

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 4

**Der Begriff des öffentlichen Dienstes
und seiner Angehörigen**

Von

Gerhard Pfennig



Duncker & Humblot · Berlin

GERHARD PFENNIG

Der Begriff des öffentlichen Dienstes und seiner Angehörigen

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 4

Der Begriff des öffentlichen Dienstes und seiner Angehörigen

Von

Dr. Gerhard Pfennig

Oberregierungsrat



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten

© 1960 Duncker & Humblot, Berlin

Gedruckt 1960 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin SW 61

Printed in Germany

Inhalt

Einleitung

Die Bedeutung des Begriffs des öffentlichen Dienstes	11
---	-----------

Teil A

Die Entwicklung des Begriffs des öffentlichen Dienstes

I. Von den Anfängen bis 1933	13
1. Die ursprüngliche Verwendung des Begriffs	13
2. Der Einzug in das Beamtenrecht	14
3. Die Ausdehnung auf andere Rechtsgebiete	15
II. Von 1933 bis 1945	16
1. Der Begriff im Beamtenrecht	16
2. Der Begriff im Arbeitsrecht	17
3. Der Begriff in gemeinsamen Vorschriften	18
4. Die Rechtslage im Jahre 1945	19
III. Von 1945 bis heute	20
1. Der Begriff im Verfassungsrecht	20
a) In den Landesverfassungen	20
b) Im Grundgesetz	21
2. Der Begriff im Recht des öffentlichen Dienstes	22
a) In den Beamtengesetzen	22
b) Im Personalvertretungsgesetz	24
c) Im Gesetz zu Art. 131 GG	25
d) Im Wiedergutmachungsgesetz	26
3. Der Begriff im sonstigen Recht	27

Teil B

Die Begriffsmerkmale des öffentlichen Dienstes

I. Grundsätzliches und Überblick	30
1. Die Art der Tätigkeit	30
2. Die Rechtsform des Beschäftigungsverhältnisses	36
3. Die Zugehörigkeit zu einer juristischen Person des öffentlichen Rechts	40

II. <i>Der öffentliche Dienstherr</i>	44
1. Die Begriffserläuterung	44
2. Die Abgrenzung des Bereichs	45
3. Kirchen und Religionsgesellschaften	46
III. <i>Das Rechtsverhältnis zu dem öffentlichen Dienstherrn</i>	48
1. Die Leistung von Diensten	48
a) Die öffentliche Dienstleistungspflicht	48
b) Das Dienstverhältnis als besonderes Gewaltverhältnis	49
2. Die Beruflichkeit	50
a) Die Bedeutung der Beruflichkeit	50
b) Die Abgrenzung zu den nichtberuflichen Dienstleistungen ..	51
aa) Das Wehrdienstverhältnis	51
bb) Die ehrenamtliche Tätigkeit	51
3. Die Eingliederung in die Organisation des öffentlichen Dienst- herrn	53
a) Die Eingliederung und ihre Folgen	53
b) Die Abgrenzung zu anderen Rechtsverhältnissen	54
aa) Das Notariat	54
bb) Der staatlich gebundene Beruf	56
IV. <i>Die Angehörigen des öffentlichen Dienstes</i>	56
1. Die öffentlichen Dienstnehmer	57
a) Der Berufsbeamte	57
b) Der Berufsrichter	57
c) Der Berufssoldat	58
d) Der Angestellte und Arbeiter des öffentlichen Dienstes ...	59
2. Die Grenzfälle	60
a) Der Bundespräsident, die Minister	60
b) Der Abgeordnete	62
V. <i>Zusammenfassung und Ergebnis</i>	63
1. Die Begriffsbestimmung	63
2. Die Begriffsabstufung	64
3. Schematische Darstellung	66

Teil C.

Der Begriff des öffentlichen Dienstes im Grundgesetz

I. <i>Hinweise auf den öffentlichen Dienst</i>	67
1. Art. 34 — Amtshaftung	67
2. Art. 36 — Landsmannschaftlicher Grundsatz	68
3. Art. 85 — Ausbildungsvorschriften	69
4. Art. 130 — Disziplinarvorgesetzter	69

II. Die Verwendung des Begriffs	69
1. Art. 33 — Öffentlicher Dienst	69
2. Art. 73 — Öffentliches Dienstrecht	75
Art. 75 — Öffentliches Dienstrecht	75
3. Art. 131 — Wiederverwendung	76
4. Art. 132 — Nichteignung	79
5. Art. 137 — Wählbarkeitsbeschränkung	79
III. Schlußbetrachtung	80
Literaturverzeichnis	82

Abkürzungen

ABl.	Amtsblatt
AktG	Aktiengesetz
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit von 1934
AOGö	Gesetz zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben von 1934
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts; Arbeitsrechtliche Praxis
ARBlattei	Arbeits-Rechts-Blattei
Art.	Artikel
AuR	Arbeit und Recht; Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis
ATO	Allgemeine Tarifordnung für Gefolgschaftsmitglieder im öffentlichen Dienst
AVG	Angestelltenversicherungsgesetz
AZO	Arbeitszeitordnung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayrVGHE	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs
BBesG	Bundesbesoldungsgesetz
BBG	Bundesbeamtengesetz
REG	Bundesentschädigungsgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BesG	Besoldungsgesetz von 1927
EGB	Bürgerliches Gesetzbuch
EGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMdI	Bundesminister des Innern
BMinG	Bundesministertgesetz
BPersG	Bundespersonalgesetz von 1950
BR	Bundesrat
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BSozG	Bundessozialgericht
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BWGöD	Wiedergutmachungsgesetz für Angehörige des öffentlichen Dienstes
DBG	Deutsches Beamtengesetz von 1937
DJ	Deutsche Justiz
DÖD	Der öffentliche Dienst
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht

Drucks.	Drucksache
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GMB1.	Gemeinsames Ministerialblatt
GS	Gesetzsammlung
GVBL.	Gesetz- und Verordnungsblatt
G 131	Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Artikel 131 des Grundgesetzes fallenden Personen
HCHE	Herrenchiemseer Entwurf
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
Ktr.	Kommentar
LAG	Landesarbeitsgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MinBlFin	Ministerialblatt des Bundesministers der Finanzen
MRVO	Militärregierungs-Verordnung
MSchG	Mieterschutzgesetz
NDBZ	Neue Deutsche Beamtenzeitung
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OVG	Oberverwaltungsgericht
PersVG	Personalvertretungsgesetz
Pr.BBl.	Preußisches Besoldungsblatt
RAB1.	Reichsarbeitsblatt
RAG	Reichsarbeitsgericht
RBB	Reichsbesoldungsblatt
RBG	Reichsbeamtengesetz von 1873
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts)
RFH	Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs
RGB1.	Reichsgesetzblatt
RGR-Kom	Kommentar zum BGB, hrsg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RiA	Das Recht im Amt
RMBliv	Ministerialblatt des Reichs- und Preußischen Ministeriums des Innern
RNotO	Reichsnotarordnung
RStBl.	Reichssteuerblatt
RVersG	Reichsversorgungsgesetz
RVO	Reichsversicherungsordnung
RzW	Rechtsprechung zur Wiedergutmachung
SoldG	Soldatengesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung

TO A	Tarifordnung A für Gefolgschaftsmitglieder (Angestellte) im öffentlichen Dienst
TO B	Tarifordnung B für Gefolgschaftsmitglieder (Arbeiter) im öffentlichen Dienst
VerwR	Verwaltungsrecht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WehrpflG	Wehrpflichtgesetz
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZevKR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht

Einleitung

Die Bedeutung des Begriffs des öffentlichen Dienstes

Der Begriff des öffentlichen Dienstes hat erstmalig nach dem zweiten Weltkrieg durch einzelne Landesverfassungen, vor allem aber durch das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 Eingang in das deutsche Verfassungsrecht gefunden¹. Damit hat eine sich seit Anfang dieses Jahrhunderts anbahnende Entwicklung einen gewissen Abschluß erhalten: in der Gesetzgebung und auch sonst in zunehmendem Maße für Beamte, Angestellte und Arbeiter der öffentlichen Verwaltung einen gemeinsamen Oberbegriff des öffentlichen Dienstes zu verwenden. Das erfordert, sich über die Bedeutung, den Inhalt und das Wesen dieses Begriffs klar zu werden; denn seine Verwendung neben der des Begriffs des Berufsbeamten-tums führt in einen rechtlich und politisch umstrittenen Fragenkreis². Die Aufnahme dieses Begriffs in das Grundgesetz kann für die gesamte Entwicklung des Rechts des öffentlichen Dienstes von großer Tragweite werden³.

Die Auffassungen darüber, was unter dem Begriff des öffentlichen Dienstes zu verstehen ist, gehen weit auseinander. Schon der Sprachgebrauch zeigt diese Unterschiede auf. Während auf der einen Seite vom „Arbeitsrecht des öffentlichen Dienstes“ gesprochen wird⁴, gebrauchen andere Schriftsteller bei der Erwähnung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes den Ausdruck „öffentliche Arbeiter und Angestellte“⁵ oder auch „öffentliches Dienstpersonal“⁶, offenbar um damit zu zeigen, daß es sich ihrer Meinung nach um einen Bereich des

¹ Auch in Art. 3 der Verfassung der sogen. Deutschen Demokratischen Republik vom 7. Oktober 1949 erscheint der Begriff. Er geht jedoch von ganz anderen staatsrechtlichen Voraussetzungen aus, so daß er bei der vorliegenden Untersuchung außer Betracht bleiben muß (vgl. *Grundmann*, Die Rechtsstellung der Angestellten des öffentlichen Dienstes in der DDR; *Külz*, Der öffentliche Dienst in der Sowjetzone). Ein anschauliches Beispiel für die sich aus dieser Unterschiedlichkeit ergebenden Problematik liefert BVerwGE 9, 314.

² *Maunz*, S. 248; *Gerber*, DVBl 1951, 489.

³ Sehr weitgehende Folgerungen zieht vor allem *Wacke* in seiner Schrift „Grundlagen des Öffentlichen Dienstrechts“.

⁴ *Roeder*, DJ 1942, 807; *Neumann-Duesberg*, RdA 1953, 361. Beide wollen damit offensichtlich den arbeitsrechtlichen Ausgangspunkt betonen.

⁵ *Reinhardt*, RdA 1954, 41.

⁶ *Giese*, VerwR S. 51.

öffentlichen Rechts handelt. Noch stärker macht sich der Unterschied der Auffassungen bei der Begriffsbestimmung selbst bemerkbar. Während die einen entweder einen klar umrissenen Begriff als feststehend voraussetzen⁷ oder sich um Schaffung eines solchen Begriffs bemühen⁸, stellen die meisten anderen Schriftsteller — insbesondere nach Vergleich der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen — fest, daß es keinen allgemein gültigen Begriff des öffentlichen Dienstes gebe, sondern daß er jeweils nach dem Sinn und dem Zweck der ihn verwendenden Vorschrift zu ermitteln sei⁹.

Nun ist in der Tat der Begriff des öffentlichen Dienstes in den letzten Jahrzehnten vielfach in Gesetzen, Verordnungen, Tarifordnungen verwendet und dabei in der Regel bestimmt worden, was unter „öffentlichem Dienst“ im Sinne der jeweiligen Vorschrift zu verstehen war. In jüngster Zeit wird der Begriff jedoch vielfach ohne eine derartige Bestimmung verwendet. Auch das Grundgesetz enthält den Begriff des öffentlichen Dienstes an zahlreichen Stellen ohne nähere Erläuterung. Es erscheint daher notwendig, diesen Begriff und den der Angehörigen des öffentlichen Dienstes näher zu untersuchen. Dabei wird zu zeigen sein, wie der Begriff entstanden ist, wie er sich entwickelt hat und wie er vom Gesetzgeber gebraucht worden ist. Anschließend wird man nach den Kriterien zu suchen haben, die den öffentlichen von dem privaten Dienst unterscheiden, um damit das Wesen des öffentlichen Dienstes erkennen zu können. Dann wird man prüfen können, in welcher Weise das Grundgesetz den Begriff verwendet.

⁷ Gerth, DÖD 1955, 21; Gröbing, AuR 1959, 225.

⁸ Gerber, DVBl 1951, 489; Denecke, RdA 1955, 401.

⁹ Janke, DR 1941, 2088; Witting, ARBlattei; Plog-Wiedow, § 64 BBG Anm. 1; Hueck-Nipperdey, Bd. I S. 70; Dietz, Abgrenzung S. 148; ebenso auch BGH-NJW RzW 1957, 244; KG-JR 1951, 113; BVerwGE 9, 314 (316).

Teil A

Die Entwicklung des Begriffs des öffentlichen Dienstes

I. Von den Anfängen bis 1933

1. Der Begriff des öffentlichen Dienstes war zu *Beginn dieses Jahrhunderts* im Verfassungsrecht und in der Gesetzgebung in dem hier zu untersuchenden Sinne unbekannt¹. Lediglich in der Literatur erschien er vereinzelt als Bezeichnung für den Dienst des Beamten² oder in Verbindung mit dem Begriff der öffentlichen Dienstpflcht³. Unter öffentlichem Dienst wurde damals im weitesten Sinne jede Tätigkeit verstanden, die von Staatsuntertanen nach Maßgabe des öffentlichen Rechts zur Verwirklichung staatlicher Aufgaben entfaltet wurde⁴. An die Tätigkeit von Angestellten und Arbeitern im Dienste des Staates wurde dabei nicht gedacht.

Dies änderte sich auch nach dem ersten Weltkrieg nicht sofort. Die *Weimarer Verfassung* ging im allgemeinen nur auf das Recht der Beamten ein. Lediglich bei der Garantie des landsmannschaftlichen Prinzips in Artikel 16 WRV sprach sie von „Beamten, Angestellten und Arbeitern der Reichsverwaltung“. Dagegen waren an den Stellen der Verfassung, wo die entsprechende Bestimmung des Grundgesetzes bereits von Angehörigen des öffentlichen Dienstes spricht⁵, Angestellte und Arbeiter der öffentlichen Verwaltung noch nicht aufgeführt.

Die *preußische Verfassung* von 1920 verwendete den Begriff des öffentlichen Dienstes ebenfalls noch nicht. Aber in den Artikeln 11, 36 und 75 wurde bereits nicht nur den Beamten, sondern auch den Angestellten und Arbeitern des Staates und der Körperschaften des

¹ Der Begriff ist damals lediglich vereinzelt zur Bezeichnung öffentlicher Sachen und Gebäude verwendet worden, z. B. in § 4 c des preuß. Grundsteuergesetzes (GS 1861 S. 253) oder in § 123 StGB (RGBl. 1871 S. 127). In Art. 105 der Algeciras-Akte (RGBl. 1906 S. 891) wurde der Ausdruck „öffentlicher Dienst“ nur zur Übersetzung des entsprechenden französischen Ausdrucks verwendet. Die Reichsversicherungsordnung von 1911 hat schließlich den Begriff nicht von Anfang an gekannt, sondern ihn in § 169 erst durch die Novelle vom 12. November 1939 (RGBl. I S. 2414) aus kriegsbedingten Gründen eingefügt erhalten.

² *Fleiner*, S. 94.

³ *O. Mayer*, VerwR II S. 243.

⁴ *Triepel*, S. 5.

⁵ Z. B. Art. 10 Ziff. 3, Art. 39 sowie Art. 128 bis 131 WRV.