



Ausarbeitung

Regelung eines einheitlichen Tatbestands für die Entlassung aus dem öffentlichen Dienst

Regelung eines einheitlichen Tatbestands für die Entlassung aus dem öffentlichen Dienst

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 173/20
Abschluss der Arbeit: 28. August 2020
Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

1. Einleitung und Fragestellung

Der öffentliche Dienst in Deutschland zeichnet sich aus durch seine **Zweiteilung** zwischen den in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehenden Beamten, Richtern und Soldaten einerseits und den in einem arbeitsrechtlichen Vertragsverhältnis stehenden Tarifbeschäftigten andererseits.

Beamten, Richtern und Soldaten obliegt eine **Verfassungstreuepflicht**; diese beinhaltet, dass sie sich durch ihr gesamtes Verhalten zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen und für deren Erhaltung eintreten müssen.¹ Bei mangelnder Verfassungstreue eines bereits eingestellten Beamten, Richters oder Soldaten kann – je nach Status – eine Rücknahme der Ernennung², eine Entlassung³ oder eine Entfernung⁴ aus dem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis bewirkt werden. Auch Tarifbeschäftigte sind zur Verfassungstreue verpflichtet: Sie müssen sich durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen⁵ und können wegen mangelnder Verfassungstreue gekündigt werden.⁶

Gefragt wird nach der Möglichkeit, einen einheitlichen, statusunabhängigen Entlassungstatbestand in Fällen von extremistischer Betätigung, fehlender Verfassungstreue sowie Verstößen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung für den gesamten öffentlichen Dienst (Beamte, Richter, Soldaten, Tarifbeschäftigte) zu schaffen.

-
- 1 Vgl. für Bundesbeamte § 60 Bundesbeamtengesetz (BBG), für Landesbeamte § 33 Abs. 1 S. 3 Beamtenstatusgesetz (BeamtStG), für Richter § 9 Nr. 3 Deutsches Richtergesetz (DRiG), für Soldaten § 8 Soldatengesetz (SG).
 - 2 Rücknahme der Ernennung bei arglistiger Täuschung: für die Bundesbeamten vgl. § 14 Abs. 1 Nr. 1 BBG, für Landesbeamte vgl. § 21 Abs. 1 Nr. 1 BeamtStG, für Richter vgl. § 19 Abs. 1 Nr. 3 DRiG.
 - 3 Entlassung von Beamten auf Probe und Beamten auf Widerruf vgl. § 34 Abs. 1 Nr. 2 BBG und § 37 Abs. 1 BBG sowie § 23 Abs. 3 Nr. 1 und § 23 Abs. 4 BeamtStG, für Richter auf Widerruf § 22 DRiG. Für Soldaten gelten spezielle Entlassungstatbestände vgl. § 46 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und § 75 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 (Berufssoldat), § 55 Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 (Soldat auf Zeit), § 58h Abs. 2 i.V.m. § 75 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 (freiwilliger Wehrdienst) SG.
 - 4 Entfernung aus dem Beamten- bzw. Dienstverhältnis im Rahmen eines Disziplinarverfahrens: § 30 Nr. 3 BBG i.V.m. § 10 Bundesdisziplinalgesetz (BDG) sowie § 21 Nr. 3 BeamtStG i.V.m. mit den Landesdisziplinalgesetzen; § 23 Abs. 1 SG; § 61 ff. DRiG und Art. 98 Abs. 2 und Abs. 5 GG.
 - 5 Vgl. § 41 S. 2 Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) - Besonderer Teil Verwaltung -(BT-V) vom September 2005, zuletzt geändert durch Änderungsvertrag Nr. 26 vom 30. August 2019 bzw. § 3 Abs. 1 S. 2 Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) vom 12. Oktober 2006 in der Fassung des Änderungsvertrages Nr. 11 vom 2. März 2019.
 - 6 Ausführlich hierzu siehe Sachstand der Wissenschaftlichen Dienste, Die Verfassungstreuepflicht der im öffentlichen Dienst Beschäftigten, WD 6 - 3000 - 043/20 vom 1. Juli 2020.

2. Zweiteilung des öffentlichen Dienstes

2.1. Verfassungsrechtliche Grundlagen für die Zweiteilung des öffentlichen Dienstes

Gemäß Art. 33 Abs. 4 Grundgesetz (GG) ist die Ausübung hoheitlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Beamten vorbehalten. Dies wird als Wahrnehmungsmonopol für Berufsbeamte und Soldaten verstanden; bei der Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse ist der Verfassungsauftrag zur Verbeamtung die Regel, von der nur in begründeten Ausnahmefällen abgewichen werden kann.⁷ Zugleich sichert der in Art. 33 Abs. 4 GG geregelte **Funktionsvorbehalt** für Beamte die **Zweiteilung** des öffentlichen Dienstes in Bedienstete, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, und solchen, die in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis stehen (Tarifbeschäftigte).⁸

Gemäß Art. 33 Abs. 5 GG ist das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln. Die **Fortentwicklungsklausel** des Art. 33 Abs. 5 GG sichert den Kernbestand von Strukturprinzipien des Beamtentums.⁹

Art. 33 Abs. 4 und Abs. 5 GG enthalten eine **Einrichtungsgarantie** des Berufsbeamtentums.¹⁰ Aus Art. 33 Abs. 5 GG folgt der Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber, diese Einrichtungsgarantie auszuformen.¹¹ Ob die Garantie des Berufsbeamtentums zu den veränderungsresistenten Bestandteilen des Grundgesetzes gehört, ist in der Literatur umstritten.¹²

2.2. Konsequenzen für die Rechtsstellung von Beamten, Richtern und Soldaten sowie von Tarifbeschäftigten

Die Zweiteilung des öffentlichen Dienstes führt zu Unterschieden in der Rechtsstellung der Bediensteten einerseits und der Tarifbeschäftigten andererseits: Während die Beamten, Richter und Soldaten in einem besonderen, unmittelbar **durch Gesetz geregelten Dienstverhältnis** stehen, gilt für die Tarifbeschäftigten das **normale Arbeitsrecht**, das spezifisch ausgeprägt wird in Tarifverträgen, die zwischen den öffentlichen Arbeitgebern und Gewerkschaften ausgehandelt werden.

7 Hense, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 43. Edition, Stand: 15. Mai 2020, Art. 33 Rn. 29 f. m.w.N.

8 Battis, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 3, 2013, § 87 Rn. 9.

9 Hense, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 43. Edition, Stand: 15. Mai 2020, Art. 33 Rn. 34 m.w.N.

10 Battis, in: Battis (Hrsg.), Bundesbeamtengesetz, 5. Auflage 2017, Einleitung Rn. 7.

11 Hense, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 43. Edition, Stand: 15. Mai 2020, Art. 33 Rn. 34 m.w.N.

12 Siehe dazu bspw. Hense, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 43. Edition, Stand: 15. Mai 2020, Art. 33 Einleitung und Rn. 30 m.w.N.; Jachmann-Michel/Kaiser, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Auflage 2018, Art. 33 Rn. 29.

Von überragender Bedeutung ist hier der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst des Bundes und der Kommunen (TVöD) bzw. der Tarifvertrag für die Beschäftigten der Bundesländer (TV-L).

Aus der Zweiteilung folgen unterschiedliche Rechte und Pflichten für die beiden verschiedenen Gruppen. So bleibt das kollektive Arbeitsrecht für Beamte außer Betracht; die personalwirtschaftlichen **Mitwirkungsrechte** richten sich nicht nach dem Betriebsverfassungsrecht, sondern nach dem Personalvertretungsrecht.¹³ Unmittelbarer Ausdruck ihres Sonderstatusverhältnisses ist das **Streikverbot**, das der Gesetzgeber als hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums zu beachten hat.¹⁴ Aus der Zweiteilung folgen zudem Unterschiede mit Blick auf die Begründung und Beendigung der Dienst- bzw. Arbeitsverhältnisse.¹⁵ Dienstvergehen, d.h. schuldhaftes Verletzung von Dienstpflichten von Beamten, Richtern und Soldaten können **disziplinarrechtlich** geahndet werden.¹⁶ Auch die **Gerichtbarkeit** beim Rechtsschutz unterscheidet sich; während für Klagen von Beamten der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist, steht Tarifbeschäftigten der Weg zu den Arbeitsgerichten offen.

Ein weiterer gewichtiger Unterschied ist mit Blick auf die Treuepflicht der Beamten auszumachen. Aus dem öffentlich-rechtlichen Treue- und Dienstverhältnis folgt zunächst eine Treuepflicht zwischen Staat und Amtsinhaber, die auf Gegenseitigkeit basiert, aber kein vertraglich-synallagmatisches Verhältnis begründet; vielmehr obliegt ihre inhaltliche Ausgestaltung dem Gesetzgeber.¹⁷ Mit der Treuepflicht des Amtsinhabers korrespondiert die Fürsorge- und Alimentationspflicht des Dienstherrn sowie dessen Pflicht, den Status des Beamten zu wahren und ihn amtsangemessen zu beschäftigen.¹⁸ Die beamtenrechtliche Dienst- und Treueverpflichtung sichert die rechtsstaatliche Effektivität der Amtsführung und die Stabilität der Verwaltung.¹⁹ Eine besondere Ausformung der allgemeinen Treuepflicht ist die besondere politische Treuepflicht gegenüber dem Staat und seiner Verfassung. Diese **Verfassungstreuepflicht** ist ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums.²⁰ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

13 Badura, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 90. EL, Februar 2020, Art. 33 Rn. 58.

14 Hense, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 43. Edition, Stand: 15. Mai 2020, Art. 33 Rn. 29.

15 Siehe dazu für die Beamten Battis, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht Band 3, 2013, § 87 Rn. 62 ff. (Ernennung), Rn. 87 ff. (Beendigung) für Beamte sowie für die Tarifbeschäftigten § 88 Rn. 5 ff. (Zustandekommen des Arbeitsvertrages), Rn. 16 ff. (Beendigung).

16 Vgl. § 77 BBG, § 47 BeamtStG, §§ 61 ff. DRiG, § 23 SG.

17 Hense, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 43. Edition, Stand: 15. Mai 2020, Art. 33 Rn. 42 m.w.N.

18 Badura, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 90. EL, Februar 2020, Art. 33 Rn. 60.

19 Hense, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 43. Edition, Stand: 15. Mai 2020, Art. 33 Rn. 42.

20 Statt vieler: Badura, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 90. EL, Februar 2020, Art. 33 Rn. 60.

müssen Beamte sich durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes **bekennen** und für die Erhaltung dieser Ordnung **eintreten**.²¹

Auch das Arbeitsverhältnis der **Tarifbeschäftigten** sieht Treuepflichten des Arbeitnehmers und Fürsorgepflichten des Arbeitgebers vor.²² Tarifbeschäftigte sind wie Arbeitnehmer in der Privatwirtschaft im Sinne des § 241 Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Arbeitgebers verpflichtet.²³ Dies bedeutet, dass der Arbeitnehmer seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis so zu erfüllen und die Interessen des Arbeitgebers so zu wahren hat, wie dies von ihm unter Berücksichtigung seiner Stellung und Tätigkeit im Betrieb nach **Treu und Glauben** erwartet werden kann.²⁴ Diese allgemeine Treuepflicht wird in **§ 41 S. 2 TVöD** konkretisiert, danach müssen „Beschäftigte des Bundes und anderer Arbeitgeber, in deren Aufgabenbereichen auch hoheitliche Tätigkeiten wahrgenommen werden, [...] sich durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes **bekennen**“²⁵. Nach der vom **Bundesarbeitsgericht** entwickelten sogenannten **Funktionstheorie** richtet sich das Maß der Treuepflicht der im öffentlichen Dienst Beschäftigten nach der Stellung und dem Aufgabenkreis, der dem Beschäftigten laut Arbeitsvertrag übertragen ist.²⁶ Die Beschäftigten schulden lediglich das Maß an politischer Loyalität, welches für die funktionsgerechte Verrichtung ihrer Tätigkeit unverzichtbar ist.²⁷ Im jeweiligen Einzelfall muss unter Berücksichtigung der konkreten Aufgaben, die dem Beschäftigten übertragen sind und der staatlichen Aufgabenstellung des öffentlichen Arbeitgebers entschieden werden, in welchem Maße der Beschäftigte der politischen Treuepflicht unterliegt.²⁸

Auch wenn eine starke Annäherung der Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst an die Rechte und Pflichten der Beamten zu beobachten ist, hebt dies nicht den **prinzipiellen Unterschied im Status** der einen und der anderen Gruppe auf. Diese Unterscheidung ist durch Art. 33 Abs. 4 und Abs. 5 GG verfassungsrechtlich vorgegeben. Insofern „steht es dem Gesetzgeber nicht frei, ein ‚einheitliches‘ Dienstrecht für den öffentlichen Dienst einzuführen und

21 BVerfGE 39, 334 (Leitsatz 2. und 348), Hervorhebung nur hier.

22 Zu den Fürsorgepflichten siehe Battis, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 3, 2013, § 88 Rn. 26 ff.

23 Wichmann/Langer, Öffentliches Dienstrecht, 8. Auflage 2017, Rn. 564.

24 BAG Urteil vom 8. Mai 2014 - 2 AZR 249/13 – juris Rn. 19.

25 Hervorhebung nur hier. Für Landesbeamte siehe die vergleichbare Regelung des § 3 Abs. 1 S. 2 TV-L: „Die Beschäftigten müssen sich durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen.“

26 Diese Grundsätze wurden vom Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 31. März – 5 AZR 104/74 – juris Rn. 41 ff. entwickelt und später als Funktionstheorie bezeichnet, unter anderem in: BAG Urteil vom 6. September 2012 – 2 AZR 372/11 – juris Rn. 17.

27 BAG Urteil vom 6. September 2012 – 2 AZR 372/11 – juris Rn. 17.

28 BAG Urteil vom 28. September 1989 – 2 AZR 317/86 – juris Rn. 18; ausführlich dazu siehe Sachstand der Wissenschaftlichen Dienste, Die Verfassungstreuepflicht der im öffentlichen Dienst Beschäftigten, WD 6 - 3000 - 043/20 vom 1. Juli 2020, 5.

von dem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis des Berufsbeamtentums abzugehen“²⁹.

2.3. Fazit

Art. 33 Abs. 4 und Abs. 5 GG begründen einen prinzipiellen Unterschied im Status der Beamten, Richter und Soldaten auf der einen Seite und der Tarifbeschäftigten auf der anderen Seite. Diese Unterscheidung steht der Möglichkeit entgegen, einen einheitlichen, statusunabhängigen Entlassungstatbestand für den gesamten öffentlichen Dienst (Beamte, Richter, Soldaten und Tarifbeschäftigte) zu regeln.

29 Badura, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 90. EL, Februar 2020, Art. 33 Rn. 59.