtiges Phänomen im Rechtstoffbereich – von innen heraus zu erneuern. Das ist bisher u. a. darum nicht gelungen, weil retrospektive „Wesens“-Ermittlung, Auslese, Limitierung und sonstige juristische Kontrolle des Überlieferungs- und Erneuerungszusammenhangs in den Händen von Instanzen liegen, deren Verhältnis zum Politischen prekär geblieben ist.

cc) Derartige Fragestellungen wären des weiteren auf den Begriff „berücksichtigen“ zu erstrecken. Er ist wiederum von eigenartiger Unbestimmtheit. Wem das zum Anlaß von Besorgnissen wird, der wird auch an dieser Stelle zur Strenge neigen. Die konservative Maximalposition ist die, daß „berücksichtigen“ kurzerhand und im Hinblick auf sämtliche „hergebrachten Grundsätze“ mit „beachten“ gleichgesetzt wird.¹²⁸ Wird auch schon der Grundsatz-Begriff selbst entsprechend verhärtet, dann kann beides zusammen einen normativen Rigorismus ergeben, wie er oben schon angetroffen worden ist: Das *BVerfG* erklärt die politische Treuepflicht in diesem Sinn zu einem „zu beachtenden“ Prinzip.

Für andere Grundsätze ist das Gericht indes zu gewissen Abmilderungen gekommen.¹²⁹ Zumal Autoren, die bestrebt sind, Abriegelungs- und Sistierungsversuchen entgegenzuarbeiten, pflegen „berücksichtigen“ im Sinn *geringerer* Grade der Bindungsintensität auszulegen.¹³⁰ Wird auch schon für den Grundsatz-Begriff mehr Flexibilität vorbehalten, dann stimmt „berücksichtigen“ damit zusammen und hat zusätzliche, selbständige Bedeutung allenfalls insoweit, als es auch die vollständige *Abkehr* von einzelnen Grundsätzen freigeben könnte.¹³¹

dd) „Berücksichtigen“ betrifft die Art und Weise der Einwirkung dessen, was auf den davorliegenden Stufen als „hergebrachter Grundsatz“, d. h. als geschichtlich beschaffenes, „grundsätzlich“ weiter verwendbares, nützliches Konzentrat gewonnen worden ist, auf nachrangige Neuregelungen. Es betrifft auch die Art und Weise der Einwirkung des Treueprinzips auf Gesetzesänderungen im Sinn des Aktionsprogramms ober aber der DGB-Grundsätze. Es versteht sich, daß die Unbestimmtheit der drei Schlüsselbegriffe des Art. 33 V GG unter Reformgesichtspunkten als angemessen und heilsam erscheinen

GG selbst kommen, dann hätte das *BVerfG* jedenfalls von *Art. 79 III GG* aus das letzte Wort. S. o. bei und in Fußn. 46. Zur Konstruktion insoweit *Stock*, JuS 1975, 456 f.

¹²⁸ So *Maunz* (o. Fußn. 64), Rdnr. 58.

¹²⁹ Etwa *BVerfGE* 15, 195. Dazu *Forsthoff*, Rechtsgutachten (o. Fußn. 43), S. 63; v. *Münch*, ebda. S. 102 f.; *Schick*, ebda. S. 204 ff.; *Thieme*, ebda. S. 324 ff.; *Ule* ebda. S. 468; *F. Mayer*, ebda. S. 603 ff.

¹³⁰ Die Minimalposition findet sich bei *Däubler* (o. Fußn. 17), S. 107: „Annahme einer bloßen Leitlinie an den Gesetzgeber, allenfalls eines Programmsatzes“. Scharf ablehnend *Ule* (o. Fußn. 116). Dahinter stehen Meinungsverschiedenheiten über die kategoriale Befindlichkeit der „Grundsätze“ und daraufhin des Berufsbeamtentums als garantierter „Institution“. Es handelt sich um die methodologische Seite inhaltlicher Kontroversen.

¹³¹ Letzteres nimmt z. B. *Ule* (o. Fußn. 63), S. 568 f., an, ähnlich in seinem Gutachten (Fußn. 43), S. 471: „Preisgabe“ eines „hergebrachten Grundsatzes“ zum Zweck der Erhaltung der „Institution“. Er führt dafür allerdings das mißliche Beispiel (o. Fußn. 116) an.

kann. Auch wer sich diese Einschätzung zu eigen macht, wird sich allerdings der Morphologie, mit der man es hier zu tun hat, noch weiter vergewissern müssen. Nicht alles, was als „Reform“ daherkommt, verdient diesen Namen. Es kann durchaus auch darum gehen, bestimmte Instrumentalisierungen von Art. 33 V GG aus als verfassungswidrig zu erweisen. Um zwischen Reformen und „Reformen“ zu unterscheiden (hier auf Stimulus-, dort auf Bremswirkungen bedacht), bedarf man eines erweiterten Bezugsrahmens. Innerhalb des Normbereichs finden sich denn auch Richtpunkte, die hier einschlägig sind.

„Berücksichtigen“ kann auch als Hinweis darauf verstanden werden, daß bei Neuregelungen öffentlichen Dienstrechts *dritte* Verfassungsbestimmungen mit in Rechnung zu stellen sind, daß also Art. 33 V GG nicht etwa Vorrang zum Beispiel vor Art. 20 GG hat. Zwischen Art. 33 GG und seinem verfassungsrechtlichen Umfeld muß vielmehr „*Konkordanz*“¹³² hergestellt werden. Daß Art. 33 V GG durch dritte Verfassungsnormen auch *ingeschränkt* werden könne, räumt selbst *Maunz* ein.¹³³ Unter diesem Blickwinkel wird neuerdings gern auf das *Demokratie-* und auf das *Sozialstaatsprinzip* verwiesen.¹³⁴ Auch bei der Konkretisierung und Weiterentwicklung des Treueprinzips wäre an diesen Fundamentalprinzipien Maß zu nehmen. Nach dem *BVerfG* sind „hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums“ nur zu „berücksichtigen“ bzw. zu „beachten“, „soweit sie mit den Funktionen vereinbar sind, die das Grundgesetz dem öffentlichen Dienst in der freiheitlichen, rechts- und sozialstaatlichen Demokratie zuschreibt“.¹³⁵ Das ist ein Vorbehalt von großer Tragweite, gerade auch im Hinblick auf das Treueprinzip. Es käme auf den Versuch an, ans Licht zu bringen, was in dieser Vorbehaltsformel beschlossen liegt. Anhand dieser Formel läßt sich vielleicht immanent einbringen, was oben über „Funktions- und Leistungsgerechtigkeit“ angemerkt worden ist, zumal über politische Verwaltung als Rahmenprinzip.

¹³² *Hesse*, Grundzüge des VerfR der Bundesrepublik Dtl., 9. Aufl. (1976), S. 28 f.

¹³³ *AaO* (o. Fußn. 64), Rdnr. 59.

¹³⁴ Seit *Däubler* (o. Fußn. 17), S. 104 ff., der zugleich auf Art. 1 GG und bes. auf Art. 9 III GG abhebt. *Sontheimer* und *Bleek* (Fußn. 30), die insoweit ähnlich argumentieren, scheinen dabei eine Verfassungsänderung vorauszusetzen, *Abschied*, S. 55 ff. Siehe auch schon oben bei und in Fußn. 48, 56. Daraufhin würden sich auf der Ebene des Art. 79 III GG die gleich zu behandelnden Probleme von neuem ergeben. Es empfiehlt sich, sie schon auf der Ebene des Art. 33 V GG anzugehen: Der dortige „Institutions“-Begriff könnte schon in sich selbst den Veränderungsfaktor enthalten.

¹³⁵ *BVerfGE* 15, 195. Ähnlich schon *E* 3, 137; 7, 162; 8, 16; 9, 286; 11, 215. Dazu *Thieme*, Rechtsgutachten (o. Fußn. 43), S. 325 f., 330 f. Anders *Ule*, ebda. S. 469 ff. Seit *Leisners* Schrift (o. Fußn. 30) erstreckt sich das Pro, aber *auch das Kontra* auf zahlreiche dritte Grundfragen des Verfassungs- und des Verwaltungsrechts. Dieses umfassende „aggiornamento“-Problem durchzieht den Gutachtenband (o. Fußn. 43) und tritt noch deutlicher in Erscheinung in: *Das Berufsbeamtentum* (o. Fußn. 17). Auf der Kontra-Seite findet sich dabei z. B. ein *legalistischer*, aus dem Rechtsstaatsprinzip hervorgetriebener Stabilitätsgedanke, etwa bei *Rupp* (Fußn. 24), S. 167 f. Andere Autoren betonen mehr den zentraldemokratisch-*politischen* „Parlamentsvorbehalt“ und kehren ihn gegen eine Verwaltung, die sich unter diesen Umständen ihres Arbeitsprinzips noch nicht vergewissern konnte. Zuletzt Beiträge in der Festschr. f. *Ule*, 1977 (nach Abschluß dieses Manuskripts erscheinend).

b) *Treueprinzip und demokratisches Prinzip: Alternativen der Neuregelung*

In den letzten zehn Jahren ist es, wie gezeigt, zu Überlegungen über gesellschaftlich-demokratiespezifische Standortprobleme und Entwicklungsperspektiven des öffentlichen Dienstes gekommen: zu Überlegungen und Initiativen, die geeignet sein könnten, über die Beschränktheit des Regelungsansatzes der westdeutschen Wiederaufbauperiode hinauszuführen. In den Auseinandersetzungen, die durch diese Initiativen ausgelöst worden sind, hat sich allerdings über den dienstrechtlichen Stellenwert des *demokratischen Prinzips* und über dessen Verhältnis zum Treueprinzip ein größerer *Dissens* herausgebildet; das auch mit Wirkung auf Art. 33 V GG.

aa) Immerhin gibt es jetzt Positionen, welche sich als *konsequent sozialliberal* bezeichnen lassen. Man sucht dann die „Berücksichtigung“ antidemokratischer Traditionselemente auszuschließen. Man findet auch andere Traditionselemente vor, überwiegend indes solche, deren Demokratiebezug von Schwierigkeiten und Dunkelheiten nicht frei ist. Jedenfalls gibt es aus dieser Sicht einen uneingelösten restlichen Regelungsauftrag, und zwar als *Verfassungsauftrag* mit dem Inhalt, den restlichen Überhang „ins Ungewisse“, den man noch sieht (heute: als Potential autoritärer Sozialtechnik), abzutragen. Man weist auf die *Diskontinuität* der staats-, verwaltungs-, beamtenrechtlichen Vorgeschichte hin, etwa darauf, daß der Demokratiebezug des deutschen Beamtentums – seit er überhaupt in einem heute noch erheblichen Sinn zur Regelung anstehen konnte, d. h. aber: erst seit 1919 – immer neuralgisch geblieben ist; daß der Ära der absoluten Monarchie insoweit keinerlei Paradigma entnommen werden kann, der der konstitutionellen Monarchie eher nur der Befund einer staatsstrukturellen Zweischichtigkeit, einer Defensive gegenüber dem „vierten Stand“ usw., die einem umfassenderen Demokratieverständnis entgegenstehen; daß die späte Weimarer Tradition (als Bezugspunkt des Deutschen Beamtengesetzes von 1937) autoritäre Einschlüsse aufweist; daß die Geschichte des nationalsozialistischen Beamtentums nicht einfach ausgeklammert und weggelassen werden kann, daß zum Beispiel das Beamtengesetz von 1937 (als Bezugspunkt restaurativer Kodifikationen auf dem Boden des Art. 33 V GG) durch Streichung des „Führerprinzips“ mit seinen sonstigen Prinzipien noch nicht ohne weiteres zur „Berücksichtigung“ tauglich werden konnte; daß auch neuartige Materialisierungsversuche der frühen Nachkriegszeit mit in Betracht zu ziehen sind.

Der Regelungsbestand der *Adenauer-Zeit* – dessen „Grundsätze“ großenteils auch heute noch „beachtet“ werden – ist aus dieser Sicht seinerseits überholungs-, in manchem historisierungsbedürftig. Auch diese Grundsätze werden auf die Stufe des „Herbebrachten“ gehoben. Das heißt hiernach auch: Sie werden *distanziert*. Auch sie sind *nur* zu „berücksichtigen“, als letzte Manifestationen jener problematischen, an Brüchen, Überschiebungen, Halbheiten reichen Vorgeschichte.¹³⁶ Der Regelungsauftrag des Art. 33 V GG reicht über sie hinaus. Er aktualisiert sich von neuem. Das Treueprinzip in der Version des geltenden Beamtenrechts ist dann ebenfalls überholungsbedürftig, und zwar im Sinn eines auch verwaltungsspezifisch einzulösenden Demokra-

¹³⁶ Vgl. *Thieme*, Rechtsgutachten (Fußn. 43), S. 324 ff.

tiebegriffs. Er soll den entsprechenden gesellschaftlichen Bewegungsfaktor einbegreifen. Zwar hat das Treueprinzip in Art. 33 IV GG einen zusätzlichen, herausgehobenen Platz; auch nach W. Thieme noch einschließlich des Gebots einer gewissen Sonderprofilierung des Treueverhältnisses derer, denen „die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ übertragen wird, im Rahmen des möglichen einheitlichen „neuen Status“.¹³⁷ Indes ist das ältere Treueprinzip auch insoweit, als es in Art. 33 IV GG residiert, nicht jeder Relativierung enthoben. Die Grundsätze des Art. 20 GG wirken auch auf Art. 33 IV GG ein. Welcherlei Umstrukturierung sie nahelegen, wird im einzelnen unterschiedlich beurteilt.

bb) Die Hauptfrage läßt sich dahin stellen: Welches wären die Essentialien eines konstitutionell lebendigen, auf den Bewegungs-, Intensivierungs-, Erneuerungsfaktor bezogenen demokratischen Treuehandprinzips? Wie läßt sich der Treue-Adressat identifizieren, als eine Bezugsgröße, die eine geschichtliche und gesellschaftliche sein soll, irgendwo zwischen Tradition, Empirie und Utopie? Wenn es darum geht, solche Bezogenheit normativ zu ermöglichen und zu gewährleisten – welcherlei Standard politischer Verwaltung wird dann durch Art. 20 GG bedingt?

Dem wäre u. a. unter einem Blickwinkel nachzugehen, der bei Verfechtern des älteren Treueprinzips besonders oft vorkommt: unter dem Aspekt der Besorgnis „syndikalistischer Machtdominanz“.¹³⁸ Die Dienstrechtsreform stagniert u. a. deshalb, weil über den demokratischen Stellenwert *gewerkschaftlichen Einflusses* auf die öffentliche Verwaltung nicht die nötige Übereinstimmung besteht. Der Argumentation Rupp's liegt womöglich die Befürchtung zugrunde, Art. 20 GG könnte mit Art. 9 III GG sozusagen kurzgeschlossen werden; es gehe zum Beispiel der ÖTV darum, jene schlechten Imperative, die eine Beamtentreue als regressive „Regierungstreue“ mit sich bringen würde, nun stattdessen als Imperative von *Gewerkschaftstreue* in den „neuen Status“ einzuschmuggeln. Wo man in diesem Zusammenhang etwa auch an das lehrerrechtliche „Radikalenproblem“ denkt, wird es um den Reformspielraum vollends geschehen sein: Als demokratieverträglich mag dann nur noch das ältere Treueprinzip erachtet werden, dazu Standesverbände nach Art des Deutschen Beamtenbunds als verwaltungspolitischen „Ordnungsfaktors“. Ein einheitliches Personalrecht im Sinne des DGB dagegen mag als mögliche Schleuse von Demokratievorstellungen gelten, welche außerhalb des Art. 20 GG (und des Art. 79 III GG) lägen. Wenn Streitbarkeit solcher Art nicht das letzte Wort haben soll, sind Präzisierungen angezeigt.

Dafür sei an die oben referierte, auf dienstrechtliche Aktivierungen des Demokratie- und des Sozialstaatsprinzips abzielende Kritik¹³⁹ angeknüpft. Sie durchbricht ständische „Zweckbindungen“¹⁴⁰ der Koalitionsfreiheit: „Zweckbindungen“, die auf der Linie traditioneller, aus dem älteren Treueprinzip hervorgetriebener Abkapselungsversuche lägen. Tarifrechtlich-, „folgerechtliche“ gewerkschaftliche Aktivitäten könnten die genannten Ausstrahlungen haben. Es wäre auch an weitere Einwirkungsebenen gewerk-

¹³⁷ Oben bei Fußn. 77 ff.

¹³⁸ Oben bei Fußn. 48.

¹³⁹ Bei Fußn. 36.

¹⁴⁰ Vgl. Maunz, in: *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, Art. 9 Rdnr. 97.

schaftlichen Handelns zu denken. Würde solches Handeln an Zielsetzungen im Sinn der erwähnten Kritik orientiert, dann würde es über den engeren Bereich der inneradministrativen „Arbeitsbedingungen“ insgesamt hinausgreifen. Es würde Kriterien von Aufgabe, Funktion, Leistung usw. betreffen, und es würde auch Modalitäten des Treueprinzips betreffen. Es würde vielleicht auf eine andere Zuordnungsweise von öffentlichem Dienst und demokratischem Souverän hinauslaufen: auf einen Treuemodus, von dem an der Oberfläche des „Hergebrachten“ nicht viel zu sehen ist. Wäre er aber deshalb verfassungswidrig?

Baum und andere scheinen sich von den Gewerkschaften Einwirkungen auf das administrative Verständnis des Treueprinzips zu erhoffen, und zwar Einwirkungen in der Richtung auf ein sozialstaatlich intensiviertes politisches Selbstverständnis der Verwaltung, jenseits der Beengtheiten bloßer „Daseinsvorsorge“. Auf eine kurze Formel gebracht: Vom älteren Treueprinzip zu einem aufgabengerechten, auf ein verwaltungsspezifisches materiales „Gemeinwohl“-Kriterium gegründeten Treuhandprinzip. Der öffentlichen Verwaltung wird ein besonderes „Anwalt“-Verhalten¹⁴¹ abverlangt: ein gewisses Maß an Gegensteuerung gegen gesellschaftliche Interessen höheren Organisationsgrads zugunsten schwächer organisierter bzw. nicht organisierbarer Interessen. Das bedingt ein gewisses Maß inhaltlicher Parteilichkeit: ein besonderes Engagement zugunsten organisatorisch benachteiligter und inhaltlich vernachlässigter Interessen, etwa ein Engagement, das einer „umfassend ansetzenden Sozialgestaltung mit dem Ziel eines Ausgleichs gesellschaftlicher Ungleichheiten und einer Verbesserung der Lebensqualität für alle Schichten der Bevölkerung“ gilt.¹⁴² Um 1970 hatte sich für dieses individuelle und gesamtgesellschaftliche Entstrickungsinteresse die Bezeichnung „Emanzipations“-Interesse eingebürgert.¹⁴³

Damit ist ein Stichwort gefallen, das im Zeichen der „Tendenzwende“ als „Reizwort“ gilt. Es erlaubt Anschaulichkeit: Hier machen sich im Sachverhaltsbereich des Art. 33 IV und V GG Veränderungsbedürfnisse bemerkbar, wie sie um 1970 ubiquitär waren. Sie

¹⁴¹ Es soll also der „Sachwalter“- und „Treuhand“-Gedanke (Anm. 105), der auf andere Weise, inhaltlich abstrahiert und institutionell abgehoben, auch schon in der Amtsethik des absoluten Staats vorkam, gewissermaßen zu sich selbst kommen. Ein pragmatisches Konzept bietet insoweit an *Menke-Glückert*, Bürgeranwälte. Beamte von morgen, 1975. Das Materialisierungs- und Maßstabproblem wird dort ebensowenig vertieft wie z. B. bei *Sontheimer-Bleek* (o. Fußn. 30). Über „Anwaltsplanung“ näher etwa *Langenbach-Widmaier*, in: *Ortmann* (Hrsg.), Sozialplanung für wen? 1976, S. 161 ff.; *Pieroth*, DÖV 1977, demnächst.

¹⁴² So die ASJ-Leitsätze, RuP 1976, 241 f.

¹⁴³ „Dann würde der öffentliche Dienst zu einem Faktor des gesellschaftlichen Fortschritts und sich als solcher verstehen, der die individuelle und kollektive Emanzipation durch Vergrößerung des Bewegungs- und Freiheitsraumes der einzelnen und ihrer gesellschaftlichen Organisationen befördert. Dahinter muß letzten Endes der Entwurf einer neuen Gesellschaft stehen, der zunächst ‚nur‘ die Funktion einer konkreten Utopie hat.“ So über „Qualität des öffentlichen Dienstes“ und über „Modernisierung“ als qualitative Leistungsverbesserung *R. Hoffmann*, Ziele (o. Fußn. 70), S. 22 ff. Dazu etwa Beiträge in: *Greiffenhagen* (Hrsg.), Emanzipation, 1973; *Hartfiel* (Hrsg.), Emanzipation – Ideologischer Fetisch oder reale Chance? 1975; *Narr-Offe* (Hrsg.), Wohlfahrtsstaat und Massenloyalität, 1975; *Jaeggi* (Hrsg.), Sozialstruktur und politische Systeme, 1976.

scheinen im Begriff, in Sach- und Normbereich vorzudringen, als Zwischenstationen auf dem Weg in den nachrangigen Entscheidungsbereich. Sie finden Artikulationshilfe bei sozialwissenschaftlich „aufgeklärter“ Rechtswissenschaft; deren „emanzipatorisches“ Parallel-Engagement wird zur Grundlage rechtsstofflicher Umsetzungen, wobei ein *präskriptivischer* Akzent unverkennbar ist. Das Entstrickungsinteresse wird mit Art. 20 und Art. 9 III GG i. V. m. weiteren Verfassungsgrundsätzen als neuartigen Legitimationshilfen bewehrt. Mit solchen Ausweisen ausgestattet, erscheint es vor den älteren Interpretationsinstanzen: vor jenen Instanzen, die die Schlüssel zum „Hergebrachten“ verwahren, auch als Türhüter im Hinblick auf dessen Demokratiebezug. Was dann geschah, wissen wir schon; zur demokratiethoretischen defensiven Verkrampfung im Beamtenrecht gleich noch ein paar Bemerkungen. Zunächst sei das Profil des Bedürfnisses, das sich hier noch in einer Expansionsphase befindet, etwas genauer nachgezeichnet.

Der Verwaltung wird hier ein besonderes Unterscheidungsvermögen abverlangt. Sie wird sich hiernach in gesellschaftliche Interessen- und Machtkonflikte verwickeln. Das Treuhandprinzip wird hiernach egalitäre Einschlüsse aufweisen. Unter diesem Gesichtspunkt wird es auf eine spezifische Nähe zu solchen Gruppierungen angelegt sein, in denen sich etwas von dem erwähnten Entstrickungsinteresse verkörpern kann. Dazu gehörten um 1970 starke Kräfte und Strömungen innerhalb der sozialliberalen Regierungskoalition. Auf anderer Ebene gehörten und gehören dazu auch die Gewerkschaften, die das Einheitsmodell vertreten. Sie kommen hier mit einem Gegenmacht-Profil ins Blickfeld, das nicht ein verfassungsfremd-syndikalistisches sein soll. Ihr Programm versteht sich vielmehr als *Fortschreibung* im Sinn einer inhaltlichen Anreicherung „hergebrachter Grundsätze“. Die DGB-Grundsätze setzen durchaus immanent an. Was sie mit dem Amtsgedanken der beamtenstaatlichen Tradition zu tun haben könnten, ist allerdings auf den ersten Blick nicht erkennbar. Keinesfalls vereinbar sind sie mit Deformationen des „Hergebrachten“ wie dem dienstrechtlichen „Führerprinzip“. Und sie stehen instrumentellen Fortschreibungsversuchen entgegen. Werden sie mit Zielsetzungen der erwähnten Art implementiert und werden solche Zielsetzungen als konsequent sozialliberale verdeutlicht, dann könnten sie andererseits gegen einen Überschreitungsverdacht gefeit sein, mit dem von vornherein zu rechnen war: gegen den Verdacht, sie könnten bei einem bürokratischen Sozialismus im Sinn des 1976 geläufigen Polarisierungsmodells enden.

cc) Daraus folgt ein Bezogenheits- und Materialisierungsmodus des Treuprinzips, für den es keine entwickelten Präzedentien gibt. Soweit es dafür Vorläufer-Elemente im „Hergebrachten“ gibt und soweit diese den Weg der historischen Beglaubigungsinstanzen erfolgreich durchlaufen haben,¹⁴⁴ sind sie doch ohne die zweite, innerkonstitutionelle offizielle Beglaubigung geblieben. Sie scheinen den heutigen Akkreditierungsinstanzen entgangen zu sein. Sie sind einer dienstrechtsgeschichtlichen Oberflächen-Optik zum Opfer gefallen, der ein unaufgehellter Interessen- und Machtfaktor innewohnt. Um so

¹⁴⁴ Hier wären Fragen zu stellen wie: Sind auch Regelungsprogramme, die seinerzeit die Rechtsquellen-Ebene *nicht erreicht* haben, dem Fundus des „Hergebrachten“ zuzurechnen? Auch unartikulierte gebliebene Interessen? Heutige Sichtung wird nicht ohne ein rückwärtiges „Kollisionsrecht“ auskommen können, wo es um Filterungs- und Verzerrungswirkungen auf historischen Stufen der Dienstrechtserzeugung geht.

mehr konnte diesen Instanzen die offengelegte Parteilichkeit der neuen Ansätze unbequem werden.¹⁴⁵

Daraus ergab sich ein Polarisierungstrend: Einerseits alternative Ansätze, unter denen auch *übermäßige* Materialisierungsgrade vorkommen, andererseits Vorbehalte und Vorkehrungen, welche zunächst nur Selbstverständlichkeiten (den Fortbestand der liberalen Verfassungskomponente auch in dienstrechtlicher Hinsicht) zu betreffen scheinen; sie könnten sich aber zunehmend auch auf das uneingelöste neue Treueprinzip als Prinzip „innerer Reform“ erstrecken. Unter diesen Umständen ist es noch kaum zu der nötigen Positionsbestimmung gekommen. Stattdessen zeichnet sich eine andere Alternative ab: Die, daß konsequent sozialliberale Positionen von den älteren Beglaubigungsinstanzen als verfassungswidrig ausgegeben werden; daß abweichend engagierte Argumentationen kein Gehör finden; daß jene politischen Kräfte, die seinerzeit für das Reformbedürfnis aufgeschlossen erschienen, erschlaffen, vielleicht irritiert durch verfassungsrechtliche Veto-Doktrinen, welche dann Ausklammerungsversuche nahelegen bzw. erzwingen, bis in die Nähe der Gegenreform.

Das demokratische Prinzip und das Treueprinzip sind also noch nicht dauerhaft zueinandergekommen. Deshalb sind diese beiden Prinzipien auch noch nicht sozusagen zu sich selbst gekommen. In Art. 33 IV und V GG wird die geschichtliche Dimension des heutigen, wesentlich in Art. 20 GG konstituierten Ist-Zustands in Bezug genommen. Es wird nicht diese oder jene wie auch immer herauszugreifende historische Einzelphase, dieser oder jener historische Ist-Zustand von Beamtentum und Demokratie in Deutschland festgeschrieben, auch nicht der 1976 erreichte, soweit auch er noch ein Provisorium ist. Die gesellschaftlich-geschichtliche Identität, die das Grundgesetz meint, soll sich aus dem herleiten, was „hergebracht“ ist. Sie soll sich *nach vorwärts* herleiten. Solche Kontinuität von rückwärts nach vorwärts kann nicht bedeuten: Bei den Gebrochenheiten der Vorgeschichte bzw. des status quo zu beharren. Aus alledem soll sich etwas „Grundsätzliches“ herausarbeiten – jene Essenz, deren Zeitstruktur von herkömmlicher Beamtenrechtswissenschaft und Rechtsprechung nicht verstanden wird, ebensowenig wie ihre gesellschaftliche Struktur. Daraufhin muß auch ihre Verfassungsstruktur unverstanden bleiben. Es muß vor allem das unverstanden bleiben, was daran jeweils nach vorwärts drängt, einschließlich der Art und Weise, wie sich dieser Konzentrations-, Vermittlungs-, Verarbeitungs-, Konstituierungs-, Reformvorgang abspielen soll, welches dabei zum Beispiel der Beitrag von Rechtswissenschaft, Verfassungs- und Verwaltungsrechtsprechung und andererseits Parlament, Regierung, Verwaltung sein soll. Daraus kann Angst erwachsen: zum Beispiel Angst vor dem Zusammenbruch der Verfassungsstruktur als „Vergesellschaftung“ in einem nachliberalen identitären Sinn. Es kann sich ein Nachlassen der Selbstreproduktion von staatlicher Identität ergeben, mit Symptomen wie dem einer Streitbarkeit, die sich gegen ihre eigenen Voraussetzungen kehrt.

c) Art. 33 V GG als Problemlösungsauftrag

Das als Andeutung in kategorialer Hinsicht. Es wäre u. a. in Richtung auf eine dienstrechtliche Theorie der politischen Verwaltung auszuarbeiten. Oben

¹⁴⁵ Über entsprechende Phänomene im Arbeitsrecht *Däubler*, Gesellschaftliche Interessen und ArbR, 1974.

wurde schon angemerkt: Eine solche Verwaltung wäre als besondere Instanz in den Erzeugungszusammenhang von Rationalität einzuordnen. Sie wäre als „politisch“ in einem spezifischen Sinn zu konstituieren: im Sinn einer spezifischen Bezogenheit auf den demokratischen Souverän, als auf einen Inbegriff der eben angedeuteten Art.

Ein wohlverstandener Art. 33 V GG könnte insoweit auch beamtenrechtstheoretisch angewandt werden. Wird mit der Einsicht ernst gemacht, daß *auch Wissenschaft* so oder so in den Erzeugungszusammenhang politischer Rationalität einbezogen ist, dann läßt sich die konstitutionelle Bezogenheit dienstrechtstheoretischer Arbeit erhellen, mit weitläufigen Konsequenzen für Freiheits- und Verantwortungsmodus, Praxiszusammenhang usw. Unter diesem Blickwinkel könnten „hergebrachte“ und heutige Dienstrechtstheorien erschlossen, kritisiert, revidiert, transformiert werden. Dem hier verfolgten Grundgedanken würde es entsprechen, dafür einerseits an „hergebrachte“ Theorien anzuknüpfen, zum andern an sozialwissenschaftliche Ansätze und als sozialwissenschaftlich „aufgeklärt“ sich anbietende Dienstrechtstheorien, und zwar vor allem an solche, in denen sich etwas von dem demokratischen Elan ausdrückt, um den es nach wie vor geht.¹⁴⁶ Es wären diese beiden Arten und Resultate von Aufarbeitungsversuchen im Rahmen eines seinerseits „aufgeklärten“, d. h. auf Aufklärung angelegten Verfahrens in Zusammenhang zu bringen. Lassen sich daraufhin „Grundsätze“ gewinnen, die den Konstituierungsvorgang in der eben angedeuteten Richtung beeinflussen, dann heißt das: Von der Ebene des Art. 5 III 1 GG aus werden Elemente des Art. 33 IV und V GG und des Art. 20 GG besser als bisher zueinander in Beziehung gesetzt und neu erhärtet.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Es könnte dafür einerseits auf *Köttgen*, andererseits etwa auf *Grauhan* und *R. Hoffmann* Bezug genommen werden. Von diesen Autoren nimmt das *BVerfGE Köttgen* und *nur* ihn in Bezug, *BVerfGE* 39, 347. Dort wird verwiesen auf: *Köttgen*, *Das dt. Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie*, 1928. Weimarer Beamtenrechtstheorie nach Art derjenigen *Köttgens* hatte es mit verschiedenartigen Entwicklungsstadien historisch-praktischer Zuordnung von Beamtentum und Gesellschaft zu tun, auch mit Übergangsstadien des Verhältnisses von Beamtentum und Demokratie. Unter den konservativen Aufarbeitungsversuchen war der *Köttgens* wohl der anspruchsvollste. *Köttgen* war bestrebt, etwas von dem „aliud“-Prinzip der deutschen monarchischen Vorgeschichte in letzteres Verhältnis einzubringen. Dieses „Sachprinzip“ sollte nicht mehr das scheinhafte und morbide Neutralitätsprinzip wilhelminischer Prägung sein. Es in einleuchtender Weise dem Prinzip des „gesellschaftlichen Fortschritts“ (WRV-Präambel) zuzuordnen, sah sich *Köttgen* indes nicht in der Lage. Die Bewegungs- und dabei u. a. Pluralismuserheblichkeit der *Köttgenschen* „Eigenständigkeits“-Doktrin blieb undeutlich. Soweit überhaupt von Anbahnungsversuchen auch in Richtung der Arbeiterbewegung die Rede sein konnte, sind sie jedenfalls fehlgeschlagen. Die *Köttgensche* „Staatsidee“ – von vornherein relativ mönchisch, relativ machtenthaltssam – begab sich schließlich in ein inneres etatistisches Exil. Nach 1945 trat sie wieder auf den Plan, etwa: *Köttgen*, in: *Festg. f. R. Smend*, 1962, S. 119 ff. Näher *Stock* (o. Fußn. 94), S. 223 ff., 251 f., 257. Es wäre nun ein Zusammentreffen zu veranstalten (o. Fußn. 88).

¹⁴⁷ Nebenbei klärt sich auf, was es mit der Treue zur Verfassung im besonderen Sinn des Art. 5 III 2 GG auf sich hat – nach *BVerfGE* 39, 346 f. einer spezifischen Ausformung „jener traditionellen Treuepflicht“. Es müßte sich um ein besonderes *Treuehand-*prinzip handeln.

Das ist ein Programm, das in diesem Beitrag noch nicht ausgearbeitet werden kann. Bis hierher fortgesetzt, könnte der Gedankengang aber ein Anreizmoment enthalten. Damit hätte er seine Zwecke erfüllt: auf den verschiedenen Ebenen weitere Arbeitsgänge zu initiieren, mit dem praktischen Fernzweck, eine Handhabung des Art. 33 V GG zu fördern, die diese Norm als *Reformstimulus* ausweist und als solche politisch bewährt. Als verfassungsrechtliches Regulativ der Dienstrechtsreform enthält diese Garantie einen Reformauftrag. Indem sie die Deutungs- und Entscheidungsinstanzen auf „hergebrachte“ *Probleme* und Problemlösungsversuche hinweist,^{147a} will sie zwei Dinge vermeiden: restaurative Behäbigkeit und den *Abriß* nach vorwärts. Sie enthält ein inhaltliches und verfahrensmäßiges Vortriebsmoment: einen Problemlösungs- als fortbestehenden Konstituierungsauftrag.

III. Art der Lehrveranstaltung

Um den möglichen Stellenwert der Lerneinheit innerhalb eines *reformierten Studiengangs* zu veranschaulichen, sei auf das Hamburger Modell der einstufigen Juristenausbildung zurückgegriffen.¹⁴⁸ Dort ist als Pflichtveranstaltung am Ende des ersten Studienabschnittes (6. Sem.) eine zweistündige „wissenschaftssystematische“ Lehrveranstaltung „Organisation, Personal und Mittel der Verwaltung“ vorgesehen.¹⁴⁹ Aus dem Hamburger Studienplan ergibt sich, wie ein Bezug zu vorausgegangenen bzw. gleichzeitigen Veranstaltungen hergestellt werden könnte.¹⁵⁰ Im Rahmen eines derartigen Einphasenmodells bietet sich neben innerjuristischer Kooperation (besonders mit Arbeitsrecht-

^{147a} Vgl. jetzt auch *Schlink*, *Der Staat* 1976, 344 f.

¹⁴⁸ Nach dem von der Arbeitsgruppe „Einstufige Juristenausbildung“ vorgelegten Zweiten Bericht gemäß Art. 2 § 1 IV des Ges. zur Einführung der einstufigen Juristenausbildung v. 30. 4. 1973 (GVBl I, 169), 1974.

¹⁴⁹ Vgl. Zweiter Bericht (o. Fußn. 148), S. 43: „Der Student soll in diesem Kurs . . . in die Diskussion über die Reform des öffentlichen Dienstes und damit auch in das bestehende System des öffentlichen Dienstes und seine Tauglichkeit im Hinblick auf die von der Verwaltung zu bewältigenden Aufgaben eingeführt werden.“

Die Lerneinheit könnte im Rahmen eines derartigen Kurses etwa die Hälfte des für „Personal“ zur Verfügung stehenden Zeitanteils umfassen. Zunächst unter Reformgesichtspunkten ins Blickfeld gebracht, könnten die verfassungsrechtlichen Schlüsselbestimmungen dann in der zweiten Zeithälfte in ihrer Eigenschaft als „Scharnier“ zum geltenden einfachen Dienstrecht vorausgesetzt und ins Spiel gebracht werden, d. h. der Kurs müßte nicht bei der Vermittlung von „Rezeptanwender“-Qualifikationen hängenbleiben. Vgl. *Hirsch-Leibfried*, *Materialien zur Wissenschafts- und Bildungspolitik*, 1971, S. 186 ff. Im übrigen oben 3. am Anfang.

¹⁵⁰ Der genannten Veranstaltung gehen innerhalb der Fächergruppe V (Staat und Verwaltung) eine Reihe von Lehrveranstaltungen voraus, auf die hier aufgebaut werden könnte. Zweiter Bericht (o. Fußn. 148), S. 41 ff. Daneben kommen Querverbindungen zu arbeitsrechtlichen Lehrveranstaltungen in Betracht, S. 34 ff., ferner Anknüpfungen an mehrere sonstige Veranstaltungen, angefangen mit der Einführungsveranstaltung „Strukturen der bürgerlichen Gesellschaft und die Funktion von Recht“, S. 33 f. Im übrigen könnten nach rückwärts und vorwärts besonders die Verwaltungspraktika mitberücksichtigt werden, S. 50 f.

lern) Zusammenarbeit mit sonstigen Sozialwissenschaftlern an. Veranstaltungsart: Seminar/Kolloquium.¹⁵¹

Eine Lerneinheit über Grundfragen der Dienstrechtsreform sollte und kann grundsätzlich auch innerhalb herkömmlicher *zweiphasiger* Ausbildung Platz finden. Dabei würde der Schwerpunkt in einer Wahlfachgruppe liegen – was dort zu Beengtheiten führen könnte.¹⁵²

¹⁵¹ Für Einzelheiten sei auf die Bemerkungen von *Hoffmann-Riem*, oben S. 80ff., verwiesen. Sie betreffen eine ähnlich angelegte Lerneinheit.

¹⁵² Vgl. die bay. Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen i. d. F. der Bekanntmachung v. 1. 8. 1974 (GVBl 443), § 5 I 1, III Nrn. 4 und 7 i. V. m. II Nrn. 5 a und b, 3. Dazu: Studienordnung, Studienplan, Wahlfachgruppen, hrsg. von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München, 1973, S. 40.