

fendes Gesamtkonzept. Die § 67 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BBG/§ 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BeamStG erweisen sich dogmatisch als Minimalumsetzung europarechtlicher Vorgaben, was schon der im Rahmen dieses Artikels betriebene Auslegungs- und Systematisierungsaufwand verdeutlicht. Im Ergebnis bleiben aber vor allem praktische Unsicherheiten. Ob diese Rechtslage Whistleblowing seitens Beamter (und Angestellter des öffentlichen Dienstes) im Einzelfall fördert, darf angezweifelt werden.

tisierungsaufwand verdeutlicht. Im Ergebnis bleiben aber vor allem praktische Unsicherheiten. Ob diese Rechtslage Whistleblowing seitens Beamter (und Angestellter des öffentlichen Dienstes) im Einzelfall fördert, darf angezweifelt werden.

Zum Verfassungsort der Fürsorgepflicht des Dienstherrn gegenüber Beamten

Dr. Hellmuth Günther

Der Aufsatz geht Bedenken nach, die gegen die Eigenschaft der Fürsorgepflicht als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums erhoben worden sind. Im Resultat bestätigt er die positive Wertung der herrschenden Meinung.

I. Einführung

Vor einer Reihe von Jahren ist kritisch gefragt worden, ob die Fürsorgepflicht, wie BVerfG und h.M. annehmen¹, den hergebrachten Prinzipien des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) zugeordnet werden könne; zugleich ist vorgeschlagen worden, die Figur im öffentlich-rechtlichen Treueverhältnis (Art. 33 Abs. 4 GG) garantiert zu sehen: das BVerfG habe (so *Summer*²) Fürsorge ohne den erforderlichen Beleg als herge-

bracht reklamiert, sie sei gegen Ende der Weimarer Republik „erst in Ansätzen in einigen Reichsgerichtsentscheidungen angedacht“ gewesen, ihr habe noch der „feste Inhalt“ gefehlt³, das Treueverhältnis aber sei durch „beiderseitige Treue“ charakterisiert, es umfasse Treue des Beamten und des Dienstherrn, mit der letzteren eben auch die Fürsorgepflicht.

Die zu erwarten gewesene Diskussion jener These hat kaum stattgefunden (obschon die Interpretation von Art. 33 Abs. 4 GG verschiedentlich auf positive Resonanz gestoßen ist).⁴ Sie sollte nachgeholt werden. Denn das BVerfG hat seine frühen Statements zur Fürsorge in der Tat nicht durch historisches Material substantiiert, der entsprechende Nachweis steht aus (wobei allerdings notiert werden mag, dass das BVerfG damals, in der ersten Judikaturphase, andere Feststellungen hergebrachter Prinzipien ebenso wenig begründet hatte⁵, Prinzipien, deren grundgesetzliche Basis als solche nicht bestritten wird). Die Diskussion sollte auch wegen der Konsequenzen geführt werden, die jene Bedenken, sofern sie zuträfen, zeitigen könnten. Das BVerfG, mit ihm die h.M., billigt ja zwar bestimmten hergebrachten Grundsätzen, u.a. eben der Fürsorgepflicht, subjektiv-rechtliche Wirkung zu⁶, aber ein Auslegungs-„Dogma“⁷ zum Funktionsvorbehalt, zum öffentlich-rechtlichen Treueverhältnis bzw. Art. 33 Abs. 4 besagt, diese hätten allein objektiv-rechtlichen Gehalt. Das heißt: wäre Fürsorge nur dort fixiert, gewährte sie dem Beamten keine grundrechtsartige Position. Zudem wird überwiegend angenommen, allein die hergebrachten Prinzipien enthielten Maßgaben zur Ordnung bzw. Fortentwicklung einfachen Beamtenrechts, das Institut Treueverhältnis (Art. 33 Abs. 4) zeitige als solches keine Konsequenzen für das Beamtenrecht⁸. Das wiederum bedeutet: wäre Fürsorge nicht hergebracht, wirkte der Topos nach Mehrheitsansicht weder unmittelbar noch als Regelungsleitlinie.

Mithin soll die Frage des Verfassungsorts der Fürsorge erörtert werden, ob das Grundgesetz Fürsorge durch Art. 33, gegebenenfalls Abs. 4 und/oder 5, sanktioniert. Vorab ist darzutun, welche Pflichten des Dienstherrn bzw. Rechte der Beamten dem Prinzip Fürsorge heute subsumiert werden; anders lässt sich insbesondere nicht beurteilen, ob solcherart Figur Tradition hat (Art. 33 Abs. 5), und es lässt sich letztlich auch nicht beurteilen, ob sie zur Kernsubstanz des Treueverhältnisses (Art. 33 Abs. 4 GG) rechnet.

II. Heutiger Gehalt der Fürsorgepflicht

Fürsorge ist nicht als Oberbegriff aller an den Dienstherrn gerichteter Gebote zu verstehen⁹; vielmehr bildet sie einen spezifischen, wesentlichen Sektor entsprechender Pflichten. Inbegriff der Dienstherrnenpflichten ist vielmehr dessen Treue. Das

- 1) BVerfG, z. B.: BVerfGE 8, 332 (356f); 43, 154 (165f); 46, 97 (117f); 58, 68 (76f); 83, 89 (98); 106, 225 (232); BVerfGK 5, 250 (252f). Vgl. noch BVerfGE 117, 330 (348). Aus der Literatur und statt der Kommentare exemplarisch *Lecheler*, ZBR 1972, S. 129 (130f.); *Mayer*, in: FS Scupin, 1973, S. 249 (255); *Werres*, Beamtenverfassungsrecht, 2011, Rn. 54; *Westermann*, Dogmatik und Bedeutung der allgemeinen Fürsorge- und Treupflicht im Arbeits- und Beamtenrecht, Diss. Münster, 1982, S. 275.
- 2) *Summer*, Beiträge zum Beamtenrecht, 2007, S. 177 (188), Wiederabdruck des Aufsatzes ZBR 1992, S. 1 ff. In *Summer*, PersV 1988, S. 76 (78), wurden die Bedenken noch nicht deutlich.
- 3) *Summer*, Beiträge zum Beamtenrecht (Fn.2). Er notiert, man sei erst dabei gewesen, „Otto von Gierkes deutschrechtliche Treudienstordnung ... zu aktivieren“, habe aber „noch kein fertiges Denkgebäude“ gehabt. Ergebnis auch bei *Summer*, in: Weiß/Niedermaier/*Summer/Zängl*, Beamtenrecht in Bayern, BeamStG § 1 Rn. 30.
- 4) Zur Fürsorge als Element durch Art. 33 Abs. 4 GG fixierter Dienstherrntreue *Battis*, in: Sachs, GG, 6. Aufl., 2011, Art. 33 Rn. 51; ders. BBG, 4. Aufl. 2009, § 4, Rn. 4, § 78, Rn. 2, 4; v. *Roettecken*, in: v. Roettecken/Rothländer, BeamStG, § 3, Rn. 57, 61, 62, 84, 87, 88. Vgl. auch *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33, Rn. 60; *Pieper*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG, 12. Aufl. 2011, Art. 33, Rn. 99.
- 5) Lebenszeitanstellung, Hauptberuflichkeit, Alimentation, Pflicht unparteiischer Amtsführung, Gehorsam: BVerfGE 4, 115 (135); 9, 268 (286); 11, 203 (210, 216f). Das Gericht hat die Topoi vermutlich im Hinblick auf den damaligen Adressatenkreis der Rechtsprechung für konsentiert gehalten.
- 6) BVerfGE 8, 1 (16 ff.), 43, 154 (166 ff. mit diss.vote). Nicht unstrittig.
- 7) *Dollinger/Umbach*, in: Clemens/Umbach, GG, Mitarbeiterkommentar I, 2002, Art. 33, Rn. 76. Ganz h.M. Gegen jenes Dogma *Isensee*, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994, § 32, Rn. 52; *Günther*, VerwArch 2008, S. 538 ff.
- 8) Gegen die mehr oder weniger stillschweigende h.M.: *Summer*, Beiträge (Fn.2), S. 187 f. Jüngst etwa *Battis* (Fn.4), Art. 33 Rn. 51 f.; *Grigoleit*, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 2010, Art. 33, Rn. 61, 63; v. *Roettecken* (Fn.4), § 3, Rn. 62 f, 84 ff. Vgl. ferner *Günther*, DÖV 2012, S. 678 f.
- 9) Bei extensivem Begriffverständnis wäre Fürsorge der Oberbegriff von Alimentation (Besoldung, Versorgung, Unfallfürsorge) und sonstiger Fürsorge.