

Zur Genese asymmetrischer Abhängigkeit im öffentlichen Dienstverhältnis

DR. THOMAS PIERSON, GIESSEN*

Der öffentliche Dienst und das Beamtenverhältnis gelten als besonders privilegiert. Weniger stark ist im Bewusstsein verankert, dass die scheinbaren oder tatsächlichen Privilegien Bestandteil eines Gesamtsystems von Abhängigkeit sind, das über einen langen historischen Zeitraum hinweg entstand. Die rechtshistorische Theorie der Analyse asymmetrischer Abhängigkeit *Thomas Duves* fokussiert auf den institutionalisierten Versuch eines Akteurs, Kontrolle über den Ressourcenzugang des anderen zu gewinnen, sowie ihm Exit- und Protestchancen zu nehmen.¹ Für das Arbeitsrecht interessiert diese historische Betrachtung, weil es grundlegende Entwicklungen des öffentlichen Dienstes aufnimmt.²

I. Einführung

Rechtlich entstehen asymmetrische Abhängigkeiten im Dienstverhältnis durch die Herstellung und Perpetuierung einseitiger Bindungen in Form einer ungleichen Verteilung von Rechten und Pflichten, die sich auch dadurch auszeichnen, dass die Bindung über den reinen Austausch von Leistung und Gegenleistung hinausgeht. Ungleiche Beendigungsregime oder die Anmaßung des Dienstherrn eines Direktionsrechts außerhalb von Arbeit und Arbeitszeit gehören zu den klassischen historischen Beispielen. Mediale Aufmerksamkeit erhalten diese Abhängigkeitsstrukturen, wenn der Dienstherr über die Rechtsfigur des besonderen Gewalt- oder Sonderrechtsverhältnisses außerdienstlich in die Privatsphäre der Bediensteten eingreift. Zuletzt erregte eine Entscheidung des *BVerwG* die Öffentlichkeit, mit der es einen disziplinarischen Verweis gegen eine bekannte transsexuelle Offizierin aufrechterhielt, die auf der Dating-Plattform Tinder sexuelle Kontakte suchte, weil ihre Offenheit für verschiedene Geschlechter den (wenn auch falschen) Eindruck sexueller Disziplinlosigkeit erwecke.³

In rechtshistorischer Perspektive ist jedoch schon die Möglichkeit, sich ohne negative Konsequenzen oder Strafen des Rechtswegs bedienen zu können, für Beamte oder Offiziere keineswegs selbstverständlich. Im Folgenden werden neben dem bekannten Topos des besonderen Gewaltverhältnisses (II.) Schlaglichter auf Lohnmechanismen (III.), Freiheit und Bindung (IV.) sowie den Justizzugang (V.) als Signa für asymmetrische Abhängigkeiten seit dem Spätmittelalter geworfen.

II. Das besondere Gewaltverhältnis

Man spricht von einer besonderen Staatsnähe der Beamten, die modifizierte Rechte und Pflichten nach sich ziehen soll. Für die Frühe Neuzeit kann man das Problem als die Diszi-

* Der Autor ist Privatdozent an der Justus-Liebig-Universität Gießen.

¹ T. Duve, Theorie und Methode der Analyse asymmetrischer Formen von Abhängigkeit: Eine (global)rechtshistorische Perspektive, 2022.

² T. Pierson, Vom Vertrag zum Status. Das Dienstvertragsrecht der Frankfurter Dienstbriefe im Alten Reich, 2020; zur Entwicklung des Arbeitsverhältnisses »from contract to status« schon Th. Blanke, Thesen zur Zukunft des Arbeitsrechts, KJ 2004, 2-20.

³ BVerwG 25.5.2022 – 2 WRB 2.21. Die kritikwürdige Begründung hat breite Debatten ausgelöst, eine Verfassungsbeschwerde ist anhängig, näher Heinemann, LTO v. 14.10.2022.

plinierung der Disziplinierungsagenten beschreiben, um ihre Doppelrolle als einerseits Organe, andererseits Adressaten der Sozialdisziplinierung hervorzuheben.⁴ Ihre aktive Rolle sicherte eine gewisse Handlungsmacht, die unter dem Druck der frühneuzeitlichen Öffentlichkeit durch starke Bindungen eingelegt werden sollte. Das daraus entwickelte Disziplinarrecht ist in modifizierter Form erhalten geblieben, und mit dieser rechtssystematischen Anomalie kann auch außerdienstliches Verhalten sanktioniert werden.

Als legitimierende Rechtsfigur galt bis in die jüngste Zeit das besondere Gewaltverhältnis.⁵ Seine Wurzeln lassen sich in die erste Hälfte des 19. Jh. zu Autoren wie dem Gießener Staatswissenschaftler *Friedrich Schmitthenner* nachverfolgen.⁶ Soweit bekannt, bezeichnete erstmals *Paul Laband* 1876 die Gehorsams-, Treue- und Dienstpflcht des Beamten als besonderes Gewaltverhältnis.⁷ Seine historische Analogie kennzeichnet bereits die Asymmetrien: »Das Dienstverhältnis des Staatsbeamten beruht auf einem Vertrage, durch welchen, ganz ähnlich der alten Kommendation, der Beamte sich dem Staat hingibt, eine besondere Dienstpflcht und Treuepflicht übernimmt, eine besondere Ergebenheit und einen besonderen Gehorsam angelebt und durch welchen der Staat dieses Versprechen sowie das ihm angebotene besondere Gewaltverhältnis annimmt und dem Beamten dafür Schutz und gewöhnlich auch Lebensunterhalt zusichert«.⁸ Der Begriff der Kommendation zielt auf die rituelle Schutzunterwerfung des Vasallen unter seinen Lehnsherrn.

Als eigentlicher Schöpfer der neuen Rechtsfigur gilt jedoch *Otto Mayer*, der das besondere Gewaltverhältnis zwar 1895 noch als Rechtsverhältnis auffasste, es aber ab 1914 als eine »verschärzte Abhängigkeit, welche zu Gunsten eines bestimmten Zwecks öffentlicher Verwaltung für alle Einzelnen begründet wird, die in den besonderen Zusammenhang treten« definierte.⁹ Es ist nun nicht mehr immerhin noch zweiseitig, sondern wirkt lediglich gegen den Gewaltunterworfenen, der als Untertan bezeichnet wird.¹⁰ Die »verschärzte Abhängigkeit« umreißt nur unzureichend die ursprünglich dramatischen Rechtsfolgen dieses Staatszusammenhangs. Die damals vorherrschende Impermeabilitätstheorie lehrte, dass innerhalb einer juristischen Person des öffentlichen Rechts keine Rechtsbeziehungen möglich (»rechtsfreier Raum«) und daher Maßnahmen im besonderen Gewaltverhältnis als »justizfreie Hoheitsakte« einer gerichtlichen Kontrolle entzogen seien. Ähnlich argumentierte man mit der Fiktion eines Grundrechtsverzichts beim Eintritt in die staatliche Sphäre. Heute spricht

⁴ Pierson 509-526.

⁵ Historisch grundlegend L. Wenninger, Geschichte der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis, 1982.

⁶ Knapp M. Otto, »Schmitthenner, Friedrich Jakob«, NDB 23 (2007), 245 f.; weiteren Einordnung M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland II, 1992, 182 ff.

⁷ Das Staatsrecht des Deutschen Reichs I, 1876, 386.; dazu J. Anslinger, Die Sonderverordnung, 1991, 44.

⁸ Bd. 1, 5. A. 1911, 442.

⁹ O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 2. A. 1914, 104 (1. A. 1895).

¹⁰ Zusammenfassend Anslinger, 45.

man lieber unbestimmt von Sonderrechtsverhältnis oder Sonderstatusverhältnis, um diese inhaltlichen Assoziationen zu vermeiden. Tatsächlich gelten seit dem Strafgefangenenurteil von 1972 die Grundrechte auch in den besonderen Gewaltverhältnissen.¹¹ In der Diktion des *BVerfG* sollten sie aber eingeschränkt werden können, soweit der Zweck des betreffenden besonderen Gewaltverhältnisses es erfordert. Der erhebliche Fortschritt der Grundrechtsgeltung wurde mit dem Vorbehalt der Zweckbestimmung des sie begrenzenden Rechtsverhältnisses erkauft, und blieb damit im Ausgang (»soweit«) in den kritischen Fällen letztendlich wirkungslos, wovon noch der Tinderbeschluss ein schwaches Echo wirft.

Das besondere Gewaltverhältnis der Beamten, Soldaten, Schüler, Studenten und Strafgefangenen konnte schärfste Formen asymmetrischer Abhängigkeit legitimieren. Während die Gewerbeordnungsnovelle von 1951 die Züchtigung in Lehr- und Ausbildungsverhältnissen endlich untersagte, sprach der *BGH* Lehrern noch 1957 ein Züchtigungsrecht nach »generellem Gewohnheitsrecht« zu.¹² Einen Verstoß gegen die Menschenwürde oder das Recht auf körperliche Unversehrtheit erkannten die Richter nicht bzw. sahen im Gewohnheitsrecht eine ausreichende Rechtsgrundlage, wohingegen sie einem hessischen Ministerialerlass zum Züchtigungsverbot die Rechtsqualität versagten. Aus den Schulen verschwand die Züchtigung erst in den 1970er Jahren, zuletzt in Bayern 1983 (heute Art. 86 Abs. 3 Nr. 1 BayEUG).

III. Ressourcenkontrolle: Der gerechte Lohn

1. Auch Lohnfindungsmechanismen und Lohnstrukturen können asymmetrische Abhängigkeiten kennzeichnen bzw. fördern, falls oder indem der Dienstherr Kontrolle über die materiellen Ressourcen des Bediensteten erlangt. Im Spätmittelalter und bis in die Frühe Neuzeit wurde der Lohn im öffentlichen Dienst weitgehend frei und individuell ausgehandelt.¹³ In der hoheitlichen Sphäre spielten die ständisch-korporatistischen Bindungen kaum eine Rolle. Im Bedarfsfall setzte man sich sogar ausdrücklich über die selbstgesetzten Höchstlöhne hinweg. Neben- und Privattätigkeiten diversifizierten die Einkommensquellen. Die effektiven Folgen unterschieden sich nach Sektor, Qualifikation und Zeitumständen.

In der Frühen Neuzeit wurden die Aushandlungsmöglichkeiten von Vertragslaufzeiten und Besoldung sukzessive geringer. Im 18. Jh. waren die Dienstherren immer weniger gewillt, sich auf Lohnverhandlungen einzulassen. Schlechte Finanzlagen beantworteten sie mit Personalkosteneinsparungen. Das selbstbewusste Bürgertum verlangte Transparenz und Kostenbegrenzung. Die Reichsstadt Frankfurt etwa konnte Stellen nicht mehr eigenverantwortlich schaffen, verändern oder die Entlohnung mit den Beamten aushandeln, weil Bürgerunruhen zu kaiserlichem Durchgreifen geführt hatten und Stellenplan und Besoldung nun vom Hof aus Wien vorgegeben wurden.¹⁴ Frankfurt bildete keinen Einzelfall, sondern reiht sich in eine ganze Anzahl bürgerlicher Aufstandsbewegungen ein.¹⁵ Suppliken ersetzten zunächst die alte Lohnfindungsstruktur mit Aushandlung bei Vertragsbegründung und -verlängerung. Mit

solchen Bittschriften ersuchten die Bediensteten um Anpassung ihrer Besoldung, oftmals in Form von Naturalleistungen neben der Besoldung und als Gegenleistung für freiwillig erbrachte Sonderleistungen. Solche Bewilligungen konnten in regelmäßige, d.h. jährliche Suppliken münden, die dann gewohnheitsmäßig gewährt wurden, wobei der Amtsträger ohne Rechtsanspruch blieb.

2. Das moderne Beamtenwesen kennt individuelle Lohnaushandlung nur noch in Randbereichen. Um 1800 entwickelte die Rechtslehre das sog. Alimentationsprinzip, das einerseits ältere Entwicklungen der Praxis, also bspw. die Lebenszeitstellung und die feste Besoldung anstelle der Zeitverträge und des gemischten Einkommens, systematisch zusammenfasste, aber auch neue Akzente setzte. Die Besoldung wurde rechtlich nicht mehr als Entgelt, sondern als lebenslange Unterhaltsrente verstanden. Der Streit zwischen Juristen und Ökonomen um das Verständnis der Alimentation durchzog das 19. Jh. und lässt sich bis in die 1960er Jahre nachverfolgen, ohne bis heute überwunden zu sein.¹⁶ Man verstand den Staatsdienst nun als Dienstpflicht, die einen Spurwechsel vom verhandlungsgerechten Lohn zur Entschädigung für Einbußen zur Folge hatte. Als Begründer des Alimentationsprinzips gilt *Nikolaus Thaddäus von Gönner*. Er rechtfertigte den Beamtenlohn aus dem Rechtsgedanken des Aufopferungsanspruchs. Anders als andere argumentierte er nicht mit einer Dienstpflicht, sondern verwies im Gegenteil darauf, dass der Beamte über seine staatsbürgerlichen Pflichten hinaus durch den Einsatz aller seiner Kräfte zum funktionsfähigen Staat beitrage und deshalb zwar keinen Lohnanspruch aber Anspruch auf einen »Ersatznahrungsstand« für die entgangenen Einnahmen aus einem anderen Beruf begründe.¹⁷

Für die Frage nach asymmetrischen Bindungen und Ressourcenkontrolle ist das folgenreich. Die Beamten wurden unterhalten, weil ihnen ein anderer Erwerbszweig nicht offenstand, da Verwaltungsaufgabe außerhalb des öffentlichen Sektors noch unüblich war. Erst mit dem Bedeutungsgewinn des tertiären Sektors änderte sich das. Zunächst hatte der Staat auf die Tätigkeit der speziell ausgebildeten Beamten faktisch ein Nachfragemonopol inne. Plastisch ließ sich formulieren, dass der Beamte nicht für das, was er leiste, bezahlt werde, sondern für das, was er nicht mehr leisten könne.¹⁸

3. Der Lohnfindungsmechanismus selbst ist bereits Ausdruck bestehender Asymmetrien, nämlich der Möglichkeit des Staates einseitig Rechte und Pflichten im Beamtenverhältnis zu setzen und damit das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung einseitig zu verändern. Der Staat machte im 20. Jh. von der Lohnsetzungskompetenz auch in Form von Lohnkürzungen Gebrauch. Besoldungspolitik war und ist nicht zuletzt Haushaltspolitik. 1909 wurde erstmals ein Reichsbesoldungsgesetz eingeführt, weil durch das Stagnieren der Nominallöhne ein massiver Kaufkraftverlust eingetreten war und der Rückstand gegenüber Arbeitern und Handwerkern ausgeglichen werden sollte. Der soziale Abstieg lässt sich in den Einkommensstatistiken ab 1850 ablesen. Gegen Ende

¹¹ BVerfGE 33, 1, Rn. 29.

¹² BGHSt 11, 241-263.

¹³ Pierson 486 f.; 553 f.

¹⁴ Pierson 97-109.

¹⁵ Klassischer Überblick P. Bückle, Unruhen in der ständischen Gesellschaft 1300-1800, 1988.

¹⁶ Vertiefend B. Thieme, Das Alimentationsprinzip. Erklärungsansätze seit den Anfängen einer finanzwissenschaftlichen Theoriebildung, 1992.

¹⁷ Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet, 1808, 117.

¹⁸ Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht II, 3. A. 1924, 205.

des Ersten Weltkriegs lag das Gehalt hoher preußischer Beamter unter dem von Akkordlohnarbeitern. In der Literatur legitimierte man den Einkommensrückstand mit der mit dem Staatsdienst verbundenen Ehre. Die politischen Verwerfungen der Zwischenkriegszeit perpetuierten das Problem, rückten aber auch das Argument der Arbeitsplatzsicherheit in den Fokus des Ringens um einen gerechten Lohn.¹⁹

4. Die juristische Dogmatik unterstützte die knapp bemessene Besoldung. Lebenszeit- und Alimentationsprinzip wurden zu Hauptträgern fortgesetzter Abhängigkeit, indem sie dazu beitrugen, das Beamtenverhältnis nicht als ein zeitlich begrenztes Gegenseitigkeitsverhältnis zu verstehen. Sie schufen Abhängigkeit auf Dauer, indem das sogenannte von der Hand in den Mund-Prinzip nur die Nahrung des Beamten im Sinne einer standesgemäßen Lebensführung sicherstellen, aber bewusst keinen eigenen Vermögensaufbau ermöglichen sollte, auch nicht für das Alter, wobei man sehr lange darüber stritt, ob damit mehr als nur die notdürftigste Nahrung gemeint war.²⁰ Die Altersversorgung hingegen erfolgt als sog. später Lohn nach Erreichen der Pensionsgrenze. Durch die Verlagerung des Entgelts auf das Lebensende werden – verstärkt durch Nebentätigkeitsbeschränkungen – erhebliche lock-in-Effekte erzeugt, beides mit deutlichen frühneuzeitlichen Parallelen. Die Beamtenpension versüßt die durch vorherige Kurzhaltung erzeugte Abhängigkeit und sichert Loyalität und Pflichten selbst im Ruhestand.

IV. Exitchancen: Das Freiheitsproblem

Die Erörterung des Freiheitsproblems muss auf zwei Facetten reduziert werden, die Begründung und Beendigung des Dienstverhältnisses. Freiheitsschranken im laufenden Dienstverhältnis, z.B. Disziplinarrecht, Streikverbot, die einseitige Setzung von Rechten und Pflichten, die Rechtswegproblematik, Vertragsstrafen und andere Instrumente der Sozialdisziplinierung, bilden daneben ein Kontinuum. Außerdienstliche Wohlverhaltenspflichten, wie sie der Tinderbeschluss illustriert, spiegeln sich im Spätmittelalter in dem Verbot, ohne hoheitliche Genehmigung an Feiern, v.a. Hochzeiten teilzunehmen oder über Nacht außer Haus zu bleiben.

1. Der Eintritt in ein Dienstverhältnis mit einem Hoheitsträger basierte im Spätmittelalter auf freiem Vertrag. Anders als im sonst gebundenen Privatrecht bestand ein Ausnahmebereich mit Vertragsfreiheit. Abschluss- und Partnerwahlfreiheit unterschieden das vormoderne Beamtenverhältnis scharf von Vertragsverhältnissen mit Kontrahierungszwang oder gar Formen unfreier Arbeit bis zum Arbeitszwang. Auch Gestaltungsfreiheit bestand, jedoch setzten die Städte zunehmend Vertragsinhalte durch, die in eine asymmetrische Abhängigkeit der Stadtbediensteten mündete: Die rechtlichen Instrumente waren die Vertragsdauer und das Beendigungsregime. Einseitig belastende Vertragsbedingungen blieben im Hinblick auf die Begründung starker Abhängigkeiten so lange unproblematisch, wie die Dienstverhältnisse von befristeter Dauer waren. Das Fristende war Exit- und Aushandlungschance zugleich. Die Bediensteten konnten bessere Bedingungen aushandeln

oder den Dienst verlassen. Vertragsverlängerungen führten regelmäßig zu höherer Besoldung, und längere Vertragsdauern ließ man sich abgelten, weil die nächste Aushandlungschance weiter in die Zukunft verschoben wurde. Die Entfristung der Verträge in der Frühen Neuzeit beraubte die Bediensteten dieser individuellen Aushandlungschance, kollektive gab es nicht. Übrig blieben die Suppliken, die aber gerade Kennzeichen asymmetrischer Abhängigkeit waren, weil die Bittschrift ohne Rechtsanspruch aus untergeordneter Position erfolgte und mit keinem Druckmittel verbunden war.

Entscheidende Stellschraube für die Konstruktion von starker asymmetrischer Abhängigkeit bildet das Zusammenspiel von Befristung und Entfristung einerseits und Beendigungsrecht andererseits. Im Spätmittelalter und in der Frühen Neuzeit lag das Kündigungsrecht im öffentlichen Dienst meist einseitig beim Dienstherrn. Durch die Entfristung wurden die Beamten daher einseitig gebunden, während der Dienstherr sich allenfalls an zumeist vierwöchige oder dreimonatige Kündigungsfristen halten musste. In der Vertragsdurchführung verwischen damit die Grenzen hin zu unfreier Arbeit, weil der Dienstnehmer keine Exitmöglichkeit ohne ausdrückliche Zustimmung des Dienstherrn hatte. Die Rechtsprechung störte sich an der dauerhaften Bindung, soweit ersichtlich, nicht, obwohl Konflikte um diese Bindung nicht selten waren. Eine Dienstbeendigung wünschten die Beamten insbesondere, wenn sie das Territorium verlassen wollten, was im rechtlichen und politischen Flickenteppich des Alten Reichs keine seltene Ausnahme war – etwa wegen Eheschließung oder Erbantritt, aber auch wegen eines besseren Angebots eines konkurrierenden Dienstherrn. In Frankfurt gab der Rat oft nach, sobald der Dienstnehmer einen geeigneten Nachfolger präsentieren konnte, das Sukzessionsrisiko wurde aber auf den Dienstnehmer abgewälzt. Umgekehrt wurde allerdings im 17. und 18. Jh. um die Wirksamkeit des freien Kündigungsrechts des Dienstherrn gerungen.²¹

Die Reichshofratsakten zeigen schwere Konflikte um das Ende eines Dienstverhältnisses v.a. im Fürstendienst: So warf Herzog Franz II. von Sachsen-Lauenburg einem hohen Beamten, Dr. Hektor von Mitthoff d. Ä. unerlaubtes Entweichen aus dem Dienst vor und hielt den Jahressold und weitere Gelder zurück. Sie stritten darum, ob Mitthoff 1616 einen Tag zu früh aus dem Dienst geschieden war. Auch Hannover intervenierte, dass seine rechtsrechtlichen Privilegien wegen des Vorgehens gegen ihren Syndikus und Bürger Mitthoff verletzt sah. Hintergrund des Konflikts war, dass Franz II. ihm anlässlich der letzten Vertragsverlängerung ein Haus geschenkt hatte, eine Fehlinvestition. Der Fall zeigt also sowohl extreme Aushandlungserfolge bei Vertragsverlängerung als auch Konflikte um die Beendigung sogar eines befristeten Vertrags.²²

2. Als man in der Frühen Neuzeit versuchte, das Beamtenverhältnis konkreter juristisch zu fassen und den Vertragstyp zu bestimmen, zog man neben *mandatum* und *precarium* vor allem die *locatio conductio operarum* heran²³. Sie orientierte sich für die Dienstmiete von Freien, insbesondere als Tagelöhner, an der römisch-rechtlichen Sachmiete von Sklaven. In der Theorie bewegte sich das Beamtenverhältnis damit auf dem Ni-

¹⁹ Vertiefend G. Till, Die Entwicklung des Alimentationsprinzips. Zum tieferen Verständnis eines hergebrachten Grundsatzes des Berufsbeamtenums in der Diskussion um die Dienstrechtsreform, 1979, ab 195.

²⁰ Zur Rechtfertigung BVerfGE 21, 329, 345 ff.

²¹ Zusammenfassend Pierson 526-538; 559-563.

²² Pierson 516 m.w.N.

²³ Knapp I. Dold, Die Entwicklung des Beamtenverhältnisses im Fürstentum Fürstenberg in der Zeit des späten Naturrechts (1744-1806), Diss. Freiburg, 1961, 30-36.

veau des Gesindeverhältnisses oder anderer unterprivilegierter Beschäftigtengruppen, blieb aber vertragsbasiert. Für die Vordenker des Beamtenrechts um 1800 basierte das Beamtenverhältnis hingegen nicht mehr notwendig auf einer freien Willensübereinstimmung der Parteien und damit auf vertraglicher Grundlage. Vielmehr erfülle der Beamte bloß seine Dienstplicht gegenüber dem Staat.²⁴ Diese theoretische Konstruktion eines Dienstzwangs funktioniert im Beamtenwesen aber nur sehr schlecht. Dazu ist der Staat zu sehr auf eine loyale Amtsführung seiner qualifizierten Funktionsträger angewiesen. Allerdings schlossen sich Beamtentätigkeit und persönliche Unfreiheit schon traditionell nicht aus. Mit römischen Beamtenklaven oder den teilweise sogar schon niederadligen, aber noch unfreien Ministerialen des Mittelalters existiert eine lange Traditionsserie. Die Dienstbeendigung hingegen wurde nicht mehr rechtlich unterbunden, aber wirtschaftlich unattraktiv gemacht.

V. Protestchancen: Access to justice

Die Antwort auf die Frage, wer Konflikte entscheidet, bestimmt maßgeblich über asymmetrische Abhängigkeit. Die Stichworte sind schnell erzählt. Bestehen einer unabhängigen Justiz, Fragen von Zuständigkeiten und Rechtsweg, Grundrecht auf wirksamen Rechtsschutz. Die Patrimonialgerichtsbarkeit des Grundherrn bildet ein bekanntes Beispiel. Auch im Beamtenverhältnis ist nicht nur an Richterbeeinflussung oder Kabinettsjustiz und Evokationsrechte zu denken, in denen ein sich als absolut verstehender Herrscher eine Letztentscheidungskompetenz zubilligt. Vielmehr konnte der Dienstherr vor der Etablierung einer Gewaltenteilung schlicht der zuständige Richter über diese Rechtsstreitigkeiten sein. In Frankfurt etwa war der Rat höchstes Gerichtsorgan und damit Richter und Dienstherr in Personalunion. Ein wirksamer Rechtsschutz erforderte daher die Möglichkeit der Appellation an die Reichsgerichtsbarkeit, die jedoch für verschiedene Territorien durch Privilegien ausgeschlossen war (*privilegia de non appellando*). Selbst wenn ihnen solche nicht verliehen waren, versuchten die Landes- und Stadtherren den Rechtszug durch Gerichtsstandsklauseln abzuschneiden.²⁵

Setzten sich Beamte über solche Klauseln hinweg, eskalierten Streitigkeiten um das Dienstverhältnis v.a. im Fürstendienst, falls die Herrscher dies als Verletzung des Dienstsanktionieren konnten. So reagierte Herzog *Eberhard Ludwig von Württemberg* in den Jahren 1709 bis 1711 auf die Anrufung des Reichshofrats durch seinen Oberrat und Rentkammerprorukrator *Jung* mit der Anordnung von Festungshaft. In der Sache ging es um eine Zwangspensionierung zu besonders schlechten Bedingungen. Beschwerden über eine niedrige Pension sah der Herzog ob seines willkürlichen Entlassungsrechts als »undankbar, boshafte und raffgierig«, weil die Leistung überhaupt einen Gnadenakt darstellte. Im Ergebnis verzichtete *Jung* für seine Freilassung auf ein Weitertreiben des Prozesses und begab sich auf die Suche nach einer anderen Anstellung.²⁶ Es waren aber nicht nur höhere Beamte, die die Reichsgerichte anriefen, sondern auch einfache Bedienstete wie Kanzleiboten, Forstknechte oder Unterzöllner. Dennoch war der Rechtsweg kostspielig, unsicher und mit Gefahren verbunden, weshalb

sich die Beamten oft auf die innerterritorialen Möglichkeiten beschränkten. Neben der wenig erfolgversprechenden Klage gegen den Dienstherrn war das die Supplik, die das Subordinationsverhältnis allerdings manifestierte und perpetuierte.

Rechtskonflikte um das moderne Beamtenverhältnis sind bislang nicht unter dem Gesichtspunkt asymmetrischer Abhängigkeit systematisch untersucht worden. Die Öffnung des Rechtswegs allein löste aber nicht die materiellen Fragen. So verneinte das Reichsgericht die Frage, ob der Schutz der wohlerworbenen Rechte der Beamten in Art. 129 WRV den erreichten Stand der Besoldung sicherte, weil sie wegen des Änderungsvorbehals in der Besoldungsgesetzgebung nicht zum wohlerworbenen Recht erwachsen konnte.²⁷ Heute wird z.B. über außerdienstliche Verhaltenspflichten oder um das im europäischen Vergleich eher unübliche Streikverbot für Beamte gestritten. Freiheitsprinzip und Ressourcenkontrolle bleiben damit umkämpft.

VI. Ergebnisse

1. Das öffentliche Dienstverhältnis war in der spätmittelalterlichen Praxis der Prototyp eines freien Arbeitsvertrags. Einmal in den Dienst eingetreten, konnten die Vertragsbedingungen einseitige asymmetrische Abhängigkeiten schaffen. Charakteristisch sind die Treue- und Gehorsamspflichten, Disziplinargehalt und ein Übergriff in die private Lebensgestaltung bis hin zu Heiratspflichten. Abhängigkeit wurde rechtlich verstärkt, wenn Exit- und Protestchancen durch Einschränkung des Rechtswegs und Lebenszeitbindung genommen wurden.

2. Das zweifelhalte Entwicklungsnarrativ von unfreier zu freier Lohnarbeit trifft auf das Beamtentum nicht zu. Erstens ist der ältere öffentliche Dienst nicht als unfreie Lohnarbeit zu charakterisieren, sondern stand prototypisch für den freien Dienstvertrag, quasi als Freiheitsinsel in einem Meer des gebundenen Privatrechts. Zweitens entwickelte sich das Beamtenverhältnis von einem Vertragsverhältnis zu einem Statusverhältnis, in dem Abhängigkeit nicht mehr ausgehandelt, sondern ex ante durch den Dienstherrn gesetzt wurde. Staatsrechtslehre und Praxis verzögerten die Durchsetzung des Freiheitsprinzips im beamtenrechtlichen Statusverhältnis durch die Konstruktion des besonderen Gewaltverhältnisses. Unter der Herrschaft des Grundgesetzes betrachtete man dies als nicht mehr tragbare Zutat, die Grenzziehung aber bleibt schwierig und birgt im außerdienstlichen Bereich die Gefahr einer auf Abschreckung und Einschüchterung basierenden Selbstzensur (sog. chilling effect).

3. Obwohl das Beamtenverhältnis von asymmetrischer Abhängigkeit durchzogen war, fanden sich immer genügend Eintrittswillige. Offensichtlich nahm man diese Abhängigkeit für die korrespondierenden Vorteile in Kauf, also eine gewisse Sicherheit und ein gewisser Schutz. Nicht umsonst gehört die *commendatio* zu den historischen Traditionslinien des Beamtenwesens. Diese Attraktivität gilt auch für die modernen Versorgungssysteme, welche die asymmetrische Abhängigkeit zu versüßen scheinen. Heute erfolgt die Konstruktion von asymmetrischer Abhängigkeit daher subtiler, insbesondere durch die Ressourcenkontrolle und die Ausgestaltung des Alimentationsprinzips.

²⁴ Vgl. R. Pannhausen, Das Alimentationsprinzip im Beamtenrecht, Diss. Regensburg 1978, ab 8.

²⁵ Pierson 546-552.

²⁶ Pierson 450 m.w.N.

²⁷ RGZ 134, 1-17.