

Erster Teil

## Allgemeine Grundlagen

### § 1 Das Recht des öffentlichen Dienstes

**Weiterführende Literaturhinweise:** *Kroppenstedt*, Der öffentliche Dienst der Zukunft, ZBR 1990, 197; *Summer*, Das Berufsbeamtenamt als Instrument des liberalen Verfassungs- und Rechtsstaates, PersV 1996, 241 ff.; *Badura*, Die hoheitlichen Aufgaben des Staates und die Verantwortung des Berufsbeamtenamts, ZBR 1996, 321 ff.; *Vogelsang*, Ethos des Berufsbeamtenamts in der Gegenwart, ZBR 1997, 33; *Schnellenbach*, Öffentlicher Dienst im Umbruch, DÖV 1998, 223 ff.; *Isensee*, Affekt gegen Institutionen – überlebt das Berufsbeamtenamt? ZBR 1998, 331; *Jachmann*, Das Berufsbeamtenamt – Säule der Rechtsstaatlichkeit? ZBR 2000, 181; *Zypries*, Moderner Staat – Moderne Verwaltung, VuF 2000, 57 ff.; *Derlien*, Öffentlicher Dienst im Wandel, DÖV 2001, 322 ff.; *Isensee*, Transformation von Macht in Recht – das Amt, ZBR 2004, 3 ff.; *Remmert*, Warum muss es Beamte geben? JZ 2005, 53 ff.; *Lindner*, Grundrechtssicherung durch das Berufsbeamtenamt, ZBR 2006, 1 ff.; *Bull*, Beamte – die vernachlässigten Hüter des Gemeinwohls? – Die Dienstrechtsdiskussion zwischen Standespolitik und Staatstheorie, DÖV 2007, 1029 ff.; *Landau/Steinkühler*, Zur Zukunft des Berufsbeamtenamts in Deutschland, DVBl. 2007, 1343 ff.; Das öffentlich-rechtliche Amtsverhältnis und das Recht des öffentlichen Dienstes. Abschied vom Prinzipiellen, ZBR 2008, 243 ff.

#### I. Begriff des öffentlichen Dienstes

Einen allgemeingültigen Begriff des öffentlichen Dienstes gibt es nicht. Der Begriff wird im Grundgesetz (z. B. in Art. 33 Abs. 3 bis 5, Art. 131 GG) und in einfachen Gesetzen (z. B. in § 11a ArbeitsplatzschutzG; § 29 Abs. 1 BBesG) spricht von einem „öffentlicht-rechtlichen Dienstherrn“) unterschiedlich verwendet. Enthält die jeweilige Vorschrift selbst keine Definition, müssen Abgrenzungsmerkmale zwischen dem öffentlichen Dienst und den sonstigen Beschäftigungsverhältnissen gesucht werden. Nach allgemeiner Auffassung liegt dieser Unterschied nicht in der Art der Tätigkeit, sondern in der Zugehörigkeit zu einer juristischen Person des öffentlichen Rechts. **Öffentlicher Dienst** im weiteren Sinne ist nach diesem formellen Verständnis die **Beschäftigung im Dienste einer juristischen Person des öffentlichen Rechts**.<sup>1</sup> Das sind Bund, Länder sowie sonstige Körperschaften (z. B. Gemeinden, Kreise), Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts. Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts besitzen gemäß § 2 BBG<sup>2</sup> regelmäßig auch die sog. **Dienstherrnfähigkeit**, d. h. das Recht, Beamte zu haben. Ausgenommen vom öffentlichen Dienst sind die Unternehmen der öffentlichen Hand in privatrechtlicher Form, wie z. B. die Deutsche Bahn AG, selbst wenn die öffentliche Hand die Mehrheit des Gesellschaftskapitals besitzt. Auch bei den sog. Eigengesellschaften, wie die in Form einer Aktiengesellschaft oder GmbH betriebenen Verkehrs- und Versorgungseinrichtungen, handelt es sich nicht um juristische Personen des öffentlichen Rechts, sondern um solche des Privatrechts. Diese Betriebsangehörigen können daher nicht dem öffentlichen Dienst angehören.

1 BVerfGE 6, 267 ff.; BVerwGE 30, 87 ff.

2 Für die Landes- und Kommunalbeamten siehe § 2 BeamStG.

## II. Angehörige des öffentlichen Dienstes

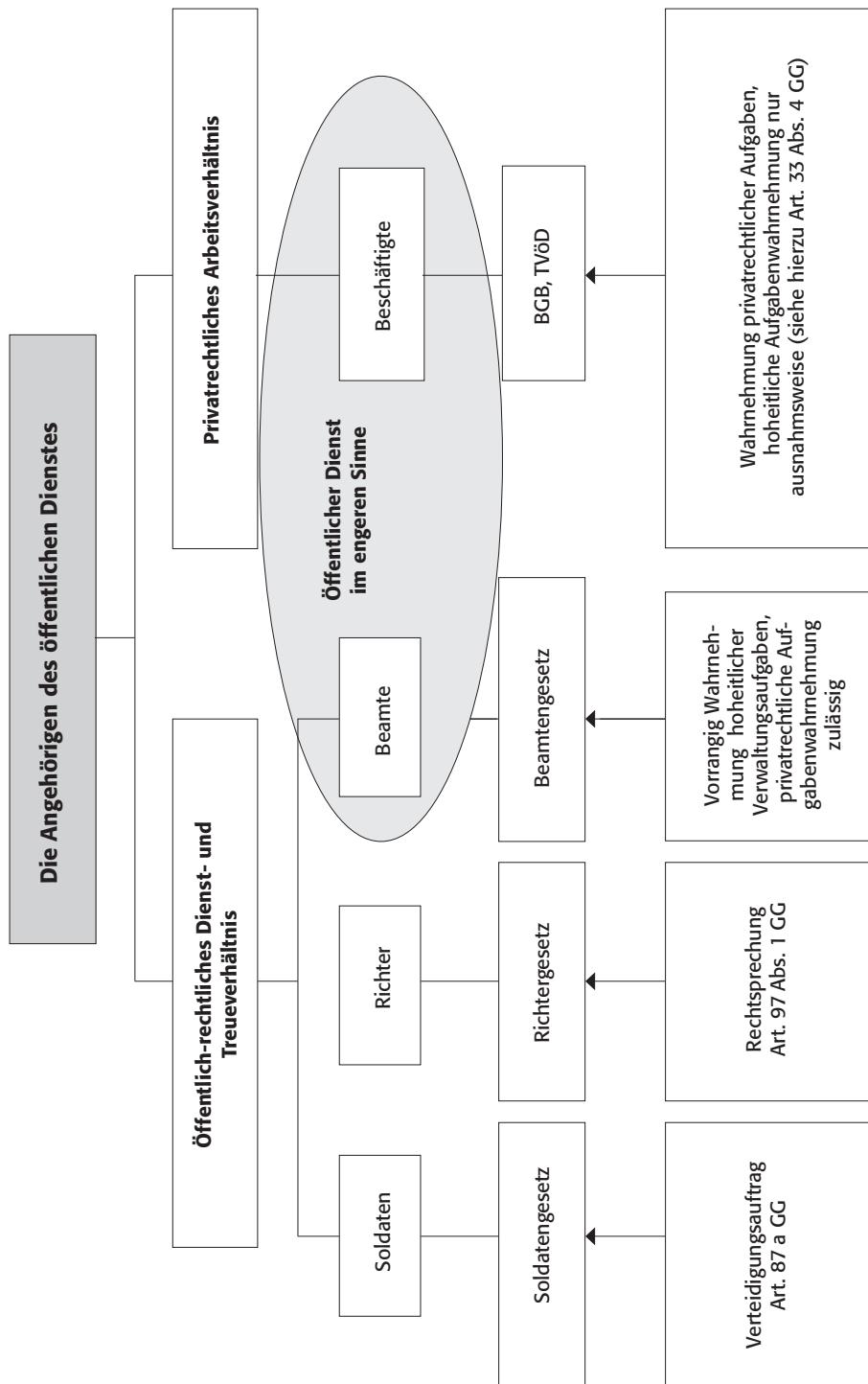
- 2 Zum öffentlichen Dienst im weiteren Sinne zählen **Beamte, Beschäftigte im öffentlichen Dienst, Richter und Berufssoldaten**.<sup>3</sup> Diese Personen erbringen ihre Dienstleistungen auf Dauer. An einer solchen ständigen Leistung von Diensten fehlt es dagegen bei ehrenamtlich Tätigen (z. B. Gemeinderatsmitgliedern), Wehrpflichtigen und Zivil-dienstleistenden. Nicht zu den Angehörigen im öffentlichen Dienst gehören ferner der Bundespräsident, die Mitglieder der Bundesregierung und der Landesregierungen sowie die Parlamentarischen Staatssekretäre. Denn sie stehen in keinem Dienstverhältnis, sondern in einem durch die Verfassung und besondere Gesetze<sup>4</sup> geregelten öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis. Einen Sonderstatus besitzen die Mitglieder der parlamentarischen Körperschaften wie Bundestag und Landtage und der kommunalen Vertretungskörperschaften. Sie verrichten keinen Dienst, sondern repräsentieren in freier Verantwortung das Volk.<sup>5</sup> Die Rechtsverhältnisse der Mitglieder des Deutschen Bundestages regelt das Abgeordnetengesetz (AbG). Bei Angehörigen des öffentlichen Dienstes, die in den Bundestag gewählt werden, ruhen gem. § 5 AbG vom Tage der Annahme der Wahl für die Dauer der Mitgliedschaft im Deutschen Bundestag die Rechte und Pflichten aus dem Dienstverhältnis. Nach Ende des Mandats haben die ehemaligen Abgeordneten Anspruch auf rechtsgleiche Verwendung im öffentlichen Dienst (vgl. § 6 ff. AbG). Üblicherweise werden schließlich die Bediensteten der Religionsgesellschaften ausgeklammert.<sup>6</sup> Die Berufssoldaten und Richter haben eine besondere Rechtsstellung, die durch eigene Gesetze (Soldatengesetz, Richtergesetz) geregelt ist. Die Besonderheiten dieser Berufsgruppen werden hier nicht behandelt. **Zum öffentlichen Dienst im engeren Sinne** werden nur die Beamten und die Beschäftigen im öffentlichen Dienst gezählt. Die Beamtinnen und Beamten stehen im Mittelpunkt der Betrachtungen dieses Lehrbuchs.

3 Bär/Gola/Nickel, S. 30; Battis, § 4 Rn 3.

4 Regelungen zu den genannten Amtsverhältnissen finden sich im Grundgesetz oder verfassungsnachrangigen Rechtsvorschriften wie dem Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder der Bundesregierung (BMinG) oder dem Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Parlamentarischen Staatssekretäre (ParlStG).

5 Siehe hierzu insbesondere Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG.

6 BVerwG DVBl. 83, 508, siehe hierzu Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 WRV. Weiterführend siehe: Ling, ZBR 2006, 238 ff.; Kapischke, ZBR 2007, 235 ff.



### Öffentlich-rechtliche Amtsverhältnisse

Amtsverhältnisse	Rechtsgrundlagen
Bundespräsident	Art. 54 ff. GG, BPräsWahlG
Bundeskanzler/Bundesminister	Art. 62 ff. GG, BMinG
Parlamentarischer Staatssekretär	ParlStG
Wehrbeauftragter	Art. 45b GG, § 1 WBeauftrG
Bundesbeauftragter für den Datenschutz	§§ 8 ff. BDSG
Direktoriumsmitglied der Deutschen Bundesbank	Art. 88 GG, BBankG

#### Übersicht 2

### III. Funktion des öffentlichen Dienstes

- 3 Seit Beginn der Industrialisierung vor mehr als hundert Jahren hat sich der öffentliche Dienst erheblich gewandelt. Der Umfang der Staatstätigkeiten hat stark zugenommen und sich von seinen Aufgaben her verändert. Während früher das Schwergewicht auf der Eingriffsverwaltung lag, steht heute die leistende, planende und steuernde Verwaltung im Vordergrund.<sup>7</sup> Mit wachsender Komplexität des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens, mit zunehmender Arbeitsteilung, durch Wohnen in dicht besiedelten Gebieten und steigende Ansprüche des Einzelnen an seine individuelle Lebensqualität hat der Aufgabenbestand der öffentlichen Verwaltung eine quantitative aber auch eine qualitative Ausweitung erfahren. Mit den Aufgaben hat auch die Zahl der Beschäftigten zugenommen. Dies gilt vor allem für den Bildungsbereich, Gesundheit und Soziales, aber auch für die innere Sicherheit. Der Bürger ist heute bei wachsender Verwaltungsdichte und Auflösung überkommener Sozialstrukturen von staatlichen Leistungen abhängiger geworden. Er kann seinen Bedarf nicht beliebig durch andere – private – Leistungsträger decken.
- 4 Dem öffentlichen Dienst obliegt es, politische Entscheidungen des Parlaments und der Regierung umzusetzen. Dies geschieht etwa durch den Erlass allgemeiner Durchführungsbestimmungen, durch Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und Ausübung des Ermessens. Der öffentliche Dienst wirkt aber auch bei der parlamentarischen Gesetzesvorbereitung, bei der Erstellung des Regierungsprogramms und anderen politischen Grundentscheidungen in beträchtlichem Umfang mit. In diesem Sinne erfüllt er auch eine politische Funktion. Der öffentliche Dienst ist weder Hüter der Verfassung, noch kommt ihm zu, das Gemeinwohl festzulegen und durchzusetzen. Seine Aufgabe

<sup>7</sup> Zum Begriff der Verwaltung ausführlich *Detterbeck*, Rn 9 f. m. w. N. Hier wird der Begriff der Daseinsvorsorge als Teil der Leistungsverwaltung untersucht.

ist es vor allem, einen Ausgleich der im pluralistischen Gemeinwesen vorhandenen verschiedenen Interessen herbeizuführen und dabei insbesondere die Gruppen zu vertreten, die nicht oder schwach organisiert sind und sich deshalb kein Gehör verschaffen können. In diesem Sinn hat der öffentliche Dienst eine **Ausgleichsfunktion**. Das *Bundesverfassungsgericht* umschreibt dies mit folgenden Worten<sup>8</sup>:

„Das Berufsbeamtentum ist eine Institution, die, gegründet auf Sachwissen, fachliche Leistung und loyale Pflichterfüllung, eine stabile Verwaltung sichern und damit einen ausgleichenden Faktor gegenüber den das Staatsleben gestaltenden politischen Kräften darstellen soll.“

Das Berufsbeamtentum soll ein Garant der Unparteilichkeit, Uneigennützigkeit und Sachlichkeit sein. Es stellt im Gefüge des parlamentarisch-demokratischen Systems ein unentbehrliches, stabilisierendes Element dar. Gerade die zukunftsgestaltenden Aufgaben des Staates etwa in den Bereichen Umweltschutz, Energieversorgung, moderne Technologien erfordern eine Einrichtung, die **Stabilität** und **Kontinuität** gewährleistet. Dabei hat sich der öffentliche Dienst verstärkt betriebswirtschaftlicher Methoden wie der Kosten-Leistungs-Rechnung, der Budgetierung und dem Controlling geöffnet und sie in Verwaltungsabläufe implementiert.

#### IV. Struktur des öffentlichen Dienstes

Die Zahl der Beamten und Beschäftigten im öffentlichen Dienst ist seit Beginn des letzten Jahrhunderts bis in die 1990er-Jahre stetig gestiegen. Im Jahre 1913 waren bei etwa 60 Millionen Einwohnern rund 730 000 Personen im öffentlichen Dienst beschäftigt. 1950 waren es schon 2,3 Millionen. Im wiedervereinigten Deutschland wurden 1991 6,7 Millionen Beamte und Beschäftigte im öffentlichen Dienst gezählt. Diese Entwicklung war zwischenzeitlich rückläufig: 2014 (Stichtag 30.06.2014) gehörten insgesamt 4,65 Millionen dem öffentlichen Dienst im weiteren Sinne an.<sup>9</sup> Inzwischen hat sich diese Entwicklung jedoch verändert. Besonders im Bereich der öffentlichen Sicherheit und zur Bewältigung der öffentlichen Aufgaben im Zusammenhang mit Einwanderung und Flucht nach Deutschland wurde das Personal wieder vergrößert (Stichtag 30.6.2017: 5,98 Millionen).<sup>10</sup> Der Anteil der Teilzeitbeschäftigte vergrößert sich, die Vollzeitbeschäftigung ist (spiegelbildlich) rückläufig. Allein in der Bundesverwaltung sind 702 745 Mitarbeiter beschäftigt.<sup>11</sup>

Mit der Erweiterung staatlicher Aufgaben nimmt die **Spezialisierung** und **Technisierung** in allen Gruppen des öffentlichen Dienstes zu. Den allseitig verwendbaren Bediensteten gibt es nicht, gleichwohl soll das Laufbahnprinzip weiterhin dafür sorgen, dass nur qualifizierte Beamte die Aufgaben der Laufbahn, für die sie eine entsprechende Laufbahnbefähigung nachweisen können, wahrnehmen dürfen.

8 BVerfGE 7, 155 (162).

9 Statistisches Bundesamt, Fachserie 14, Reihe 6 für das Jahr 2014, Finanzen und Steuern, Personal des öffentlichen Dienstes, Wiesbaden 2014.

10 Statistisches Bundesamt, Fachserie 14, Reihe 6 für das Jahr 2017, Finanzen und Steuern, Personal des öffentlichen Dienstes, Wiesbaden 2018.

11 Statistisches Bundesamt, a. O.

- 6 Obwohl hier das Recht der Beamten im Mittelpunkt stehen soll, ist kurz auf die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst einzugehen, die einheitlich als **Beschäftigte** bezeichnet werden.<sup>12</sup> Ihre Rechtsverhältnisse werden durch private Dienst- bzw. Arbeitsverträge gestaltet (vgl. oben Übersicht 1). Seit der Weimarer Zeit sind dafür Tarifverträge maßgebend. Heute wird das Recht der Beschäftigten im öffentlichen Dienst des Bundes und der Kommunen, durch den am 1.10.2005 in Kraft getretenen Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) geregelt. Das neue Tarifrecht soll die Beschäftigungsverhältnisse im öffentlichen Dienst flexibler, leistungsorientierter und transparenter gestalten, als dies zuvor im Bundesangestelltentarifvertrag (BAT/BAT-O) der Fall war. Obwohl der TVöD sich in einigen Punkten vom Beamtenrecht absetzt, gibt es noch viele Gemeinsamkeiten.

Die Verteilung der öffentlichen Aufgaben auf Beamte und Beschäftigte erscheint, zumindest teilweise, wenig überzeugend. So übernehmen häufig Mitarbeiter, deren Rechtsverhältnisse nach unterschiedlichen Regelungen geordnet sind, gleichartige Funktionen. Dies führt zu unterschiedlichen Rechten und Pflichten und damit unter den betroffenen Mitarbeitern häufig zur Unzufriedenheit.<sup>13</sup>

### Unterschiede zwischen Beamten und Beschäftigten im öffentlichen Dienst

Beamte	Beschäftigte
Öffentliches Recht (besonderes Verwaltungsrecht)	Privatrecht (Arbeitsrecht)
Ernennung durch Verwaltungsakt	Begründung durch Arbeitsvertrag
Regelung durch oder aufgrund von Gesetzen, kein Gestaltungsspielraum	Ausgestaltung ist einzel- oder tarifvertraglich geregelt
Laufbahnprinzip (amtsbezogen)	tätigkeitsbezogen
Beendigung nur durch oder aufgrund einer gesetzlichen Regelung	Beendigung durch ordentliche oder außerordentliche Kündigung
Alimentationsprinzip (amtsangemessene Besoldung)	Arbeitsentgelt als Gegenleistung für die vertraglich geschuldete Leistung
Eigenständige Versorgung (BeamtVG)	Gesetzliche Rentenversicherung
Streikverbot, Art. 33 Abs. 5 GG	Streikrecht
Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten	Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten

### Übersicht 3

12 Siehe § 1 Abs. 1 TVöD.

13 Beispielhaft seien die unterschiedlichen Wochenarbeitszeiten genannt: Während Bundesbeamte gem. § 3 AZV eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 41 Stunden haben, legt § 6 Abs. 1a) TVöD diese für die Beschäftigten des Bundes auf 39 Stunden fest.