

Steffen Schmidt

Das äußere Erscheinungsbild von Beamtenbewerbern

Eine Untersuchung des Spannungsverhältnisses zwischen
Art. 33 Abs. 2 GG, beamtenrechtlichen Dienstpflichten und
Art. 2 Abs. 1 GG



Nomos

Schriften zum öffentlichen Dienstrecht

Prof. Dr. Ralf Brinktrine

Prof. Dr. Timo Hebeler

Prof. Dr. Jens Kersten

Prof. Dr. Thorsten Ingo Schmidt

Prof. Dr. Hinnerk Wißmann

Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff

Band 6

Steffen Schmidt

Das äußere Erscheinungsbild von Beamtenbewerbern

Eine Untersuchung des Spannungsverhältnisses zwischen
Art. 33 Abs. 2 GG, beamtenrechtlichen Dienstpflichten und
Art. 2 Abs. 1 GG



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Trier, Univ., Diss., 2017

u.d.T.: Das äußere Erscheinungsbild von Beamtenbewerbern.
Im Spannungsverhältnis zwischen Art. 33 Abs. 2 GG, beamtenrechtlichen Dienstpflichten und Art. 2 Abs. 1 GG

ISBN 978-3-8487-4362-9 (Print)

ISBN 978-3-8452-8618-1 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Für meine Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2017 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier als Dissertation unter dem Titel "Das äußere Erscheinungsbild von Beamtenbewerbern im Spannungsverhältnis zwischen Art. 33 Abs. 2 GG, beamtenrechtlichen Dienstplichten und Art. 2 Abs. 1 GG" angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Februar 2017 berücksichtigt.

Für seine überaus engagierte Betreuung möchte ich zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. *Timo Hebel*, meinen herzlichen Dank aussprechen. Bedanken möchte ich mich auch für seine stetige Bereitschaft, mir auch kurzfristig weiterzuhelfen und insbesondere für den weitreichenden Gedankenaustausch. Mein Dank gebührt des Weiteren der Unterstützung während des gesamten Promotionsvorhabens und dem gewährten Freiraum im Rahmen meiner Tätigkeit an seinem Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Verwaltungswissenschaften. Zuletzt für die sehr zügige Erstellung des Erstgutachtens.

Auch gilt mein besonderer Dank Herrn Prof. Dr. *Michael Reinhardt* LL.M. (Cantab.) für die äußerst rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Für das Korrekturlesen des Manuskripts sowie die vielen Anmerkungen und Hilfestellungen möchte ich mich besonders bei Herrn Dr. *Thomas Spitzlei* bedanken.

Großer Dank gebührt gleichfalls meiner Ehefrau *Julia*, zunächst für das Korrekturlesen des Manuskripts als auch für die stetige aufmunternde Begleitung.

Den Herausgebern der Schriftenreihe „Schriften zum öffentlichen Dienstrecht“ danke ich für die Aufnahme in die Schriftenreihe.

Die Arbeit ist meinen Eltern *Bettina* und *Norbert Schmidt* gewidmet, die mich sowohl während meines gesamten Studiums als auch im Rahmen der Promotion in jeglicher Hinsicht weitreichend unterstützt haben. Ohne sie wäre diese Arbeit nie zustande gekommen.

Trier, im Juli 2017

Steffen Schmidt

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel – Einleitung	15
§ 1 Untersuchungsgegenstand	17
§ 2 Gang der Untersuchung	18
2. Kapitel – Das Eignungsverfahren nach Art. 33 Abs. 2 GG	21
§ 1 Das Beamtentum – Darstellung eines Dienst- und Treuepflichtverhältnisses	21
A. Binnenstruktur des Beamtentums	22
B. Rechtsquellen	24
I. Gesetzgebungskompetenzen	24
II. Art. 33 GG und einfaches Recht	26
C. Das besondere Treueverhältnis als Kernbestand des Beamtentums	29
I. Historie des Beamtentums	30
1. Vom Feudalismus zum Absolutismus	30
2. Der Weg zum öffentlich-rechtlichen Treueverhältnis	33
3. Entwicklungen nach dem Zusammenbruch des Altreiches	35
4. Entwicklungen seit der Weimarer Republik	36
II. Resümee	39
§ 2 Das äußere Erscheinungsbild im Einstellungsverfahren	40
A. Das Prüfschema in der Tatoorechtsprechung	41
B. Der prüfungsrechtliche Ausgangspunkt	43
C. Das äußere Erscheinungsbild als Eignungskriterium	46
I. Schrifttum	47
II. Historische Analyse	48
III. Systematische Analyse	50
1. Die Skalierung der Eignungskriterien	50
2. Die Einordnung des äußeren Erscheinungsbildes	51
IV. Ergebnis	52
D. Das äußere Erscheinungsbild im Lichte pflichtenbezogener Eignung	54
I. Die Dienstpflichten als Ausfluss des Art. 33 Abs. 5 GG	55
II. Das äußere Erscheinungsbild im Konflikt hergebrachter Grundsätze des Berufsbeamtentums	58

1.	Wertigkeit der kollidierenden Grundsätze	60
2.	Die Kategorisierung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums	62
3.	Zwischenresümee	63
E.	Resümee	64
§ 3	Der materiellrechtliche Gehalt der Wohlverhaltens- und Dienstkleidungspflicht	65
A.	Wohlverhaltenspflicht	66
I.	Die ratio legis der Wohlverhaltenspflicht	67
II.	Der Maßstab der Achtungs- und Vertrauenswürdigkeit	68
1.	Die Entstehung eines Beamtenethos	70
2.	Der Einfluss der französischen Revolution	72
3.	Entwicklung seit der Reichsgründung von 1871	74
4.	Resümee	76
III.	Das Beamtenethos	77
1.	Status quo des Beamtenethos	79
2.	Soziologische Aspekte des Ethos	82
3.	Beamtenethos als Kontrapunkt eines Privatdienstverhältnisses?	83
a.	Darstellung an ausgewählten Berufsbildern	85
b.	Folgerung für das äußere Erscheinungsbild	87
4.	Resümee	88
B.	Dienstkleidungspflicht	90
I.	Herleitung der Dienstkleidungspflicht	90
II.	Die ratio legis der Dienstkleidungspflicht	92
1.	Kontrapunkt individueller Gestaltung	93
2.	Uniformfunktion und vestimentäres Verständnis	94
III.	Die Polizeiuniform im zeitlichen Wandel	96
IV.	Uniform und äußere Erscheinungsbilder im Widerstreit	97
1.	Der Öffentlichkeitsbezug	99
2.	Der Einfluss des Wohlverhaltens auf die Dienstkleidungspflicht	99
3.	Ästhetik und Unfallgefährdung	100
C.	Normenkollision zwischen Wohlverhaltens- und Dienstkleidungspflicht	101
I.	Rechtsprechung	102
II.	Stellungnahme	103
D.	Resümee	104
3.	Kapitel – Der Einfluss der Grundrechte auf das Eignungsverfahren	106
§ 1	Die Grundrechte im Beamtenverhältnis	107

A.	Das besondere Gewaltverhältnis	108
I.	Vorkonstitutionelles Verständnis	108
II.	Anknüpfungen unter dem Grundgesetz	111
1.	Rechtsdogmatische Ausgangssituation	112
2.	Auswirkungen des Strafvollzugsbeschlusses	113
B.	Das Eingliederungsverhältnis	116
I.	Vorbehalt des Gesetzes	119
1.	Kopftuchverbot	120
2.	Sonstige äußere Erscheinungsbilder	121
a.	Dogmatische Analyse	121
b.	Rechtsprechung	122
c.	Zwischenergebnis	123
II.	Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsverpflichtung	123
1.	Grund- und Betriebsverhältnis	124
2.	Amts-, Dienst-, und Privatverhältnis	125
a.	Kritik und praktische Auswirkungen	127
b.	Die Verortung des äußeren Erscheinungsbildes	130
c.	Stellungnahme	132
C.	Übertragbarkeit auf Bewerber	134
§ 2	Das Grundrecht auf freie Gestaltung des äußeren Erscheinungsbildes	137
A.	Binnenstruktur des Art. 2 Abs. 1 GG	137
I.	Differenzierungsnotwendigkeit	141
1.	Schranken der allgemeinen Handlungsfreiheit	141
2.	Schranken des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	143
II.	Rechtsprechung und Schrifttum über das äußere Erscheinungsbild	145
1.	Haar- und Barttracht und Ohrschmuck	146
2.	Tattooentscheidungen	147
3.	Schrifttum	149
4.	Zwischenergebnis	151
III.	Grundüberlegung und Kriterien einer Differenzierung	152
1.	Differenzierung hinsichtlich der Schutzrichtung	153
2.	Innomatfreiheitsrechte und Teilgehalte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	155
a.	Das äußere Erscheinungsbild als Recht auf Darstellung der eigenen Person?	157
b.	Schlussfolgerung	158
IV.	Stellungnahme	159
B.	Besonderheiten der Tätowierung	160
I.	Der normative Charakter der Tätowierung	161
1.	Tatтоodimensionen und situative Verhüllung	161

2.	Kommunikationsmedium	162
3.	Zwischenergebnis	164
II.	Relative Untilgbarkeit	165
1.	Tattooentfernung und -verdeckung	166
2.	Grundrechtsschutz dauerhafter Erscheinungsbilder	167
a.	Rechtsprechung	168
b.	Die Quintessenz der Rechtsprechung	169
c.	Stellungnahme	170
3.	Einschränkung der Erforderlichkeitsprüfung?	173
§ 3	Der Einfluss des Zeitgeistes	174
A.	Tätowierungen als besonderes Erscheinungsbild	175
I.	Historischer Überblick der Tätowierung	176
II.	Die Tätowierung als gesellschaftspolitischer Indikator	177
1.	Motivation und Beweggründe	178
2.	Stigmatisierung und gesellschaftliche Akzeptanz	180
3.	Resümee	182
B.	Einflussgehalte des Zeitgeistes	183
I.	Grundrechte und Dienstpflichten	184
II.	Angemessenheit	184
III.	Resümee	186
C.	Gerichtliche Kontrolle und Beurteilungsspielräume	188
I.	Der Beurteilungsspielraum im Eignungsauswahlverfahren	189
1.	Beurteilungsspielraum im Rahmen der pflichtenbezogenen Eignung	191
2.	Die Dienstkleidungspflicht als Kompetenznorm	193
a.	Einschätzungsprärogative aufgrund der Kompetenzzuweisung?	196
b.	Resümee	198
II.	Darlegungs- und Beweislast	198
1.	Dogmatische Herleitung	199
2.	Stellungnahme	201
4.	Kapitel – Die Kategorisierung der Tätowierung unter Bezugnahme der Rechtsprechung	203
§ 1	Tattoogröße und Lokalisierung	205
A.	Nichtsichtbereich	206
I.	Dienstkleidungspflicht	207
II.	Die Tätowierung als charakterlicher Eignungsmangel	208
III.	Wohlverhaltenspflicht	209

1.	Die Verletzung der außerdienstlichen Wohlverhaltenspflicht	210
2.	Resümee	212
B.	Sichtbereich	213
I.	Erforderlichkeit	217
1.	Die Wahl milderer Mittel	217
a.	Das Langarmhemd als Störfaktor des einheitlichen Auftretens	218
b.	Funktionelle Einwände und Praktikabilität	220
c.	Publikumsverkehr	222
d.	Resümee	223
2.	Vergleich zu aktiven Beamten	225
a.	Vergleichsmaßstab bei aktiven Beamten und Beamtenbewerbern	225
b.	Anordnungserfordernis als eignungs-schmälerndes Kriterium	228
II.	Angemessenheit	229
1.	Zumutbarkeit des Langarmhemdes	230
2.	Akzeptanzsteigerung durch Tätowierungen	233
3.	Das Kriterium der »Großflächigkeit«	234
a.	Das absolute Größenkriterium des Handtellers	235
b.	Großflächigkeit im Zusammenhang mit gesellschaftlicher Akzeptanz	237
4.	Einschätzungsprärogative und gerichtliche Kontrolle	239
a.	Kritik an der behördlichen Einschätzungsprärogative	240
b.	Bezugspunkte der gesellschaftlichen Akzeptanz	242
c.	Die »Grauzone« der gesellschaftlichen Akzeptanz	244
d.	Resümee	246
§ 2	Symbolträchtigkeit der Tattoomotive	248
A.	Exzentrische Tätowierungen	250
I.	Bösanmutende Tattoosymbolik	250
1.	Eingeschränkte Gerichtskontrolle bei der Frage der Symbolik?	252
2.	Der böse Schein	254
II.	Verpönte Tattoosymbolik	257
1.	Dienstplichtverletzungen	257
a.	Besonderheit bei der Wohlverhaltenspflicht	258
b.	Symboliken im Grenzbereich	259
2.	Charakterlicher Eignungsmangel i.S.d. Art. 33 Abs. 2 GG	261

Inhaltsverzeichnis

III. Strafrechtlich relevante Tattoosymbolik	263
B. Kodierte Tätowierungen	264
I. Verpönte Merkmale	264
II. Strafrechtlich relevante Merkmale	265
§ 3 Resümee	266
5. Kapitel – Ergebnisse der Untersuchung	268
2. Kapitel	268
3. Kapitel	273
4. Kapitel	278
Literaturverzeichnis	283

1. Kapitel – Einleitung

Auseinandersetzungen infolge äußerer Erscheinungsbilder stellen gewiss kein neues Problem- und Konfliktfeld dar. Sie werden durch den in allen gesellschaftlichen Bereichen vielfach erwähnten Wertewandel geradezu beschleunigt und finden nicht erst seit jüngster Vergangenheit ihren Einzug im öffentlichen Dienst.¹ In diesem Zusammenhang darf an die in den 1970er Jahren in Mode gekommenen Langhaarfrisuren und Vollbärte gedacht werden, die insbesondere das Erscheinungsbild von Soldaten zum Gegenstand gesellschaftspolitischer Diskussionen machten und die Politik letztendlich zum Handeln zwangen. So hatte sich der damalige Verteidigungsminister und spätere Bundeskanzler Helmut Schmidt mit den Bedürfnissen der »Bürger in Uniform« einerseits und den dienstlichen Erfordernissen der Bundeswehr andererseits auseinanderzusetzen, was ihn konkret dazu veranlasste, hunderttausende Haarnetze einzuführen.² Mögen auch Spott und Hohn dazu beigetragen haben³, dass diese nur ein Jahr später wieder abgeschafft wurden, so findet sich in dieser Abwägung unterdessen das grundsätzliche Erfordernis des demokratischen Rechtsstaates wieder, einen verhältnismäßigen und sachgerechten Ausgleich beider Interessen zu finden. Dass diese notwendige Bedingung gerade bei den sog. öffentlich Bediensteten zu einem gesonderten Problemkreis führt, ist wiederum der Frage geschuldet, ob und inwieweit sich öffentlich Bedienstete, allen voran Beamte, auf Grundrechte berufen können.

Selbstverständlich waren mit der nun anzulegenden Kurzhaarfrisur das Thema und die grundsätzliche Diskussion keinesfalls vom Tisch. Auch in der Folgezeit hatte sich insbesondere der Wehrdienstsenat des BVerwG mit

1 Die Mode als übergeordneter Begriff des äußeren Erscheinungsbildes hat sich insbesondere durch den mittlerweile unbeschränkten Zugang als Medium des individuellen Ausdrucks herauskristallisiert, die durch gesellschaftliche, kulturelle, politische, religiöse und philosophische Faktoren beeinflusst wird und geradezu als Spiegelbild dieser Faktoren gilt. Siehe zur mittlerweile weitreichenden Phänomenologie *Loschek*, *Mode im 20. Jahrhundert*, S. 241 ff., 266 f., 286, 293, 302, 326 f., 329.

2 Siehe zur Neuorientierung dessen BVerwGE 46, 1.

3 So etwa die Bezeichnung als „German Hair Force“, <http://www.spiegel.de/einestages/bundeswehr-1971-a-947027.html> (abgerufen am 27.11.2015).

der Frage zu beschäftigen, welchen Freiraum den Soldaten bei der Gestaltung des äußeren Erscheinungsbildes einzuräumen sei. Mag die notwendige Beschränkung dessen auch unter Schlagworten wie »Unfallgefährdung« oder »zweckmäßiger und hygienischer Dienstverrichtung« geführt worden sein⁴, so lässt doch der allgemein vorherrschende Duktus⁵ der Behörden den vorsichtigen Schluss zu, dass gesellschaftspolitische Erwägungen und Vorbehalte gegen neuartige modische Erscheinungsbilder einen nicht unerheblichen Teil zur Entscheidungsfindung beigetragen haben dürften. Einen in der Öffentlichkeit spürbaren Aufwind erfuhr die Debatte hingegen erst wieder nach der Jahrtausendwende, als es Frauen gestattet wurde, nicht bloß im Sanitätsdienst und in der Militärmusik tätig zu werden, sondern ihnen nach Kriegsvölkerrecht Kombattantenstatus eingeräumt wurde.⁶ Hierbei veränderte sich das Vorzeichen der Debatte allerdings dahingehend, dass vielmehr um Gleichheitsfragen, wie eine Vereinbarkeit mit Art. 3 GG diskutiert wurde, als weniger um die Freiheitsgewährleistungen selbst.⁷ Auch wurde häufiger um die Frage gestritten, inwiefern es männlichen Beamten erlaubt sein könne, Ohrschmuck zu ihrer Dienstkleidung zu tragen.⁸ Der Streit um die Vereinbarkeit von Ohrschmuck oder längeren Haaren ist bei Männern im gesamtgesellschaftlichen Kontext jedoch ein Stück weit abgeebbt. Der gesellschaftliche Wandel hat allmählich dazu geführt, dass diesen Erscheinungsbildern vermehrt Akzeptanz entgegengebracht wird und daher das Konfliktpotential gesunken ist.⁹

4 Vgl. etwa BVerwGE 43, 353 (356); 46, 1 (3).

5 Eine besondere Skepsis begegnet den männlichen Langhaarfrisuren insb. aufgrund potentieller „Schmuddeligkeit“, vgl. etwa BayVG, PersV 1999, 123 (125); so auch BVerwG, Beschl. v. 26.05.1982 – 1 WB 26/81, Juris, Rn. 4, wonach von verfetteten und verklebten Haaren sowie verschmutzter Bettwäsche die Rede ist, wobei ein Haarnetz dies ebenso wie Hauterkrankungen, insbesondere Infektionen und Parasitenbefall, begünstige. Bei weiblichen Soldaten wird ein solch drastischer Sprachgebrauch jedenfalls nicht gebraucht, siehe etwa BVerwG, Beschl. v. 09.01.2014 – 2 WRB 3/12, Juris, Rn. 2, wonach bei langen Haaren von Soldatinnen ein Haarnetz vorgeschrieben werden kann.

6 Siehe hierzu die sog. „Kreil-Entscheidung“, EuGH, DÖV 2000, 421.

7 Jüngst etwa BVerwG, NZWehr 2015, 255; BVerwG, Beschl. v. 09.01.2014 – 2 WRB 3/12, Juris; vgl. *Fichte*, NZWehr 2006, 139 (140) m.w.N; siehe hierzu auch *Samme/Weniger*, Soldatengesetz Kommentar, Einführung, Rn. 10 ff.

8 Vgl. etwa OVG RLP, NJW 1987, 340; OVG NRW, NJW 1989, 2771; vgl. auch die jüngere Entscheidung des VG Hamburg, Urteil v. 26.09.2012 – 20 K 3364/10, Juris.

9 Vgl. *Henrichs*, ZBR 2002, 84 (84 ff.); Vgl. *Schnupp*, PersV 2000, 98 (98 ff.); *Wahlers*, ZBR 2009, 116 (116 f.).

§ 1 Untersuchungsgegenstand

Mittlerweile scheint die Tätowierung als ein im Vordringen befindliches Modephänomen für erneuten Aufruhr zu sorgen.¹⁰ Mediale Aufmerksamkeit erfuhr die Thematik vorzugsweise im Zusammenhang mit abgelehnten Bewerbern für den Polizeivollzugsdienst aufgrund von Tätowierungen.¹¹ Dieser, aus juristischer Sicht, bisher nicht tiefergehend erforschte Problembereich und die hierzu ergangene Prozesslawine wird zentraler Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sein. Hierbei stellt sich die Frage, ob und inwiefern an die vorhergehende Problematik und Systematik der Haar- und Barttracht und sonstigen Accessoires betreffenden Fragestellungen angeknüpft werden kann oder ob die Tätowierung losgelöst einen eigenständigen Problembereich darstellt, der gesondert zu behandeln ist. Mitunter wird es erforderlich sein, die beamten- und verfassungsrechtlichen Vorgaben im Hinblick auf die sich aus dem jeweiligen Erscheinungsbild ergebenden, z.T. rein technischen, Fragen abzustimmen.¹²

Wenn nachfolgend von dem »äußeren Erscheinungsbild« bei Beamtenbewerbern die Rede ist, soll insofern ausschließlich dasjenige gemeint sein, das in rein ästhetischer, schmuckhafter und künstlerischer Eigenschaft zum Vorschein tritt. Maßgeblicher Ausgangspunkt der rechtlichen Einordnung wird daher das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 GG sein. Nicht behandelt werden dagegen insbesondere religiös motivierte Erscheinungsbilder, wie dem Tragen des islamischen Kopftuches¹³ oder etwa bhagwan-typischer Kleidung¹⁴, die vorwiegend im Lichte von Art. 4 Abs. 1 GG diskutiert werden.¹⁵ Zwar liegt es auf der Hand, dass gerade Tätowierungen eine besondere Symbolhaftigkeit zukommt und diese

10 Vgl. *Günther*, ZBR 2013, 116 (116).

11 <http://www.faz.net/aktuell/rhein-main/hessen/polizisten-taetowierte-respekts-person-13001557.html> (abgerufen am 27.11.2015); <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-11/ausbildung-bundespolizei-bewerber-taetowierung-zulassung> (abgerufen am 23.08.2016).

12 In bearbeitungstechnischer Hinsicht sei hierzu angemerkt, dass landesrechtliche Vorschriften sich grds. auf das rheinland-pfälzische Beamtenrecht beziehen.

13 Zur Kopftuchdiskussion siehe *Klein*, DÖV 2015, 464 sowie *Werres*, ZBR 2006, 288; eine ähnliche Problematik ergab sich, als sich ein Lehrer gegen die Anbringung eines Kreuzifixes im Klassenzimmer wehrte, siehe hierzu BVerfGE 93, 1 (15 ff.).

14 BVerfG, ZBR 1988, 218.

15 Siehe hierzu *Gielen*, JR 1990, 272 (272); ebenso werden vor dem Hintergrund des Art. 5 Abs. 1 GG problematisierte Diskussion über politische Anstecker bzw. politischer Kleidung ausgeklammert.

als Medium für politische bzw. religiöse Botschaften dienen können. Andererseits ergeben sich zwischen beiden Sachverhalten insoweit zu große Unterschiede als sie umfassend in ihrer Gänze und unter allen beachtenswerten Facetten Berücksichtigung finden könnten. Gleichwohl wird sich zeigen, dass in verfassungsdogmatischer Sicht ein gemeinsamer Ausgangspunkt zu Grunde liegt, infolgedessen sich eine wechselseitige Betrachtung nicht gänzlich ausschließen soll. Bei der ins Zentrum rückenden Tätowierung werden daher verstärkt ästhetische Gesichtspunkte zu untersuchen und zu berücksichtigen sein, womit der Kern der vorliegenden Thematik in der Frage eines angemessenen und adäquaten Bildes, das von Beamten erwartet wird, besteht.

Der beamtenrechtliche Konflikt über die gesellschaftliche Vereinbarkeit bestimmter äußerer Erscheinungsbilder hängt maßgeblich von normativen Faktoren ab. Infolgedessen wird man dem ersten Empfinden nach dem modischen Kontext und der hierüber befindlichen Akzeptanz einen besonderen Stellenwert beimessen. Gerade die Mode erfährt infolge ihrer stetigen Veränderung durch insbesondere äußere Einflüsse einen in diesem Sinne maßgeblichen Stellenwert. Keine andere Komponente scheint so offenkundig und deutlich wahrnehmbar einem Wandel ausgesetzt zu sein.¹⁶ Bei dem aufzuzeigenden Konflikt, den das äußere Erscheinungsbild entfacht, ist jedoch ebenso auf die Besonderheiten und Eigenarten des Beamtentums selbst einzugehen. Erst im Wechselspiel über das (Selbst-)Verständnis der Beamten kann ein Lösungsansatz dieses Konfliktes erwachsen.

§ 2 Gang der Untersuchung

Dass sich die nachfolgende Untersuchung auf das Bewerbungsverfahren von Beamten bezieht, ist der Tatsache geschuldet, dass hieraus ein weiterer Problembereich erwächst, der in der Rechtsprechung und im Schrifttum bislang nur unzureichend behandelt wurde. Im Mittelpunkt steht konkret die – scheinbar banale – Frage, wann ein Bewerber aufgrund einer Tätowierung

16 Starke Wechselbezüge erfuhr die Mode anfangs im interkulturellen Austausch und der Neugier an fremden Merkmalen, von *Boehn*, Die Mode, Bd. I, S. 66 ff., 72 ff., 89 ff.; 116, hiernach gingen Modeimpulse stets von fremden Einflüssen aus, wobei geradezu ein interkultureller Austausch stattfand; *Waidenschlager*, in: Die zweite Haut, S. 15 (15 f.), typisch für die Mode sei der Wandel, den es bedingt durch die technischen Erneuerungen erst in der Neuzeit gibt; *Wietig*, Der Bart, S. 24; siehe zu den detailreichen Formen und Abbildungen *Scholz*, in: Die Frisur, S. 67 (67 ff.).

abgelehnt werden darf. Der Aufhänger dieser Prüfung besteht wiederum in der grundlegenden Dogmatik, ob und inwiefern das äußere Erscheinungsbild im Eignungsverfahren nach Art. 33 Abs. 2 GG miteinbezogen werden kann, mithin ob dem Erscheinungsbild auch eine Eignungsrelevanz zukommt. Bedenken erscheinen überdies, wenn die den aktiven Beamten entgegenkommenden Pflichten bereits unmittelbar auf Bewerber angewendet würden, da im Bewerberstatus unstreitig gerade kein solches Pflichtenregime besteht. Andererseits scheint es wiederum problematisch, diese Pflichten, die bei einer erfolgten Einstellung unweigerlich zum Tragen kommen, wiederum völlig auszublenden, insofern sich dieser Konnexität zwischen Dienstpflichten und Eignungsverfahren im zweiten Kapitel gewidmet wird. Demnach sollen insbesondere die das äußere Erscheinungsbild tangierenden Pflichten fokussiert werden.

Hierauf aufbauend fragt es sich im anschließenden dritten Kapitel, welche Bedeutung dem grundrechtlichen Schutz des Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG im Bewerbungsverfahren beigemessen wird. Vor diesem Hintergrund ist es der eingangs angesprochenen Tatsache geschuldet, dass bei Beamten, die in keinem zivilrechtlichen Arbeitsverhältnis, sondern vielmehr in einem öffentlich-rechtlichen Treueverhältnis stehen, eine besondere verfassungsrechtliche Rechte-Pflichten-Konstruktion existiert, die mit der antiquierten, aber wohl vertrauteren Bezeichnung des »besonderen Gewaltverhältnisses« umschrieben wird.¹⁷ Diesbezüglich bedarf es ebenfalls der Erörterung, ob und ggf. wie diese (Grundrechts-)Dogmatik auf das Bewerbungsverfahren anwendbar ist. Zuletzt fragt es sich, wie der Zeitgeist und die wandelnden Anschauungen hinsichtlich der gesellschaftlichen Akzeptanz, die den äußeren Erscheinungsbildern und insbesondere der Tätowierung entgegenkommen, in die Eignungsprüfung miteinzubeziehen sind. Insoweit zeichnet sich bereits eine Vielzahl an zu berücksichtigenden Bezugspunkten und Faktoren ab, die in ihrer wechselseitigen Beziehung untersucht werden müssen. Das Ansinnen dieser beiden Kapitel besteht in der Gesamtschau folglich darin, ein möglichst praxistaugliches Prüfschema zu entwickeln. Anhand dieses Prüfschemas soll wiederum im vierten Kapitel

17 *Mayer*, AÖR 1988, 1 (53); *ders.*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 101 ff.; *Merten*, in: Das besondere Gewaltverhältnis, 53 (53 ff.); *Klein*, DVBl. 1987, 1102 (1102).

die eingangs angesprochene Prozesslawine¹⁸ um tätowierte Beamte untersucht werden. Zum einen sollen hieraus ggf. Gemeinsamkeiten und Unterschiede aufgezeigt werden. Zum anderen besteht das besondere Anliegen darin, Tätowierungen hinsichtlich ihres konfligierenden Gehalts zu systematisieren und zu klassifizieren, um eine möglichst handhabbare und praxisgerechte Lösung zu gestalten. Thematisch soll das Hauptaugenmerk – aufgrund der soeben benannten Prozesslawine – ebenfalls auf den Polizeivollzugsbeamten liegen.

18 Im Folgenden als „Tattooentscheidungen“ bzw. „Tattoorechtsprechung“ benannt; VG Frankfurt, Beschl. v. 14.02.2002 – 9 G 411/02, Juris; VG Koblenz, Urteil v. 27.01.2005 – 6 K 2207/04.KO (n.v.); OVG RLP, RiA 2006, 35; VG Frankfurt (Oder), Beschl. v. 20.08.2008 – 2 L 157/08, (n.v.); OVG BB, Beschl. v. 29.01.2009 – OVG 6 S 38.08, Juris; VG Köln, ZBR 2013, 141; VG Aachen, Beschl. v. 31.07.2012 – 1 L 277/12, Juris; VG Aachen, Urteil v. 29.11.2012 – 1 K 1518/12, Juris; VG Weimar, NVwZ-RR 2013, 273; VG Berlin, Urteil v. 09.04.2013 – 80 K 22.12 OL, Juris; VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 09.04.2014 – 1 L 150/14, Juris; OVG NRW, Beschl. v. 28.05.2014 – 6 B 523/14, Juris; VG Darmstadt, Beschl. v. 27.05.2014 – 1 L 528/14.DA, Juris; HessVGH, Beschl. v. 09.07.2014 – 1 B 1006/14, Juris; VG Düsseldorf, Urteil v. 05.08.2014 – 2 K 778/14, Juris; VG Arnsberg, Beschl. v. 20.08.2014 – 2 L 795/14, Juris; OVG NRW, Beschl. v. 26.09.2014 – 6 B 1064/14, Juris; VG Minden, Beschl. v. 28.08.2014 – 4 L 481/14, Juris; OVG NRW, Beschl. v. 17.02.2016 – 6 A 2595/14, Juris; VG Berlin, Beschl. v. 22.04.2015 – VG 36 L 83.15 (n.v.); VG Arnsberg, Urteil v. 27.04.2015 – 2 K 172/15 (n.v.); OVG NRW, Beschl. v. 21.07.2016 – 6 A 1239/15, Juris; VG Sigmaringen, Beschl. v. 26.08.2015 – 5 K 2479/15, Juris; VGH BW, Beschl. v. 27.10.2015 – 4 S 1914/15, Juris; VG Köln, Beschl. v. 24.09.2015 – 19 L 2114/15, Juris; VG Karlsruhe, Beschl. v. 29.02.2016 – 7 K 5541/15, Juris; VG Köln, Beschl. v. 20.04.2016 – 19 L 566/16; OVG NRW, Beschl. v. 14.07.2016 – 6 B 540/16; VG Halle (Saale), Urteil v. 18.05.2016 – 5 A 54/16, Juris; VG Köln, Beschl. v. 25.08.2016 – 19 L 1851/16; VG Ansbach, Urteil v. 25.08.2016 – AN 1 K 15.01449, Juris; VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 27.09.2016 – 1 L 2165/16 (n.v.); OVG NRW, Beschl. v. 02.11.2016 – 6 B 1172/16, Juris.

2. Kapitel – Das Eignungsverfahren nach Art. 33 Abs. 2 GG

Der Ausgangspunkt der vorstehenden Untersuchung besteht ganz allgemein in der Frage, ob Beamtenbewerber aufgrund ihres äußeren Erscheinungsbildes abgelehnt werden können. Damit liegt der zentrale Fokus und maßgebliche Untersuchungsgegenstand in der Vorschrift des Art. 33 Abs. 2 GG, wonach jedem Deutschen nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung der gleiche Zugang zu jedem öffentlichen Amte zu gewähren ist. Das beamtenrechtliche Einstellungsverfahren kann allerdings nicht originär und losgelöst von dem Beamtenrechtsverhältnis als solches betrachtet und behandelt werden. Diese Erkenntnis ergibt sich notwendigerweise aus der Tatsache, dass die Beamtenbewerber sich gerade an der Schnittstelle bzw. Schwelle des Beamtenrechtsverhältnisses selbst befinden, das verschiedene Besonderheiten und Eigenarten aufweist. Um folglich auf die zentralen Fragen des Einstellungsverfahrens in diesem Kapitel eingehen zu können, bedarf es unweigerlich einer zuvor spezifischen Darstellung des Beamtentums bzw. des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses selbst.

§ 1 Das Beamtentum – Darstellung eines Dienst- und Treuepflichtverhältnisses

Das Beamtentum als Teil der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes stellt aufgrund seiner rechtlichen Ausgestaltung eine gänzlich eigenständige Berufsgruppe dar.¹⁹ Die Terminologie des öffentlichen Dienstes ist dahingegen wiederum sehr weit gefasst und wird zudem normabhängig sehr unterschiedlich verwendet. Exemplarisch seien hier nur Art. 33 Abs. 3 bis 5 GG

19 Aufgrund der jährlichen Statistik „Finanzen und Steuern, Personal des öffentlichen Dienstes“ des statistischen Bundesamtes beziffert sich die Zahl an öffentlich Bediensteten auf insgesamt 4,6 Millionen. Hiervon entfallen allerdings 1,7 Millionen auf Beamte und Richter. Bezieht man noch die etwa 174.000 Soldaten mit ein, ergibt sich ein Verhältnis zur Gesamtanzahl der öffentlich Bediensteten von 40%, https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/FinanzenSteuern/OeffentlicherDienst/PersonaloeffentlicherDienst2140600137004.pdf;jsessionid=8429065F1354990BF0D3DA6C30429DD9.cae2?__blob=publication-File (abgerufen am 11.05.2015), S. 25, erschienen am 23. Juni 2014, jeweils für den 30.06.2013 bemessen.

und § 29 Abs. 1 BBesG angeführt. Nach allgemeiner Auffassung liegt der Unterschied zwischen öffentlichem Dienst und sonstigen Beschäftigungsverhältnissen jedoch nicht in der Art der Tätigkeit, sondern nach formeller Hinsicht in der Zugehörigkeit zu einer juristischen Person des öffentlichen Rechts; folglich Bund, Länder, sonstige Körperschaften sowie Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts.²⁰ Ihnen obliegt nach § 2 BBG bzw. § 2 BeamStG grundsätzlich die sog. Dienstherrnfähigkeit, also das Recht, Beamte zu ernennen. Wenn von öffentlich Bediensteten gesprochen wird, sind dementsprechend nicht bloß Beamte gemeint, sondern weit gefasst auch Beschäftigte des öffentlichen Dienstes sowie Richter und Soldaten.²¹ Zu Beamten im staatsrechtlichen Sinne gehören jedoch nur solche Personen, die in dem in Art. 33 Abs. 4 GG benannten besonderen öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen.²² Dieses begründet Rechte und Pflichten, die ausschließlich öffentlich-rechtlicher Natur sind, insofern es sich von dem Rechtsverhältnis der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes unterscheidet.²³

A. Binnenstruktur des Beamtentums

Beamtenverhältnisse können wiederum, zur bereits erwähnten Zugehörigkeit nach dem jeweiligen Dienstherrn, auch nach ihrer Dauer, Laufbahngruppen und Fachrichtungen sowie dem Umfang ihrer Bindung unterschieden werden.²⁴ Der diesbezügliche Regeltypus stellt nach § 6 Abs. 1 BBG bzw. § 4 Abs. 1 BeamStG der Beamte auf Lebenszeit dar. Die Vorstufe

20 *Leppek*, Beamtenrecht, S. 1; siehe zu diesem formalen Verständnis auch BVerfGE 6, 267 ff.; BVerwGE 30, 87 ff.

21 Vgl. *Jachmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II, Art. 33 Rn. 30; *Leppek*, Beamtenrecht, S. 2; ausgenommen sind hingegen der Bundespräsident, Mitglieder der Bundesregierung/Landesregierung, parlamentarische Staatssekretäre. Einen Sonderstatus genießen hingegen die Mitglieder der parlamentarischen Körperschaften; *Hebeler*, Verwaltungspersonal, S. 76 ff., 349 ff.

22 *Behrens*, Beamtenrecht, S. 2, wenn von „Beamten“ gesprochen wird, sind ausschließlich diese im staatsrechtlichen Sinne gemeint; vgl. auch *Schnellenbach/Bodanowitz*, Beamtenrecht in der Praxis, S. 187.

23 *Leppek*, Beamtenrechts, S. 29; siehe zum Rechtsverhältnis der Beschäftigten insbesondere und zur Grundrechtsträgerschaft des Arbeitgebers *Ramm*, JZ 1991, 1 (11) sowie BVerfG, NJW 2003, 2815 (2815); zur mittelbaren Drittwirkung *Gamillscheg*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, S. 75 ff.

24 Siehe zur umfassenden Darstellung der Beamtenausbildung *Hebeler*, Verwaltungspersonal, S. 92 ff.

dessen bildet nach § 6 Abs. 3 BBG bzw. § 4 Abs. 3 BeamtStG der Beamte auf Probe, der im Rahmen der Probezeit dem Dienstherrn die Möglichkeit geben soll, Eignung, Befähigung und fachliche Leistung des Beamten zu prüfen. Als Beamter auf Widerruf wird nach § 6 Abs. 4 BBG bzw. § 4 Abs. 4 BeamtStG in der Regel derjenige benannt, der sich im Vorbereitungsdienst befindet. Er kann aus jedem nicht ermessensfehlerhaften Grund entlassen werden.²⁵ Hinsichtlich der rechtlichen Stellung ergibt sich bei den genannten Beamtengruppen somit eine graduell abgestufte Bindungswirkung.²⁶ Durch die grundsätzlich avisierte Lebenszeitverbeamtung ergibt sich wiederum das verstärkte Bedürfnis eines detaillierten und klar strukturierten Einstellungsverfahrens. Eine Differenzierung nach den Laufbahngruppen gem. § 17 BBG erfolgt in einfachen, mittleren, gehobenen und höheren Dienst, die je nach erforderlicher Vorbildung und zu absolvierender Ausbildung ausgestaltet sind. Eine Laufbahn umfasst dabei alle Ämter derselben Fachrichtung.²⁷

Der Begriff des Amtes ist aufgrund des historischen Verlaufs und der binnentypologischen Struktur ebenfalls nicht eindeutig gefasst. Er kann zuvorderst im statusrechtlichen²⁸ Sinne verstanden werden und meint die von der Funktion losgelöste allgemeine Rechtsstellung des Beamten, die er durch Berufung in ein bestimmtes Beamtenverhältnis erlangt und zu der auch Amtsbezeichnung, Besoldungsgruppe und Laufbahngruppe gehören. In funktioneller Hinsicht kann das Amt zunächst im abstrakten Sinne unterschieden werden, das einen der Rechtsstellung des Beamten entsprechenden Aufgabenkreis bei einer bestimmten Behörde kennzeichnet. Das Amt im

25 Daneben besteht auch die Möglichkeit Ehrenbeamte nach § 6 Abs. 5 BBG und Beamte auf Zeit nach § 6 Abs. 2 BBG zu ernennen. Des Weiteren sei auch an politische Beamte als eigenständige Gruppe gedacht, wenngleich beide in dieser Arbeit aufgrund ihrer mangelnden praktischen Bedeutung nicht berücksichtigt werden sollen.

26 *Leppek*, Beamtenrecht, S. 34 ff.

27 Siehe zum gesamten Absatz *Behrens*, Beamtenrecht, S. 13 ff.; *Leppek*, Beamtenrecht, S. 39; *Meier*, Beamtenrecht, S. 39 f., 44 f.; *Werres/Boewe*, Beamtenrecht, S. 27 ff.

28 Siehe zum Verständnis und Wandel des Statusbegriffs *Summer*, ZBR 1982, 321 (333 f.), wonach der Status gegenwärtig im juristischen Sinne als öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis qualifiziert werden könne, der zudem personenbezogen sei.

konkreten Sinn meint hingegen die Übertragung eines bestimmten Aufgabenbereiches.²⁹

B. Rechtsquellen

Das Recht des öffentlichen Dienstes ist nicht bloß aufgrund der föderalen Struktur breit gefächert. Es stellt vielmehr ein gänzlich eigenes Rechtsgebiet dar, dessen Eigenständigkeit dem historischen Verlauf geschuldet ist. Aufgrund der vielfältigen Rechtsquellen, die das Recht der Beamten umrahmen, sollen nachfolgend diejenigen Rechtsquellen dargestellt werden, die für die avisierte Analyse des äußeren Erscheinungsbildes im Einstellungsverfahren von besonderem Interesse sind.

I. Gesetzgebungskompetenzen

Grundsätzlich erfolgt bei der Aufteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern eine Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Länder nach Art. 70 Abs. 1 GG. Der Bund hat nach Art. 71 GG die in Art. 73 GG enumerativ aufgelisteten ausschließlichen Zuständigkeiten inne, sofern er die Länder nicht besonders ermächtigt. Nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 8 GG obliegt die Kompetenz hinsichtlich der Rechtsverhältnisse der im Dienste des Bundes und der bundesunmittelbaren Körperschaften des öffentlichen Rechts stehenden Personen daher dem Bund.

Darüber hinaus verfügte der Bund nach Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 GG für die allgemeinen Rechtsverhältnisse der Landes- und Kommunalbediensteten über eine Rahmenrechtskompetenz, die sich auch auf die Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst erstreckte.³⁰ Aufgrund des »Besoldungswettlaufs« zwischen Bund und Ländern wurde 1969 die Rahmengesetzgebungskompetenz

29 *Leppik*, Beamtenrecht, S. 41 ff.; siehe in diesem Zusammenhang unter historischem Blickwinkel *Summer*, ZBR 1982, 321 (321 ff.); zum Begriff und Verständnis des funktionellen Amtsbegriffs *Ziekow*, DÖD 1999, 7 (7 ff.). Bereits unter diesen Differenzierungskriterien lässt sich erahnen, dass keine einheitlichen Vorgaben an das äußere Erscheinungsbild aller Beamter aufgestellt werden können, sondern es vielmehr einer graduellen Abstufung bedarf, vgl. *Biletzki*, RiA 1997, 36 (38).

30 *Bochmann*, ZBR 2007, 1 (3); *Degenhart*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), BK, Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 [Stand: 09/2007] Rn. 14.

durch die Regelung von Bewertungsmaßstäben und Höchstsätzen erweitert.³¹ Diese zeigte sich jedoch recht wirkungslos, sodass 1971 ein neuer Art. 74a GG³² eingefügt wurde, der die konkurrierende Zuständigkeit des Bundes auf die Besoldung und Versorgung aller Angehörigen des öffentlichen Dienstes, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, erstreckte.³³

Erst die Föderalismusreform I³⁴ im Jahr 2006 reformierte die Gesetzgebungskompetenz dahingehend, dass die Rahmenzuständigkeit nach Art. 75 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GG für die Rechtsverhältnisse der Angehörigen des öffentlichen Dienstes³⁵ aufgehoben wurde und in die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG eingegliedert wurde; in sachlicher Hinsicht allerdings auf »Statusrechte und -pflichten« begrenzt. Die einst konkurrierende Zuständigkeit der Besoldung und Versorgung samt dem Recht der Laufbahnen wurde nach Aufhebung des Art. 74a GG in die ausschließliche Zuständigkeit der Länder rückverlagert.³⁶ Damit wurde die Stellung des Bundes geschwächt, unterdessen sie hinsichtlich der

31 Oetter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II, Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 Rn. 175.

32 28. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 18.03.1971, BGBl. I., 206.

33 Bochmann, ZBR 2007, 1 (2); Degenhart, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), BK, Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 [Stand: 09/2007] Rn. 14, der Wortlaut ist insofern identisch mit Art. 33 Abs. 4 GG und meint Beamte im bundesrechtlichen Sinn.

34 Gesetz vom 28. August 2006 zur Änderung des Grundgesetzes, BGBl. I, 2006, 2034; Föderalismusreform-Begleitgesetz vom 05. September, BGBl. I, 2006, 2098.

35 Degenhart, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), BK, Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 [Stand: 09/2007] Rn. 14 f., Art. 74a Abs. 1 GG bezog sich auf „Angehörige des öffentlichen Dienstes, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen“, während Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG generell von „Beamten“ spricht. Sachlich bedeutet dies jedoch keinen Unterschied, da er hinsichtlich des betroffenen Personenkreises identisch mit dem des Art. 33 Abs. 4 GG ist. Aus diesem Grund fallen hierunter auch keine „Kirchenbeamte“, Ehrenbeamte, Regierungsmitglieder und Parlamentsabgeordnete.

36 Degenhart, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 74, Rn. 112; Knopp, NVwZ 2006, 1216 (1219); Kunig, in: von Münch/Kunig, GGK II, Art. 74 Rn. 115 f.

Regelung der Statusrechte und -pflichten gestärkt wurde.³⁷ Im Ergebnis erfuhr diese Reform weitreichende Kritik, weil die einstige Geschlossenheit des Beamtenstatus aufgebrochen werde und damit rückwärtsgewandt sei.³⁸

II. Art. 33 GG und einfaches Recht

Eine zentrale Bedeutung für das Beamtentum und den öffentlichen Dienst im Allgemeinen kommt der insgesamt komplexen und tiefgründigen³⁹ Regelung des Art. 33 GG zu, die unmittelbar bindendes Bundesverfassungsrecht enthält. Die früher vertretene Ansicht, Art. 33 GG stelle für die Länder lediglich einen Rahmen dar, ist jedenfalls obsolet geworden.⁴⁰ Systematisch kann Art. 33 GG zweigliedrig betrachtet werden. Während die Absätze eins bis drei die besonderen, Art. 3 Abs. 1 GG ausprägenden Gleichheitssätze

37 *Bochmann*, ZBR 2007, 1 (3, 17); allerdings sei die Erforderlichkeitsprüfung nach Art. 72 Abs. 2 GG entfallen, was die Position des Bundes stärke, so *Lecheler*, ZBR 2007, 18 (22).

38 Nach *Bochmann* sei man mit der jetzigen Zuständigkeitsverteilung in die Zeit vor dem 11. August 1919 zurückgefallen, da auch die Weimarer Verfassung entsprechende Kompetenzen des Reiches kannte, *Bochmann*, ZBR 2007, 1 (4); *Lecheler*, ZBR 2007 18 (21) zufolge sei dem Bundesgesetzgeber der Inhalt von Statusrechten in ihrer Einheit nicht mehr bewusst, was sich in der Auflistung des Koalitionsvertrages deutlich mache, wonach in einem Sammelsurium unterschiedlicher Rechtselemente der Status des Berufsbeamten nicht annähernd erfasst werde; mit Verweis auf die Kontroverse im parlamentarischen Verfahren siehe *Peters/Lösch/Grunewald*, ZBR 2009, 1 (1); hinsichtlich der Bewertung der gesamten Föderalismusreform mit grundlegend positiver Tendenz hingegen *Ipsen*, NJW 2006, 2801 (2806); siehe zur Kritik eines potentiell möglichen erneuten Besoldungswettlaufs *Knopp*, NVwZ 2006, 1216 (1219 f.) mit Hinweis auf BVerfGE 4, 115 (140), wonach hinsichtlich der Besoldung die Bundestreue zu berücksichtigen sei; in dieser Hinsicht auch *Frank/Heinicke*, ZBR 2009, 34 (36 ff.); jüngst *Hebeler*, ZBR 2015, 1 (1 ff.); zur besoldungsrechtlichen Neugestaltung in Bayern *Kathke/Vogl*, ZBR 2009, 9 (9 f.).

39 *Kunig*, in: von Münch/Kunig, GGK I, Art. 33 Rn. 3 spricht von inhaltlicher Heterogenität und im Verhältnis zu anderen Vorschriften von systemarer Unabgestimmtheit.

40 *Lecheler*, in: Friauf/Höfiling, Berliner Kommentar zum GG, Art. 33 [Stand: 10/2000] Rn. 3 mit Verweis, dass hinsichtlich der Abs. 4 und 5 ein gewisser Konkretisierungsspielraum bleibe.

enthalten, können die Absätze vier und fünf als Scharnier zwischen grundrechtlicher Gleichheit und staatlicher Organisationshoheit verstanden werden.⁴¹

Neben dem im weiteren Verlauf näher zu behandelnden Art. 33 Abs. 2 GG, kommt überdies Art. 33 Abs. 4 GG eine hohe Gewichtung zu, wonach die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen ist, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Eine entscheidende Bedeutung erfährt die Gestalt des Beamtentums infolge des Art. 33 Abs. 5 GG. Der einstigen Fassung zufolge war das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln.⁴² Mit der Föderalismusreform I wurde Art. 33 Abs. 5 GG dergestalt geändert, dass diese Grundsätze nunmehr auch »fortzuentwickeln« sind.⁴³ Dahingegen verbietet sich eine strukturelle Veränderung.⁴⁴ Inhaltlich betroffen sind hiervon allerdings nur Beamte einschließlich der Richter und der Notare im Landesdienst, während sowohl Beschäftigte des öffentlichen Dienstes als auch Soldaten nicht mitumfasst sind.⁴⁵ Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums bilden den verfassungsrechtlichen Prüfraum für den das Beamtenverhältnis ausgestaltenden oder ändernden Gesetzgeber.⁴⁶

41 *Battis*, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 33 Rn. 7 f.

42 Unter „Recht des öffentlichen Dienstes“ versteht sich nach einhelliger Lesart nur das Beamtenrecht selbst. Ausgeschlossen ist hingegen eine Regelungsmaterie für die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes, so i.E. *Hebeler*, JA 2014, 731 (731).

43 Nach h.M. hat die „Fortentwicklungsklausel“ nur deklaratorischen Charakter, da der alte Wortlaut nach st. Rspr. des BVerfG dem Gesetzgeber bereits die Möglichkeit zur Fortentwicklung eröffnete so *Jachmann*, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II, Art. 33 Rn. 54; *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Band IV, Art. 33 [Stand: 05/2015] Rn. 62; *Hebeler*, Verwaltungspersonal, S. 78 f.; *Knopp*, NVwZ 2006, 1216 (1219); *Lecheler*, ZBR 2007, 18 (19 f.); *Pechstein*, ZBR 2006, 285 (286).

44 *Battis*, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 33 Rn. 67; nach *Lecheler*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Art. 33 [Stand: 10/2000] Rn. 61 ergibt sich dadurch eine von Verfassung wegen konservative Grundausrichtung des öffentlichen Dienstes.

45 BVerfGE 3, 162 (186); 9, 268 (284 f.); 16, 94 (111); 31, 212 (221).

46 *Lecheler*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Art. 33 [Stand: 10/2000] Rn. 88 ff., hiernach sei Art. 33 Abs. 5 GG eine Strukturnorm innerhalb des staatlichen Organisationsstatuts. Die objektive Rechtswirkung lasse sich dahin zusammenfassen, dass die Verfassung damit die Einrichtung des Berufsbe-

Zu den wichtigsten einfachgesetzlichen Regelungen für das Beamtenverhältnis gelten einerseits das sich aus der Kompetenz des Art. 73 Abs. 1 Nr. 8 GG erlassene Bundesbeamtengesetz⁴⁷, das die Rechtsverhältnisse der Bundesbeamten umfassend regelt.⁴⁸ Darüber hinaus hat der Bund von der kompetenzrechtlichen Neugestaltung im Zuge der Föderalismusreform I Gebrauch gemacht und auf Grundlage von Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG am 17.06.2008 mit Zustimmung des Bundesrats das Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern erlassen.⁴⁹ Das BeamStG trat am 01.04.2009 in Kraft und löste das bis zu diesem Zeitpunkt geltende Beamtenrechtsrahmengesetz⁵⁰ weitestgehend ab.⁵¹ Anders als das BRRG bedarf das BeamStG als unmittelbar und einheitlich geltendes Recht in den Ländern keiner Umsetzung durch den Landesgesetzgeber. Die an Art. 33 Abs. 5 GG ausgerichteten Grundstrukturen gewährleisten sonach ein einheitliches Dienstrecht.⁵²

Von hoher Bedeutung sind insbesondere die allgemeinen Vorschriften über das Beamtenverhältnis nach §§ 4 ff. BBG bzw. §§ 3 ff. BeamStG sowie die Vorschriften über die rechtliche Stellung im Beamtenverhältnis nach §§ 60 ff. BBG bzw. §§ 33 ff. BeamStG.⁵³ Dabei nehmen die Landesbeamtengesetze regelmäßig expliziten Bezug auf die im BeamStG festgelegten Grundsätze.

amtenums als einer bewährten Einrichtung der Gesellschaft und der Rechtsordnung garantiert habe; nach *Kunig*, in: von Münch/Kunig, GGK I, Art. 33 Rn. 52 f. geben die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums die Konturen eines Regelungsmodells vor. Dieser Regelungsauftrag verbinde sich mit Art. 33 Abs. 4 GG zur institutionellen Garantie und führe über ihn noch hinaus.

47 Im Folgenden „BBG“ benannt.

48 *Dillenburger*, NJW 2009, 1115 (1115).

49 BGBl. I, 1010; nachfolgend „BeamStG“ benannt.

50 Im Folgenden „BRRG“ benannt.

51 Siehe zur Aufhebungskompetenz des Bundes für das BRRG *Wolff*, ZBR 2007, 145 (145 ff.); siehe zur Fortgeltung des Kapitels II und § 135 BRRG *Auerbach*, ZBR 2009, 217 (222).

52 *Auerbach*, ZBR 2009, 217 (218).

53 Vgl. *Baßlsperger*, PersV 2008, 404 (407 ff.); siehe hierzu *Leppek*, ZBR 2010, 397 (397 ff.); welche Bestimmungen im Einzelnen die Statusrechte und Statuspflichten der Beamten beschreiben, sei zwar noch nicht abschließend geklärt. Es handele sich aber mindestens um die Vorschriften des 6. Abschnittes des BeamStG und mithin um die rechtliche Stellung im Beamtenverhältnis, *Schachel*, in: *Schütz/Maiwald*, *BeamtR*, Ordner 1, Teil B, Vor §§ 33 – 53 [Stand: 03/2011] Rn. 3.

C. Das besondere Treueverhältnis als Kernbestand des Beamtentums

Bereits aus dem soeben erfolgten Kurzaufriß des Art. 33 GG wurde insbesondere im Rahmen des Absatzes 4 deutlich, dass sich das Rechtsverhältnis der Beamten und des ihm zu Grunde gelegten Dienst- und Treueverhältnisses von einem gewöhnlichen Beschäftigtenverhältnis unterscheidet.⁵⁴ Letzteres ist ausschließlich privatrechtlicher Natur, wodurch Beschäftigte vorrangig durch Arbeits- und Tarifvertrag bestimmte schuldrechtliche Pflichten eingehen. Dagegen bestimmt sich das Rechtsverhältnis der Beamten durch eine öffentlich-rechtliche Treuebindung zu ihrem Dienstherrn gegenüber.⁵⁵ Damit statuiert sich der Ausschluss reiner erwerbswirtschaftlicher Tätigkeiten i.S.e. synallagmatischen Verbindung.⁵⁶ Das Amt statuiert die Nähe zu einer auf das Gemeinwohl verpflichtenden Aufgabe. Das Treueverhältnis kennzeichnet damit die Bindung des Beamten im Verhältnis zu seinem Dienstherrn und im weitesten Sinne gegenüber dem gesamten Volk und der freiheitlichen demokratischen Grundordnung.⁵⁷ Fraglich ist insoweit, woraus dieses besondere Rechtsverhältnis und der dazugehörigen Rechtsquellen resultiert. Dies kann nur unter historischen Gesichtspunkten beantwortet werden.

-
- 54 Vgl. *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Band IV, Art. 33 [Stand: 12/2014] Rn. 1; vgl. *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, Art. 33 Rn. 148 ff.; ausgeschlossen sind sonach insbesondere die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes, woraus sich die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes ergibt. Allgemein anerkannt ist daher die Bezeichnung als Funktionsvorbehalt für Beamte, siehe *Manssen*, ZBR 1999, 253 (254); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 33 Rn. 40 ff.; vgl. *Jung*, Die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes, S. 132 ff.; Andererseits besagt Art. 33 Abs. 4 GG nicht, dass es Beschäftigte des öffentlichen Dienstes geben muss. Vielmehr wird die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes dadurch begründet, dass es überhaupt öffentlich Beschäftigte gibt.
- 55 *Jachmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II, Art. 33 Rn. 2; *Pieper*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 33 Rn. 122. Überdies ergeben sich aus der allgemeinen Treuepflicht weitere Ausprägungen, die ihrerseits selbständige hergebrachte Grundsätze i.S.d. Art. 33 Abs. 5 GG begründen,
- 56 Vgl. *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, Art. 33 Rn. 84.
- 57 *Leppek*, Beamtenrechts, S. 29.

I. Historie des Beamtentums

Die heutigen beamtenrechtlichen Vorgaben, seien sie verfassungsrechtlich oder einfachgesetzlich kodifiziert oder letztlich als Dienstvorschrift erlassen, sind keine ausschließlich nachkonstitutionellen Errungenschaften. Vielmehr ist das gesamte deutsche Beamtenrecht das Resultat einer langen Entwicklung, die durch den Zeitgeist der Epochen, mit all ihren politischen, kulturellen und philosophischen Einflüssen, gespeist und weiterentwickelt wurde.⁵⁸

1. Vom Feudalismus zum Absolutismus

Die Ursprünge des Beamtentums oder dessen, was wir heute zumindest als Administration i.w.S. ansehen können, liegen weit hinter der deutschen Entwicklung des Beamtentums zurück.⁵⁹ Erste Anzeichen administrativer Ausgestaltung, die Berührungspunkte zum heutigen Beamtentum aufweisen, lassen sich hingegen erst im Frühmittelalter des Frankenreichs erkennen.⁶⁰ In einem langwährenden Prozess hin zur absolutistischen Herrschaftsform vermag man »beamtenrechtliche Tendenzen« häufiger zu erkennen.⁶¹

58 Siehe *Summer*, Dokumente zur Geschichte des Beamtenrechts, S. 9., der hierzu ausführt, dass das Beamtentum kein Werk aus einem Guss sei.

59 *Thiele*, Die Entwicklung des deutschen Berufsbeamtentums, S. 12, wonach das deutsche Beamtentum auf keine besonders lange Geschichte zurückgreifen kann. Als Vorläufer der Beamten werden u.a. gelehrte Mandarine in China, Schreiber im alten Ägypten sowie Quästoren und Zensoren im alten Rom angesehen, siehe *Landau/Steinkühler*, DVBl. 2007, 133 (135 f.); *Leppek*, Beamtenrecht, S. 13; diese Hochkulturen waren nicht bloß auf eine funktionierende Verwaltung angewiesen. Nur durch sie konnte überhaupt erst eine Hochkultur entstehen, die das Fortbestehen möglich machte, vgl. *Allam/Fechner*, ZBR 1999, 301 (301) mit Ausführungen zum altägyptischen Beamtenethos.

60 Das alte fränkische Ämterwesen lässt dagegen keine unmittelbaren Verbindungen zum heutigen Beamtentum erkennen, sondern wird als römisches Erbe im Mittelalter verstanden, so *Hattenhauer*, Geschichte des Beamtentums, S. 6; *Summer*, PersV 2005, 84 (84).

61 Vgl. *Maiwald*, in: Schütz/Maiwald, BeamtR, Ordner 1, Teil B, Geschichte des Beamtenrechts, [Stand: 10/2009] Rn. 1 ff.