

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 332

Amtsrecht und Beamtenrecht

Eine Untersuchung über normative Strukturen
des staatlichen Innenbereichs

Von

Friedrich E. Schnapp



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

FRIEDRICH E. SCHNAPP

Amtsrecht und Beamtenrecht

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 332

Amtsrecht und Beamtenrecht

Eine Untersuchung über normative Strukturen
des staatlichen Innenbereichs

Von

Friedrich E. Schnapp



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**Als Habilitationsschrift auf Empfehlung
der Fakultät der Abteilung für Rechtswissenschaft
an der Ruhr-Universität Bochum
gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft**

**Alle Rechte vorbehalten
© 1977 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1977 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61
Printed in Germany
ISBN 3 428 04024 4**

Meiner lieben Frau

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung ist im Wintersemester 1975/76 von der Abteilung für Rechtswissenschaft an der Ruhr-Universität Bochum als Habilitationsschrift angenommen worden. Zwischenzeitlich erschienenes Schrifttum und die Judikatur konnten nur noch gelegentlich in den Anmerkungen berücksichtigt werden.

Mein aufrichtiger Dank gilt in erster Linie Wilhelm Wertenbruch, der mir als seinem Assistenten nicht nur die Zeit, sondern vor allem die geistige Freiheit eingeräumt hat, ohne die wissenschaftliches Arbeiten nicht möglich ist. Rolf Grawert und Hans-Uwe Erichsen haben die Arbeit durch zahlreiche Anregungen und Hinweise bereichert. Ebenso haben viele Gespräche mit Freunden und Kollegen dazu beigetragen, daß das Buch so, wie es jetzt vorliegt, geschrieben werden konnte. Frau Gabriele Kraemulat hat sich sorgfältig um das Manuskript bemüht. Nicht zuletzt danke ich Herrn Senator E. h. Professor Dr. J. Broermann für die Aufnahme der Arbeit in sein Verlagsprogramm.

Die Untersuchung ist meiner Frau gewidmet, die in ihrer verständnisvollen Art manche Unzuträglichkeiten des Alltags von mir ferngehalten hat.

Bochum, im Mai 1977

Friedrich E. Schnapp

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

Zu Gegenstand und Methode der Arbeit 13

1. Gegenstand	13
2. Methode	16

Erster Teil

Grundlagen 23

Erstes Kapitel: Zur dogmenhistorischen Entwicklung des Beamtenverhältnisses

23

1. Das Beamtenverhältnis als besonderes Gewaltverhältnis	23
a) Allgemeines und besonderes Gewaltverhältnis: Dogmengeschichte	26
b) Allgemeines und besonderes Gewaltverhältnis: Rechtstheoretischer Gehalt	56
c) „Besonderes Gewaltverhältnis“ als dogmatischer Begriff	60
2. Rechtsbegriff und Beamtenverhältnis	66
a) Die historisch-dogmatische Funktion der Impermeabilitätslehre ...	66
b) Gesetz und Rechtssatz	72
c) Rechtsfähigkeit und Rechtssubjektivität	80

Zweites Kapitel: Organisationsrecht und Beamtenrecht

83

1. Allgemeines	83
2. Die Vernachlässigung des Organisationsrechts	85
3. Zu Funktion und Dogmatik des Organisationsrechts	90
a) Organisation als dogmatisch-statisches System	93
b) Organisationssoziologisch-dynamische Betrachtungsweise	103
c) Der rechtstheoretisch-funktionale Aspekt des Organisationsrechts .	107
4. Zur Multifunktionalität von Rechtssätzen, insbesondere im Bereich des Beamtenrechts	115

Zweiter Teil

Normative und organisatorische Strukturen	119
<i>Erstes Kapitel: Grundverhältnis und Betriebsverhältnis</i>	119
<i>Zweites Kapitel: Dienstrecht, Amtsrecht und Amtswalterrecht</i>	127
1. Die Rechtsbeziehungen	127
2. Fortsetzung: Das Organverhältnis	139
3. Amtliche und dienstliche Weisungen	145
<i>Drittes Kapitel: Innenrecht und Außenrecht</i>	160
1. Staatspflichten und Amtswalterpflichten	162
2. Gesetzesbindung des Amtswalters	169
3. Grenzen des Weisungsrechts	182
a) Der bindende rechtswidrige Befehl	182
b) Zuständigkeitsverfehlungen	185
<i>Viertes Kapitel: Die Rangordnung der Rechtssätze im Innenbereich</i>	189
<i>Fünftes Kapitel: Zum organschaftlichen Rechtskreis</i>	204
1. Anspruch auf das zuständige Organ?	204
2. Subjektives Recht auf Kompetenz?	211

Dritter Teil

Qualität und Legalität von Exekutivmaßnahmen im Beamtenverhältnis	219
<i>Erstes Kapitel: Die Qualifizierung von Exekutivmaßnahmen im Beamten- verhältnis</i>	222
1. Zur Rechtsqualität der Exekutivmaßnahmen im sog. Innenbereich	222
2. Gemeinverordnung, Sonderverordnung, Verwaltungsverordnung	229
<i>Zweites Kapitel: Die Zulässigkeit administrativen Handelns im Beamten- verhältnis</i>	237
1. Abgrenzung der Fragestellungen	237
a) Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes	237
b) Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt	239
c) Gesetzesvorbehalt und Gesetzesbegriff	245

Inhaltsverzeichnis	11
2. Der Gesetzesvorbehalt	248
a) Normativer Standort und Geltungserstreckung	248
b) Insbesondere: Die Sonderverordnungen	251
c) Gesetzesvorbehalt und schlichter Rechtssatzvorbehalt	255
3. Parlamentsvorbehalt und Geschäftsleitungsgewalt	259
4. Ersetzungen des Gesetzesvorbehaltes?	265
a) Gewohnheitsrechtliche Ermächtigungen	265
b) Volenti non fit iniuria	267
c) Gesetzesersetzung durch Mitbestimmung	269
5. Die Reservfunktion der Sonderverordnungen	271
<i>Drittes Kapitel: Die Einwirkung von Dienstrecht und Amtsrecht auf die Grundrechte</i>	275
Zusammenfassung	285
Schrifttum	289
Sachwortverzeichnis	304

Einleitung

Zu Gegenstand und Methode der Arbeit

1. Gegenstand

Das sogenannte besondere Gewaltverhältnis¹, als dessen klassische Gestalt das Beamtenverhältnis angesehen werden kann², ist totgesagt³, als fossile Kategorie verworfen⁴ und in die Verfassungsgeschichte der Neuzeit verwiesen worden⁵. Gleichwohl ist gegenüber diesen optimistischen Thesen festzustellen, daß es in der faktischen Rechtslandschaft teilweise noch ein recht kräftiges Leben führt⁶. Zwar sollte nicht länger bezweifelt

¹ Aus der fast unüberschaubaren Literatur seien beispielhaft genannt: *Manfred Abelein*, Rechtsstaat und besonderes Gewaltverhältnis, Zeitschrift für Politik 1967, 313 ff.; *Rolf Dame*, Das Verhältnis der Grundrechte zu den besonderen Gewaltverhältnissen nach dem deutschen und französischen Staats- und Verwaltungsrecht, Diss. Köln 1965; *Hans-Ulrich Evers*, Das besondere Gewaltverhältnis, Frankfurt a. M. 1972; *Hanns Ludwig Ernst Donle*, Zur Problematik der besonderen Gewaltverhältnisse unter Berücksichtigung vor allem der Einschränkung von Grundrechten, Diss. Würzburg 1960; *Paul Kahn*, Das besondere Gewaltverhältnis im öffentlichen Recht, Diss. Heidelberg 1912; *Guido Köhl*, Die besonderen Gewaltverhältnisse im öffentlichen Recht, Zürich 1955; *Herbert Krüger*, Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL 15 (1957), S. 109 ff.; *Hartmut Oskar Wilhelm Paetzold*, Die Abgrenzung von allgemeinem und besonderem Gewaltverhältnis, Diss. Hamburg 1972; *Carl Hermann Ule*, Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL 15 (1957), S. 133 ff.

² OVG Münster, DÖV 1963, 27; *Ernst-Werner Fuß*, Personale Kontaktverhältnisse zwischen Verwaltung und Bürger, DÖV 1972, 765 ff. (767); *Willi Thiele*, Widerspricht das besondere Gewaltverhältnis dem demokratischen Rechtsstaat?, DÖD 1963, 101.

³ *Evers*, Das besondere Gewaltverhältnis, S. 1.

⁴ *Alfred Rincken*, Verfassungsrechtliche Aspekte zum Status des Studenten, JuS 1968, 257 ff. (258).

⁵ *Walter Schmidt*, Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung, Bad Homburg v. d. H. / Berlin / Zürich 1969, S. 269.

⁶ Siehe etwa *Ulrich Meyer-Cording*, Die Rechtsnormen, Tübingen 1971, S. 119 ff.; *Ernst Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1973, S. 127; *Paetzold* (Die Abgrenzung von allgemeinem und besonderem Gewaltverhältnis, passim) versucht erneut, dem besonderen Gewaltverhältnis einen eigenständigen Geltungsbereich zu verschaffen. *Wolfgang Martens* (Das besondere Gewaltverhältnis im demokratischen Rechtsstaat, ZBR 1970, 197) betont, daß erst einige Schneisen in das Dickicht des besonderen Gewaltverhältnisses geschlagen worden seien. Widersprüchlich *Evers* (Das besondere Gewaltverhältnis), der einerseits das besondere Gewaltverhältnis totsagt (S. 1), ihm aber andererseits attestiert, es sei „weiter in Bewegung“ (S. 27).

werden, daß sich aus dem Begriff als solchem keine Rechtsfolgen herleiten lassen⁷, m. a. W. der Ausdruck „besonderes Gewaltverhältnis“ nicht länger als dogmatischer Begriff verwendet werden kann⁸. Dennoch lassen sich manche Konstruktionen und Thesen in Literatur und Rechtsprechung nur daraus hinlänglich erklären, daß dem besonderen Gewaltverhältnis dogmatische Funktion zuerkannt wird.

Gegenüber einem möglichen Euphemismus erscheint daher Vorsicht am Platze. Die Vermutung der bloßen Abschaffung einer Sprachfigur ohne Dereliktion der damit verbundenen Argumentationsstrukturen liegt angesichts einer historischen Parallele nahe: Bereits früher ist — u. a. auch von *Otto Mayer*, der dem besonderen Gewaltverhältnis die dogmatischen Konturen verliehen hat⁹ — die Rechtsqualität dieses Verhältnisses betont worden¹⁰. Dennoch wurden die gebotenen Konsequenzen nicht gezogen; in einem mühsamen Prozeß¹¹ sind nach und nach — weniger von der Dogmatik her als unter pragmatischen Aspekten¹² — Einbrüche in den ehemals rechtsfreien Raum erzielt worden.

Auch heute kann keineswegs die Feststellung getroffen werden, daß mit der Aufgabe des Begriffs „besonderes Gewaltverhältnis“ das Beamtenverhältnis entproblematisiert worden wäre. Jedoch läßt sich die Beobachtung machen, daß sich die Debatte verlagert hat und mit einer relativen Konsolidierung der Diskussion im Bereich des Dienstrechts der Blick auf neue Fragenkomplexe freigeworden ist. Insbesondere harret der Bereich des Amtsrechts und seiner normativen Steuerung noch weiterer Durchdringung. Dieser Fragenkreis bildet auch ein Hauptanliegen dieser

⁷ Das ist ein unausrottbar scheinender methodischer Fehler des Begriffsrealismus, der zwangsläufig in eine *petitio principii* verfallen muß.

⁸ Dazu unten Erster Teil, Erstes Kapitel, 1 c.

⁹ Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Band, 3. Aufl., München und Leipzig 1924, S. 101 f.; *ders.*, Die Lehre vom öffentlich-rechtlichen Verträge, AÖR Bd. 3 (1888), S. 3 ff. (52, 81) und öfter.

¹⁰ AÖR Bd. 3 (1888), S. 52. Vgl. auch *Hans Nawiasky*, Forderungs- und Gewaltverhältnis, Festschrift für Ernst Zitelmann, München / Leipzig 1913, S. 1 ff. *Ule* (VVDSrL 15 [1957], S. 144) betont, daran sei in der Theorie des besonderen Gewaltverhältnisses „nie ein Zweifel gewesen“. Vgl. auch *Walter Leisner*, Die schutzwürdigen Rechte im Besonderen Gewaltverhältnis, DVBl. 1960, 617; *Hans-Uwe Erichsen*, Besonderes Gewaltverhältnis und Sonderverordnung, Rückschau und Ausblick, in: Festschrift für Hans J. Wolff zum 75. Geburtstag, München 1973, S. 219 ff. (228 ff.). Siehe demgegenüber die vorsichtige Formulierung von *Hugo Kellner* (Zum gerichtlichen Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, DÖV 1963, 418 ff., 419): „... kann ... heute als anerkannt gelten.“

¹¹ s. auch *Erichsen*, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, 2. Aufl. 1976, S. 152: „außerordentlich zählbar“. Ebenso *Erich Feindt*, Die Rechtsnatur beamtenrechtlicher Ausbildungs- und Prüfungsordnungen, DÖV 1973, 763 ff. (764).

¹² *Erichsen*, Festschrift für Hans J. Wolff, S. 235; *Evers*, Das besondere Gewaltverhältnis, S. 4; *Peter Selmer*, Der Vorbehalt des Gesetzes, JuS 1968, 489 ff. (497).

Untersuchung: Die Konzentration auf das lineare Staat-Bürger-Verhältnis („Außenrecht“) hat zu einer relativen Verdeckung des organisatorischen Bereichs geführt, dessen komplex ineinander greifende Normen diejenigen Rechtssätze erst eigentlich „in Bewegung bringen“, die das Staat-Bürger-Verhältnis beherrschen.

Bei näherer Betrachtung des Amtrechts und seiner Verzahnung mit dem Dienstrecht, das wiederum die Brücke zum Außenrecht schlägt, wird sich erweisen, daß manche Fragen des Dienstrechts im Amtsrecht ihre Beantwortung finden. Das ist nur eine Erscheinungsform der ebenfalls nachzuweisenden Präponderanz von Entscheidungsregeln¹³. Dieser Ausdruck bezeichnet den Umstand, daß vieles, was zunächst als Sachfrage erscheint, in Wirklichkeit ein Kompetenzproblem darstellt.

Weitere Lösungsansätze in diesem Bereich werden freigelegt, wenn man sich die Relativität von Rechtssatzkomplexen und von rechtlichen Qualifikationen wieder vor Augen führt, m. a. W. die Bezogenheit von Aussagen auf die jeweils einen Sachverhalt betreffenden Rechtssätze. Das mag zunächst als Selbstverständlichkeit erscheinen. Es braucht jedoch nur auf die noch immer bestehenden Kontroversen um den sog. rechtswidrigen bindenden Befehl, auf den behaupteten Rangverlust des Außenrechts und die erst jüngst aufgenommene Diskussion um die Berechtigung der Figur der juristischen Person hingewiesen zu werden, um die Relevanz dieser Problematik deutlich zu machen.

Die Bezogenheit auch der vorliegenden Untersuchung und ihrer Teilaussagen auf Rechtssätze wird gelegentlich zu dem Eingeständnis führen, daß manche Fragen nicht — weder positiv noch negativ — rechtsdogmatisch entscheidbar sind. Solche „Offenbarungseide“ sind für rechtswissenschaftliche Arbeiten nicht gerade üblich; sie sind jedoch dort unausweichlich, wo der jeweilige Normenkomplex keine eindeutige Antwort parat hält und kontroverse Lösungen zuläßt. Eine Selbstbescheidung auf das rechtswissenschaftlich „Machbare“ erscheint angezeigt, will man nicht die fehlerhafte Vorstellung wecken und aufrechterhalten, als sei jedwede Lösung gesellschaftlicher Konflikte bereits gesetzgeberisch eindeutig vorentschieden. In solchen Fällen entfalten übrigens wiederum die Entscheidungsregeln ihre Auffangwirkung: Die Entscheidung derjenigen Instanz ist maßgeblich (nicht notwendig: allein richtig), die nach der Rechtsordnung zur Entscheidung berufen ist.

Damit sind einige Hauptanliegen der Untersuchung bezeichnet. Vom Gegenstand her wird sich die Arbeit nahezu ausschließlich auf das Recht der *beamteten* Dienstnehmer und die Zusammenhänge des Dienstrechts mit dem Organisationsrecht beschränken. Damit sind zunächst die Angehörigen derjenigen „besonderen Gewaltverhältnisse“ aus dem Blickfeld,

¹³ Vgl. dazu Erster Teil, Zweites Kapitel, 3 c.