

Die Öffentliche Verwaltung

Zeitschrift für öffentliches Recht
und Verwaltungswissenschaft

DÖV

Schriftleitung:
Univ.-Prof. Dr. Hartmut Bauer,
Potsdam;
Univ.-Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann,
Speyer

Verlag W. Kohlhammer Stuttgart

Sonderdruck

5. „Netzwerk-Theorem“

Gemäß dem „Netzwerk-Theorem“²⁸ besteht eine der zentralen Ursachen für die berufliche Benachteiligung von Frauen im öffentlichen Dienst darin, dass sie häufig nur eine geringe Bereitschaft zeigen, sich beruflich mit Kolleginnen und Kollegen zu vernetzen und die aus ihrer beruflichen Tätigkeit sich ergebenden Beziehungen auch in ihr privates Umfeld zu übertragen. Die Pflege von für das eigene berufliche Fortkommen wichtigen sozialen Beziehungen, die Bereitschaft, sich an „geselligen Runden“ innerhalb und außerhalb der Verwaltung zu beteiligen sowie das Bemühen um persönliche Kontakte zu Vorgesetzten oder zur Behördenleitung wird stattdessen mehr als eine Domäne der männlichen Beschäftigten angesehen. Vor diesem Hintergrund gewinnen die in letzter Zeit für Frauen propagierten Konzepte wie „Coaching“ und „Mentoring“²⁹ ihre Bedeutung. Als negativ für das berufliche Fortkommen von Frauen wird auch ihr vermeintlich geringes Engagement bewertet, aktiv in schon lange etablierten netzwerkartigen Institutionen wie im Personalrat, in Parteien oder in einem politiknahen Verband mitzuarbeiten.

6. Fazit

Wie man sieht, lassen sich sehr unterschiedliche Erklärungen für die berufliche Benachteiligung von weiblichen Beschäftigten im öffentlichen Dienst anführen. Sie verweisen einerseits auf die verzweigte und weit reichende Problematik der beruflichen Gleichstellung zwischen den Geschlechtern im Allgemeinen und der speziellen Situation von weiblichen Beschäftigten im Besonderen. Andererseits machen sie darauf aufmerksam, dass der Weg zur beruflichen Gleichstellung nur durch eine Vielzahl sehr unterschiedlicher Maßnahmen erreicht werden kann, die zum Teil weit über das engere berufliche Umfeld hinausweisen.

V. Ausblick: Auf dem Weg zur „Feminisierung“ des öffentlichen Dienstes?

Nach den bisherigen Ausführungen lässt sich von einer „Feminisierung“ des öffentlichen Dienstes in der Bundesrepublik Deutschland nicht sprechen, selbst wenn einige Daten in eine solche Richtung deuten könnten. Allerdings ist damit die Forderung nach einer „Feminisierung“ des öffentlichen Dienstes natürlich nicht aus der Welt. Wer jedoch eine solche Forderung erhebt, muss präzise darlegen können, was er oder sie unter dem Begriff eigentlich versteht. Meint man damit die Gleichstellung und Gleichberechtigung zwischen den Geschlechtern, läuft dies angesichts der im öffentlichen Dienst bestehenden Ungleichgewichte zwischen weiblichen und männlichen Bediensteten eher auf deren Ungleichbehandlung als auf deren Gleichbehandlung hinaus. Dies würde zum Beispiel so

lange eine berufliche Bevorzugung der Frauen erforderlich machen, bis eine zumindest annähernde Gleichstellung erreicht ist. Dabei dürfte aber nicht gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen werden, da andernfalls rechtliche Probleme aufgeworfen würden.

Als Vorgehensweise, um einer Gleichstellung der Geschlechter näher zu kommen, wird gelegentlich das sog. Reißverschlussverfahren vorgeschlagen. Danach wird jede ursprünglich von einem Mann besetzte frei werdende Stelle von einer Frau übernommen. Dieses Verfahren soll so lange fortgesetzt werden, bis eine Gleichstellung erreicht ist. Da es inzwischen aber auch Bereiche im öffentlichen Dienst gibt, in denen die männlichen Beschäftigten unterrepräsentiert sind, müsste dies konsequenter Weise zu einer besonderen Förderung des männlichen Geschlechts führen, sofern man die Gleichberechtigung und Gleichbehandlung nicht nur für den öffentlichen Dienst insgesamt, sondern auch *innerhalb* seiner einzelnen Bereiche anstrebt. Bezieht man dagegen die Gleichstellung zwischen Männern und Frauen auf den öffentlichen Dienst im Ganzen, können solche „Inseln“ der Dominanz des weiblichen Geschlechts ebenso hingenommen werden wie Bereiche, in denen das männliche Geschlecht vorherrschend ist.

Der Begriff „Feminisierung“ lässt sich aber nicht nur für ein rein zahlenmäßiges Übergewicht des weiblichen Geschlechts an der Gesamtzahl der Beschäftigten reservieren, sondern man kann darunter auch einen bestimmten Verwaltungsstil und eine spezifische Verwaltungskultur verstehen. Selbst wenn bisher noch nicht klar ist, was man sich unter einem solchen Feminisierungsbegriff konkret vorzustellen hat, so sind weiter oben doch einige Hinweise dazu gegeben worden, wie ein solcher „weiblicher“ Arbeits- und Verwaltungsstil aussehen könnte. Freilich gilt es zu bedenken, dass ein solcher Stil nicht unbedingt eine quantitative Dominanz weiblicher Bediensteter voraussetzt, wie dies in der Regel unterstellt wird. Insofern ist die Devise, dass nur dort, wo Frauen in der Überzahl sind, ein „weiblicher“ Verwaltungsstil praktiziert werden kann, in dieser pauschalen Form keinesfalls überzeugend. Frauen sind durchaus fähig und willens, einen „männlichen“ Verwaltungsstil³⁰ zu pflegen und ebenso sind Männer in der Lage, einem „weiblichen“ Verwaltungsstil zu folgen. Aber unabhängig davon, ob ein „femininer“ oder ein „männlicher“ Verwaltungsstil überhaupt existiert, ob solche Verwaltungsstile überhaupt wünschbar sind und ob sie sich innerhalb des öffentlichen Dienstes durchsetzen lassen, in allen Fällen bedarf es noch vielfältiger empirischer Untersuchungen, bevor darüber ernst zu nehmende Aussagen getroffen werden können.

30 Auch wenn nicht klar ist, was unter einem „männlichen“ Verwaltungsstil gemeint ist, wird doch in dieser Richtung immer wieder argumentiert. Um ein Beispiel zu zitieren (*Steckmeister* [Fn. 24], S. 239): „Die ‚Verbetriebswirtschaftisierung‘ [sic!] oder die betriebswirtschaftliche Übersteuerrückbildung hat nicht nur eine Haushalts- und Fiskallogik, sondern sie hat auch eine männliche Sozialisations- und Dominanzstruktur [...] und da Männer die Erdenker neuronaler Haushaltslogiken sind, hat sich ihre Herrschaft eher verstärkt“. Das Negativimage der öffentlichen Verwaltung beruht demnach auch „in ihrer männlich-hoheitlichen Arroganz“ (S. 240).

28 Das „Netzwerk-Theorem“ weist inhaltliche Überschneidungen zum „Bürokratie-Theorem“ auf. Der entscheidende Unterschied zwischen den beiden „Theoremen“ besteht darin, dass das „Bürokratie-Theorem“ auf die formalen bürokratischen Abläufe und Regelungen innerhalb der Verwaltung abhebt, während das „Netzwerk-Theorem“ mehr auf die informellen Aspekte des Verwaltungshandelns verweist.

29 *Eva Fischer*, *Managing Diversity and Gender Politics*, Dissertation Universität Passau 2004.

Rechtsprobleme des Zivildienstes

Von Universitätsprofessor Dr. Alexander Graser und Dan Tidten, Rechtsreferendar, Berlin*

Die Ankündigung einer Verkürzung des Zivildienstes¹ hat eine grundsätzliche Debatte über die Recht- und Zweckmäßigkeit des Zivildienstes in seiner gegenwärtigen Form ausgelöst. Insbesondere stehen die Behauptungen im Raum, dass der Zivildienst ökonomisch unsinnig sei, für privatnützige Zwecke missbraucht werde und wettbewerbsverzerrend wirke. Der Beitrag erörtert diese Kritik aus juristischer Perspektive.

I. Zum Hintergrund der Reformdebatte

Die neue Bundesregierung hat im Koalitionsvertrag vereinbart, den Wehrdienst zu verkürzen.² Gegenwärtig dauert er noch neun Monate; ab 2011 sollen es nur noch sechs Monate sein. Damit wird auch eine entsprechende Verkürzung des Zivildienstes einhergehen.³ Schon in den letzten Jahren ist die Dauer beider Dienste schrittweise abgesenkt worden. Vor zehn Jahren betrug der Zivildienst zum Beispiel noch 13 Monate, weitere zehn Jahre davor waren es sogar 20 Monate.

Hintergrund der wiederholten Verkürzungen ist der veränderte Bedarf der Bundeswehr, die nicht mehr genügend Einsatzmöglichkeiten für die Wehrdienstleistenden hat. Trotz aller Reformen werden deswegen seit Jahren immer weniger junge Männer tatsächlich zum Wehrdienst eingezogen. Die damit verbundene Ungleichbehandlung ist politisch und auch rechtlich umstritten. Auch die Gerichte mussten sich hiermit in jüngerer Zeit wiederholt beschäftigen.⁴

Beim Zivildienst ist die Lage anders. Von mangelnden Einsatzmöglichkeiten ist hier seltener die Rede. Trotzdem kann man den Unterschieden im Bedarf an Wehr- und Zivildienstleistenden kaum Rechnung tragen. Denn der Zivildienst ist „Ersatz“-Dienst und seine Dauer deswegen an die des Wehrdienstes gekoppelt.

Tatsächlich gibt es deswegen zurzeit große Unterschiede bei der Einberufungspraxis. Im Gegensatz zum Wehrdienst werden beim Zivildienst praktisch alle Verpflich-

teten auch einberufen.⁵ Das ist unter Gleichheitsaspekten ebenfalls bedenklich.

Angesichts dieser Gleichheitsprobleme leuchtet das Vorhaben der Bundesregierung zunächst unmittelbar ein. Denn wenn der Wehrdienst kürzer wird, dann müsste man dafür wieder mehr und vielleicht sogar annähernd alle jungen Männer eines Jahrgangs gleichermaßen einsetzen können. Bei näherer Betrachtung regen sich jedoch Zweifel. Schon beim Wehrdienst fragen sich viele, ob sechs Monate nicht viel zu kurz sind für einen sinnvollen Dienst.⁶ Für den Zivildienst dürfte das mindestens ebenso sehr gelten.

Soweit zum Hintergrund der angekündigten Reform. Medien und Interessenverbände haben umgehend auf die Ankündigung reagiert. Dabei ist insbesondere der Zivildienst in den Mittelpunkt der öffentlichen Aufmerksamkeit gerückt. Die Wohlfahrtsverbände haben die Warnung verbreitet, dass mit der abermaligen Verkürzung das Ende des Zivildienstes eingeläutet werde.⁷ Die Diskussion hat sich rasch ausgeweitet zu einer grundsätzlichen Debatte über Sinn und Unsinn des Zivildienstes. Mitte November widmete das Politmagazin *Frontal 21* dem Thema einen Beitrag mit dem Tenor, dass der Zivildienst – so wörtlich – „überflüssig und teuer“ sei und deswegen zu recht „vor dem Aus“ stehe.⁸ Wenig später erreichte die Debatte auch den Bundestag. Die Fraktion der GRÜNEN stellte der Bundesregierung im Rahmen einer sog. „Kleinen Anfrage“ rund 50 Einzelfragen zur geplanten Zivildienstreform.⁹

Die Regierung scheint seither vor allem darum bemüht zu sein, das Tempo aus der Diskussion zu nehmen. Sie hat auf die Anfrage zwar pflichtschuldig geantwortet. Aber in der Sache hat sie die Fragen fast durchweg offengelassen und darauf verwiesen, dass sie ihre Reformüberlegungen gerade erst begonnen habe.¹⁰

Die Reformdiskussion ist angesichts dessen noch sehr offen. Insofern erscheint der Zeitpunkt günstig für eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit der Kritik, die in letzter Zeit am Zivildienst geübt worden ist.

* Anmerkung der Schriftleitung: Alexander Graser ist Professor für vergleichendes öffentliches Recht und Sozialpolitik an der Hertie School of Governance; Dan Tidten ist Rechtsreferendar am Kammergericht in Berlin.

1 In der Zeit zwischen Abschluss des Manuskripts und Publikation dieses Beitrags hat sich die politische Lage dahingehend verändert, dass statt einer Verkürzung nun die Aussetzung der Wehrpflicht anvisiert wird. Ohne dass sich dadurch eine Erörterung der hier behandelten Rechtsfragen erübrigen würde, dürften sich deren Parameter doch dementsprechend verschieben.

2 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 17. Legislaturperiode, www.cdu.de/portals/2009/29145.htm (4.2.2010), S. 116.

3 Ebd., S. 73.

4 BVerwGE 122, 331; VG Köln, Urt. v. 21.4.2004, 8 K 154/04, NJW 2004, 2609 ff.

5 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Gehrung u. a. sowie der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 16/10256, S. 2.

6 „Überflüssig und teuer – Zivildienst vor dem Aus?“, Nachrichtenmagazin „Frontal 21“ v. 17.11.2009, <http://frontal21.zdf.de/ZDFde/inhalt/13/0,1872,7930253,00.html> (4.2.2010).

7 „Sechs Monate Zivildienst – ein Ding der Unmöglichkeit“, Augsburgischer Allgemeine v. 4.11.2009; „Steht der Zivildienst vor dem Aus?“ Beitrag im ARD-Nachtmagazin v. 4.11.2009, www.tagesschau.de/multimedia/video/video597408.html (4.2.2010).

8 Vgl. oben Fn. 6.

9 BT-Drs. 17/93 v. 27.11.2009.

10 Ebd., S. 2.

II. Ökonomische Unsinnigkeit des Zivildienstes?

Größte Verbreitung hat zurzeit wohl der Einwand, dass der Zivildienst ökonomisch unsinnig sei.¹¹ Genauer betrachtet, hat diese Behauptung zwei Komponenten: eine volkswirtschaftliche und eine betriebswirtschaftliche. Diese gilt es zunächst zu differenzieren, bevor im Anschluss die verfassungsrechtliche Relevanz der Kritik erörtert wird.

1. Die Behauptung ökonomischer Unsinnigkeit

Volkswirtschaftlich, so die Kritik, sei der Zivildienst unsinnig, weil es günstiger wäre, die Leistungen durch reguläre Arbeitskräfte erbringen zu lassen. Zwar bestreitet niemand, dass ein Zivildienstleistender nur gut die Hälfte dessen kostet, was ein normaler Arbeitnehmer für die entsprechende Arbeit bekäme. Aber wenn man in die Rechnung einbezieht, dass die Stellen von Personen eingenommen werden könnten, die zurzeit großenteils Sozialleistungen beziehen, dann, so die Argumentation, wäre dies letztlich doch günstiger als der Einsatz von Zivildienstleistenden.

Die betriebswirtschaftliche Variante der Kritik richtet sich vor allem gegen die Kürze des Dienstes. Ähnlich wie beim Wehrdienst wird vorgebracht, dass viele der Tätigkeiten nicht sinnvoll ausgeübt werden könnten in den schon bisher bloß neun und künftig nur noch sechs Monaten. Bei Rettungs- und Pflegediensten zum Beispiel seien Kenntnisse erforderlich, die sich in so kurzer Zeit kaum vermitteln, geschweige denn einsetzen ließen; bei Betreuungsstellen sei es den Betreuten kaum zumutbar, wenn die Betreuer ständig wechseln, und überhaupt sei es für eine sinnvolle Planung der betrieblichen Abläufe eher hinderlich, wenn der Zivildienst endet, lange bevor der neue Jahrgang zur Verfügung steht.

Wie berechtigt diese Behauptungen im Tatsächlichen sind, ist umstritten. Aber im Folgenden sei – für die Erörterung der verfassungsrechtlichen Relevanz – angenommen, dass die Kritik sachlich im Wesentlichen zutrifft. Zu fragen wäre dann, ob ein ökonomisch nutzloser Zivildienst verfassungsgemäß ist. Insbesondere könnte in der Verpflichtung zu einem solchen Dienst eine Verletzung der Grundrechte des betroffenen Zivildienstleistenden liegen.

2. Das Verhältnis der Art. 12 und 12 a GG

Auf den ersten Blick scheint es sich hierbei um eine simple Grundrechtsprüfung im Bereich der Berufsfreiheit zu handeln. Bei näherer Betrachtung ist das jedoch nicht der Fall. Das Problem liegt darin, dass das Verhältnis zwischen Art. 12 und 12 a GG umstritten ist. Diese Unklarheit wirkt sich mehrfach auf die Prüfung aus.

Noch relativ unstrittig dürfte zunächst sein, dass der Schutzbereich des Art. 12 GG betroffen ist. Schließlich handelt es sich beim Zivildienst um eine staatlich angeordnete Arbeitspflicht. Interessanter ist die nächste Prü-

fungsebene. Nach einer verbreiteten Ansicht soll der Eingriff in die Berufsfreiheit nicht erst durch die einfachgesetzliche Ausgestaltung der Dienste erfolgen, sondern bereits durch Art. 12 a GG, also durch die Verfassung selbst.¹² Diese Ansicht hat ihre Wurzeln in einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus den 70er Jahren. Damals hat das Gericht ausgeführt, dass ein Bundesgesetz, das die Wehrpflicht regelt, damit lediglich die Grundentscheidung des Art. 12 a GG – so wörtlich – „aktualisiert“.¹³ Das lässt sich nun tatsächlich so lesen, als solle der Eingriff bereits in Art. 12 a GG liegen; und noch vor wenigen Jahren hat das Bundesverfassungsgericht nochmals betont, dass diese Sicht seiner bisherigen Rechtsprechung entspreche.¹⁴

Allerdings hat das Gericht dabei ausdrücklich offengelassen, ob es hieran auch künftig festhalten wolle. In der Tat sprechen die besseren Argumente gegen diese Ansicht. Insbesondere weist der Wortlaut des Art. 12 a GG klar in die entgegengesetzte Richtung. Sowohl in Absatz 1 als auch in Absatz 2 heißt es, dass junge Männer zum Dienst verpflichtet werden „können“. Das klingt nun gerade nicht, als wären sie bereits von Verfassungs wegen dazu verpflichtet. Vielmehr sind sie es erst, wenn der Gesetzgeber ein entsprechendes Gesetz erlässt. Vorzugswürdig ist deswegen die Ansicht, die Art. 12 a GG nur für eine Ermächtigungsnorm hält, die es dem Gesetzgeber erlaubt, die Grundrechte der betroffenen Personen einzuschränken.¹⁵

3. Rechtfertigungsanforderungen gem. Art. 12 a GG

Relevanz erlangt dieser Meinungsstreit auf der nächsten Prüfungsebene, also bei den Rechtfertigungsanforderungen. Unstreitig ist zunächst, dass Art. 12 a GG besondere Anforderungen aufstellt, denen die einfachgesetzliche Ausgestaltung der Dienste zu genügen hat – also „Schranken-Schranken“ in der hier gewählten Konstruktion. Konkret verlangt Absatz 2 zum Beispiel, dass der Zivildienst nicht länger als der Wehrdienst dauern darf.

Anerkannt ist ferner, dass die einfachgesetzlichen Ausgestaltungen darüber hinaus auch einer Reihe von allgemeinen Anforderungen genügen müssen. Dazu gehört insbesondere, dass sie keine anderen Verfassungsnormen verletzen. Relevant ist hier vor allem Art. 3 GG in seiner besonderen Ausprägung als Grundsatz der Wehrgerechtigkeit.¹⁶

Streitig ist dagegen, welche weitergehenden Anforderungen bestehen. Kontrovers ist dabei insbesondere die Frage, ob als materielle Schranken-Schranke der Grund-

12 So *Rupert Scholz*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), Kommentar zum GG, Loseblatt, Stand: Okt. 2009, Art. 12 Rn. 2 a.E., Art. 12 a Rn. 27, 28; *Gilbert Gornig*, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum GG, 5. Aufl. 2005, Art. 12 a Rn. 65; a.A. *Juliane Kokott*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Kommentar zum GG, 5. Aufl. 2009, Art. 12 a Rn. 2.

13 BVerfGE 3, 222 (228).

14 Ebd.

15 So auch *Kokott* (Fn. 11), Art. 12 a Rn. 2: „Art. 12 a ermächtigt nur zum Erlass der entsprechenden Gesetze.“

16 Vgl. hierzu sowie zu den aktuellen Problemen hiermit oben Fn. 6, 7.

11 Vgl. oben Fn. 6 sowie „Soziale Einrichtungen halten sechs Monate Zivildienst für unzureichend“, Tagesschau-Sendung v. 4.11.2009, www.tagesschau.de/multimedia/video/video597408.html (1.3.2010).

satz der Verhältnismäßigkeit Anwendung finden soll. In einer sehr frühen Entscheidung aus dem Jahr 1960 hat sich das Bundesverfassungsgericht einmal geweigert, die Einführung der Wehrpflicht an diesem Maßstab zu messen – das Prinzip der Verhältnismäßigkeit sei „hier kein adäquater Maßstab.“¹⁷ In den letzten Jahren hat das Gericht diesen Aspekt nochmals aufgegriffen und dabei insbesondere die Frage aufgeworfen, ob denn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch dann Geltung beanspruchen könne, wenn eine Grundrechtsbeschränkung durch die Verfassung selbst erfolgt.¹⁸

Diese Frage ist tatsächlich noch ungeklärt,¹⁹ und auch das Verfassungsgericht hat sie offengelassen. Allerdings kommt es auf die Antwort auch nur an, wenn man der ursprünglichen Konstruktion des Gerichts folgt und den Grundrechtseingriff in Art. 12 a GG selbst ansiedelt. Dass diese Sicht jedoch mit dem Wortlaut nur schwer vereinbar ist, wurde bereits dargelegt. Hinzu kommt, dass sie zu Ergebnissen führen würde, die kaum tragbar erscheinen.

Verdeutlichen lässt sich dies, wenn man sich einen Extremfall vorstellt. Angenommen, der Gesetzgeber hätte sich statt einer Verkürzung vorgenommen, den Wehr- und Zivildienst deutlich auszudehnen, beispielsweise auf vier Jahre. In diesem Fall sollte das Verfassungsgericht doch die Möglichkeit haben, das einfache Gesetz auch in materieller Hinsicht zu kontrollieren und dabei insbesondere zu fragen, ob sich eine solch hohe Belastung des Einzelnen durch die mit dem Dienst erreichten Zwecke rechtfertigen lässt. Das Beispiel zeigt deutlich, dass ein Verzicht auf die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerade in einem solch grundrechtssensiblen Bereich wie hier nicht angebracht ist.

4. Maßstab im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung

Eine andere Frage ist, welche Kontrollmaßstäbe das Gericht bei dieser Prüfung anlegen soll. Hierbei muss man in der Tat berücksichtigen, dass der Verfassungsgeber den Wehr- und Zivildienst in Art. 12 a GG grundsätzlich für zulässig erklärt hat. Diese Grundentscheidung darf im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht unterlaufen werden. Die Legitimität von Wehr- und Zivildienst, ihre grundsätzliche Eignung und Erforderlichkeit können also nicht in Frage stehen.

Anderes dürfte aber für die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne gelten. Allerdings dürfte auch hier die Grundentscheidung des Art. 12 a GG eine Rolle spielen. Konkret wird man mit der wohl überwiegenden Ansicht im Schrifttum annehmen müssen, dass insoweit größere richterliche Zurückhaltung geboten ist als sonst.²⁰

Noch ein weiterer Aspekt ist zu bedenken. Das bisher Gesagte gilt für Wehr- und Zivildienst gleichermaßen. Gerade im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist

aber eine unterschiedliche Behandlung der beiden Dienste nötig. Schließlich ist der Zivildienst im Grundgesetz nicht als gleichrangige Alternative, sondern als Ersatzdienst konzipiert.²¹ Ins Extrem gedacht, könnte man daraus folgern, dass der Zivildienst seine Rechtfertigung bereits und alleine aus dieser Ersatzfunktion beziehe. Das würde bedeuten, dass es ausreicht, wenn der Wehrdienst in seiner jeweiligen Dauer und Ausprägung verhältnismäßig ist. Für den Zivildienst würde nach dieser Auffassung dann automatisch dasselbe gelten. Die Folge wäre, dass selbst ein völlig sinnentleertes Beschäftigungsprogramm ohne weitere Prüfung als zulässiger Zivildienst zu gelten hätte.

Nicht nur im Ergebnis erscheint das kaum tragbar. Es ist auch dogmatisch nicht überzeugend. Denn auf diese Weise würde die Prüfung der materiellen Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs beim Zivildienst ohne Grund verkürzt. Richtig ist zwar, dass beim Zivildienst – im Gegensatz zum Wehrdienst – zusätzlich berücksichtigt werden muss, dass der Zivildienst jedenfalls auch die Funktion hat, Lastengleichheit zwischen Wehrdienstleistenden und Kriegsdienstverweigerern herzustellen.²² Das erleichtert die Eingriffsrechtfertigung. Dennoch wird man aber grundsätzlich eine Verpflichtung des Gesetzgebers annehmen können, den Zivildienst sinnvoll auszugestalten. Schließlich bewegt er sich dabei nach der hier vertretenen Auffassung im Schutzbereich des Art. 12 GG, und dieses Grundrecht schützt bekanntlich keineswegs nur die materiellen, sondern auch die ideellen Aspekte menschlichen Arbeitens.²³ Die Verpflichtung zu einer sinnlosen Arbeit wöge daher deutlich schwerer als die zu einer nützlichen Arbeit. Verhältnismäßig könnte ein nutzloser Dienst deswegen allenfalls dann sein, wenn es keinerlei Möglichkeiten zu einer sinnvolleren Ausgestaltung gibt.

5. Zwischenergebnis

Nach alledem lässt sich zunächst festhalten, dass der Vorwurf der ökonomischen Nutzlosigkeit nicht nur politischer Natur ist, sondern auch aus Perspektive des Verfassungsrechts bedeutsam werden kann. Denn um rechtmäßig zu sein, muss der Grundrechtseingriff, den die Einberufung zum Zivildienst darstellt, formell wie materiell gerechtfertigt sein und dabei insbesondere auch einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten können.

Zugleich ist aber auch deutlich geworden, dass die Anforderungen hierfür gering sind, weil der Gesetzgeber einen besonders weiten Spielraum genießt. Angesichts dessen ist es unwahrscheinlich, dass eine Einberufung tatsächlich einmal deswegen als verfassungswidrig zu gelten hätte, weil der Dienst nutzlos ist.

Das gilt auf jeden Fall, wenn sich der Vorwurf in der Behauptung volkswirtschaftlicher Unsinnigkeit erschöpft. Denn die Parameter dieser Rechnung sind allzu vage und überdies auch höchst umstritten, sodass der gesetzgeberische Spielraum hier ein gerichtliches Einschreiten ver-

17 BVerfGE 12, 45 (52).

18 BVerfGE 105, 61 (71).

19 Für eine Prüfung anhand des Maßstabs der Verhältnismäßigkeit *Kokott* (Fn. 12), Art. 12 a Rn. 2; *Michael Sachs*, in: Klaus Stern (Hrsg.), Staatsrecht, Bd. IV/1, S. 1056 f.

20 So auch *Kokott* (Fn. 12), sowie *Sachs* (Fn. 19), S. 1057 f.

21 Grundlegend hierzu BVerfGE 48, 127 (159 ff.).

22 So *Scholz* (Fn. 12), Art. 12 a Rn. 86.

23 So bereits BVerfGE 7, 377 (397) – sog. „Apothekenurteil“.

bietet. Hinzu kommt, dass die zusätzliche Funktion, Lastengleichheit mit den Wehrpflichtigen herzustellen,²⁴ den Zivildienst wohl selbst dann noch rechtfertigen würde, wenn der Staat dadurch zusätzliche finanzielle Lasten tragen müsste.

Denkbar wäre eine Grundrechtsverletzung insofern allenfalls in extremen Fällen dessen, was zuvor als betriebswirtschaftliche Nutzlosigkeit bezeichnet wurde, also wenn der Zivildienstleistende vollends überflüssige Tätigkeiten verrichten soll. Dass es dazu in der Praxis kommen sollte, ist – jedenfalls zurzeit noch – sehr unwahrscheinlich. Denn noch werden Zivildienstleistende ja ausreichend nachgefragt. Erst wenn dies einmal nicht mehr der Fall sein sollte und man tatsächlich zu Beschäftigungsprogrammen greifen sollte, könnte diese Frage virulent werden.

So sehr also der Vorwurf der ökonomischen Sinnlosigkeit im Moment die politische Debatte beherrscht – in verfassungsrechtlicher Perspektive dürfte sich daraus kaum einmal die Unzulässigkeit einer individuellen Verpflichtung zum Zivildienst ergeben. Die Erträge der bisherigen Erörterung liegen also vor allem auf dogmatischem Gebiet – nämlich in der Klärung des Verhältnisses der Art. 12 und 12 a GG. Praktischen Nutzen gewinnt dieses Ergebnis im nächsten Schritt.

III. Missbrauch des Zivildienstes für privatnützige Zwecke?

Auch die Möglichkeit, Zivildienstleistende privatnützig einzusetzen, hat in letzter Zeit Kritik erfahren. Der Anlass ist freilich schon älter als die gegenwärtige Debatte. Der Stein des Anstoßes ist, dass seit gut drei Jahren Zivildienstleistende auch in gewinnorientierten Unternehmen eingesetzt werden können.

Der Hauptanwendungsfall sind private Krankenhäuser. Quantitativ hat diese Frage erhebliche Bedeutung. Von den insgesamt gut 70.000 Zivildienstleistenden dürften zurzeit knapp 10.000 in privatnützig gewinnorientierten Einrichtungen arbeiten.²⁵

1. Rechtlicher Hintergrund

Zivildienstleistende dürfen nur an hierfür anerkannten Beschäftigungsstellen eingesetzt werden. Diese Anerkennung muss beantragt werden. Zuständig ist das Bundesamt für den Zivildienst, das seinerseits als selbstständige Bundesoberbehörde dem Bundesfamilienministerium untersteht.

Die Voraussetzungen für die Anerkennung als Beschäftigungsstelle ergeben sich aus dem Zivildienstgesetz. Relevant ist zum einen § 1 ZDG, der vorschreibt, dass Zivildienstleistende Aufgaben erfüllen, die „dem Allgemeinwohl dienen, und zwar vorrangig im sozialen Bereich“. Zum anderen bestimmt § 4 ZDG, dass die Entscheidung

über die Anerkennung von Beschäftigungsstellen grundsätzlich im Ermessen der Behörde steht, wobei § 4 ZDG hierfür eine Reihe von Vorgaben macht. Allerdings betreffen diese Vorgaben vor allem die organisatorischen Rahmenbedingungen der konkreten Zivildiensttätigkeit. Zu den möglichen Gegenständen der Tätigkeit wird in § 4 ZDG nur ausgeführt, dass neben dem sozialen Bereich auch Umweltschutz und Landschaftspflege in Frage kommen.

Zur Konkretisierung dieser Vorschriften hat das Familienministerium eine Durchführungsrichtlinie erlassen. Was nun die Anerkennung privatnütziger Beschäftigungsstellen angeht, so finden sich die maßgeblichen Regelungen in dieser Richtlinie. Dementsprechend geht die neue Praxis, die hier erörtert werden soll, auf eine Änderung dieser Richtlinie zurück. Das Gesetz hingegen ist gleich geblieben.

Bis 2006 sahen die Richtlinien nämlich vor, dass nur solche Einrichtungen anerkannt werden können, bei denen „die Erzielung von Gewinn entweder gänzlich ausgeschlossen ist oder zumindest stark in den Hintergrund tritt.“ Orientierungspunkt waren im Wesentlichen die Vorschriften der Abgabenordnung über steuerbegünstigte Zwecke, nach denen Einrichtungen beziehungsweise Träger von Einrichtungen dann dem Allgemeinwohl dienen, wenn sie unmittelbar und ausschließlich gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Zwecke i. S. d. §§ 51 bis 68 der Abgabenordnung verfolgen. Vorausgesetzt war also – *cum grano salis* – die Anerkennung der Einrichtung als gemeinnützig.²⁶

Mit der Änderung der Richtlinie wurden im Jahr 2006 die Anerkennungsvoraussetzungen gelockert. Danach kommt es nicht mehr darauf an, dass die Einrichtung insgesamt dem Allgemeinwohl dient. Vielmehr reicht es jetzt aus, dass sie „dem Allgemeinwohl dienende Aufgaben“ erfüllt.²⁷ Daneben kann die Einrichtung also auch andere Zwecke verfolgen, und zwar insbesondere auch die Erzielung von Gewinn.

Dementsprechend ist auch die Anerkennung als gemeinnützig nicht mehr die typische Voraussetzung für die Anerkennung als Zivildienststelle. Stattdessen orientiert sich die Richtlinie jetzt vorrangig an den großzügigeren Voraussetzungen, nach denen man von der Umsatzsteuer befreit werden kann.²⁸ Überdies enthält die Richtlinie eine explizite Öffnung für Krankenhäuser, die nicht in öffentlicher oder gemeinnütziger Trägerschaft stehen. Für die Anerkennung muss es nunmehr lediglich zugelassene Krankenhäuser i. S. d. § 108 SGB V handeln. Zwar ist auch diese Zulassung an einige Voraussetzungen geknüpft. Aber sie verträgt sich durchaus mit einer primären Gewinnerzielung der Krankenhäuser.

26 Vgl. hierzu die Richtlinien des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend zur Durchführung des § 4 ZDG aus dem Jahr 2000, Punkt 2.1 zu § 1 ZDG.

27 In der aktuellen Fassung der Richtlinien aus dem Jahr 2008 findet sich die im Folgenden behandelte Vorschrift unter Punkt 2.3 „Allgemeinwohl“, zu § 4 i. V. m. § 1 ZDG. Die Änderung geht allerdings bereits auf die Neufassung der Richtlinie aus dem Jahr 2006 zurück.

28 Konkret verweist die Richtlinie (Fn. 27), auf § 4 Nr. 15, 16, 18, 20 bis 25, 27 des Umsatzsteuergesetzes.

24 Grundlegend BVerfGE 69, 1 (28 ff.) mit der Feststellung, dass bei einer Gegenüberstellung der Dienstdauer von Wehr- und Zivildienst auch mögliche Wehrübungen und Verfügungsbereitschaften mit einzubeziehen sind.

25 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage (Fn. 5), S. 17.

2. Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit

Zunächst stellt sich erneut in verfassungsrechtlicher Perspektive die Frage, ob eine Grundrechtsverletzung vorliegt. Betroffen ist wieder Art. 12 GG in seiner Ausprägung als Abwehrrecht. Anders als zuvor geht es aber nicht bloß darum, ob und wie nützlich die Tätigkeit ist. Vielmehr stellt sich hier die Frage, ob man zu einer Arbeit gezwungen werden kann, die jedenfalls nicht allein der Allgemeinheit, sondern daneben auch der Gewinnerzielung eines Privaten zu dienen geeignet ist.

Zu beachten ist dabei, dass Grundrechtseingriffe, die zumindest auch partikularen Interessen dienen, grundsätzlich schwerer wiegen. Besonders deutlich ist diese Wertung im Rahmen des Art. 14 GG, wo privatnützige Enteignungen nur unter besonders strengen Anforderungen möglich sind.²⁹ Überträgt man diese Wertung auf die Berufsfreiheit, so wird deutlich, dass es sich beim Einsatz Zivildienstleistender in gewinnorientierten Unternehmen um einen besonders empfindlichen Eingriff handelt.

Andererseits spricht aber auch viel dafür, diesen Einsatz nicht kategorisch auszuschließen. Erstens ist die strikte Abgrenzung zwischen allgemeinem und privatem Wohl irreführend. Schließlich gehört es zu den Grundannahmen einer marktwirtschaftlichen Ordnung, dass das Gewinnstreben jedes Einzelnen letztlich das Gemeinwohl fördert.³⁰ Die Grenze zwischen privatem und allgemeinem Wohl ist deswegen fließend.

Umso deutlicher wird dies, wenn „man sich zweitens die Veränderungen vor Augen führt, die es in den letzten Jahren im Bereich der Daseinsvorsorge gegeben hat. Der Gesundheitssektor ist geradezu ein Paradebeispiel für den Übergang zu einer Leistungserbringung mit Mitteln, die außerhalb der engen Kriterien der Gemeinnützigkeit liegen. Die Änderung der Richtlinien ist vor diesem Hintergrund keineswegs überraschend, sondern nimmt diesen Trend nur auf.“

Angesicht der Unschärfe, die den Begriff des Allgemeinwohls prägt, und angesichts der Wandelbarkeit der entsprechenden Praxis wäre eine Interpretation des Art. 12 a GG verfehlt, die keinerlei Spielräume zur Anpassung diesseits der Verfassungsänderung ließe. Zugleich ist aber zu bedenken, dass es sich hier – wie gezeigt – wegen der Privatnützigkeit um einen besonders schwerwiegenden Eingriff handelt.

Diesen widerstrebenden Erwägungen kann und sollte im Sinne der Wesentlichkeitstheorie Rechnung getragen werden.³¹ Das bedeutet, dass der privatnützige Einsatz,

wie er der neuen Praxis entspricht, durch eine entsprechende gesetzliche Regelung möglich gemacht werden könnte. Dagegen ist diesem Erfordernis nicht genügt, wenn dieser erhebliche Grundrechtseingriff – wie bisher – lediglich per Richtlinie durch das Ministerium vorgenommen wird. Auch diese Wertung entspricht im Übrigen den Grundsätzen, die das Bundesverfassungsgericht mit Blick auf privatnützige Enteignungen aufgestellt hat.³²

So betrachtet, läge hier also tatsächlich eine Grundrechtsverletzung vor – und das, wie gesagt, in derzeit knapp 10.000 Fällen. Dieses eher dramatische Ergebnis relativiert sich allerdings, wenn man einen genaueren Blick in die Praxis wirft. Zurzeit gibt es etwa doppelt so viele Stellen wie Zivildienstleistende, und nahezu alle Zivildienstleistenden suchen sich die Stelle aus, der sie dann vom Bundesamt zugewiesen werden. Meistens wird man deswegen von einer wirksamen Einwilligung ausgehen können, die den Grundrechtseingriff beseitigt.

3. Vereinbarkeit mit der Gesetzesbindung der Verwaltung

Nicht nur aus Sicht der subjektiven Rechte des Einzelnen ist der privatnützige Einsatz von Zivildienstleistenden problematisch. Auch in objektiv-rechtlicher Perspektive lassen sich Einwände erheben. Ausgangspunkt ist das Prinzip der Gesetzesbindung der Verwaltung und insbesondere die Frage, ob die Richtlinie das Zivildienstgesetz in zulässiger Weise konkretisiert.

Dabei kommt es erstens auf die Rechtsnatur dieser Richtlinie an. Eine gesetzliche Ermächtigung oder auch nur einen Verweis auf die Richtlinie enthält das Zivildienstgesetz nicht. Insofern handelt es sich um eine bloße Verwaltungsvorschrift.

Zweitens stellt sich die Frage nach der Art der Verwaltungsvorschrift.³³ Der Richtlinie selbst ist zu entnehmen, dass sie das Ziel habe, „eine einheitliche Handhabung des Ermessens zu gewährleisten.“³⁴ Die Richtlinie bezeichnet sich selbst also als ermessensleitende Richtlinie. Das ist insoweit zutreffend, als in der Tat die meisten Vorschriften der Richtlinie Vorgaben machen für die Ermessensausübung bei der Anerkennung von Beschäftigungsstellen.

Aber das gilt nicht für alle Regelungen der Richtlinie. So hat nämlich insbesondere die für unseren Zusammenhang maßgebliche Vorschrift eine andere Funktion. Sie bestimmt, wie der Begriff des Allgemeinwohls zu verstehen ist, dem der Zivildienst nach § 1 ZDG dienen soll. Jedenfalls insoweit handelt es sich also um eine norminterpretierende Verwaltungsvorschrift, die nicht die Ermessensausübung, sondern dessen Voraussetzungen betrifft.

Diese Einordnung ist deswegen von Bedeutung, weil die Gerichte bei der Norminterpretation der Verwaltung

29 BVerfGE 74, 264 (285 f.) – „Boxberg“; BVerfGE 56, 249 (289 ff.) – „Gondelbahn“.

30 Klassisch insoweit *Adam Smith, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1812 (Nachdruck ohne Jahresangabe, ca. 1870), 4. Buch, 2. Kapitel, S. 354: „As every individual, therefore, endeavours as much as he can both to employ his capital in the support of domestic industry, and so to direct that industry that its produce may be of the greatest value, every individual necessarily labours to render the annual revenue of the society as great as he can.“

31 Grundlegend dazu bereits BVerfGE 9, 83 (87); seitdem stRspr, vgl. BVerfGE 20, 150 (158) m. w. N.; in neuerer Zeit BVerwGE 121, 103 (105).

32 Vgl. oben Fn. 29.

33 Für eine Systematisierung vgl. *Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl. 2009, Rn. 852 ff., insbes. Rn. 884.

34 Vgl. dazu Punkt 1 der aktuellen Richtlinie (Fn. 27).

keine Spielräume gewähren müssen.³⁵ Vielmehr gilt umgekehrt, dass sich die Verwaltung beim Gesetzesvollzug grundsätzlich danach zu richten hat, wie das geltende Recht durch die Rechtsprechung ausgelegt wird. Bezogen auf die Auslegung des Begriffs des Allgemeinwohls zeigt ein Blick in die Rechtsprechung, dass die Gerichte § 1 ZDG enger fassen, als es die Richtlinie tut. Sie orientieren sich nämlich, verkürzt gesagt, wie die früheren Fassungen der Richtlinie am Kriterium der Gemeinnützigkeit.

Die jüngste Ausweitung der Richtlinie stimmt also nicht mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung überein. Die Richtlinie ist damit objektiv rechtswidrig, und es wäre an der Verwaltung, sie zu korrigieren. Das Problem ist nur, dass sie dies nicht tut. Vielmehr behaupten die zuständigen Stellen schlicht, dass die gegenwärtige Praxis im Einklang mit der Rechtsprechung stehe.³⁶ Und zumal die Richtlinie aus dem Ministerium selbst stammt, gibt es auch keine übergeordnete Rechtsaufsicht, auf deren Eingreifen man hoffen könnte.

4. Zwischenergebnis

Obwohl der privatnützige Einsatz von Zivildienstleistenden gleich in doppelter Hinsicht rechtlichen Bedenken begegnet, kann sich diese Praxis aus den erörterten Gründen dennoch halten. Der Fall illustriert, dass es mitunter zweckmäßig sein kann, auch Verwaltungsvorschriften einer objektiven Normenkontrolle zugänglich zu machen. Praktisch ist eine solche Möglichkeit aber für Verwaltungsvorschriften des hier vorliegenden Typs (noch) nicht anerkannt.³⁷ Insofern bleibt nur die Hoffnung, dass der Gesetzgeber das Problem im Rahmen der geplanten Neuordnung löst.

IV. Wettbewerbsverzerrung durch Zivildienstleistende?

Ein weiterer Einwand schließlich ist, dass der Zivildienst wettbewerbsverzerrend wirkt. Der zugrunde liegende Gedanke leuchtet unmittelbar ein. Selbst das Bundesverwaltungsgericht hat die Zivildienstleistenden einmal ausdrücklich als „Subvention“ bezeichnet.³⁸ Tatsächlich kann man sich vorstellen, dass der Einsatz dieser bezuschussten Arbeitskräfte einen Vorteil gegenüber anderen Wettbewerbern verschafft, die keine Zivildienstleistenden einsetzen können.

Dabei werden sich im innerstaatlichen Kontext Wettbewerbsverzerrungen noch meist vermeiden lassen.

35 So die ganz h. M.; eine Ausnahme kommt nur bei „normkonkretisierenden“ Verwaltungsvorschriften in Betracht, wie sie insbesondere im Technikrecht anerkannt sind. Für eine Erstreckung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall fehlt es allerdings an allen Voraussetzungen; zum Ganzen vgl. *Detterbeck* (Fn. 33), Rn. 877 ff.; *Markus Möstl*, in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13. Aufl. 2005, S. 593 ff.; *Fritz Ossenbühl*, *Autonome Rechtsetzung der Verwaltung*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *HdbStR V*, 3. Aufl. 2007, § 104 Rn. 65.

36 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage (Fn. 5), S. 17.

37 Zum Streitstand vgl. *Ossenbühl* (Fn. 35), § 104 Rn. 86.

38 BVerwGE 90, 320 (326).

Schließlich steht die Anerkennung als Zivildienststelle grundsätzlich jeder Einrichtung im Geltungsbereich des Zivildienstgesetzes offen, und die Benachteiligung von Einrichtungen, welche die Anerkennungskriterien nicht erfüllen, wird regelmäßig als sachlich gerechtfertigt gelten können. Deswegen sollte es – wenn darüber hinaus auch in der Praxis von Anerkennung und Zuweisung darauf geachtet wird, dass Disparitäten vermieden werden – im innerstaatlichen Rahmen kaum einmal zu Schwierigkeiten kommen. Problematischer ist die Lage dagegen im europäischen Kontext.

1. Die Zuweisung von Zivildienstleistenden als Beihilfe im europarechtlichen Sinne?

Im Europarecht finden sich die einschlägigen Vorschriften über staatliche Beihilfen neuerdings in Art. 107 ff. AEUV. Danach sind staatliche Beihilfen an Unternehmen grundsätzlich unzulässig, wenn sie zu zwischenstaatlichen Wettbewerbsverfälschungen zu führen drohen. Gemäß Art. 106 AEUV gilt diese Regel grundsätzlich auch für öffentliche Unternehmen sowie für solche, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind.

Dabei ist erstens für die Unternehmenseigenschaft allein das wirtschaftliche Tätigwerden am Markt ausschlaggebend.³⁹ Unter diesen weiten Unternehmensbegriff werden die hier in Rede stehenden Zivildienststellen regelmäßig fallen, und zwar unabhängig davon, ob es sich um gemeinnützige, gewinnorientierte oder öffentliche Einrichtungen handelt.

Zweitens ist auch der Beihilfebegriff⁴⁰ zunächst weit gefasst und umschließt grundsätzlich alle Zuwendungen eines wirtschaftlichen Vorteils jedweder Art aus staatlichen Mitteln ohne entsprechende Gegenleistung. Die staatliche Bereitstellung von für die Einrichtungen zwar nicht kostenlosen, aber doch verbilligten Arbeitskräften, wie die Zivildienstleistenden sie darstellen,⁴¹ fällt ohne Weiteres darunter. Erforderlich ist allerdings darüber hinaus noch, dass diese Zuwendungen nicht allgemein, sondern nur selektiv⁴² gewährt werden, und dass sie ferner auch

39 *Bertold Bär-Bouysyère*, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 2. Aufl. 2009, Art. 87 EGV Rn. 42 m. w. N.; zum Begriff des Unternehmens im Sinne dieser Vorschriften vgl. auch *Philipp Voet van Vormizeele*, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 2. Aufl. 2009, Art. 86 EGV Rn. 59, 12; *Wolfram Cremer*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 3. Aufl. 2007, Art. 87 EGV Rn. 6.

40 Allgemein zum Beihilfebegriff *Bär-Bouysyère* (Fn. 39), Art. 87 EGV Rn. 22 ff.

41 Die Kostenteilung zwischen Zivildienststelle und Bundesamt für Zivildienst unterliegt einer detaillierten Regelung. Eine genaue Aufschlüsselung der jeweiligen Anteile ist nur im Einzelfall möglich. Man wird grob von einer etwa hälftigen Teilung ausgehen können. Dabei gibt das Bundesamt die Kosten, die einer Zivildienststelle für einen Zivildienstleistenden letztlich entstehen, mit monatlich etwa 500 Euro an. Vgl. dazu das entsprechende Infoblatt des Bundesamts, abrufbar unter www.zivildienst.de/lang_de/Navigation/FuerZivildienststellen/Anerkennung/Kosten/Kosten__node.html__nnn=true (7.3.2010).

42 *Bär-Bouysyère* (Fn. 39), Art. 87 EGV Rn. 43 m. w. N.; *Cremer* (Fn. 39), Art. 87 EGV Rn. 17 m. w. N.; *Joachim Rock*, *Wohlfahrt im Wettbewerb*, Dissertation 2009, S. 125 f. (im Erscheinen).

zu zwischenstaatlichen Wettbewerbsverfälschungen⁴³ führen können.

Mit Blick auf das Selektivitätskriterium ist das Eingreifen von Art. 106 AEUV hier unproblematisch. Schließlich können Zivildienstleistende zwar in verschiedenen Wirtschaftszweigen eingesetzt werden. Aber es handelt sich doch weiterhin um wenige, klar umgrenzte Bereiche.

Weniger klar ist demgegenüber, ob es wegen der Zivildienstleistenden zu zwischenstaatlichen Wettbewerbsverfälschungen kommen kann. Regelmäßig wird dies wohl nicht der Fall sein, weil die Dienstleistungen, um die es hier geht, primär lokaler Natur sind. Aber es sind Fälle denkbar, in denen die Dinge anders liegen. Ein Beispiel sind Krankenhäuser nahe der Staatsgrenze, die mithilfe von Zivildienstleistenden womöglich einen besseren Service bieten können und deswegen Patienten aus den Nachbarländern anziehen. Und abhängig von der Einschätzung (und Entwicklung) der Mobilität von Patienten könnten Wettbewerbsverzerrungen auch bei anderen als grenznahen Krankenhäusern befürchtet werden.

In derartigen Konstellationen kann der Einsatz von Zivildienstleistenden also tatsächlich beihilferechtlich relevant werden. Das heißt aber noch nicht, dass man Zivildienstleistende dann unter keinen Umständen einsetzen dürfte. Vielmehr könnte man dem Beihilfeverbot dennoch entgehen, wenn die Bereitstellung von Zivildienstleistenden unter eine Geringfügigkeitsausnahme fällt oder zum Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erfolgt.

2. Eingreifen einer Geringfügigkeitsausnahme?

Eine Geringfügigkeitsausnahme kommt grundsätzlich in Betracht, wenn die gewährte Beihilfe einen gesetzlich definierten Schwellenwert nicht überschreitet. Ausgangspunkt ist zunächst der im Rahmen der sog. „de minimis“-Verordnung festgesetzte Schwellenwert. Danach gelten die Art. 106 ff. AEUV nicht für Zuwendungen, die, verteilt über einen Zeitraum von drei Jahren, unter einem Gesamtbetrag von 200.000 Euro liegen.⁴⁴ Aus Anlass der Wirtschafts- und Finanzkrise ist der Schwellenwert vorübergehend deutlich erhöht worden, nämlich auf eine halbe Million Euro.⁴⁵

Dabei greifen diese beiden Ausnahmen zwar grundsätzlich nur im Fall von Zuwendungen, deren Wert transpa-

rent ist.⁴⁶ Doch auch wenn die demnach erforderliche Berechnung des Bruttosubventionsäquivalents im Fall von Zivildienstleistenden aufwändig sein kann,⁴⁷ so dürfte dies dem Eingreifen der Ausnahme im Ergebnis wohl dennoch nicht im Wege stehen. Denn eine Wertermittlung im Voraus und insbesondere ohne Risikoberechnung ist im Fall der Zivildienstleistenden möglich.⁴⁸

Unabhängig von der genauen Bezifferung des Zuwendungswerts lässt sich absehen, dass es einer Vielzahl von Zivildienstleistenden bedürfte, um die Schwellenwerte zu überschreiten. Es wäre jedoch vorschnell, hieraus auf die praktische Irrelevanz der Zivildienstleistenden im Beihilferecht zu schließen. Denn die Geringfügigkeitsausnahmen sehen grundsätzlich die Kumulation aller Zuwendungen vor.⁴⁹ Gerade im Krankenhaussektor dürfte es sich bei den Zivildienstleistenden oft nicht um die einzige beihilferechtlich relevante Zuwendung handeln, die ein Empfänger bekommt. Insofern empfiehlt es sich, bei der Zuweisung von Zivildienstleistenden vorab eine entsprechende Prüfung vorzunehmen.

3. Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse?

Die Gewährung von staatlichen Zuwendungen in Form der Zuweisung von Zivildienstleistenden kann ferner auch dadurch beihilferechtlich zulässig werden, dass sie als Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erfolgt. Dabei kann eine solchermaßen begründete Ausnahme sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtfertigungsebene eingreifen.⁵⁰

So liegt erstens nach den Kriterien, welche der Europäische Gerichtshof im Jahr 2003 im Fall „Altmark Trans“⁵¹ entwickelt hat, bereits keine Beihilfe i.S.d. Art. 107 AEUV vor, wenn der Zuwendungsempfänger mit einer klar definierten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung betraut worden ist und die Zuwendung das zum Ausgleich der Verpflichtung erforderliche Maß nicht überschreitet. Dabei stellt der Gerichtshof allerdings hohe Anforderungen an die Berechnung des Ausgleichs und fordert insbesondere eine vorherige objektive und transparente Aufstellung der Berechnungsparameter. Obwohl

43 *Gabriela v. Wallenberg*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Loseblatt, Stand: Okt. 2009, Rn. 52 ff.; *Bär-Bouyssière* (Fn. 39), Art. 87 EGV Rn. 49 m. w. N.

44 Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 der Kommission v. 15.12.2006 über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG-Vertrag auf „de minimis“-Beihilfen.

45 Vgl. dazu die „Bundesregelung Kleinbeihilfen“ des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie zur „vorübergehenden Gewährung geringfügiger Beihilfen im Geltungsbereich der Bundesrepublik Deutschland während der Finanz- und Wirtschaftskrise“. Sie basiert auf Ziffer 4.2.2. der Mitteilung der Europäischen Kommission „Vorübergehender Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen zur Erleichterung des Zugangs zu Finanzierungsmitteln in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise“ v. 17.12.2008 i. d. F. v. 7.4.2009 (2009/C 83/01) und betrifft nach derzeitigem Stand Kleinbeihilfen im Zeitraum vom 1.1.2008 bis zum 31.12.2010.

46 In der Bundesregelung Kleinbeihilfen findet sich das Transparenzfordernis in § 2 Abs. 2. In der De-minimis-Verordnung (Fn. 44) enthält Art. 2 Abs. 5 die entsprechende Regelung. Die Vorschriften verweisen auf Art. 2 Abs. 6 der „Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung“ (Verordnung [EG] Nr. 800/2008 der Kommission v. 6.8.2008, ABL EU Nr. L 214 v. 9.8.2008, S. 3).

47 Vgl. dazu oben Fn. 40.

48 Vgl. dazu Ziffer 20 der Begründung der Gruppenfreistellungsverordnung (Fn. 46).

49 Vgl. dazu § 4 der „Bundesregelung Kleinbeihilfen“ (Fn. 45) und Art. 2 der De-minimis-Verordnung (Fn. 44).

50 Eingehend zur dogmatisch eher verworrenen Situation *Ulrich Becker*, *EU-Beihilfenrecht und soziale Dienstleistungen*, NZS 2007, 169 (174 ff.); ein einschlägiges Beispiel für die Praxis der Generaldirektion Wettbewerb bietet deren Bescheid im Fall der AWO-SANO gGmbH; Entscheidung der Kommission Generaldirektion Wettbewerb v. 20.2.2008 (CP 65/2004), unter www.tourismuspolitik.info/Bescheid%20GD%20Wettbewerb%2050714-133-CP65-04-DE-Tax_benefits_and_inv.htm (7.3.2010).

51 EuGH, Ürt. v. 24.7.2003, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747.

diese Kriterien im Falle der Zuweisung von Zivildienstleistenden meist erfüllbar sein werden, und auch wenn insbesondere die erforderliche Ausgleichsberechnung angesichts des relativ geringen Zuwendungsumfangs in diesen Fällen vielleicht auch summarisch erfolgen könnte, so bedürfte es doch mindestens eines entsprechenden Bewusstseins bei den zuständigen Stellen, damit die geforderten Maßnahmen nötigenfalls ergriffen werden können.

Zweitens ergibt sich eine Rechtfertigungsmöglichkeit aus einer Entscheidung der Kommission aus dem Jahr 2005, die Teil des sog. Monti-Pakets⁵² ist und die bestimmt, in welchen Fällen staatliche Beihilfen als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar anzusehen sind. Die Entscheidung wurde gestützt auf den damaligen Art. 86 Abs. 3 EGV (den heutigen Art. 106 Abs. 3 AEUV) und gibt Leitlinien vor, nach denen eine Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV (damals Art. 86 Abs. 2 EGV) für Beihilfen möglich ist. Die Voraussetzungen decken sich weitgehend mit den in der „Altmark Trans“-Entscheidung entwickelten Kriterien: Auch hier muss es sich um Ausgleichszahlungen für das Erbringen von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handeln, müssen die Verpflichtung sowie die Berechnungsparameter der Ausgleichszahlung vorab bestimmt sein; und auch hier darf die Zuwendung natürlich das Maß des Erforderlichen nicht überschreiten. Hinzu kommen Vorschriften über den Maximalwert zulässiger Beihilfen, der jedoch recht hoch angesetzt ist und insbesondere im Krankenhaussektor nicht gilt, sowie konkrete Dokumentations- und Berichtspflichten. Im Ergebnis dürften sich auch diese Hürden bei der Zuweisung von Zivildienstleistenden im Ergebnis regelmäßig nehmen lassen. Nötig wäre aber, gerade mit Blick auf die Dokumentationspflichten, dass man seitens des Bundesamts die entsprechenden Vorkehrungen trifft.

4. Zwischenergebnis

Es sind Fälle denkbar, in denen die Zuweisung von Zivildienstleistenden gegen das europarechtliche Beihilfenverbot verstößt. Meist wird es aber möglich sein, über einen der skizzierten Auswege eine solche Kollision zu umschiffen. Dafür müssten aber jeweils eine Reihe von Vorkehrungen getroffen werden. Eine Alternative wäre, bereits bei der Anerkennungs- und Zuweisungspraxis darauf zu achten, dass Konflikte mit dem Beihilferecht von vornherein nicht entstehen. Beide Möglichkeiten würden bei den betroffenen Akteuren allerdings ein entsprechen-

des Problembewusstsein voraussetzen. Und daran scheint es bisher noch zu fehlen.

V. Ergebnis

Mit Blick auf die geplante Reform und die künftige Anwendung des Zivildienstgesetzes hat sich erstens ergeben, dass der Gesetzgeber von Verfassungs wegen grundsätzlich gehalten ist, den Zivildienst als eine sinnvolle Tätigkeit zu organisieren. Das sollte auch nach der geplanten Verkürzung noch möglich sein, auch wenn sich das Einsatzspektrum voraussichtlich verschieben wird hin zu einfacheren Tätigkeiten. Angesichts des breiten Gestaltungsspielraums, den der Gesetzgeber insoweit genießt, dürfte diese Verschiebung in verfassungsrechtlicher Perspektive aber meistens unbedenklich sein. Das gilt umso mehr, als die Verkürzung sogar umgekehrt Verbesserungen in puncto Lastengleichheit bringen könnte, soweit dadurch der Anteil der tatsächlich zum Dienst einberufenen Wehrdienstleistenden angehoben und insoweit die Verhältnisse denen beim Zivildienst angeglichen werden könnten.⁵³

Zweitens ist die Praxis der letzten Jahre, Zivildienstleistende auch in gewinnorientierten Einrichtungen einzusetzen, in verfassungs- wie auch verwaltungsrechtlicher Perspektive bedenklich. Zumal da die Verkürzung des Dienstes zu einer entsprechenden Verknappung des Kontingents an Zivildienstleistenden führen wird, böte es sich an, die Reform zum Anlass für eine Abkehr von dieser Praxis zu nehmen und Zivildienstleistende künftig wieder nur in solchen Einrichtungen einzusetzen, die nicht gewinnorientiert sind. Sollte der Gesetzgeber diese Option nicht verfolgen wollen, so wäre aber jedenfalls zu fordern, dass er die bisher bloß in der Richtlinie verankerte Praxis hinsichtlich des privatnützigen Einsatzes durch eine gesetzliche Regelung ersetzt.

Für die beihilferechtliche Problematik schließlich dürfte die Verkürzung kaum Bedeutung haben. Allenfalls könnte sie dazu führen, dass sich die materiellen Voraussetzungen für die Zulässigkeit dieser Form der Subventionierung etwas leichter erfüllen lassen. Dennoch ist freilich erforderlich, dass sich ein Bewusstsein für die möglichen Fallstricke auf diesem Feld entwickelt.

Insgesamt begegnet die geplante Verkürzung von Wehr- und Zivildienst aus rechtlicher Perspektive also keinen Bedenken. Im Gegenteil bietet sie eine Chance, bestehende Probleme auszuräumen. Diese sollte dringend ergriffen werden.

⁵² Entscheidung der Kommission v. 28.11.2005 über die Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, ABl Nr. L 2005/312, S. 67.

⁵³ Vgl. dazu bereits oben Fn. 5.

Organleihe an den Außengrenzen Europas

– Der (un)klare Rechtsrahmen des Einsatzes der Bundespolizei im Rahmen operativer FRONTEX-Aktionen –

Von Anna Mrozek, Rechtsanwältin, Wiss. Mitarbeiterin, Leipzig*

Der gesetzliche Auftrag an die Bundespolizei, den polizeilichen Schutz des Bundesgebiets zu gewährleisten, ist längst nicht mehr an die Staatsgrenzen der Bundesrepublik gekoppelt. Im Rahmen der europäischen Integration verschiebt sich der Fokus vom Schutz nationaler Staatsgrenzen stetig in Richtung der Außengrenzen der Europäischen Union. Unter der Beteiligung von Hoheitsträgern unterschiedlicher Mitgliedstaaten und unter der Ägide der europäischen Grenzschutzagentur FRONTEX finden an den Außengrenzen regelmäßig operative Einsätze zur Abwehr illegaler Migration in den Schengener Raum statt. Der folgende Beitrag beleuchtet die hinter diesen Einsätzen stehende rechtliche Konstruktion und ihre Lücken.

I. Einleitung

Der Schutz der Staatsgrenzen ist originär eine nationale Hoheitsaufgabe.¹ In der Bundesrepublik obliegt die Aufgabe des polizeilichen Schutzes des Bundesgebiets der Bundespolizei (vgl. § 2 Abs. 1 BPolG).² Im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses ist das strikte nationalhoheitliche Grenzregime aufgebrochen worden. Mit der Entstehung des gemeinsamen Binnenmarkts, eines Bereichs, in dem die Freiheit des Personen- und Warenverkehrs gewährleistet ist³ und dessen praktische Durchsetzung durch die Regelungen der Schengen-Acquis⁴ gesi-

chert wird, ist die klassische Grenzschranke als sichtbares Symbol von Staatsgrenzen der Mitgliedstaaten untereinander abgeschafft worden.⁵ Der durch den Wegfall der Binnengrenzen von den Mitgliedstaaten reklamierte Kontrollverlust über die Ein- und Ausreise in das eigene Staatsgebiet soll nun durch die Verlagerung dieser Kontrolle an die Außengrenzen der EU kompensiert werden.⁶ Diese erlangen eine entscheidende Bedeutung für die Kontrolle der Immigration in den Schengen-Raum.⁷ Der Schutz der Außengrenzen ist Bestandteil eines Systems, das als sog. Integrierte Grenz(schutz)verwaltung (Integrated Border Management)⁸ bezeichnet wird und dessen Motor die Europäische Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen (FRONTEX) ist.⁹ Die nationale Aufgabe des Grenzschutzes erfährt eine „Vergemeinschaftung“, die dazu führt, dass die Bundespolizei eingesetzt wird, um zusammen mit Beamten anderer Mitgliedstaaten im Rahmen operativer Einsätze unter der

* Anmerkung der Schriftleitung: Die Autorin ist Rechtsanwältin und Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Leipzig, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Umweltrecht (Prof. Dr. Enders) und Mitglied im Netzwerk Migrationsrecht. Der Text ist aus einem Vortrag hervorgegangen, den die Verfasserin an der Bundespolizeiakademie in Lübeck im Rahmen des Seminars „Ausländer – und Europa-recht“ am 30.3.2010 gehalten hat.

1 Vgl. zum Begriff der hoheitlichen Aufgabe unter anderem Rudolf Streinz, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl. 2009, Art. 23 Rn. 53; Ondolf Rojahn, in: Ingo von Münch/Philip Kunig, Grundgesetz, 5. Aufl. 2003, Art. 24 Rn. 19.

2 BGBl 1994 I S. 2978.

3 Vgl. heute Art. 26 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AUEV) v. 7.2.1992, zuletzt geändert durch den Vertrag von Lissabon v. 13.12.2007, unter Berücksichtigung der Änderungen durch das Protokoll über die Berichtigung des Vertrags von Lissabon, ABl 2009 Nr. C 290, S. 1.

4 Schengener Besitzstand, ABl 2000 Nr. L 239; die Regelungen gründen auf dem Schengener Übereinkommen zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (Schengen I) v. 14.6.1985, GMBL 1986 S. 79 ff.; Schengener Durchführungsübereinkommen – Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen (Schengen II/SDÜ) v. 14.6.1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik

betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen v. 19.6.1990, BGBl 1993 II S. 1013 ff.; Gesetz zum Schengener Übereinkommen v. 19.6.1990 betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen v. 15.7.1993, BGBl 1993 II S. 1010 ff.; VO (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.3.2006 (Schengener Grenzkodex), ABl 2006 Nr. L 105 S. 1; zur Entwicklung vgl. unter anderem Tilmann Schott, Von Lissabon bis Helsinki ein einziges Grenzregime – Europa im Zeitalter von Schengen, in: Martin H. W. Möllers/Robert Chr. van Ooyen (Hrsg.), Europäisierung und Internationalisierung der Polizei, 2009, S. 89 ff.

5 Auch wenn die europäische Entwicklung einen ganz besonderen Anlass gibt, Funktionalität und Auswirkung von Staatsgrenzen zu analysieren, ist ein Europa ohne Grenzschranken nicht ein Europa ohne Grenzen. Die tief verwurzelte Vorstellung vom souveränen Nationalstaat prägt trotz aller globalisierenden und transnationalen Entwicklungen nach wie vor als ein primärer völkerrechtlicher Grundsatz die politischen Systeme weltweit. Vgl. hierzu allgemein unter anderem Udo Di Fabio, Verschiebung oder Auflösung von Grenzen, in: Manfred Brugger/Görg Haverkate (Hrsg.), Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie, 2002, S. 153, 156; Malcolm Anderson, Frontiers, 1996.

6 KOM(85) 310 endg.

7 Die Bestimmungen des Schengen-Acquis werden in folgenden Staaten vollständig angewandt: Belgien, Deutschland, Frankreich, Griechenland, Italien, Luxemburg, Niederlande, Portugal, Spanien seit 1995, Österreich seit 1997, Dänemark, Finnland, Island, Norwegen, Schweden seit 2000, Estland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechien, Ungarn seit 2007, Schweiz seit 2008/2009. Für die Staaten Dänemark, Irland und das Vereinigte Königreich sind Sonderregelungen vorgesehen, vgl. Protokoll Nr. 4 und 5 zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft v. 25.3.1957 i. d. F. v. 25.4.2005, ABl 2005 Nr. L 157 S. 203.

8 Vgl. Informelles Treffen der Justiz- und Innenminister in Tampere am 20.–22.9.2006, Rat der Europäischen Union, Justiz und Inneres, 2768. Tagung des Rates in Brüssel am 4.–5.12.2006, Presseerklärung 15801/06, S. 27.

9 Errichtet mit der VO (EG) Nr. 2007/2004 des Rates v. 26.10.2004, ABl 2004 Nr. L 349 S. 1.