

DISSERTATION

**Beamtenüberleitung anlässlich der  
Privatisierung von öffentlichen  
Unternehmen**

Zur Erlangung der akademischen Grades Dr. jur.  
Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität  
Sabrina Schönrock

Präsident der Humboldt-Universität zu Berlin

Prof. Dr. Dr. h.c. Hans Meyer

Dekanin der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin

Prof. Dr. Christine Windbichler, LL.M. (Berkeley)

Gutachter: 1. Prof. Dr. Ulrich Battis (HU zu Berlin)  
2. Prof. Dr. Klaus Adomeit (FU-Berlin)

eingereicht: 26. Oktober 1999

Datum der Promotion: 15. Februar 2000

---

## **Danksagung**

Die vorliegende Dissertation wurde am 26. Oktober 1999 bei der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin eingereicht. Bis Oktober 1999 erschienene Rechtsprechung und Literatur sind bei der Bearbeitung berücksichtigt worden.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Ulrich Battis für die Empfehlungen und Anregungen, mit denen er diese Arbeit betreut und begleitet hat.

Herrn Prof. Dr. Klaus Adomeit danke ich ebenfalls für das Interesse, welches er der Arbeit und der Thematik entgegengebracht hat, wie auch für die zügige Zweitbegutachtung.

Weiterhin gilt mein Dank den Herren Holger Schulz und Robert Wuttke für die technische Beratung und Unterstützung, sowie Herrn Marcus Schladebach für wertvolle Hilfe bei der Endredaktion.

Berlin, im Februar 2000

Sabrina Schönrock

<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS .....</b>	<b>6</b>
<b>EINLEITUNG: PROBLEMSTELLUNG UND GANG DER UNTERSUCHUNG .....</b>	<b>8</b>
<b>1 PRIVATISIERUNG VON ÖFFENTLICHEN UNTERNEHMEN .....</b>	<b>10</b>
<b>1.1 Begriffsklärungen.....</b>	<b>10</b>
1.1.1 Privatisierung.....	10
1.1.1.1 Formelle Privatisierung.....	10
1.1.1.2 Materielle Privatisierung .....	11
1.1.2 Regulierung und Deregulierung .....	11
<b>1.2 Verfassungsrechtlicher Hintergrund .....</b>	<b>12</b>
1.2.1 Verfassungsrechtliche Problematik .....	13
1.2.2 Privatisierungsoptionen durch Verfassungsänderungen.....	16
1.2.2.1 Privatisierung der Flugsicherung.....	16
1.2.2.2 Privatisierung der Deutschen Bahnen .....	17
1.2.2.3 Privatisierung der Deutschen Bundespost .....	18
1.2.3 Beamtenüberleitung .....	18
1.2.3.1 Flugsicherung .....	19
1.2.3.2 Bahn .....	19
1.2.3.3 Post.....	20
1.2.4 Verfassungsrechtlicher Hintergrund der Privatisierung und Beamtenüberleitung in den Kommunen .....	20
1.2.5 Ergebnis .....	20
<b>2 EINFACHGESETZLICHE AUSGESTALTUNG DER PRIVATISIERUNG UND BEAMTENÜBERLEITUNG IM BUND .....</b>	<b>21</b>
<b>2.1 Privatisierungsprojekte Bahn und Post .....</b>	<b>21</b>
2.1.1 Bahn .....	21
2.1.2 Post.....	21
<b>2.2 Beamtenüberleitung bei Bahn und Post .....</b>	<b>22</b>
2.2.1 Bahn .....	22
2.2.2 Post.....	23
<b>2.3 Bewertung der Regelungen.....</b>	<b>24</b>
2.3.1 Privatisierung.....	24
2.3.2 Beamtenüberleitung .....	24
<b>3 PRIVATISIERUNG UND BEAMTENÜBERLEITUNG IN DEN KOMMUNEN .....</b>	<b>25</b>
<b>3.1 Privatisierung in den Kommunen .....</b>	<b>25</b>
3.1.1 Privatisierungsoptionen .....	25
3.1.1.1 Art. 28 Abs. 2 GG: Die Organisationshoheit der Kommunen.....	25
3.1.1.2 Konflikt zwischen Privatisierungsgesetzen und kommunaler Selbstverwaltungsgarantie .....	26
3.1.2 Gemeinderechtliche Voraussetzungen für Privatisierung .....	28
3.1.2.1 Aufgabenbereiche der Gemeinden .....	29
3.1.2.2 Privatisierungsrahmen nach den Gemeindeordnungen.....	32
3.1.2.2.1 Das Subsidiaritätsprinzip.....	32
3.1.2.2.2 Markterkundungsverfahren zur Vorbereitung einer Auslagerungsentscheidung .....	33
3.1.2.2.3 Formenfreiheit wirtschaftlicher Unternehmen und nichtwirtschaftlicher Einrichtungen .....	33
3.1.2.2.4 Die Erfüllung des öffentlichen Zwecks .....	35
3.1.2.2.4.1 Der öffentliche Zweck.....	35
3.1.2.2.4.2 Sicherstellung des öffentlichen Zwecks/Interesses.....	36
3.1.2.2.4.3 Verankerung des öffentlichen Zwecks in den Gesellschaftsverträgen .....	37
3.1.2.2.5 Transparenz durch Beteiligungsberichte.....	38
3.1.3 Steuerung durch Kommunalwirtschaft .....	38

3.1.3.1	Funktionsverlust als Verfassungsverstoß.....	39
3.1.3.2	Steuerung in den Gesellschafterorganen.....	39
3.1.3.2.1	Vertretung in den Gesellschafterorganen.....	40
3.1.3.2.2	Weisungsrechte der Gemeinde.....	41
3.1.3.2.2.1	Weisungsrechte gegenüber der Aktiengesellschaft.....	41
3.1.3.2.2.2	Weisungsrechte gegenüber der GmbH.....	43
3.1.3.2.3	Öffentlichkeit und Nichtöffentlichkeit bei den Sitzungen der Gesellschafterversammlung.....	44
3.1.4	Ergebnis: Die GmbH als geeignete Rechtsform .....	45
<b>3.2</b>	<b>Beamtenüberleitung an privatisierte kommunale Einrichtungen</b>	<b>46</b>
3.2.1	Weiterbeschäftigung der Beamten außerhalb des § 123a Abs. 2 BRRG .....	46
3.2.1.1	Abordnung, Versetzung, Umsetzung .....	46
3.2.1.2	Vertragliche Beamtenüberleitung .....	47
3.2.1.3	Zuweisung gemäß § 123a Abs. 1 BRRG .....	48
3.2.1.3.1	Voraussetzungen des § 123a Abs. 1 BRRG .....	48
3.2.1.3.2	Mangelnde Eignung des § 123a Abs. 1 BRRG für die Beamtenüberleitung .....	50
3.2.2	§ 123a Abs. 2 BRRG: Zuweisungsmöglichkeiten für die Kommunen.....	50
3.2.2.1	Anwendbarkeit des § 123a Abs. 2 BRRG .....	51
3.2.2.2	Voraussetzungen der Zuweisung gemäß § 123a Abs. 2 BRRG.....	51
3.2.2.2.1	Privatrechtlich organisierte Einrichtung der öffentlichen Hand.....	51
3.2.2.2.2	Dringende öffentliche Interessen.....	52
3.2.2.2.3	Zuweisung einer dem Amt entsprechenden Tätigkeit.....	53
3.2.2.2.4	Verhältnismäßigkeit der Ermessensentscheidung .....	54
3.2.2.3	Rechtsfolgen der Zuweisung gemäß § 123a Abs. 2 BRRG.....	55
<b>ZUSAMMENFASSUNG: TEIL 3</b>		<b>56</b>
<b>4</b>	<b>FOLGEN DER BEAMTENÜBERLEITUNG.....</b>	<b>57</b>
<b>4.1</b>	<b>Folgen der Personalüberleitung für die Beamten bei Bahn und Post.....</b>	<b>58</b>
4.1.1	Status der übergeleiteten Beamten.....	58
4.1.1.1	Statuswechsel durch Dienstherrnwechsel ? .....	58
4.1.1.1.1	Übertragung von Dienstherrnbefugnissen auf die DBAG .....	61
4.1.1.1.2	Übertragung von Dienstherrnbefugnissen auf die Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost .....	61
4.1.1.1.3	Ergebnis: Keine Übertragung der Dienstherrnfähigkeit auf die Aktiengesellschaften .....	62
4.1.1.2	Statureinbußen durch Aufgabenveränderung .....	62
4.1.1.3	Doppelstellung der Privatisierungsbeamten.....	64
4.1.2	Die Geltung der allgemeinen Beamtenpflichten .....	65
4.1.2.1	Zweck des Statusbeibehalts.....	65
4.1.2.2	Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums .....	66
4.1.2.3	Einteilung der Beamtenpflichten in Pflichtenkreise .....	67
4.1.2.3.1	Pflichtenkreis des § 52 BBG.....	67
4.1.2.3.2	Pflichtenkreis des § 53 BBG.....	68
4.1.2.3.3	Pflichtenkreis des § 54 BBG.....	68
4.1.2.3.4	Pflichtenkreis des § 55 BBG.....	69
4.1.2.3.5	Pflichtenkreis der §§ 61 ff. BBG .....	70
4.1.2.3.6	Ergebnis: Geltung der Beamtenpflichten.....	70
4.1.3	Geltung des Disziplinarrechts für die privatisierten Beamten.....	70
4.1.3.1	Die Disziplinarrechtsstellung .....	70
4.1.3.2	Statusbezogene Pflichtverstöße.....	72
4.1.3.2.1	Regelungen der DBAG.....	72
4.1.3.2.2	Regelungen bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost.....	73
4.1.3.2.3	Zusammenwirken von BAPost und Unternehmen .....	73
4.1.3.3	Beschäftigungsbezogene Pflichtverstöße .....	74
4.1.3.4	Ergebnis: Geltung des Disziplinarrechts .....	74
4.1.4	Streikrecht der zugewiesenen Beamten und Funktionsvorbehalt.....	74
4.1.4.1	Allgemeines Streikverbot für Beamte .....	75
4.1.4.2	Streikrecht für den privatisierten Beamten .....	75

4.1.4.3	Eingeschränktes Streikrecht für den Beamten im privaten Unternehmen .....	76
4.1.4.4	Ergebnis: Kein Streikrecht für die privatisierten Beamten .....	78
4.1.5	Mitbestimmung in den privatisierten Unternehmen .....	78
4.1.5.1	Allgemeine personalvertretungs- und betriebsverfassungsrechtliche Aspekte .....	78
4.1.5.2	Mitbestimmung in den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost .....	78
4.1.5.2.1	Mitwirkungsrechte nach dem Betriebsverfassungsgesetz .....	78
4.1.5.2.2	Sonderregelung in den Personalangelegenheiten der Beamten .....	79
4.1.5.2.2.1	Mitbestimmung nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG bei Versetzung .....	80
4.1.5.2.2.2	Anwendung des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG auf Personalmaßnahmen außerhalb des § 76 BPersVG .....	83
4.1.5.3	Mitbestimmung bei der Deutschen Bahn AG .....	84
4.1.5.3.1	Beteiligungsrechte des Betriebsrats .....	84
4.1.5.3.2	Bildung besonderer Personalvertretungen .....	84
4.1.5.3.3	Zuständigkeiten des besonderen Personalrats .....	85
4.1.5.3.4	Ausdehnung betriebsverfassungsrechtlicher Pflichten des Arbeitgebers auf das BEV .....	86
4.1.6	Ergebnis: Folgen der Privatisierung für die Post- und Bahnbeamten .....	86
<b>4.2</b>	<b>Folgen der Personalüberleitung für die Kommunalbeamten .....</b>	<b>87</b>
4.2.1	Statuswahrung bei der Zuweisung nach § 123a Abs. 2 BRRG .....	88
4.2.1.1	Statuswechsel durch Dienstherrenwechsel .....	88
4.2.1.2	Statuswechsel durch die betriebliche Tätigkeit .....	89
4.2.1.3	Die Ausübung von Dienstherrenbefugnissen .....	91
4.2.1.3.1	Übertragung von Dienstherrenbefugnissen ohne verfassungsrechtliche Absicherung .....	92
4.2.1.3.2	Wahrnehmung von Dienstherrenbefugnissen durch die privatisierte Einrichtung ....	93
4.2.1.4	Ergebnis: Statusbeibehalt für die gemäß § 123a Abs. 2 BRRG zugewiesenen Beamten .....	94
4.2.2	Geltung der Beamtenpflichten für die zugewiesenen Beamten .....	95
4.2.3	Disziplinarrechtsstellung der zugewiesenen Beamten nach § 123a Abs. 2 BRRG ..	96
4.2.4	Streikrecht für die zugewiesenen Beamten .....	98
4.2.5	Die Interessenvertretung der gemäß § 123a Abs. 2 BRRG zugewiesenen Beamten .....	99
4.2.5.1	Anwendbarkeit von Betriebsverfassungs- oder Personalvertretungsrecht .....	100
4.2.5.2	Einbeziehung der zugewiesenen Beamten in das BetrVG .....	101
4.2.5.2.1	Einbeziehung durch ein faktisches Arbeitsverhältnis .....	101
4.2.5.2.2	Die zugewiesenen Beamten als Arbeitnehmer .....	102
4.2.5.2.2.1	Die Ausdehnung des betrieblichen Arbeitnehmerbegriffs .....	102
4.2.5.2.2.2	Die zugewiesenen Beamten als Arbeitnehmer analog dem Post- und Bahnmodell .....	103
4.2.5.2.3	Ergebnis: Interessenvertretung durch den Personalrat .....	105
4.2.5.3	Interessenvertretung bei statusbezogenen Entscheidungen .....	106
<b>ZUSAMMENFASSUNG: TEIL 4 .....</b>		<b>107</b>
<b>THESEN .....</b>		<b>111</b>
<b>LITERATUR .....</b>		<b>113</b>

### Abkürzungsverzeichnis

AG	Aktiengesellschaft
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbuR	Arbeit und Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayGO	Bayerische Gemeindeordnung
BB	Betriebsberater
BBesG	Bundesbesoldungsgesetz
BBG	Bundesbeamtengesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BEV	Bundeseisenbahnvermögen
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BPersVG	Bundespersonalvertretungsgesetz
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DB	Der Betrieb
DBAG	Deutsche Bahn Aktiengesellschaft
DBAGZustV	Deutsche Bahn AG Zuständigkeitsverordnung
DBGrG	Deutsche Bahn Gründungsgesetz
DNV	Die neue Verwaltung
DÖD	Der öffentliche Dienst
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DPG	Deutsche Postgewerkschaft
DVBli.	Deutsches Verwaltungsblatt
FS	Festschrift
Gbl.	Gesetzblatt
GewArch.	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
GHH	Der Gemeindehaushalt
GKÖD	Gesamtkommentar öffentliches Dienstrecht

GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
IÖD	Informationsdienst Öffentliches Dienstrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
KJ	Kritische Justiz
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungsreport
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
PersR	Der Personalrat
PersV	Die Personalvertretung
PostPersRG	Postpersonalrechtsgesetz
PTNeuOG	Postneuordnungsgesetz
RdA	Recht der Arbeit
SurlVO	Sonderurlaubsverordnung
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VuF	Verwaltung und Fortbildung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfPR	Zeitschrift für Personalvertretungsrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGR	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

## Einleitung: Problemstellung und Gang der Untersuchung

Ein Ziel der Politik in der Bundesrepublik Deutschland besteht darin, die sogenannte Staatsquote, also den Anteil des Staates am Sozialprodukt zu verringern. Dazu soll die öffentliche Verwaltung „verschlankt“ und die Wirtschaftlichkeit erhöht werden<sup>1</sup>. Neben Dienstrechtsreformen zur Flexibilisierung des Beamtenrechts und der Einführung von Managementmethoden aus der freien Wirtschaft gilt die Privatisierung als ein besonders geeignetes Instrument.

In den letzten Jahren besteht deshalb zunehmend ein Trend zur Privatisierung öffentlich-rechtlich organisierter Einrichtungen. Dies gründet zum einen auf der Hoffnung, daß die künftig privatrechtlich organisierten Unternehmen wirtschaftlich effektiver arbeiten können, da sie nun von den „Fesseln des öffentlichen Rechts“ befreit seien<sup>2</sup>. Zum anderen soll durch die Privatisierung von Verwaltungsaufgaben ein Abbau von Personal, insbesondere von verbeamtetem Personal, ermöglicht werden, in der Regel durch den Verzicht auf die Wiederbesetzung von Dienstposten, denn Angestellte sind auch nicht billiger<sup>3</sup>.

Die Regelungen zur Privatisierung von Flugsicherung, Bahn und Post als große öffentlich-rechtliche Unternehmen haben hierbei Pilotfunktionen, so daß sie bereits vielerseits diskutiert wurden<sup>4</sup>. Jedoch werden nicht nur auf Bundes-, sondern auch auf kommunaler Ebene Privatisierungsmodelle verstärkt betrieben<sup>5</sup>. Dabei geht es insbesondere um die Umwandlung von Eigenbetrieben in Gesellschaften des Handelsrechts. In Betracht kommen hierfür die Gesellschaftsformen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung sowie die der Aktiengesellschaft. Welche der Rechtsformen für die privatisierten Einrichtungen der Kommunen sinnvoll erscheint, wird zu untersuchen sein.

Im Zusammenhang mit der Privatisierung von öffentlichen Betrieben und Einrichtungen besteht die Notwendigkeit, die im Zeitpunkt einer Privatisierung beschäftigten Beamten überzuleiten und auslaufend zu beschäftigen. Die Weiterbeschäftigung der Beamten in den privatisierten Unternehmen ist nicht unproblematisch, weil die Verfassung und die einschlägigen Gesetze das traditionelle Berufsbild des Beamten im öffentlichen Dienst regelten und insoweit rechtliches Neuland zu betreten ist.

Anhand der für den Bund bei der Post- und Bahnprivatisierung geschaffenen Regelungen ist zu erörtern, wie eine Privatisierung mit Beamtenweiterbeschäftigung in den Kommunen gestaltet werden kann. Dabei ist zu klären, auf welche Rechtsgrundlage sich die Anordnung des Dienstherrn zur Weiterbeschäftigung der Beamten in einer privatisierten Einrichtung auch gegen den Willen des betroffenen Beamten stützen läßt. Hier stellt sich insbesondere die Frage, ob einfachgesetzliche Regelungen für die Überleitung der Beamten an das privatisierte Unternehmen ausreichen oder aber eine Verfassungsänderung erforderlich ist.

Werden öffentliche Unternehmen privatisiert, geht regelmäßig auch der bisherige Dienstposten des jeweiligen Beamten verloren. Es besteht dann die Gefahr, daß die nunmehr in den privatisierten Unternehmen tätigen Beamten durch die erfolgte Privatisierung ihre bevorzugte Stellung zum Staat verlieren könnten. Daher ist zu erörtern, welche rechtlichen Konsequenzen sich für die privatisierten Beamten ergeben, für ihren Beamtenstatus und die daraus resultierenden Rechte und Pflichten.

---

<sup>1</sup> Diese Forderung wird in der Literatur mehrfach erhoben. Die alte Bundesregierung hielt die Privatisierung für einen wichtigen Beitrag für die Zukunftssicherung des Standorts Deutschland, BT-Drucks. 12/5620, 12, 51 f.; Scholz / Hofmann, Der Sachverständigenrat Schlanker Staat: Vorschläge und Umsetzungsergebnisse, PersV 1998, 326 ff.; Scholz, Der Sachverständigenrat „Schlanker Staat“, Auftrag und Perspektiven, PersV 1997, 200 ff.; kritisch: Kutscha, „Schlanker Staat“ mit Januskopf - ein Zwischenruf -, KJ 1998, 399 ff.; die neue Bundesregierung spricht in diesem Zusammenhang von dem „aktivierenden Staat“, dazu ausführlich: Reichard, Staats- und Verwaltungsmodernisierung im „aktivierenden Staat“, VuF 1999, 117 ff.

<sup>2</sup> Erbuth, Die Zulässigkeit der funktionalen Privatisierung im Genehmigungsrecht, UPR 1995, 369, 371.

<sup>3</sup> Britz, PersV 1998, 372, 374 und 375; Peine, DÖV 1997, 353, 353.

<sup>4</sup> So zum Beispiel bei: Benz, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Beleihung einer AG mit Dienstherrnbefugnissen dargestellt am Beispiel der Deutschen Post AG, Deutschen Postbank AG, Deutschen Telekom AG sowie der Deutschen Bahn AG, Diss. Tübingen, 1995.

<sup>5</sup> Dazu ausführlich: Heinz, Public Private Partnership, in: Wollmann/ Roth (Hrsg.), Kommunalpolitik, 552 ff.; Tettinger, Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership, DÖV 1996, 764 ff.



Damit stellt sich die Frage, ob sich durch die Beschäftigung in der privaten Gesellschaft die Dienstleistungs- und die Dienstleistungspflicht verändert haben, ob das Disziplinarrecht noch weiterhin Anwendung findet, oder ob dieses einzuschränken gilt, weiterhin, ob den privatisierten Beamten nunmehr ein Streikrecht zusteht, und wie sich die Mitwirkung der in den privatisierten Unternehmen beschäftigten Beamten hinsichtlich der betrieblichen Interessenvertretung gestaltet.

Zu untersuchen sind insoweit die für die Privatisierungsprojekte Post, Bahn und Flugsicherung im Bund gefundenen Regelungen und der sich darüberhinaus ergebende Regelungsbedarf auch für die Privatisierungsvorhaben der Kommunen.

## 1 Privatisierung von öffentlichen Unternehmen

Vor der Darstellung der Privatisierungsprojekte des Bundes und den Ausführungen bezüglich der Privatisierungssituation in den Kommunen ist der Privatisierungsbegriff zu klären, da die Verschiedenartigkeit von Privatisierungsvorhaben deutlich macht, daß dieser Terminus mit unterschiedlichen Inhalten verwendet wird.

### 1.1 Begriffsklärungen

#### 1.1.1 Privatisierung

Privatisierung meint im allgemeinen die Verlagerung von Angelegenheiten, die bisher von der öffentlichen Hand wahrgenommen wurden, in den privatrechtlichen Bereich. Bei der Privatisierung von Verwaltungsaufgaben werden Aufgaben, die der Staat nach geltendem Recht zulässigerweise für sich in Anspruch nimmt, auf private Unternehmen übertragen<sup>6</sup>. Mit dem allgemeinen Begriff der Privatisierung lassen sich verschiedene Begriffsinhalte verbinden<sup>7</sup>. So lassen sich die formelle Privatisierung, die materielle Privatisierung, die funktionale Privatisierung, die Vermögensprivatisierung<sup>8</sup> und die Finanzierungsprivatisierung<sup>9</sup> unterscheiden<sup>10</sup>. Die beiden Grundformen sind die formelle und die materielle Privatisierung<sup>11</sup>, so daß die Differenzierung weiterer denkbarer Begriffsinhalte hier nicht weiter verfolgt wird.

##### 1.1.1.1 Formelle Privatisierung

Bei der formellen Privatisierung werden bisher durch die öffentliche Hand hoheitlich erbrachte Leistungen auf privatrechtliche Formen umgestellt, wobei nach wie vor die öffentliche Hand selbst als Träger hinter dem geschaffenen Rechtssubjekt steht<sup>12</sup>. Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben erfährt eine Änderung der Rechts- und Organisationsform von den Formen des öffentlichen Rechts zu denen des Privatrechts. Die Aufgabe behält ihren Charakter als öffentliche Aufgabe und verbleibt bei dem zuständigen Träger öffentlicher Verwaltung, der die Aufgabe in einer Organisationsform des Privatrechts erfüllt<sup>13</sup>. Insoweit bleibt es bei einer reinen Organisationsprivatisierung<sup>14</sup>. Als Vorteil einer formellen Privatisierung gilt die größere Beweglichkeit Privater, insbesondere hinsichtlich eines flexibleren Personaleinsatzes und erweiterter Finanzierungsmöglichkeiten<sup>15</sup>.

---

<sup>6</sup> Ronellenfisch, Staat und Markt: Rechtliche Grenzen einer Privatisierung kommunaler Aufgaben, DÖV 1999, 705, 708; Hofmann, Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen und Beamtenbeschäftigung, ZTR 1996, 493, 493; Peine, DÖV 1997, 353, 354; Bauer, VVDStRL 54 (1995), 245, 250; zum Begriff der Verwaltungsaufgaben: Isensee, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: Isensee/ Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 1988, § 57 Rn. 137.

<sup>7</sup> Ausführlich zum Begriff der Privatisierung und seine Erscheinungsformen: Di Fabio, Privatisierung und Staatsvorbehalt, JZ 1999, 585 ff.; von Hagemeister, Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 1992, S. 33 ff.; Lee, Privatisierung als Rechtsproblem, Hamburg, Diss., 1997, 148 ff.; Müller, Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 110 ff.; Schoch, DÖV 1993, 377, 378; ders. in: DVBl. 1994, 962 ff. und DVBl. 1994, 1, 3; Schuppert, DÖV 1995, 761, 766.

<sup>8</sup> Zur Vermögensprivatisierung: Volkswagenprivatisierungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 12, 354 ff.; Jachmann/ Strauß, ZBR 1999, 289, 295.

<sup>9</sup> Zur den verschiedenen Formen der Finanzierungsprivatisierung: Krölls, GewArch. 1995, 129, 132 f.; Tettinger, DÖV 1996, 764, 766 f.

<sup>10</sup> Schuppert, DÖV 1995, 761, 766; Schoch, DVBl. 1994, 962, 962 f.; ders. in: DÖV 1993, 377, 378.

<sup>11</sup> Ehlers, DVBl. 1997, 137, 137; Gusy, ZRP 1998, 265, 267; Hofmann, ZTR 1996, 493, 493; Kutscha, Verfassungsfragen der Privatisierung von Staatsaufgaben, NJ 1997, 393, 393; Peine, DÖV 1997, 353, 354; Hengstschläger, VVDStRL 54 (1995), 166, 170; Osterloh, VVDStRL 54 (1995), 206, 210.

<sup>12</sup> Blanke/ Sterzel, Probleme der Personalüberleitung im Falle einer Privatisierung der Bundesverwaltung (Flugsicherung, Bahn, Post), ArbuR 1993, 265, 266; Hanau, Arbeitsrechtliche Probleme der Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen, 1980, S. 30; Stern, DVBl. 1997, 309, 310; Hengstschläger, VVDStRL 54 (1995), 166, 170; Osterloh, VVDStRL 54 (1995), 206, 210; Wahl, Die Einschaltung privatrechtlich organisierter Verwaltungseinrichtungen in den Straßenbau, DVBl. 1993, 517, 519.

<sup>13</sup> König, DÖV 1999, 322, 323; Ehlers, DVBl. 1997, 137, 137; Erguth, UPR 1995, 369, 370; Gusy, ZRP 1998, 265, 267; Peine, DÖV 1997, 353, 354; Stern, DVBl. 1997, 309, 310.

<sup>14</sup> Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht II, § 104a Rn. 6.

<sup>15</sup> Schuppert, Staatsaufsicht im Wandel, DÖV 1998, 831, 833; Spannowsky, Der Einfluß öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften in öffentlicher Hand: Öffentlich-rechtliche Vorgaben, insbesondere zur Ingerenzpflicht, ZGR 1996, 400, 402; Wahl, DVBl 1993, 517, 519.

Eine materiell beim Staat verbleibende Aufgabe kann organisatorisch durch die Einschaltung eines Verwaltungshelfers, durch die Beleihung eines Privaten und durch die Erfüllung der Aufgabe durch eine Eigengesellschaft oder die mehrheitliche Beteiligung der öffentlichen Hand an einer Handelsgesellschaft privatisiert werden<sup>16</sup>. Eine Eigengesellschaft ist dadurch gekennzeichnet, daß sämtliche Gesellschaftsanteile von der öffentlichen Hand gehalten werden. Die Gründung einer Eigengesellschaft, insbesondere durch Umwandlung eines Eigenbetriebs in eine Gesellschaft des Handelsrechts, kann ein erster Schritt zu einer materiellen Privatisierung sein, wenn die Umwandlung in eine Eigengesellschaft oder deren Neugründung in der Absicht geschieht, anschließend materiell zu privatisieren, indem die mit der Umwandlung erlangten Gesellschaftsanteile teilweise oder vollständig an private Anteilserwerber veräußert werden<sup>17</sup>.

Bei der funktionalen Privatisierung verbleibt lediglich die Aufgabenzuständigkeit und damit die Aufgabenverantwortung bei dem Träger öffentlicher Verwaltung<sup>18</sup>. Der Vollzug der Aufgabe wird auf ein Privatrechtssubjekt übertragen<sup>19</sup>. Richtigerweise ist mit Peine<sup>20</sup> die funktionale Privatisierung als ein Unterfall der formellen Privatisierung einzuordnen, da ausschließlich die Aufgabenerfüllung, nicht aber die Aufgabenverantwortung auf das private Unternehmen übertragen wird.

### 1.1.1.2 Materielle Privatisierung

Als materielle Privatisierung werden sämtliche Vorgänge bezeichnet, die mit einer vollständigen Verlagerung der öffentlichen Aufgaben in den privaten Bereich verbunden sind<sup>21</sup>. Die materielle Privatisierung umfaßt den Verzicht der öffentlichen Hand auf weiteres Tätigwerden hinsichtlich der privatisierten Aufgabe, so daß nicht nur die Handlungsform, sondern auch die Aufgabe als solche ihren staatlichen Charakter verliert<sup>22</sup>. Die öffentliche Hand behält allenfalls die Verantwortung dafür, daß die Leistung überhaupt noch angeboten wird<sup>23</sup>. Hier können auch staatliche Regularisierungsaufgaben keinen Einfluß auf die wirtschaftliche Betätigung nehmen, da bei der Übertragung von Aufgabe und Trägerschaft auf das Privatrechtssubjekt jede Form besonderer parlamentarischer Kontrolle endet<sup>24</sup>. Regulierung findet hier im Rahmen des allgemeinen Kartell- bzw. des öffentlichen Wirtschafts- und Steuerrechts statt. Mangels Eigentümerstellung der öffentlichen Hand hat diese auch keine Möglichkeiten, in den Unternehmensorganen Kontroll- und Steuerungsrechte auszuüben.

### 1.1.2 Regulierung und Deregulierung

Mit dem Begriff der Privatisierung werden in der Literatur häufig die Instrumentarien der Regulierung und Deregulierung verbunden.

---

<sup>16</sup> Müller, Rechtsformenwahl, S. 241 ff.; Peine, DÖV 1997, 353, 355; a. A. aber Bolsenkötter, DB 1993, 445 ff., der die formelle Privatisierung nicht unter den allgemeinen Begriff Privatisierung subsumiert. Zur Beleihung eines Privaten: Erichsen, Das Verwaltungshandeln, in: ders. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 12 II Rn. 18; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1999, § 23 Rn. 56 f.; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 1998, S. 15 f.; Bansch, Zur Beleihung als verfassungsrechtliches Problem, Dissertation, München, 1973; Michaelis, Der Beliehene, Dissertation, Münster, 1969.

<sup>17</sup> Püttner, Privatisierung, LKV 1994, 193, 194; Steuck, NJW 1995, 2887, 2887.

<sup>18</sup> Di Fabio, JZ 1999, 585, 587 f.; Jachmann/ Strauß, ZBR 1999, 289, 295; König, DÖV 1999, 322, 324; Ehlers, DVBl. 1997, 137, 137; Hoffmann-Riem, Verfahrensprivatisierung als Modernisierung, DVBl. 1996, 225, 226; Kahl, DVBl. 1995, 1327, 1331; Krölls, GewArch. 1995, 129, 131; zu den Modellen funktionaler Privatisierung der Abfallentsorgung: Tettinger, DÖV 1996, 764, 765.

<sup>19</sup> Erbguth, UPR 1995, 369, 369; Schoch, DVBl. 1994, 962, 963; Schuppert, DÖV 1995, 761, 767.

<sup>20</sup> In DÖV 1997, 353, 355; auch Kummer/ Giesberts, NVwZ 1996, 1166, 1167 bemängeln, daß häufig „unkorrekt“ von materieller Privatisierung gesprochen wird, wenn lediglich die Durchführung der Aufgabe auf Private übertragen wird; a. A. Schoch in DVBl. 1994, 1, 8 und 10, der die funktionale Privatisierung als „materielle Privatisierung der Aufgabenerledigung“ bezeichnet; Graf Vitzthum spricht von „Produktionsprivatisierung“, in: Gemeinderechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Wirtschaftsunternehmen, AöR Bd. 104 (1979), 580, 592.

<sup>21</sup> So auch Jachmann/ Strauß, ZBR 1999, 289, 295; König, DÖV 999, 322, 324; Osterloh, VVDStRL 54 (1995), 206, 210; Erbguth, UPR 1995, 369, 370; Schuppert, DÖV 1995, 761, 767.

<sup>22</sup> Erbguth, UPR 1995, 369, 370; Hoffmann-Riem, DVBl. 1996, 225, 226; Stern, DVBl. 1997, 309, 310.

<sup>23</sup> Gruhn, Privatisierung - Beitrag zur Reform des öffentlichen Sektors, Behörden-Spiegel, Schlanker Staat, Juni 1998, S. 3; Hanau, Arbeitsrechtliche Probleme, S. 32; Blanke/ Sterzel, ArbuR 1993, 265, 266.

<sup>24</sup> Gusy, ZRP 1998, 265, 268; Blanke/ Sterzel, KJ 1993, 278, 291; Kummer/ Giesberts, NVwZ 1996, 1166, 1167; insofern ist eine echte materielle Privatisierung ein faktisch äußerst seltener Fall.

Regulierung und Deregulierung dienen der Verwirklichung wirtschaftlicher Unternehmensstrukturen bei gleichzeitiger Sicherstellung der Gemeinwohlorientierung<sup>25</sup>. Unter dem Begriff Regulierung werden Handlungs- und Tätigkeitsverbote zur Steuerung des Verhaltens privater Wirtschaftssubjekte verstanden<sup>26</sup>. Die Deregulierung zielt darauf ab, die gesetzlichen Regelungen in verschiedenen Rechtsbereichen auszudünnen, so daß der Staat hier auf den Einsatz regulierender Instrumente verzichtet. Diese Begriffe gehören nicht in den Bereich der Privatisierung von öffentlichen Aufgaben im engeren Sinn, da durch die deregulierenden Maßnahmen zwar die Möglichkeiten für die Privatisierungen von öffentlichen Unternehmen und Einrichtungen erweitert werden sollen, dies jedoch nicht durch diese Maßnahmen unmittelbar geschieht. Denn im Rahmen der Deregulierung werden bestehende Reglementierungen aufgehoben, diese werden aber gleichzeitig durch wiederum neue Reglementierungen ersetzt.

Selbst wenn eine Deregulierung im Sinn einer „Öffnungsklausel“ für Privatisierungen stattfindet, wird durch diese gesetzliche Erweiterung der Möglichkeiten, öffentliche Aufgaben zu privatisieren, keinesfalls eine Ausdünnung der Regelungsbereiche bewirkt. Vielmehr wurden alte Vorschriften durch neue Regelungen ersetzt<sup>27</sup>.

### 1.2 Verfassungsrechtlicher Hintergrund

Solange die Erfüllung einer bisher von der öffentlichen Hand wahrgenommenen Aufgabe kraft Verfassung oder Gesetzes nicht privatisierbar ist, ist sie in öffentlich-rechtlicher Form zu erbringen.

Im Rahmen der Privatisierung öffentlicher Aufgaben ist der Begriff der öffentlichen Aufgaben von dem der staatlichen Aufgaben zu unterscheiden. Staatliche Aufgaben sind solche, die der Staat nach der geltenden Verfassung zulässigerweise selbst in Anspruch nimmt<sup>28</sup>, wohingegen der Begriff der öffentlichen Aufgaben jenen Aufgabenbereich umfaßt, dessen Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, aber in gleicher Weise wie vom Staat auch von Privaten wahrgenommen werden kann<sup>29</sup>.

Umstritten ist, welche Anforderungen an die gesetzlichen Normierungen für Privatisierungen zu stellen sind. Dabei erhob sich anlässlich der Privatisierungsprojekte des Bundes, der Flugsicherung, der Bahn und der Post, eine verfassungsrechtliche Diskussion um die allgemeine Zulässigkeit von Privatisierungen öffentlicher Einrichtungen und Betriebe. Der sicherste Weg, die Privatisierungsvorhaben verfassungsrechtlich abzusichern, bestand in ihrer Aufnahme in die Verfassung<sup>30</sup>.

Auf einfachgesetzlicher Ebene werden die verallgemeinerungsfähigen Privatisierungsdirektiven vor allem dem Haushalts- und dem Kommunalrecht entnommen. Oftmals enthalten auch die Fachgesetze des Besonderen Verwaltungsrechts spezielle Vorschriften, die über den Umfang der Verwaltungsaufgabe und das bereichsspezifische Privatisierungspotential Regelungen treffen<sup>31</sup>.

Eines der zentralen Probleme bei der Privatisierung öffentlicher Unternehmen und Einrichtungen ist, ob und wie die Überleitung der bisher bei der öffentlichen Hand beschäftigten Beamten stattfindet. Gemäß der verfassungsrechtlichen Vorgaben in Art. 33 Abs. 4 und 5 GG erfüllen die Beamten hoheitliche Aufgaben, so daß grundsätzlich das Prinzip gilt, daß private Unternehmen nicht Arbeitgeber von Beamten sein können, und damit die Beamten weder in privaten Einrichtungen beschäftigt, noch den Weisungen eines privaten Arbeitgebers unterworfen werden dürfen.

---

<sup>25</sup> Bischoff/ Nickisch, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, S. 74.

<sup>26</sup> Peine, DÖV 1997, 353, 355.

<sup>27</sup> In diesem Sinne auch: König, Rückzug des Staates – Privatisierung der öffentlichen Verwaltung, DÖV 1998, 963, 966 (kritisch) und Peine, DÖV 1997, 353, 355. Ähnlich argumentiert auch Schuppert in DÖV 1995, 761, 767, der herausarbeitet, daß eine „regulierte Privatisierung keine Erscheinungsform des staatlichen Rückzuges darstellt“; ders. in: DÖV 1998, 831, 835; Osterloh, VVDStRL 54 (1995), 206, 210 f.

<sup>28</sup> Ronellenfitch, DÖV 1999, 705, 708; Di Fabio, JZ 1999, 585 in der Fußnote 17; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 1998, S. 24, Fußnote 70.

<sup>29</sup> Di Fabio, JZ 1999, 585 in der Fußnote 17.

<sup>30</sup> Pestalozza, Neues Deutschland – in bester Verfassung ?, Jura 1994, 561, 571; Fromm, Die Reorganisation der Deutschen Bahnen – Voraussetzung für eine Neubestimmung des Standorts der Eisenbahnen in der Verkehrspolitik, DVBl. 1994, 187, 190; Steuck, Die privatisierende Umwandlung, NJW 1995, 2887, 2891.

<sup>31</sup> Erbguth, UPR 1995, 369, 373 und 374.

### 1.2.1 Verfassungsrechtliche Problematik

In verfassungsrechtlicher Hinsicht geht es zunächst um die Frage, ob sich der Staat generell in der Form einer privatrechtlichen Gesellschaft betätigen darf. Dies erscheint deshalb problematisch, weil das Grundgesetz keine allgemeinen Regelungen für die Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf Private trifft.

Die Verwaltung als staatliches Handlungs- und Organisationswesen wird gemäß Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG durch die Verfassung konstituiert. Daher darf jede Verwaltungstätigkeit und damit auch die organisatorische Übertragung von Verwaltungstätigkeit auf Privatrechtssubjekte nicht den Vorgaben der Verfassung widersprechen<sup>32</sup>.

Der Wortlaut der Verfassung selbst gibt keine Anhaltspunkte dafür, ob und inwieweit gegen die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch privatrechtliche Unternehmen Bedenken bestehen. Zwar soll die Exekutivgewalt unter anderem durch besondere Organe ausgeübt werden, jedoch ergibt sich daraus nicht zwingend, daß nur öffentlich-rechtliche Organe Verwaltungsaufgaben ausführen dürfen. Die Vorschrift ist vielmehr im Zusammenhang mit dem Demokratiegebot zu betrachten, wohingegen die Organisationsstruktur und die Rechtsform offen bleiben<sup>33</sup>. Durch die staatliche Organisationsgewalt kann die öffentliche Hand jedenfalls im Bereich der Leistungsverwaltung weitergehende Entscheidungen treffen, welcher Rechtsform sie sich zur Erfüllung von Aufgaben bedient<sup>34</sup>. Werden vom Gesetzgeber keine Festlegungen vorgenommen, steht der öffentlichen Hand ein Wahlrecht zu, ob sie unmittelbare Verwaltungsaufgaben in den Organisationsformen des privaten oder in denen des öffentlichen Rechts wahrnimmt. Allerdings bedarf es nach der Auffassung von Ehlers<sup>35</sup> aus Gründen der demokratischen Legitimation, der parlamentarischen Verantwortlichkeit und der Gewährleistung rechtsstaatlicher Verhältnisse für jede Ausgliederung einer öffentlichen Aufgabe aus der unmittelbaren Staatsverwaltung in privatrechtliche Organisationsformen eines rechtfertigenden Gesetzes. Jedoch räumt auch Ehlers<sup>36</sup> ein, daß dem Gesetzesvorbehalt auch Bestimmungen genügen, die allgemeine Voraussetzungen der Inanspruchnahme privatrechtlicher Organisationsformen regeln wie beispielsweise die Haushaltsbestimmungen des Bundes und der Länder.

Aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG ergibt sich das organisatorische Erfordernis, daß bei jedem staatlichen Handeln für den Bürger erkennbar ist, daß allein das Gesamtinteresse und die Freiheitsrechte maßgebliche Richtschnur des Exekutivhandelns sind<sup>37</sup>. Auch die Kalkulierbarkeit staatlicher Verwaltung für den Bürger schließt jedoch eine Erfüllung von staatlichen Aufgaben in privater Rechtsform nicht aus. Zwar werden durch die Privatisierung die betroffenen Aufgabenbereiche der demokratischen Einflußnahme weitgehend entzogen<sup>38</sup>. Deshalb ist im Vorfeld von Privatisierungsentscheidungen sicherzustellen, daß der Staat seinen Kontrollpflichten nachkommen kann, und Grundrechtseinbußen vermieden werden, sowie Kernbereiche hoheitlichen Handelns gewahrt bleiben<sup>39</sup>.

---

<sup>32</sup> BGH, NJW 1985, 197, 200; Ronellenfitsch, DÖV 1999, 705, 708; Erguth/ Stollmann, DÖV 1993, 398, 399; Gusy, Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe, DÖV 1996, 573, 582.

<sup>33</sup> Däubler, Privatisierung als Rechtsproblem, S. 77; Erguth, UPR 1995, 369, 372; Erguth/ Stollmann, DÖV 1993, 798, 800; Peine, DÖV 1997, 353, 356.

<sup>34</sup> BVerfGE 68, 193, 213; 21, 362, 370; Gusy, DÖV 1996, 573, 574 und 582; Krebs, Verwaltungsorganisation, in: Isensee/ Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 1988, S. 567, 570.

<sup>35</sup> In: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 2 III 3, Rn. 43.

<sup>36</sup> In: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 2 III 3, Rn. 43.

<sup>37</sup> Däubler, Privatisierung als Rechtsproblem, S. 82.

<sup>38</sup> Trute, DVBl. 1996, 950, 957; Schoch, DVBl. 1994, 962, 964.

<sup>39</sup> Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 151; ders. in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 2 IV Rn. 78.

Eine mögliche Vorgabe im Sinne einer Bindung der Rechtsformwahl stellen die Art. 83 ff GG dar. Sie befassen sich in erster Linie mit der Verteilung der Organisationsgewalt auf den Bund und die Länder. Die Verteilung der Verwaltungskompetenzen nach den Art. 83 ff GG bezieht sich jedoch auf die Ausführung der Bundesgesetze und trifft keine Aussagen über die Organisation der Durchführung der Aufgabenerfüllung<sup>40</sup>.

Für diese Auslegung spricht der systematische Zusammenhang mit Art. 30 und den Art. 70 ff GG<sup>41</sup>. Auch die Erwähnung von Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts in Art. 87 Abs. 2 und 3 GG stellt keine abschließende Aufzählung möglicher Verwaltungsträger dar<sup>42</sup>. Dies entspricht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>43</sup>, wonach die Art. 83 ff GG nicht alle Einzelheiten hinsichtlich der Ausgestaltung von Verwaltung regeln, und damit nichts darüber aussagen, inwieweit private Rechtsträger mit der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben betraut werden dürfen.

Aus Art. 33 Abs. 4 und 5 GG ergibt sich der Grundsatz, daß die Ausübung hoheitlicher Befugnisse in der Regel mittels öffentlich-rechtlicher Organisationsformen durchzuführen ist. Damit könnte neben der Regelung, welche Personen hoheitliche Befugnisse im Staat wahrnehmen dürfen, auch eine organisationsrechtliche Vorgabe dahingehend getroffen worden sein, daß diese hoheitlichen Befugnisse ausschließlich einer staatlichen Trägerschaft vorbehalten bleiben müssen<sup>44</sup>.

Der Funktionsvorbehalt zugunsten des öffentlichen Dienstes gemäß Art. 33 Abs. 4 und 5 GG verbietet zwar grundsätzlich die Übertragung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe auf Private, garantiert jedoch keinen bestimmten Bestand an Aufgaben, die ausschließlich Beamte zu erfüllen haben<sup>45</sup>. In erster Linie regelt die Bestimmung Fragen des Berufsbeamtentums und nicht solche der Staatsorganisation. Lediglich als eine Folge ordnet die Vorschrift an, daß alle Träger öffentlicher Gewalt die ständige Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse „in der Regel“ Beamten zu übertragen haben<sup>46</sup>. Private Rechtssubjekte können wegen fehlender Dienstherrneigenschaft diese Aufgaben nicht wahrnehmen. Aus der Formulierung „in der Regel“ ergibt sich jedoch schon, daß Art. 33 Abs. 4 GG auch Ausnahmen zuläßt, und somit der Verwendung privater Organisationsformen nicht ausnahmslos entgegensteht. Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Rechtssubjekte darf danach allerdings nicht die Regel sein, sondern muß auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben<sup>47</sup>.

Umstritten ist die Frage, auf welche Verwaltungsbereiche sich der Begriff der „Ausübung hoheitlicher Befugnisse“ in Art. 33 Abs. 4 GG im einzelnen erstreckt. Jedenfalls ist die Erledigung von Aufgaben aus dem nicht hoheitlichen Kernbereich durch Privatrechtssubjekte nicht durch Art. 33 Abs. 4 und 5 GG ausgeschlossen<sup>48</sup>. Bei den klassischen staatlichen Tätigkeiten im Bereich der Eingriffsverwaltung ergibt sich allerdings aus Art. 33 Abs. 4 GG unstreitig eine verfassungsrechtlich relevante Sperrwirkung für die Erfüllung dieser Aufgaben in Privatrechtsform<sup>49</sup>. Der Kernbereich ist bei Aufgaben

---

<sup>40</sup> Battis, in: FS Raisch, 355, 359; Däubler, Privatisierung als Rechtsproblem, 1980, S. 74; Großfeld/ Janssen, Zur Organisation der Deutschen Bundespost, DÖV 1993, 424 ff.

<sup>41</sup> Erbguth, UPR 1995, 369, 372; Müller, Rechtsformenwahl, S. 242.

<sup>42</sup> Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 65; Erbguth/ Stollmann, DÖV 1993, 798, 800.

<sup>43</sup> BVerfG, DVBl. 1983, 539, 541.

<sup>44</sup> So Trümner, PersR 1993, 473, 474.

<sup>45</sup> Kunig, in: Münch/ Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 33 Rn. 42; Di Fabio, JZ 1999, 585, 590; Haug, NVwZ 1999, 816, 819; Peine, DÖV 1997, 353, 355; Däubler, Privatisierung als Rechtsproblem, S. 74; Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 123; Erbguth, UPR 1995, 369, 372; Erbguth/ Stollmann, DÖV 1993, 798, 800; Böhm, JA 1993, 171, 173; Manssen, ZBR 1999, 253, 257.

<sup>46</sup> BVerfGE 88, 103, 114; Battis, in: Sachs (Hrsg.), Art. 33 Rn. 45; Gramm, VerwArch. 90 (1999), 329, 336; Jachmann/ Strauß, ZBR 1999, 289, 294; Kutscha, NJ 1997, 393, 394; Scholz, NJW 1997, 14, 15.

<sup>47</sup> Maunz, in: Maunz/ Dürig, GG-Kommentar, Art. 33 Rn. 42; Battis, in: FS Raisch, 355, 359; Battis/ Schlegla, ZBR 1995, 253, 257; Haug, NVwZ 1999, 816, 819; Gramm, VerwArch. 90 (1999), 329, 336; Jachmann/ Strauß, ZBR 1999, 289, 294; Lehngut, Die Entwicklung des Funktionsvorbehalts nach Artikel 33 Abs. 4 GG und seine Bedeutung in der heutigen Zeit, ZBR 1991, 266, 269; Müller, Rechtsformenwahl, S. 243; Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 123.

<sup>48</sup> Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 109 und 113; Püttner, LKV 1994, 193, 194; Scholz, NJW 1997, 14, 15; Manssen, ZBR 1999, 253, 257; Haug, NVwZ 1999, 816, 820.

<sup>49</sup> Maunz, in: Maunz/ Dürig, GG-Kommentar, Art. 33 Rn. 33; Gramm, VerwArch. 90 (1999), 329, 331; Kutscha, NJ 1997, 393, 395; Krölls, GewArch. 1995, 129, 135; Schuster/ Beckerle, NZA 1985, 16, 16.

betroffen, deren Erfüllung für die Staatlichkeit konstitutiv ist und auch nur durch staatliche Organe sichergestellt werden kann<sup>50</sup>. Die Übertragung derartiger Kernbereichsaufgaben als ständige Aufgabe auf private Rechtsträger insbesondere im Rahmen einer materiellen Privatisierung kommt daher nicht in Betracht<sup>51</sup>.

Einfachgesetzliche Regelungen zur Überleitung der Beamten auf die privatrechtlich organisierten Nachfolgeunternehmen erwiesen sich als verfassungsrechtlich bedenklich im Hinblick auf die in der Verfassung verankerten beamtenrechtlichen Grundsätze<sup>52</sup>. Ohne eine verfassungsrechtliche Absicherung der Beamtenüberleitung auf die privatisierten Unternehmen könnte sich ein Normkonflikt zu Art. 33 Abs. 4 und 5 GG ergeben, wenn allein nach einfachgesetzlichen Vorschriften ohne verfassungsrechtliche Absicherung ein Einsatz von Beamten zur Dienstleistung in Privatunternehmen ohne ihre Zustimmung ermöglicht wird. Ein möglicher Verfassungsverstoß wäre dann zu erwägen, wenn die Beamten in ihrem Recht auf eine amtsangemessene Beschäftigung verletzt würden<sup>53</sup>.

So vertritt Landskron<sup>54</sup> die Auffassung, daß die im Rahmen der Post- und Bahnreform neu eingeführten Art. 143a Abs. 1 Satz 3 und 143b Abs. 3 GG als Grundlage der Beamtenüberleitung mit dem rechtsstaatlichen Gebot des Vertrauensschutzes kollidieren und daher einen Verstoß gegen Art. 79 Abs. 3 GG darstellen. Diesen Verfassungsverstoß begründe insbesondere die nach seiner Ansicht fehlende amtsgemäße Tätigkeit des Beamten in dem privaten Unternehmen.

Es gilt als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums, daß die Beamten nur Stellen ihres Dienstherrn verantwortlich sind, die durch ein hierarchisches Über- und Unterordnungsverhältnis - eine Einheit der Personalgewalt - gekennzeichnet sind. Nur diese Stellen sind befugt, personelle statusrechtliche Maßnahmen gegenüber den Beamten vorzunehmen<sup>55</sup>. Sollte daher eine andere Stelle als der öffentliche Dienstherr personalrechtliche Entscheidungen treffen, sind diese personalrechtlichen Maßnahmen durch eine sachlich unzuständige Stelle vorgenommen worden und damit nichtig.

Durch die staatliche Organisationsgewalt kann die öffentliche Hand jedenfalls im Bereich der Leistungsverwaltung auch gegenüber den Angehörigen des öffentlichen Dienstes entscheiden, welcher Rechtsform sie sich zur Erfüllung von Aufgaben bedient<sup>56</sup>.

Werden vom Gesetzgeber keine Festlegungen vorgenommen, steht der öffentlichen Hand grundsätzlich ein Wahlrecht zu, ob sie Verwaltungsaufgaben in den Organisationsformen des privaten oder des öffentlichen Rechts wahrnimmt. Es besteht kein Anspruch des Beamten darauf, seine dienstliche Tätigkeit in einer Verwaltungsorganisation auszuüben, die die Form des öffentlichen Rechts aufweist. Art. 33 Abs. 4 und 5 GG enthält somit über den Kernbereich staatlicher Tätigkeit hinaus keine Veränderungssperre für Privatisierungsmaßnahmen.

Eine Grenze für Privatisierung könnte sich auch aus der in Art. 28 Abs. 2 GG garantierten kommunalen Selbstverwaltungshoheit ergeben. Art. 28 Abs. 2 GG regelt sowohl die kommunale Selbstverwaltung als Institutsgarantie, als auch Inhalte der kommunalen Selbstverwaltung und die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Gemeinden und Gemeindeverbänden als verfassungsrechtlich garantierter Organisationseinheit<sup>57</sup>. Es ist jedoch möglich, durch Gesetzesänderung bestimmte Aufgaben aus dem Kreis kommunaler Aufgaben herauszunehmen. So hat das

---

<sup>50</sup> Ronellenfitch, DÖV 1999, 705, 708, der insoweit von „notwendigen Staatsaufgaben“ spricht.

<sup>51</sup> Dazu: Krölls, Privatisierung der öffentlichen Sicherheit in Fußgängerzonen?, NVwZ 1999, 233, 234; Gramm, VerwArch. 90 (1999), 329, 331; Ronellenfitch, DÖV 1999, 705, 708; Nitz, in: Butterwegge/ Kutscha/ Berghahn (Hrsg.), Herrschaft des Marktes – Abschied vom Staat, S. 146 ff.; Schulte, Gefahrenabwehr durch private Sicherheitskräfte im Lichte des staatlichen Gewaltmonopols, DVBl. 1995, 130 ff.; Gusy, DÖV 1996, 573, 576.

<sup>52</sup> Püttner, LKV 1994, 193, 194; Lorenzen, PersV 1994, 145, 151.

<sup>53</sup> Wagner, Reform der Deutschen Bundespost und Auswirkungen auf das Beamtenrecht, DVBl. 1989, 277, 282.

<sup>54</sup> In: Thür. VBl. 1998, 241, 243.

<sup>55</sup> BVerfGE 9, 268, 287; Bauschke, in: Scheerbarth/ Höffken/ Bauschke/ Schmidt (Hrsg.), Beamtenrecht, § 4 I S. 75.

<sup>56</sup> BVerfGE 68, 193, 213; Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 123; Krebs, Verwaltungsorganisation, in: Isensee/ Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 1988, S. 567, 570; Tettinger, DÖV 1996, 764, 768.

<sup>57</sup> BVerfGE 91, 228, 238 f.; Nierhaus, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 28 Abs. 2 Rn. 30.

Bundesverfassungsgericht in seiner „Rastede-Entscheidung“<sup>58</sup> hervorgehoben, daß es keine endgültige Garantie für die Erfüllung einer speziellen Aufgabe durch die Gemeinde gibt<sup>59</sup>.

Die Selbstverwaltung ist nur im Rahmen der Gesetze gewährleistet, was sich bereits aus der Gesetzesbindung des Art. 20 Abs. 3 GG ergibt. Das Bundesverfassungsgericht hat in der „Rastede-Entscheidung“<sup>60</sup> festgestellt, daß der in Art. 28 Abs. 2 GG normierte Gesetzesvorbehalt Art und Weise der Erledigung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sowie auch die gemeindliche Zuständigkeit für diese Angelegenheiten umfaßt. Der Gesetzgeber darf den Gemeinden eine Aufgabe mit örtlichem Charakter nur aus Gründen des Gemeininteresses entziehen, wenn eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung anders nicht sicherzustellen wäre, und wenn die den Aufgabenzug tragenden Gründe gegenüber dem verfassungsrechtlichen Aufgabenverteilungsprinzip überwiegen<sup>61</sup>. Demgegenüber scheidet das Ziel der Verwaltungsvereinfachung, der Zuständigkeitskonzentration wie auch Gründe der Wirtschaftlichkeit und der Sparsamkeit als Rechtfertigung eines Aufgabenzugs aus. Die Verfassungsgarantie und der von ihr umfaßte Grundsatz der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie betreffen somit den Staatsaufbau und die Grenze staatlicher Organisationsgewalt. Die Gemeinde kann daraus keine Kompetenz für die Reichweite ihres Wirkungskreises zur Privatwirtschaft herleiten. Die Selbstverwaltungsgarantie begründet keine Zuständigkeit der Gemeinde unter Ausschluß der Betätigungsmöglichkeit Privater<sup>62</sup>.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß ein verfassungsrechtlich statuiertes Privatisierungsverbot außerhalb der Kernbereichsaufgaben des Staates nicht existiert.

### 1.2.2 Privatisierungsoptionen durch Verfassungsänderungen

Für die Privatisierung von Flugsicherung, Bahn und Post wurden die staatsorganisationsrechtlichen Vorschriften der Art. 83 ff. GG geändert. Auch die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Beschäftigung von Beamten in den privatisierten Unternehmen wurden durch Verfassungsänderungen beseitigt.

#### 1.2.2.1 Privatisierung der Flugsicherung

Die Privatisierung der Flugsicherung wurde mit Hilfe einer Verfassungsänderung des Art. 87d Abs.1 GG<sup>63</sup> ermöglicht.

Der erste Versuch einer Privatisierung war am Widerstand des Bundespräsidenten gescheitert, der sich weigerte, das vom Bundestag und Bundesrat beschlossene 10. Gesetz zur Änderung des Luftverkehrsgesetzes<sup>64</sup> auszufertigen, weil es „nach der derzeitigen Verfassungslage mit Art. 33 Abs. 4 GG und Art. 87d Abs.1 GG unvereinbar sei“. Dies sei deshalb der Fall, weil die luftpolizeiliche Tätigkeit der Fluglotsen hoheitlicher Natur und daher von Beamten auszuüben sei<sup>65</sup>. Insofern wäre

---

<sup>58</sup> BVerfGE 79, 127 ff.

<sup>59</sup> Auf die Organisationshoheit der Kommunen hinsichtlich der Ausgliederung von kommunalen Aufgaben aus dem öffentlich-rechtlichen Bereich und dem sich ergebenden Konflikt zwischen Privatisierungsgesetzen und kommunaler Selbstverwaltungsgarantie wird an anderer Stelle näher eingegangen.

<sup>60</sup> BVerfGE 79, 127 ff.; Clemens, Kommunale Selbstverwaltung und institutionelle Garantie: Neue verfassungsrechtliche Vorgaben durch das Bundesverfassungsgericht, NVwZ 1990, 834 ff.; Kenntner, Zehn Jahre nach „Rastede“, DÖV 1998, 701 ff.; Schmidt-Jortzig, Gemeinde- und Kreisaufgaben – Funktionsordnung des Kommunalbereiches nach „Rastede“, DÖV 1993, 973 ff.; Schoch, Zur Situation der kommunalen Selbstverwaltung nach der Rastede-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, VerwArch. 81 (1990), 18 ff.

<sup>61</sup> BVerfGE 79, 127, 153; Maunz, in: Maunz/ Dürig, GG-Kommentar, Art. 28 Rn. 45; Nierhaus, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 28 Rn. 52.

<sup>62</sup> Nierhaus, in: Sachs, GG, Art. 28 Rn. 42; Badura, Peter, Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze, DÖV 1998, 818, 823.

<sup>63</sup> „Die Luftverkehrsverwaltung wird in bundeseigener Verwaltung geführt. Über die öffentlich-rechtliche oder privat-rechtliche Organisationsform wird durch Bundesgesetz entschieden“, Art. 87d Abs. 1 Satz 2 GG eingef. durch G zur Änderung des GG vom 14.07.1992 (BGBl. I S. 1254).

<sup>64</sup> Entwurf des 10. Gesetzes zur Änderung des LuftverkehrsgG (BT-Drucks. 11/6261), Gesetzesbeschluß des Deutschen Bundestages vom 31.05.1990 (BR-Drucks. 391/90), Zustimmung des Bundesrats vom 22.06.1990 (BR-PIPr. 615, S. 363c).

<sup>65</sup> Hofmann/ Grabherr, Luftverkehrsgesetz, Loseblatt-Kommentar, § 27c LuftG, Rn. 11: Flugsicherung ist eine Tätigkeit sicherheits- oder sonderpolizeilicher Art.



ohne Grundgesetzänderung eine Privatisierung der Flugsicherung nicht möglich, da sie gemäß Art. 87d Abs. 1 GG der staatlichen bundeseigenen Verwaltung im Sinne des Art. 86 GG zugewiesen sei<sup>66</sup>.

Vor diesem Hintergrund wurde 1992 dem Art. 87d Abs. 1 GG ein Satz 2 angefügt, der ausdrücklich zur einfachgesetzlichen Privatisierung der Luftverkehrsverwaltung ermächtigt. So wird über die öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisationsform durch ein Bundesgesetz entschieden. Mit dem Luftverkehrsgesetz wurde 1992 die in Art. 87d Abs. 1 Satz 2 GG eingeführte Möglichkeit zu privatisieren konkretisiert, so daß die Flugsicherungsaufgaben künftig von einer Gesellschaft des privaten Rechts wahrgenommen werden konnten, deren Geschäftsanteile vom Bund gehalten werden<sup>67</sup>.

Insoweit wird seit 01.01.1993 die Flugsicherung von der Deutschen Flugsicherungs-GmbH (DFS) betrieben, wobei der Bund alleiniger Gesellschafter ist<sup>68</sup>. Zusätzlich wurde die Integration der überörtlichen militärischen Flugsicherung in die DFS-GmbH vorbereitet und zum 01.01.1994 vollzogen<sup>69</sup>.

### 1.2.2.2 Privatisierung der Deutschen Bahnen

Die Grundgesetzänderung vom 10.12.1993 hat das Verfassungsrecht des Eisenbahnverkehrs umgestaltet und als dessen neue Grundnorm Art. 87e in das GG eingefügt<sup>70</sup>.

Damit wurden die Bundeseisenbahnen aus den Gegenständen bundeseigener Verwaltung aus Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG a. F. herausgenommen. Der neu eingefügte Art. 87e GG ermöglichte die Umwandlung der zuvor als Bundesbehörden geführten Bundeseisenbahnen in privatrechtlich organisierte Wirtschaftsunternehmen<sup>71</sup>. Im Zusammenhang mit der Einfügung des Art. 87e GG als „Herzstück der Reform“<sup>72</sup> wurden in Art. 73 GG eine neue Nr. 6a eingefügt, sowie die Art. 73 Nr. 6, 87 Abs. 1 Satz 1, 80 Abs. 2 und 74 Nr. 23 GG redaktionell angepaßt. Desweiteren wurde ein neuer Art. 143a GG mit konkreten Überleitungsbestimmungen geschaffen.

Das wichtigste Element der verfassungsrechtlichen Neuerung ist die Entscheidung für eine Privatrechtsform. So muß die Unternehmensform eine solche des privaten Rechts sein<sup>73</sup>. Weiterhin sind die Eisenbahnen gemäß Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG als Wirtschaftsunternehmen zu führen, d. h. es soll eine „unternehmerische Bahn“ in einem „frei und eigenverantwortlich handelnden Unternehmen“ entstehen<sup>74</sup>.

In Art. 87e Abs. 1 GG behält sich der Bund die Verwaltungszuständigkeit für den Eisenbahnverkehr vor.

---

<sup>66</sup> Dazu ausführlich: Epping, Das Ausfertigungsverweigerungsrecht im Selbstverständnis des Bundespräsidenten, JZ 1991, 1102; Riedel/ Schmidt, Die Nichtausfertigung des Gesetzes zur Privatisierung der Flugsicherung durch den Bundespräsidenten, DÖV 1991, 371 ff. mit weiteren Nachweisen.

<sup>67</sup> Gesetz vom 23.07.1992 (BGBl. I S. 1370, 1376), BT-Drucks. 12/1801, S. 19 und BT-Drucks. 12/1800, S. 3.

<sup>68</sup> Blanke/ Sterzel, ArbuR 1993, 265, 265 f.; Bolck, Personalrechtliche Probleme bei der Ausgliederung von Teilbereichen des öffentlichen Dienstes und Überführung in private Rechtsform, ZTR 1994, 14, 18; Pabst/ Schwartmann, Privatisierte Staatsverwaltung und staatliche Aufsicht, DÖV 1998, 315, 316, mit dem Hinweis darauf, daß sich „der Staat bei der Ausgliederung von Verwaltungstätigkeiten nicht seiner Verpflichtung zur Ausübung staatlicher Kontrolle entziehen darf“ (Seite 323).

<sup>69</sup> DFS, Deutsche Flugsicherungs GmbH, Geschäftsbericht 1993, Unser erstes Jahr als GmbH, S. 10.

<sup>70</sup> Art. 87e eingef. durch das G vom 20.12.1993 (BGBl. I S. 2089), Abs. 3 Satz 1 GG: „Eisenbahnen des Bundes werden als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form geführt.“

<sup>71</sup> So die Regierungsbegründung, BT-Drucks. 12/5015, S. 1.

<sup>72</sup> Pestalozza, Jura 1994, 561, 571.

<sup>73</sup> Fromm, DVBl. 1994, 187, 191; Schmidt-Aßmann/ Röhl., Grundpositionen des neuen Eisenbahnverfassungsrechts, DÖV 1994, 577, 580; Stürer, Die Entwicklung des öffentlichen Rechts – Verkehrswegerecht im Wandel, DVBl. 1993, 1300, 1301.

<sup>74</sup> So die Regierungsbegründung, BT-Drucks. 12/5015, S. 5 und 7.

Die verfassungsrechtliche Grundlegung wird durch das Artikelgesetz zur Neuordnung des Eisenbahnwesens vom 27.12.1993 (ENeuOG<sup>75</sup>) umgesetzt.

### 1.2.2.3 Privatisierung der Deutschen Bundespost

Die Umwandlung der bislang gemäß Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG a. F. in Behördenform geführten Unternehmen der Deutschen Bundespost in Aktiengesellschaften setzte eine Änderung des Grundgesetzes voraus, da zunächst die Festlegung, die Bundespost als bundeseigene Verwaltung zu führen, aufgehoben werden mußte<sup>76</sup>. Dies geschah mit dem Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 30.08.1994<sup>77</sup>, welches am 03.09.1994 in Kraft trat. Neben der Grundnorm des neuen Art. 87f GG wurden die Art. 73 Nr. 7, 80 Abs. 2 und 87 Abs. 1 Satz 1 GG redaktionell verändert und dieser angepaßt<sup>78</sup>.

Die Umstrukturierung des Postwesens führte zu wesentlichen Änderungen auf verfassungsrechtlicher Ebene. Zum einen statuiert Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG ein Privatisierungsgebot, so daß Dienstleistungen als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die privaten Unternehmen und nicht mehr in verwaltungsmäßiger Form erbracht werden sollen<sup>79</sup>. Zum anderen bezweckt Art. 87f Abs. 1 GG eine Beibehaltung der Staatsverantwortung, indem die verbleibenden Hoheitsaufgaben im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation in bundeseigener Verwaltung ausgeführt werden. Insoweit kommt es zu einer Trennung von unternehmerischen Aufgaben einerseits und hoheitlichen Aufgaben andererseits<sup>80</sup>. Nur die unternehmerischen Aufgaben des Postwesens und der Telekommunikation, die mit dem Begriff „Dienstleistungen“ im Gesetz umschrieben sind, sollten aus dem staatlichen Bereich ausgegliedert werden. Gemäß Art. 87f Abs. 3 GG behält sich der Bund vor, in der Rechtsform einer bundesunmittelbaren Anstalt des öffentlichen Rechts einzelne Aufgaben auszuführen.

Mit Inkrafttreten der Postreform II am 01.01.1995 auf der Grundlage des Gesetzes zur Neuordnung des Postwesens und der Telekommunikation (PTNeuOG) vom 19.09.1994<sup>81</sup> erfolgte die Umwandlung der Postunternehmen in private Aktiengesellschaften mit den Firmenbezeichnungen Deutsche Post AG, Deutsche Postbank AG und Deutsche Telekom AG.

Die Frage der materiellen Privatisierung behandelt Art. 143b Abs. 2 Satz 2 und 3 GG. Danach darf die Kapitalmehrheit des Bundes an der Deutschen Post AG erst ab dem Jahr 2000 aufgehoben werden, wofür ein der Zustimmung des Bundesrats unterliegendes Bundesgesetz erforderlich ist. Für das Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost Telekommunikation, die Deutsche Telekom AG, existiert keine entsprechende Regelung. Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BAPostG besteht lediglich die bis zum 31.12.1999 befristete Einschränkung hinsichtlich einer materiellen Privatisierung, daß die Einführung am Kapitalmarkt ausschließlich durch Kapitalerhöhung gegen Einlage erfolgen darf.

### 1.2.3 Beamtenüberleitung

Allein mit den verfassungsrechtlichen Neuregelungen hinsichtlich der Umwandlung der öffentlichen Unternehmen in private Gesellschaften des Handelsrechts, Flugsicherung, Post und Bahn, ist kein automatischer Übergang von Beamtenverhältnissen der bei den ehemals öffentlichen Unternehmen

---

<sup>75</sup> Siehe das Eisenbahnneuordnungsgesetz vom 27.12.1993 (BGBl. I S. 2378). Das Artikelgesetz enthält: Art. 2 = Gesetz über die Gründung einer Deutsche Bahn Aktiengesellschaft (DBGrG); Art. 3 = Gesetz über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes; Art. 5 = Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG); vgl. auch Eisenbahnkreuzungsgesetz vom 14.08.1963 i. d. F. vom 21.03.1971 (BGBl. I S. 337), geändert durch das ENeuOG (BGBl. I S. 2378, 2417); Gesetz über den Ausbau der Schienenwege des Bundes (BundesschienenwegeausbauG) vom 15.11.1993 (BGBl. I S. 1874), geändert durch Art. 6 Abs. 134 ENeuOG (BGBl. I S. 2378, 2423).

<sup>76</sup> Großfeld/ Janssen, DÖV 1993, 424, 424; Roßnagel/ Wedde, DVBl. 1988, 562, 564; Püttner, LKV 1994, 193, 194.

<sup>77</sup> 41. Änderungsgesetz des GG vom 30.08.1994 (BGBl. I S. 2245).

<sup>78</sup> BT-Drucks. 12/6767, S. 4.

<sup>79</sup> Badura, in: Kommentar zum Bonner Gesetz, Stand 80, Lief. Sept. 1997, Art. 87f Rn. 22; Lerche, in: Maunz/ Dürig, GG, Art. 87f Rn. 2.

<sup>80</sup> Stern, DVBl. 1997, 309, 311.

<sup>81</sup> BGBl. I S. 2325; dieses Artikelgesetz enthält unter anderem die Einzelgesetze: Art. 1 = Gesetz über die Errichtung einer Bundesanstalt für Post und Telekommunikation Deutsche Bundespost; Art. 3 = Gesetz zur Umwandlung der Unternehmen der Deutschen Bundespost in die Rechtsform der Aktiengesellschaft; Art. 4 = Gesetz zum Personalrecht der Beschäftigten der früheren Deutschen Bundespost.

beschäftigten Beamten auf die privaten Aktiengesellschaften verbunden.

Nach dem geltenden Beamtenrecht können juristische Personen des Privatrechts grundsätzlich nicht Dienstherrn von Beamten sein. Gemäß § 121 BRRG besitzen Dienstherrnenfähigkeit außer dem Bund die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände sowie sonstige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, die dieses Recht im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes besitzen oder denen es nach diesem Zeitpunkt durch Gesetz, Rechtsverordnung oder Satzung verliehen wird. Rechtspersonen des Privatrechts erfüllen keine hoheitlichen Aufgaben und können daher auch nicht Dienstherrn von Beamten sein. Wenn daher die öffentliche Hand ihre Unternehmen privatisiert, bedarf es gesetzlicher Grundlagen, kraft derer die Beamten bei den privatisierten Unternehmen weiterbeschäftigt werden.

### 1.2.3.1 Flugsicherung

In dem „Gesetz zur Übernahme der Beamten und Arbeitnehmer der Bundesanstalt für Flugsicherung“ vom 23.07.1992 wird bestimmt, daß die nicht aus dem Beamtenverhältnis ausgeschiedenen Beamten vom Zeitpunkt der Aufhebung des Gesetzes über die Bundesanstalt für Flugsicherung an als Beamte zum Luftfahrtbundesamt gehören und Aufgaben der Flugsicherung in dem Flugsicherungsunternehmen wahrnehmen, soweit sie nicht anderweitig eingesetzt werden. Zwischen dem Bund und der DFS-GmbH wurde eine vertragliche Vereinbarung über die Tätigkeit der Beamten bei der GmbH und die Erstattung der Personalkosten an den Bund abgeschlossen<sup>82</sup>. Dabei wurde davon ausgegangen, daß die große Mehrzahl der Beamten der Bundesanstalt unter Gewährleistung ihrer Versorgungsansprüchen in das Angestelltenverhältnis wechselt<sup>83</sup>.

Für eine Übergangszeit wurden die ca. 5000 Mitarbeiter der bisherigen Bundesanstalt für Flugsicherung dem Luftfahrtbundesamt unterstellt und ihre Dienstleistung der DFS überlassen<sup>84</sup>. Die Beschäftigungsverhältnisse bei der privaten DFS-GmbH wurden vorteilhaft ausgestaltet, um die Beamten zu veranlassen, freiwillig aus dem Dienst auszuschcheiden und Arbeitnehmer zu werden. Dementsprechend wenige gesetzliche Regelungen finden sich für die Beamten, die sich diesem Statuswechsel verweigerten. Für die Beamten, die in ihrem Status verbleiben wollten, trat gleichzeitig zum Zeitpunkt der Auflösung der Bundesanstalt für Flugsicherung als Art. 7 des 10. ÄndLuftVG das „Gesetz zur Übernahme der Beamten der BA für Flugsicherung“ in Kraft. Nach dessen § 1 Abs. 1 wurden die Beamten von dem Luftfahrt-Bundesamt mit der Maßgabe übernommen, Aufgaben der Flugsicherung in dem privatisierten Flugsicherungsunternehmen wahrzunehmen.

### 1.2.3.2 Bahn

Mit Art. 143a Abs. 1 Satz 3 GG, wonach „Beamte der Bundeseisenbahnen durch Gesetz unter Wahrung ihrer Rechtsstellung und der Verantwortung des Dienstherrn einer privatrechtlich organisierten Eisenbahn des Bundes zur Dienstleistung zugewiesen werden können“<sup>85</sup>, wurden die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen dafür geschaffen, daß Beamte der Bundeseisenbahnen einer privatrechtlich organisierten Eisenbahn des Bundes auch gegen ihren Willen zur Dienstleistung zugewiesen werden können<sup>86</sup>. Damit schafft Art. 143a Abs. 1 GG die Grundlage für die gesetzliche Zuweisung von Beamten zur Dienstleistung bei der privatrechtlich organisierten Bahn. Auf diese Weise sollten die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen diese Form der übergangsweisen Beschäftigung von Beamten bei privaten Unternehmen ausgeräumt werden<sup>87</sup>.

---

<sup>82</sup> Bolck, ZTR 1994, 14, 18; Hofmann, ZTR 1996, 493, 493, der dieses Modell einer „gesetzlichen Konstruktion mit ergänzender Vereinbarung“ als ein „Modell der vertraglichen Dienstüberlassung ohne spezialgesetzliche Regelung“ bezeichnet und somit dem Dienstüberlassungsmodell zuordnet.

<sup>83</sup> Blanke/ Sterzel, ArbuR 1993, 265, 269.

<sup>84</sup> DFS, Geschäftsbericht 1993, S. 10.

<sup>85</sup> Art. 143a GG regelt in Abs. 1 Satz 3 die Zuweisung zu einer privatrechtlich organisierten Eisenbahn des Bundes, Art. 143a GG eingef. durch G vom 20.12.1993 (BGBl. I S. 2089).

<sup>86</sup> Jarass, in: Jarass/ Pieroth, GG, Art. 143a Rn. 2; Fromm, DVBl. 1994, 187, 194; Hofmann, ZTR 1996, 493, 494.

<sup>87</sup> Hofmann, ZTR 1996, 493, 494; Wernicke, ZBR 1998, 266, 270; Uerpman, in: von Münch/ Kunig (Hrsg.), GG, Art. 143a Rn. 5.

### 1.2.3.3 Post

Von Bedeutung für die Personalüberleitung ist hier der Abs. 3 des in die Übergangsbestimmungen eingefügten Art. 143b GG<sup>88</sup>. Danach werden die „bei der Deutschen Bundespost tätigen Bundesbeamten unter Wahrung ihrer Rechtsstellung und der Verantwortung des Dienstherrn bei den privaten Unternehmen beschäftigt“. Die Aktiengesellschaften üben nach Maßgabe eines Bundesgesetzes Dienstherrenbefugnisse aus. Mit dieser Verfassungsänderung wurde auch die Überleitung der bei der Deutschen Bundespost beschäftigten Beamten verfassungsrechtlich abgesichert<sup>89</sup>.

Art. 143b Abs. 3 Satz 1 und 2 GG spalten die Arbeitgeberrechte zwischen den privaten Unternehmen und dem Bund auf. Die notwendige bundesgesetzliche Regelung erfolgte vornehmlich im Gesetz zum Personalrecht der Beschäftigten der früheren Deutschen Bundespost (PostPersRG).

### 1.2.4 Verfassungsrechtlicher Hintergrund der Privatisierung und Beamtenüberleitung in den Kommunen

Weder für die Privatisierung kommunaler Unternehmen noch für die damit verbundene Überleitung der kommunalen Beamten finden sich verfassungsrechtliche Vorgaben.

Das Fehlen einer verfassungsrechtlichen Grundlage für die Privatisierung spricht jedoch nicht automatisch gegen die Möglichkeit, auch kommunale Unternehmen zu privatisieren. Jedoch hat sich die Kommune auch bei einer grundsätzlichen Wahlfreiheit hinsichtlich des Tätigwerdens in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Organisationsform im Rahmen der gesetzlichen Aufgabenzuweisung und der organisationsrechtlichen Festlegungen durch die Rechtsordnung zu bewegen (vgl. Seite).

Die mit einer Privatisierung von öffentlichen Unternehmen verbundene Auflösung von Dienststellen führt wie auch bei den Privatisierungsvorhaben des Bundes zu der Situation, daß die von der Privatisierung betroffenen Beamten nunmehr für die privatrechtlich organisierten Unternehmen tätig werden. Ob in diesen Bereichen eine verfassungsrechtliche Ermächtigungsgrundlage für die Zuweisung von kommunalen Beamten an die privatisierten Unternehmen entbehrlich ist, wird an entsprechender Stelle zu untersuchen sein (vgl. Seite 25).

### 1.2.5 Ergebnis

Die Umwandlung der öffentlichen Unternehmen des Bundes in private Rechtsformen und die damit verbundene Überleitung der Beamten wurden verfassungsrechtlich abgesichert. Damit wurden die bestehenden Bedenken gegen eine einfachgesetzliche Regelung für die Privatisierung und Beamtenüberleitung zerstreut. Aus der verfassungsrechtlichen Neuerung gingen einfachgesetzliche Vorschriften hervor, die das Verhältnis zwischen den Beamten und den privaten Unternehmen ausgestalten. Dabei spielen die für die Weiterbeschäftigung der Beamten in den privatisierten Post- und Bahnunternehmen getroffenen Regelungen eine erhebliche Rolle, während bei der DFS-GmbH die Beamten überwiegend in ein Angestelltenverhältnis wechselten und freiwillig auf ihren Beamtenstatus verzichteten. Insoweit ergibt sich für diese ehemaligen Beamten unproblematisch die Geltung des Arbeitsrechts, da mit der Aufgabe des Beamtenstatus und dem Wechsel in das Angestelltenverhältnis das private Unternehmen alleiniger Arbeitgeber wurde. Die wenigen Beamten der ehemaligen Bundesanstalt für Flugsicherung, die nicht in ein Angestelltenverhältnis wechselten, sind nunmehr als Beamte des Luftfahrtbundesamtes aufgrund gesetzlicher Überleitung für die DFS-GmbH tätig.

Im folgenden werden ausschließlich die Regelungen für die Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost und der Deutschen Bahn AG dargestellt und bezüglich ihrer Anwendbarkeit auf kommunale Privatisierungsvorhaben untersucht.

---

<sup>88</sup> Art. 143b eingef. durch G vom 30.08.1994 (BGBl. I S. 2245).

<sup>89</sup> Lerche, in: Maunz/ Dürig, GG, Art. 143b Rn. 26; Gramlich, Von der Postreform zur Postneuordnung, NJW 1994, 2785, 2788.

## 2 Einfachgesetzliche Ausgestaltung der Privatisierung und Beamtenüberleitung im Bund

### 2.1 Privatisierungsprojekte Bahn und Post

Die Umwandlung der öffentlichen Unternehmen des Bundes „Post und Bahn“ in private Rechtsformen wurde entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben einfachgesetzlich ausgestaltet.

#### 2.1.1 Bahn

Gemäß Art. 87e Abs. 2 und Abs. 3 Satz 4 und Art. 143a Abs.1 und Abs. 3 Satz 3 GG hat der Bund die Kompetenz, sowohl die Umwandlung der Deutschen Bundeseisenbahnen in ein Wirtschaftsunternehmen als auch die Zuweisung der Beamten der Bundeseisenbahnen zu der privatrechtlich organisierten Eisenbahn gesetzlich auszugestalten.

Grundlage der Privatisierung der Deutschen Bahnen ist das am 01.01 1994 in Kraft getretene „Gesetz zur Neuordnung des Eisenbahnwesens“ (ENeuOG)<sup>90</sup>. Damit wurden die Rahmenbedingungen für die Gründung der Deutschen Bahn Aktiengesellschaft (DBAG) geschaffen. Mit der Ausgliederung des unternehmerischen Bereichs der Bundeseisenbahnen aus dem BEV und der Umwandlung in die DBAG übernimmt diese gemäß Art. 2 ENeuOG (= § 1 und § 2 DBGrG) das Erbringen von Eisenbahnverkehrsleistungen und das Betreiben von Eisenbahninfrastruktur. Organisatorisch und wirtschaftlich sind zumindest die Bereiche Personennahverkehr, Personenfernverkehr, Güterverkehr und Fahrweg voneinander zu trennen und auf neugegründete Aktiengesellschaften auszugliedern.

Die Sondervermögen des Bundes Deutsche Reichsbahn und Deutsche Bundesbahn wurden mit Inkrafttreten des ENeuOG am 01.01.1994 im Bundeseisenbahnvermögen (BEV<sup>91</sup>) zusammengefaßt. Das BEV entstand ebenso wie das Eisenbahnbundesamt (EBA<sup>92</sup>) aus dem Verwaltungsbereich der ehemaligen Deutschen Bahnen. BEV und EBA sind Bundesbehörden, die mit der Erfüllung der hoheitlichen Aufgaben der Bahn betraut sind<sup>93</sup>. Das EBA ist Aufsichts- und Genehmigungsbehörde für die DBAG. Ihm obliegen gemäß §§ 2 und 3 des Gesetzes über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (Art. 3 ENeuOG) die Planfeststellung für die Schienenwege der Eisenbahnen des Bundes und die Entscheidungsgewalt für die Erteilung und den Widerruf von Genehmigungen<sup>94</sup>.

Am 01. Juni 1999 erfolgte die Eintragung der fünf Aktiengesellschaften ( DB Reise & Touristik AG, DB Regio AG, DB Cargo AG, DB Netz AG und DB Station & Service AG<sup>95</sup>) in das Handelsregister. Das Unternehmen DB wird gesellschaftsrechtlich als mehrstufiger Konzern unter der Führung einer Holding ausgestaltet. Der Konzern gliedert sich in die Konzernleitung und die fünf als eigene Aktiengesellschaften geführten Unternehmensbereiche. Die DBAG ist die Konzernobergesellschaft, während die Unternehmensbereiche die Führungsgesellschaften für die jeweils zugeordneten Konzernunternehmen sind. Der Konzernleitung werden Dienstleistungs- und Kompetenzzentren<sup>96</sup> zugeordnet, die organisatorisch Teile der DBAG sind.

#### 2.1.2 Post

Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG in Verbindung mit Art. 143b Abs. 1 GG legt den Grundstein für die Umwandlung des Sondervermögens der Deutschen Bundespost in Unternehmen privater Rechtsform nach Maßgabe eines Bundesgesetzes. Das Postneuordnungsgesetz (PTNeuOG) ist als Artikelgesetz

---

<sup>90</sup> BGBl I S. 2378; Das ENeuOG vom 27.12.1993 ist ein Artikelgesetz: Art. 1 ist das BNeuOG zur Zusammenführung und Neugliederung der Bundeseisenbahnen, Art. 2: DBGrG-Deutsche Bahn Gründungsgesetz, Art. 3: Gesetz über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes, Art. 4: Regionalisierungsgesetz zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs, Art. 5: AEG- Allgemeines Eisenbahngesetz.

<sup>91</sup> Zur Rechtsnachfolge des Bundeseisenbahnvermögens vgl. OVG Hamburg, Beschluß vom 10.06.1994 – OVG Bs I 16/94.

<sup>92</sup> Das EBA wurde durch Organisationserlaß des Bundesverkehrsministers vom 31.12.1993 mit Wirkung zum 01.01.1994 errichtet.

<sup>93</sup> dazu: Ronellenfitch, Schranken einer Privatisierung der staatlichen Unfalluntersuchung, NVwZ 1998, 1021, 1023.

<sup>94</sup> Ausführlich zu der Funktion des EBA: Heinze, Rechts- und Funktionsnachfolge bei der Eisenbahnneuordnung, NVwZ 1994, 748 ff. und Grupp, Eisenbahnaufsicht nach der Bahnreform, DVBl. 1996, 591 ff.

<sup>95</sup> ehemals: DB Fernverkehr, DB Nahverkehr, DB Güterverkehr, DB Fahrweg, DB Personenbahnhöfe.

<sup>96</sup> beispielsweise DB Anlagen und Hausservice, DB Gastronomie, DB Informatik-Dienste, DB Tank Service.

mit 15 Abschnitten ausgestaltet. Der Großteil des Gesetzes (Art. 1-9 PTNeuOG) beinhaltet die neue Organisation des Post- und Telekommunikationswesens, damit verbundene dienst- und sozialrechtliche Regelungen und Änderungen bei der Regulierung der drei Nachfolgeunternehmen im Post- und Telekommunikationsbereich.

Die Entscheidung, das Sondervermögen Deutsche Bundespost in Unternehmen privater Rechtsform umzuwandeln, wurde durch § 1 Postumwandlungsgesetz (Art. 3 PTNeuOG) konkretisiert<sup>97</sup>. Gemäß § 1 Abs. 1 und 2 PostUmwG wurden die bisher als Verwaltung und damit in Behördenform geführten drei öffentlichen Unternehmen der Deutschen Bundespost in die drei Aktiengesellschaften, Deutsche Post AG, Deutsche Postbank AG und Deutsche Telekom AG, umgewandelt. Diese Aktiengesellschaften sind gemäß §§ 2 Abs. 1, 16 PostUmwG Rechtsnachfolger des Sondervermögens Deutsche Bundespost mit den jeweiligen Rechten und Pflichten der bisher staatlichen Unternehmen. Alleinaktionär bei allen drei Nachfolge-Gesellschaften ist gemäß § 3 Abs. 1 PostUmwG der Bund, dessen Inhaberrechte die Bundesanstalt für Post und Telekommunikation Deutsche Bundespost (BA-Post) wahrnimmt. Die Errichtung der BA-Post dient den Interessen des Bundes an der Gewährleistung einer einheitlichen Entwicklung der Nachfolgeunternehmen und der Wahrnehmung von Aufsichtsfunktionen sowie einiger in § 3 Abs. 2 BAPostG aufgelisteter unternehmensbezogener Aufgaben<sup>98</sup>.

Das neue Postgesetz trat am 01.01.1998 in Kraft. Ziel des Postgesetzes ist es, den Wettbewerb zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten, § 1 PostG<sup>99</sup>. Dieses soll durch eine sektorspezifische Regulierung gelingen.

1998 begann die Eingliederung der Postbank in das Konzernunternehmen. Gegenstand des Konzerns sind die Bereiche Brief/Kommunikation, Paket/Express/Internationales, Logistik und Finanzdienstleistungen. Der Konzern umfaßt Tochterunternehmen und Beteiligungen im In<sup>100</sup>- und Ausland<sup>101</sup>.

### 2.2 Beamtenüberleitung bei Bahn und Post

Mit der verfassungsrechtlichen Ermöglichung der Weiterbeschäftigung der Beamten in den privatisierten Unternehmen ist weder ein automatischer Übergang von Beamtenverhältnissen auf die private Gesellschaft verbunden, noch ist dadurch die personelle und organisatorische Einbindung der Beamten in das privatisierte Unternehmen geregelt worden.

#### 2.2.1 Bahn

Für das Personal der beiden Bundesbehörden BEV und EBA gilt das Recht des öffentlichen Dienstes. Die DBAG übernahm den unternehmerischen Bereich der Deutschen Bundesbahn. Durch das Eisenbahnneuordnungsgesetz (ENeuOG) wurden für die Bundesbahnbeamten verschiedene Möglichkeiten der Weiterbeschäftigung bei der privaten DBAG geschaffen<sup>102</sup>. Gemäß § 12 Abs. 2 Satz 1 2. Fall DBGrG (Deutsche Bahn Gründungsgesetz) besteht die Möglichkeit, daß sich der Beamte des Bundeseisenbahnvermögens freiwillig zur Wahrnehmung einer Tätigkeit bei der Deutschen Bahn AG auf Zeit beurlauben läßt. Dies erfordert einen entsprechenden Antrag und den Abschluß eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages mit der DBAG. Gemäß § 12 Abs. 2 Satz 1 1. Fall DBGrG kann der Beamte freiwillig unter Aufgabe seines Beamtenstatus aus dem Beamtenverhältnis ausscheiden und einen privatrechtlichen Arbeitsvertrag mit der DBAG abschließen.

Gemäß § 12 Abs. 2 Satz 1 3. Fall und Abs. 3 DBGrG wurden die Beamten der Bundeseisenbahnen, die sich nicht zu dem Unternehmen beurlauben lassen wollten, der DBAG zugewiesen. Für die Dauer

---

<sup>97</sup> BT-Drucks. 12/6718, S. 76.

<sup>98</sup> BT-Drucks. 12/6718, S. 76.

<sup>99</sup> dazu: Gramlich, Ludwig, Ende gut, alles gut ? - Anmerkungen zum neuen Postgesetz, NJW 1998, 866, 868; Stern, DVBl. 1997, 309, 310.

<sup>100</sup> beispielsweise die Deutsche Post Adress GmbH, DP Consult GmbH, DP Direkt GmbH, DP Kontrakt Logistik GmbH, DP Service- und Vertriebsgesellschaft GmbH, DP Transport GmbH.

<sup>101</sup> beispielsweise die DHL International, Global Mail/USA, DANZAS/Schweiz, ETD Nedlloyd/ NL, Securior Group/GB, Ducros Service Rapides/FRA.

<sup>102</sup> Bäsler, Beamte in der Privatwirtschaft am Beispiel der Deutschen Bahn AG, Privatisierung der deutschen Bahn, PersR 1996, 357, 357 f.

der Zuweisung ist der DBAG das Weisungsrecht im Umfang der betrieblichen Notwendigkeiten übertragen worden. Dabei sind die beamtenrechtlichen Bestimmungen zu beachten. § 12 Abs. 2 Satz 2 DBGrG ermächtigt das Bundesministerium für Verkehr in bezug auf die der DBAG zugewiesenen Beamten „zu bestimmen, welche weiteren beamtenrechtlichen Entscheidungen und Maßnahmen, die mit der Dienstausübung in Zusammenhang stehen, der Deutschen Bahn Aktiengesellschaft zur Ausübung übertragen werden“<sup>103</sup>. Der Katalog der hierzu ergangenen Verordnungen zeigt, wie umfangreich die von den privaten Aktiengesellschaften ausgeübten Dienstherrenbefugnisse sind (Verordnung über die Zuständigkeit der Deutschen Bahn Aktiengesellschaft für Entscheidungen in Angelegenheiten der zugewiesenen Beamten des Bundeseisenbahnvermögens<sup>104</sup>).

Neben die DBAG tritt das BEV als Personalführungsbehörde, die ebenfalls bestimmte Dienstherrenbefugnisse wahrnimmt. Gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 3-5 DBGrG obliegt dem BEV insbesondere die Aufgabe, die bei der DBAG beschäftigten Beamten zu betreuen und zu verwalten. Diese Aufgaben sind rückläufig, weil dem Personalbestand der DBAG keine neuen Beamten zugeführt werden, so daß ihre Zahl bei der DBAG ständig sinkt. Deshalb hat der Gesetzgeber gemäß § 30 Abs. 1 DBGrG den Bestand des BEV vorerst lediglich bis Ende des Jahres 2003 gesichert.

Mit der Beschäftigung von Beamten in einem privaten Unternehmen stellt sich weiterhin die Frage nach der personellen und organisatorischen Einbindung der übergeleiteten Beamten in den Betriebsablauf der DBAG.

### 2.2.2 Post

Durch die Postreform II wurden Bundesbeamte, die zuvor bei der Deutschen Bundespost tätig waren, unter Wahrung ihrer Rechtsstellung als unmittelbare Bundesbeamte bei den privaten Postunternehmen beschäftigt. Die dienst- und arbeitsrechtlichen Übergangsvorschriften enthält das „Gesetz zum Personalrecht der Beschäftigten der früheren Deutschen Bundespost“ (PostPersRG<sup>105</sup>), welches auf der Grundlage der in Art. 143b Abs. 3 GG enthaltenen Ermächtigung entstand. Die übergeleiteten Beamten standen zunächst unter der Verantwortung des Bundespostministers als ihres Dienstherrn, sofern sie nicht freiwillig in ein Angestelltenverhältnis überwechselten. Mit Inkrafttreten des neuen Postgesetzes am 01.01.1998 übernimmt die Zuständigkeit für den Vollzug des Postgesetzes die Regulierungsbehörde, eine Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft mit Sitz in Bonn (§ 44 S. 2 PostG i. V. mit § 66 Abs. 1 TKG). Diese Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post hat allen geschäftsmäßig tätigen Personen gegenüber Kontroll- und Eingriffsbefugnisse nach § 42 PostG<sup>106</sup>.

§ 1 Abs. 1 Satz 1 PostPersRG sieht vor, daß die Aktiengesellschaften ermächtigt werden, die dem Dienstherren Bund zufallenden Rechte und Pflichten gegenüber den bei ihnen beschäftigten Beamten auszuüben. Der Vorstand der Aktiengesellschaften nimmt die Befugnisse der obersten Dienstbehörde wahr und ist Einleitungsbehörde nach der Bundesdisziplinarordnung. Die Einzelheiten sind im PostPersRG umfassend geregelt. Diese als Beleihungsmodell bezeichnete Regelung<sup>107</sup> entspricht in der Sache weitgehend der Zuweisung von Beamten an die Deutsche Bahn AG gemäß § 12 Abs. 2 Satz 1 3. Fall DBGrG, bei der allerdings der AG nur Teile der Dienstherrenbefugnisse zur Ausübung übertragen wurden<sup>108</sup>. Die Gesetze der Eisenbahnreformen waren weniger weit gefaßt und hatten insbesondere nicht dem Vorstand der Aktiengesellschaft die Befugnisse der obersten Dienstbehörde an die Hand gegeben. Insofern existiert bei der Post keine dem BEV entsprechende Personalführungsbehörde; die drei Aktiengesellschaften üben allein Dienstherrenbefugnisse aus. Diese Quelle möglicher Kompetenzkonflikte wurde bei der Privatisierung der Deutschen Bundespost (§ 1 Abs. 2 PostPersRG) vermieden, da hier keine dem BEV vergleichbare Behörde errichtet wurde.

---

<sup>103</sup> BGBl. 1993 I S. 2378, 2388.

<sup>104</sup> DBAG-Zuständigkeitsverordnung vom 01.01.1994, BGBl. 1994 I S. 53, 54.

<sup>105</sup> BR-Drucks. 677/94, S. 34.

<sup>106</sup> Gramlich, NJW 1998, 866, 872; zur Regulierungsbehörde ausführlicher: Müller-Terpitz, Die Regulierungsbehörde für den Telekommunikationsmarkt, ZG 1997, 257 ff.

<sup>107</sup> Jarass, in: Jarass/ Pieroth, GG, Art. 143b Rn. 2; Lerche, in: Maunz/ Dürig, GG, Art. 143b Rn. 26; Uerpmann, in: von Münch/ Kunig, GG, Art. 143b Rn. 10; Hofmann, ZTR 1996, 493, 495; Blanke/ Sterzel, PersR 1998, 265, 266; Nokiel/ Jasper, ZTR 1999, 255, 255.

<sup>108</sup> BT-Drucks. 12/6718 S. 3; Benz, Postreform II und Bahnreform - Ein Elastizitätstest für die Verfassung - Zu den Folgen der Neuregelungen in Art. 143a und Art. 143b GG, DÖV 1995, 679, 680; Lorenzen, PersV 1995, 99, 102.

### 2.3 Bewertung der Regelungen

#### 2.3.1 Privatisierung

Bei allen drei Pilotprojekten der Privatisierung im Bereich des Bundes erfolgte zunächst eine formelle Privatisierung<sup>109</sup>. Damit hat sich der Staat bisher nicht vollständig aus seiner öffentlichen Aufgabe zurückgezogen und diese der privaten Gesellschaft übertragen.

#### 2.3.2 Beamtenüberleitung

Zur Ermöglichung des Beamteneinsatzes in den privaten Gesellschaften von Bahn und Post wurden im Ergebnis unterschiedliche rechtliche Konstruktionen gewählt: Das Zuweisungsmodell der Bahn als gesetzliche Fortentwicklung der vertraglichen Dienstüberlassung und das Beleihungsmodell bei der Post.

Anders als bei der parallel durchgeführten Bahnreform, die mit dem BEV eine eigene Personalführungsbehörde kreiert hat, wurde bei der Postreform II die Beleihungslösung gewählt. Durch verwaltungsrechtliche Beleihung wird Privaten eine Rechtsstellung verliehen, die sie in die Lage versetzt, im eigenen Namen gegenüber Dritten in öffentlich-rechtlicher Form zu handeln. Für die bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost beschäftigten Beamten bedeutet dies, daß sie unmittelbar den Nachfolgegesellschaften der Deutschen Bundespost überstellt wurden. Jedoch ergeben sich auch bei diesem Beleihungsmodell Probleme bei der Zuordnung insbesondere beamtenrechtlicher Befugnisse, denn auch wenn nach dem Beleihungsmodell der Vorstand der privaten Aktiengesellschaft Befugnisse eines Dienstherrn wahrnehmen soll, werden die Beamten dennoch „unter Wahrung der Verantwortung des Dienstherrn“ übergeleitet. Auch nach dem Zuweisungsmodell der DBAG werden die Beamten „unter Wahrung der Verantwortung des Dienstherrn“ dem privatisierten Unternehmen zugewiesen. Des weiteren ist mit dem BEV eine Personalführungsbehörde geschaffen worden, womit jedoch das Problem der Zuständigkeit für die Belange der bei der DBAG beschäftigten Beamten nicht gelöst ist.

Außer Betracht bleiben bei der späteren Untersuchung die Beamten, die aus dem Beamtenverhältnis beurlaubt wurden und auf der Grundlage eines arbeitsrechtlichen Vertrages arbeiten oder die bei den Töchtern der Postunternehmen beschäftigt sind.

Die getroffenen Regelungen für die Zuweisung und Beleihung sind speziell auf die Privatisierungsvorhaben Post und Bahn zugeschnitten. Es wird zu untersuchen sein, ob diesen Regelungen verallgemeinerungsfähige Grundsätze zu entnehmen sind. In diesem Kontext ist von Bedeutung, daß mit dem Inkrafttreten des Dienstrechtsreformgesetzes 1997 mit der Einfügung des § 123a Abs. 2 BRRG eine einfachgesetzliche Zuweisungsmöglichkeit im Rahmen der Privatisierung kommunaler Einrichtungen geschaffen wurde.

---

<sup>109</sup> Müller, Zur verfassungsrechtlichen Problematik kommunaler Unternehmen auf dem Telekommunikationsmarkt, DVBl. 1998, 1256, 1258; a. A. Sterzel, in: Blanke/ Trümner (Hrsg.), Handbuch Privatisierung, Rn. 165, der die Post- und Bahnprivatisierung als „unechte Aufgabenprivatisierung“ bezeichnet und der materiellen Aufgabenprivatisierung zuordnet.



### 3 Privatisierung und Beamtenüberleitung in den Kommunen

Die Kommunen sind als Reformfeld für Privatisierungen besonders geeignet, da hier viel stärker als durch Bund und Länder Dienstleistungen erbracht werden. Nach Schätzungen des Sachverständigenrats „Schlanker Staat“ gelten 80 % aller kommunalen Leistungen als privatisierungsfähig<sup>110</sup>. Als Gegenstände der Privatisierung kommen insbesondere Versorgungsbetriebe (Strom, Gas, Wasser, Fernwärme) und Entsorgungsbetriebe (Abfallbeseitigung und -verwertung, Straßen- und Gebäudereinigung)<sup>111</sup>, kulturelle Einrichtungen (Museen, Theater, Büchereien), Krankenhäuser<sup>112</sup> und andere Einrichtungen des Gesundheitswesens (Sanatorien, Bäder), Restaurations- und Kantinen- sowie Verkehrsbetriebe in Betracht<sup>113</sup>. Kommunen haben sich zur Erfüllung bestimmter Aufgaben schon immer eigenständiger Organisationsformen bedient. Dabei haben sie sowohl auf öffentlich-rechtliche Organisationsformen (Eigenbetrieb bzw. eigenbetriebsähnliche Einrichtung) als auch auf Rechtsformen des Privatrechts (GmbH, AG) zurückgegriffen. Im Zuge der allgemeinen Privatisierungsentwicklung wandeln die Kommunen verstärkt Eigenbetriebe in Gesellschaften des bürgerlichen Rechts um<sup>114</sup>.

In den letzten Jahren hat sich der Trend zur Ausgliederung von Aufgabenbereichen deutlich verstärkt. Diese Entwicklung wird durch gesetzgeberische Maßnahmen gefördert. Beispiele hierfür sind das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, wie auch die jüngste Novellierung des Wasserhaushaltsgesetzes. Zu beobachten ist nicht nur eine Zunahme von Ausgliederungen in den für eigenständige Organisationsformen typischen Feldern, z. B. bei der Erbringung von Dienstleistungen gegenüber Dritten, sondern die Wahl selbstständiger Organisationsformen erstreckt sich auch auf den Sektor der internen Dienstleistung wie Datenverarbeitung, Gebäudewirtschaft, Grünflächenpflege, Planungs- und Erschließungsaufgaben. Bei der Ausgliederung von Organisationseinheiten aus der Kommunalverwaltung ergibt sich zum einen die Problematik der rechtlichen Zulässigkeit, zum anderen die Problematik der Verwirklichungsbedingungen für den Steuerungsanspruch der Kommunen und drittens die generelle Konzeption der Privatisierung und ihre Folgeprobleme<sup>115</sup>.

#### 3.1 Privatisierung in den Kommunen

##### 3.1.1 Privatisierungsoptionen

###### 3.1.1.1 Art. 28 Abs. 2 GG: Die Organisationshoheit der Kommunen

In Art. 28 Abs. 2 GG wird die kommunale Selbstverwaltung als traditioneller Kernbestandteil des deutschen Staatsrechts verfassungsrechtlich abgesichert<sup>116</sup>. Art. 28 Abs. 2 GG regelt sowohl die kommunale Selbstverwaltung als Institutsgarantie, als auch Inhalte der kommunalen Selbstverwaltung und die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Gemeinden und Gemeindeverbänden als verfassungsrechtlich garantierter Organisationseinheit<sup>117</sup>.

Gemäß Art. 28 Abs. 2 GG haben die Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen

---

<sup>110</sup> Sterzel, PersR 1997, 380, 382; Beispiele für das weitreichende Privatisierungspotential in den Kommunen: Bull, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, VerwArch. 86 (1995), 621, 625 ff.

<sup>111</sup> Heinrich, Allheilmittel Privatisierung, Privatisierung in Städten und Gemeinden, DNV 1995, Nr. 3, S. 4, 5; Pabst/Schwartzmann, DÖV 1998, 315, 315; Frohner, PersR 1995, 99, 100.

<sup>112</sup> Dazu: Poll, Die GmbH als Rechtsform für kommunale Krankenhäuser, LKV 1995, 176 ff.

<sup>113</sup> Bremeier/ Ritschel, Rechtsformen städtischer Beteiligungen (Teil 1), Auf eigenen Füßen, Der Gemeinderat 4/1998, 52, 53; Schaub, PersV 1998, 100, 101; Sterzel, PersR 1997, 380, 392; Steuck, Die privatisierende Umwandlung, NJW 1995, 2887, 2888.

<sup>114</sup> Sterzel, Privatisierung im kommunalen Bereich, Kommunale Krankenhausversorgung im Umbruch - das private Betriebsführungsmodell als Weg zur Teilprivatisierung einer pflichtigen Selbstverwaltungsaufgabe der Gemeinden, PersR 1997, 380, 380.

<sup>115</sup> Wahl im Eingangsreferat zum Professorengespräch 1997 des Deutschen Landkreistages am 20./21. März 1997 im Rhein-Sieg-Kreis, in: Henneke, Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung – Optimierungspotentiale im Spannungsfeld von Demokratie und Effizienz, DVBl. 1997, 1270, 1270; Schoch, DVBl. 1994, 962, 964.

<sup>116</sup> Nierhaus, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 28 Abs. 2 Rn. 29.

<sup>117</sup> BVerfGE 38, 258, 278; 59, 216, 226; 91, 228, 238; Nierhaus, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 28 Abs. 2 Rn. 30; Stern, in: BK, Art. 28 Rn. 82; Wolff/ Bachof/ Stober, VerwR II, § 86 VII Rn. 51 ff.

Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Den Gemeinden wird die Regelung ihrer Angelegenheiten in eigener Verantwortung garantiert. Eigenverantwortlichkeit bedeutet die grundsätzliche Entschließungsfreiheit hinsichtlich Ob, Wann und Wie der Aufgabenwahrnehmung ohne bundesstaatliche Einflußnahme<sup>118</sup> und insbesondere neben Ermessens- und Weisungsfreiheit auch die organisatorische Gestaltungsfreiheit<sup>119</sup>. Durch Auferlegung von sogenannten pflichtigen Selbstverwaltungsangelegenheiten, Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung und staatlichen Auftragsangelegenheiten hat der Bundesgesetzgeber den kommunalen Handlungsspielraum eingegrenzt. Der Restbestand an Eigenverantwortung wird in sogenannte Gemeindehoheiten aufgliedert. Zu diesen Gemeindehoheiten gehören die Gebiets-, Organisations-, Personal-, Satzungs-, Planungs-, Finanz- und die Sparkassenhoheit<sup>120</sup>.

Den Gemeinden steht somit eine verfassungsrechtlich garantierte organisationsrechtliche Gestaltungsautonomie zu, die auch den Bereich der Gemeindewirtschaft erfaßt. Daraus folgt die grundsätzliche Wahlmöglichkeit der Kommunen, ihre kommunalen Unternehmen und Einrichtungen in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Organisationsform zu führen<sup>121</sup>. Im Rahmen von Privatisierungen auf kommunaler Ebene werden vielfach Eigenbetriebe in Gesellschaften des Privatrechts umgewandelt. Dabei handelt es sich zum einen um Eigengesellschaften, bei denen die Anteile ausschließlich in der Hand der Gemeinde liegen. Die Eigengesellschaften sind im Unterschied zu dem rechtlich unselbständigen Eigenbetrieb rechtlich, organisatorisch und personell selbständig und in ihrer Wirtschaftlichkeit nicht unmittelbar an die Mitwirkung der Gemeinde gebunden<sup>122</sup>. Zum anderen ist auch eine Beteiligung der Gemeinde an selbständigen wirtschaftlichen Unternehmen grundsätzlich möglich, wobei es formell auf die Beteiligungsquote nicht ankommt, die Gemeinde sich jedoch durch eine Mehrheitsbeteiligung kommunalen Einfluß sichern sollte.

Daher ist – worauf im folgenden näher einzugehen sein wird - ein Vergleich der in Betracht kommenden privaten Rechtsformen anzustellen.

### *3.1.1.2 Konflikt zwischen Privatisierungsgesetzen und kommunaler Selbstverwaltungsgarantie*

Aufgrund der kommunalen Allzuständigkeit gilt das Prinzip der organisatorischen Wahlfreiheit, wonach die einzelne Gemeinde, wenn keine anderslautende gesetzliche Aufgabenzuweisung bzw. organisationsrechtlichen Festlegungen durch die Rechtsordnung bestehen, grundsätzlich frei entscheiden kann, wie sie eine öffentliche Aufgabe in Wahrnehmung ihrer Selbstverwaltungskompetenz organisatorisch ausführen will. Insofern steht der Kommune ein Organisationsermessen zu<sup>123</sup>. Dies bedeutet, daß die Gemeinde die im Einzelfall am besten geeignete Organisationslösung wählen darf und muß. Die Grenzen der Wahlfreiheit sind dann erreicht, wenn die Rechtsordnung ausdrücklich eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisationsform vorschreibt<sup>124</sup>.

Teilweise enthalten die kommunalrechtlichen Vorschriften Präferenzbestimmungen zugunsten öffentlich-rechtlicher Organisationsformen. Dann dürfen die Kommunen Einrichtungen oder Unternehmen in der Rechtsform des Privatrechts nur gründen, wenn der Zweck nicht ebenso gut in einer Rechtsform des öffentlichen Rechts erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Ist jedoch im

---

<sup>118</sup> Nierhaus, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 28 Rn. 43.

<sup>119</sup> Pieroth, in: Jarass/ Pieroth, GG, Kommentar, Art. 28, Rn. 9; Stern, in: BK, Art. 28 Rn. 102; Hill, BB 1997, 425, 427.

<sup>120</sup> BVerfGE 56, 298, 312; Nierhaus, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 28 Rn. 44; Pieroth, in: Jarass/ Pieroth, GG-Komm., Art. 28 Rn. 7.

<sup>121</sup> So auch Ehlers, DVBl 1997, 137, 141 (allerdings einschränkend); Glauben, Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen in Privatrechtsform, ZG 1997, 148, 148; Herbert, Beratung in der Gemeinde, NVwZ 1995, 1056, 1057; Stober, Kommunalrecht, 3. Aufl. 1996, S. 31; Waechter, Kommunalrecht, Rn. 92.

<sup>122</sup> Püttner, Kommunale Betriebe und Mixed Economy, in: Wollmann/ Roth (Hrsg.), Kommunalpolitik, 456, 541; Schützenmeister, LKV 1991, 213, 216.

<sup>123</sup> Ehlers, DVBl. 1998, 497, 505; ders., in: DVBl. 1997, 137, 141; Erbguth/ Stollmann, DÖV 1993, 798, 799; Ewer, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung öffentlicher Aufgaben der Daseinsvorsorge, Die Gemeinde (SH), 1997, 191, 194; Hauser, Die Wahl der Organisationsform kommunaler Einrichtungen, 1987, S. 4; Koch, Der rechtliche Status kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform, 1994, S. 4; Peine, DÖV 1997, 353, 363; Schmidt, ZGR 1996, 345, 349.

<sup>124</sup> Erbguth/ Stollmann, DÖV 1993, 798, 799; Hammer, PersR 1997, 54, 57 f.

Gemeindefinanzierungsrecht der Gemeindeordnungen diesbezüglich keine Festlegung erfolgt, kann die Gemeinde hinsichtlich der Organisationsform der für die Erledigung dieser Aufgaben vorgesehenen Einrichtung sich auch der Form des Privatrechts bedienen.

Aus Art. 28 Abs. 2 GG leitet sich der Grundsatz der örtlichen Gemeinschaft ab, deren Angelegenheiten von der Gemeinde demokratisch und eigenverantwortlich zu regeln sind. Daraus folgt, daß eine eigenverantwortliche Regelung der örtlichen Gemeinschaft nur aufgrund eines auf dem Einheitsgrundsatz basierenden Organisationsmodells möglich ist, so daß eine organisatorische Einheit vorhanden sein muß, die die eigenverantwortlichen Regelungen der Gemeinschaftsangelegenheiten durchführen kann. Dieses hat die Kommune bei der Ausübung ihres Organisationsermessens zu berücksichtigen.

Die Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen und Unternehmen ruft allgemein die Befürchtung politischer Steuerungsverluste wach<sup>125</sup>. Die Ausgliederungen umfassen den gesamten Bereich kommunaler Tätigkeit, was zur Folge hat, daß zwischen den einzelnen Sachbereichen wegen des jeweils spezifischen organisatorischen Umfelds und der inhaltlichen Besonderheiten zu unterscheiden ist. Wahl<sup>126</sup> spricht dabei von einem „Bild der drei Säulen der Kernverwaltung, der Eigenbetriebsverwaltung und dem Bereich der kommunalen Gesellschaften“. Die juristischen Regelungen des Kommunalrechts treffen Aussagen über die in den Ländern rechtlich zulässigen Organisationsformen und ihre inhaltlichen Ausgestaltungen<sup>127</sup>. Dabei ist zu beachten, daß die kommunale Selbstverwaltung als Ausdruck des Demokratieprinzips gilt, da die kommunalen Vertretungsorgane Volksvertretungen sind, durch die der Bürger in die Verwaltung hineinwirkt<sup>128</sup>. Insoweit verlangt das Verfassungsrecht politische Einwirkungsmöglichkeiten. Die rechtlichen Anforderungen des Demokratieprinzips lassen sich folgendermaßen auf den Punkt bringen: Der ausgegliederte Bereich muß für den Rat und die kommunale Verwaltungsspitze transparent sein, was bedeutet, daß der Kommune Eingriffs- und Kontrollmöglichkeiten an die Hand gegeben werden müssen<sup>129</sup>. Ebenso umfassend wie das Demokratieprinzip gilt, ist damit auch dem Kontrollanspruch nachzukommen<sup>130</sup>.

Problematisch ist somit bei Privatisierungen im kommunalen Bereich die Sicherung von Einwirkungs- und Kontrollrechten, die sich die Kommune gegenüber dem privaten Unternehmen vorbehält und auch vorbehalten muß. Bei den Eigenbetrieben stellt sich dieses Problem nicht, da sie als öffentlich-rechtliche Organisationsform als Teil der kommunalen Verwaltung sind und in vollem Umfang dem Gebot demokratischer Legitimation unterliegen<sup>131</sup>. Insofern stellt sich hier nicht die Forderung nach zusätzlichen kommunalen Kontroll- und Eingriffsmöglichkeiten. Bei der formellen Privatisierung ändert sich mit der Übertragung der Aufgabenerledigung auf eine privatrechtliche Gesellschaft zwar nicht die Trägerschaft der Aufgabe, aber die Organisationsform, so daß diese Rechtsformänderung grundsätzlich geeignet ist, die parlamentarische Kontrolle durch die Schwächung des kommunalen

---

<sup>125</sup> Püttner, Kommunale Betriebe und Mixed Economy, in: Wollmann/ Roth (Hrsg.), Kommunalpolitik, 541, 547; Bieler, PersV 1998, 44, 47; Bull, VerwArch 86 (1995), 621, 629; Hill, BB 1997, 425, 427; Weidemann, NJW 1996, 2757, 2758; Wahl und auch Schink beim Professorengespräch 1997 des Deutschen Landkreistages im Rhein-Sieg-Kreis am 20./21. März 1997; in: Henneke, DVBl. 1997, 1270, 1270; Schoch, DVBl. 1994, 962, 963; ders. in: DVBl. 1994, 1, 9.

<sup>126</sup> Wahl beim Professorengespräch, in: Henneke, DVBl. 1997, 1270, 1270; Zur „Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben durch staatliches Kernpersonal“ auch Schuppert in: DÖV 1995, 761, 764 f.

<sup>127</sup> Hill, BB 1997, 425, 428; Kummer/ Giesberts, NVwZ 1996, 1166, 1167, speziell zu Privatisierungen der Abfallentsorgung und Abwasserbeseitigung; Tettinger, DÖV 1996, 764, 769.

<sup>128</sup> Badura, DÖV 1998, 818, 823; Ipsen, Niedersächsisches Kommunalrecht, 2. Aufl., 1998, S. 127 f.; Glauben, ZG 1997, 148, 150; Laux, Unternehmen Stadt?, DÖV 1993, 523, 523; von Mutius, Kommunalrecht, 1996, Rn. 44 ff.; Schmidt-Jortzig, DÖV 1993, 973, 973 und 980.

<sup>129</sup> Ehlers, Die Entscheidung der Kommunen für eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisation ihrer Einrichtungen und Unternehmen, DÖV 1986, 897, 904; Gern, Deutsches Kommunalrecht, 2. Aufl. 1997, Rn. 762; Schmidt-Aßmann, in: ders. (Hrsg.), Bes. VerwR., 1. Abschn. Rn. 125.

<sup>130</sup> Ehlers, DVBl. 1998, 497, 505; Erbguth, UPR 1995, 369, 377; Glauben, ZG 1997, 148, 150 f.; Gusy, Privatisierung und parlamentarische Kontrolle, ZRP 1998, 265, 265.

<sup>131</sup> Schmidt-Aßmann, Kommunalrecht, in: ders. (Hrsg.), Bes. VerwR., 1. Abschn. Rn. 126; Hauser, Wahl der Organisationsform kommunaler Einrichtungen, 1987, S. 104; Kummer/ Giesberts, NVwZ 1996, 1166, 1166; zu den Eigenbetrieben ausführlich: Tegmeier / Otto, Rechtsformen städtischer Beteiligungen (Teil 3), Vier Organe, Der Gemeinderat 6/1998, 50 ff.

Selbstverwaltungsrechts zu beeinträchtigen<sup>132</sup>.

Durch die Übertragung der Aufgaben auf die privaten Unternehmen wandeln sich die staatlichen Zugriffsmöglichkeiten, weil die Aufgabe nun nicht mehr allein in der Rechtsträgerschaft der öffentlichen Hand liegt. Den privaten Unternehmen stehen eigene Rechte zu, in die Dritte nicht unbegrenzt eingreifen können. Damit wandelt sich durch die formelle Privatisierung die Rechtsstellung des Staats im Hinblick auf die Aufgabenerfüllung. Solange eine Staatsaufgabe von Behörden wahrgenommen wird, steht diese einer Einwirkung demokratisch legitimierter Entscheidungsträger offen. Wird aber einer Aufgabe auf ein verselbständigt Unternehmen in Staatseigentum übertragen, wandelt sich die Rechtsstellung des Staats von einer staatsrechtlichen zu einer gesellschaftsrechtlichen Position. Dabei ist zu untersuchen, ob der öffentlichen Hand dieselbe Position zukommt wie jedem privaten Eigentümer oder ob ihre Rechtsstellung durch Verfassungs- und Verwaltungsrecht modifiziert ist. Insoweit bewirkt die formelle Privatisierung eine Schwächung der Einwirkungsmöglichkeiten des Staates. Wenn nun der Umfang der Einwirkungsmöglichkeiten des Staats aber abnimmt, nimmt auch seine Verantwortungsfähigkeit ab, wodurch die Reichweite parlamentarischer Kontrolle und damit das Demokratieprinzip geschwächt wird<sup>133</sup>.

Diese Problematik stellt sich auch bei Privatisierungsvorhaben im kommunalen Bereich allein wegen der entscheidenden Bedeutung der kommunalen Selbstverwaltung für den demokratischen Staatsaufbau. Selbst wenn bei einer -lediglich- formellen Privatisierung die Kommune für die Aufgabenerfüllung verantwortlich bleibt, wird dennoch durch die Verselbständigung kommunaler Verwaltungsaufgaben eine Distanz zwischen der politischen Vertretung der Gemeinde und der privatisierten Einrichtung hergestellt und damit auch die demokratische Legitimation gemeindlicher Aufgabenerfüllung ausgedünnt. Der Gefahr dieser Legitimationsreduzierung ist durch Kompensationstrategien zu begegnen.

Dem sich aus Rechtsstaats- und Demokratieprinzip ergebenden Erfordernis nach demokratischer Legitimation haben die Gemeinden durch Einfluß- und Kontrollbefugnisse Rechnung zu tragen. Dies gilt auch für die in Privatrechtsform ausgeübte kommunale Tätigkeit, da diese Teil der öffentlichen Hand bleibt, soweit nur eine formelle Privatisierung vorangegangen ist, und die öffentliche Hand mehrheitliche Anteile an einer Handelsgesellschaft hält. In welchem Umfang und in welchen Bereichen Privatisierungen in den Kommunen unter Berücksichtigung der Allzuständigkeit der Gemeinden für die Erledigung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft (Art. 28 Abs. 2 GG) vorgenommen werden können, hängt von den Daseinsvorsorgeverpflichtungen und der Verwirklichung der Gemeinwohlinteressen durch die Gemeinde ab.

### 3.1.2 Gemeinderechtliche Voraussetzungen für Privatisierung

Die Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben durch eine privatrechtliche Gesellschaft ist daher nicht unbegrenzt zulässig. Die Kommunen unterliegen hinsichtlich der Unternehmen, die sie als Instrumente der öffentlichen Leistungsverwaltung einsetzen, verfassungsrechtlichen Bindungen in Gestalt des Sozialstaatsprinzips, des Rechtsstaatsprinzips und des Demokratieprinzips<sup>134</sup>. Das Sozialstaatsprinzip verpflichtet die Kommunen unter anderem auch, für den Bestand und die Funktionsfähigkeit der Einrichtungen zu sorgen, die zur Erfüllung der sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Grundbedürfnisse der Bürger notwendig sind. Aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt sich, daß auch die in privatrechtlichen Formen organisierte Leistungsverwaltung an die Grundrechte gebunden ist. Das Demokratieprinzip verlangt die Aufrechterhaltung der Legitimationskette zum Volk, d. h. daß bei wesentlichen Fragen für die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe die Letztentscheidung eines demokratisch legitimierten und verantwortlichen Verwaltungsträgers gesichert ist.

Bei der lediglich formellen Privatisierung einer öffentlichen Einrichtung und der damit verbundenen Umwandlung in eine private Rechtsform sollen die Handlungen der kommunalen Eigentümervertreter

---

<sup>132</sup> So auch Gusy, ZRP 1998, 265, 267; Cronauge, Kommunale Unternehmen, Rn. 220 f.; Schmidt, Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsformen, ZGR 1996, 345, 349; Schoch, DVBl. 1994, 962, 963; ders. in DÖV 1993, 377, 382 und DVBl. 1994, 1, 8.

<sup>133</sup> Erbguth/ Stollmann, DÖV 1993, 798, 80; Gusy, ZRP 1998, 265, 267; Ipsen, DVBl. 1998, 801, 803; Kutscha, NJ 1997, 393, 395; Schoch, DVBl. 1994, 1, 9; ders. in: Privatisierung von Abwasserbeseitigung und Abfallentsorgung, in: Ipsen (Hrsg.), Privatisierung von öffentlichen Aufgaben, S. 63, 83; Sterzel, in: Blanke/ Trümner (Hrsg.), Handbuch Privatisierung, 1998, Rn. 207.

<sup>134</sup> Erbguth, UPR 1995, 369, 377; Heinrichs, Allheilmittel Privatisierung, Privatisierung in Städten und Gemeinden, DNV 1995, Nr. 3, 4, 5; Oster, Wirtschaftliche Betätigung der kommunalen Gebietskörperschaften in Rheinland-Pfalz, DNV 5/1998, 8, 10.

gegenüber dem Unternehmen der Kontrolle durch den Rat unterliegen. Die Beteiligungsrechte werden von der öffentlichen Hand ausgeübt und unterfallen damit der Verantwortungsfähigkeit der Kommune. Weiterhin sind die Handlungen des Unternehmens selbst der kommunalen Kontrolle ausgesetzt, die in Erfüllung besonderer gesetzlicher Verpflichtungen ausgeübt werden. Dies ist der Fall, wenn besondere Aufträge gesetzlich festgelegt oder öffentliche Mittel verwendet werden und der öffentlichen Hand besondere Einwirkungsrechte eingeräumt sind. Soweit Kontrollrechte existieren, besteht die Verpflichtung von kommunaler Seite, diese auch wahrzunehmen. Soll also das Handeln der Vertreter der öffentlichen Hand in den Aufsichtsgremien kontrolliert werden, ist die Kommune wegen des Demokratiegebots verpflichtet, die Kontrolle zu ermöglichen und durchzuführen.

### 3.1.2.1 Aufgabenbereiche der Gemeinden

Die organisatorischen Grundstrukturen der Gemeinde werden vom Gesetzgeber festgelegt, so daß die Gemeinde nur entsprechend diesen Vorgaben über ihre Organisationsstruktur bestimmen kann<sup>135</sup>. Entscheidend ist daher für die Privatisierbarkeit öffentlicher Aufgaben, ob es sich um freiwillige, pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben der Gemeinden oder um Auftragsangelegenheiten bzw. um Pflichtaufgaben nach Weisung handelt<sup>136</sup>. Die Frage nach der organisatorischen Verselbständigung ist somit nach dem Grad der Verantwortung des Staates zu unterscheiden<sup>137</sup>. Für die verschiedenen Aufgabentypen, freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben, pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben und übertragene staatliche Aufgaben, wird den Gemeinden jeweils ein unterschiedlicher organisatorischer Gestaltungsspielraum eingeräumt.

Im Bereich der freiwilligen Selbstverwaltung liegt es wegen der gemeindlichen Allzuständigkeit gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG im Ermessen der Gemeinde, ob und wie sie ihre Aufgabe erfüllt<sup>138</sup>. Die Wahrnehmung dieser Aufgaben, die eine Vielfalt gemeindlicher Interessenbereiche insbesondere kultureller, sozialer und wirtschaftlicher Art umfaßt, orientiert sich an den jeweiligen gemeindlichen Bedürfnissen und ist in hohem Maße von der finanziellen Leistungsfähigkeit der Gemeinde abhängig. Die Kommune kann freiwillige Aufgaben in vollem Umfang auf eine private Gesellschaft übertragen, soweit nicht die Wahlfreiheit der Gemeinde hinsichtlich der Organisationsform durch das Gemeindefinanzrecht eingeschränkt wird. Eine formelle Privatisierung ist somit in diesen Aufgabenbereichen immer möglich. Grundsätzlich kann im Bereich der freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben auch materiell privatisiert werden. Die materielle Privatisierung ist jedoch eingeschränkt, soweit es sich bei der zu privatisierenden Aufgabe um den Bereich der Daseinsvorsorge handelt. Hinsichtlich der Aufgaben aus dem Bereich der Daseinsvorsorge besteht eine rechts- und sozialstaatliche Pflicht der Gemeinde, sicherzustellen, daß die Leistungen überhaupt angeboten werden. Dies hat faktisch zur Folge, daß sich die Gemeinde ihrer Aufgabenverpflichtung hier nicht durch Privatisierung entziehen kann.

Im Bereich der pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben muß die Gemeinde die Aufgabenerfüllung sicherstellen und hat lediglich ein Ermessen hinsichtlich der Art und Weise der Erfüllung der ihr auferlegten Aufgabe<sup>139</sup>. Da eine unmittelbare Erfüllungsverantwortung des Staates besteht, sind diese Pflichtaufgaben grundsätzlich lediglich zur Durchführung übertragbar<sup>140</sup>. Daher hat die Gemeinde die Möglichkeit einer Aufgabenentlastung oder Aufgabenverselbständigung innerhalb der Verwaltungsorganisation durch die Errichtung von Regiebetrieben oder öffentlich-rechtlichen Anstalten oder aber insbesondere die Möglichkeit einer formellen Privatisierung. Somit bleibt die Kommune Trägerin der Aufgabe, die kommunale Gesellschaft wird lediglich als Erfüllungsgehilfin tätig.

In bestimmten Bereichen hat der Gesetzgeber die Möglichkeit einer Privatisierung ausdrücklich zugelassen.

---

<sup>135</sup> BVerfGE 91, 228, 238.

<sup>136</sup> Gruhn, Schlanker Staat, Beitrag zur Reform des öffentlichen Sektors, Juni 1998, S. 3.

<sup>137</sup> Hill, Verwaltung und Management II, 1998, 81, 84.

<sup>138</sup> Ipsen, DVBl. 1998, 801, 802 und 804; Schmidt-Jortzig, DÖV 1993, 973, 975; Sterzel, PersR 1997, 380, 392.

<sup>139</sup> Schmidt-Jortzig, DÖV 1993, 973, 975; ders. in: Kommunalrecht, Rn. 530.

<sup>140</sup> Kröger/ Hollmann, Rechtliche Zulässigkeit des Betriebes von Friedhöfen durch Unternehmen und Einrichtungen der Kommunen in Rechtsformen des Privatrechts, KommunalPraxis 4/1997, 109, 110; Schoch, DÖV 1993, 377, 378; ders. in: DVBl. 1994, 1, 10.

So ist die Abwasserbeseitigung nach den einschlägigen Vorschriften des jeweiligen Landesrechts regelmäßig eine pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe der Gemeinde. Die Gemeinde ist als öffentlich-rechtliche Körperschaft Adressat der einschlägigen wasserrechtlichen Rechtsvorschriften des Bundes und der Länder im Hinblick auf den Schutz und die Bewirtschaftung des Wasserhaushalts, der Vermeidung von Verunreinigungen, der Sicherstellung einer sparsamen Verwendung und der Gewährleistung der Versorgung der Bevölkerung mit Trinkwasser. Insofern ist bei dieser gemeindlichen Pflichtaufgabe eine materielle Privatisierung ausgeschlossen.

Mit der 6. WHG-Novelle<sup>141</sup> werden in § 18a Abs. 2a die Länder ermächtigt, die normativen Voraussetzungen dafür zu schaffen, daß eine öffentlich-rechtliche Körperschaft ihre Abwasserbeseitigungspflicht auf einen Dritten ganz oder teilweise und widerruflich übertragen kann. Infrage kommt eine formelle Privatisierung mit Übertragung der Aufgabenerfüllung auf ein privates Unternehmen. Die Gemeinde bedient sich in der Regel eines privaten Betreibers als Erfüllungsgehilfen, wobei die Gemeinde abwasserbeseitigungspflichtig bleibt, d.h. die eigentliche Aufgabenverantwortung verbleibt bei der Gemeinde. Darüber hinaus hat die Gemeinde sicherzustellen, daß ihre Verantwortung auch erhalten bleibt und für die Einhaltung der Kontrolle die nötige Einflußnahme sichergestellt ist<sup>142</sup>.

Das am 07.10.1996 in Kraft getretene Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (KrW-/AbfG<sup>143</sup>) schuf eine Neuorientierung hinsichtlich der Verpflichtungen zur Beseitigung und Verwertung von Abfällen<sup>144</sup>. Ziel des Gesetzes ist es, die privatwirtschaftliche Verwertung von Abfällen zu fördern und das gesamte Abfallwesen dem Regime der abfallerzeugenden Wirtschaft zu unterstellen. Die Wirtschaft soll nunmehr bei der Produktion bereits vom Abfall her denken. Mit diesem Ziel ist die weitgehende Privatisierung des Abfallwesens verbunden<sup>145</sup>.

Die Abfallbeseitigung fiel grundsätzlich in den Zuständigkeitsbereich der öffentlichen Hand. So ist die Hausmüllentsorgung traditionell ein kommunal organisiertes und öffentlich-rechtliches Verwaltungsmonopol<sup>146</sup>. Im KrW-/AbfG wollte der Gesetzgeber den Kommunen die Möglichkeit eröffnen, ihre Entsorgungspflichten zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung auf private Unternehmen zu übertragen<sup>147</sup>. Eine Entsorgung durch die öffentliche Hand soll nur noch ausnahmsweise stattfinden. Der Gesetzgeber hatte die Vorstellung, daß der private Pflichtenübernehmer durch den Übertragungsakt mit öffentlich-rechtlichen Befugnissen beliehen wird. Gegenüber der alten Rechtslage ist dies eine Neuerung, da das alte Abfallgesetz für die Hausmüllentsorgung in § 3 Abs. 3 AbfG ein öffentlich-rechtliches Entsorgungsregime vorschrieb<sup>148</sup>. Der Gesetzgeber schreibt nunmehr keine ausschließliche Abfallbeseitigung durch Regelbetriebe vor, jedoch auch nach der Gesetzesänderung ergeben sich Probleme zum einen hinsichtlich der Ausgestaltung der gesetzlichen Grundlagen, zum anderen bestehen Bedenken gegen eine materielle Privatisierung der Hausmüllentsorgung.

Im bisherigen Schrifttum wird nicht einheitlich beurteilt, ob § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG eine vollständige, also materielle Privatisierung durch Übertragung der Pflichten öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger gemäß § 15 Abs. 1 KrW-/AbfG auf ein Privatunternehmen ermöglichen soll<sup>149</sup>.

Die traditionelle Beauftragung von Dritten mit Entsorgungsaufgaben berührt die Verantwortlichkeit des

---

<sup>141</sup> 6. WHG-Novelle vom 11.11.1996, BGBl. I S. 1690; dazu: Lübke-Wolff, ZUR 1997, 61, 67.

<sup>142</sup> Dazu: Heinrichs, DNV 1995, Nr. 3, 4, 6.

<sup>143</sup> Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen vom 06.10.1994, BGBl. I, S. 2705 f.

<sup>144</sup> Ausführlich zum Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz: Weidemann, Übergangsprobleme bei der Privatisierung des Abfallwesens, NJW 1996, 2757 ff; Schink, Öffentliche und private Entsorgung, NVwZ 1997, 435 ff.

<sup>145</sup> Weidemann, NJW 1996, 2757, 2758.

<sup>146</sup> Weidemann, Die materielle Privatisierung der Hausmüllentsorgung nach § 16 Abs. 2 des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes - Abfallrechtliche Zulässigkeit und verwaltungsrechtliche Ausgestaltung -, DVBl. 1998, 661, 661.

<sup>147</sup> BT-Drucks. 12/5672, S. 4.

<sup>148</sup> BVerwG, DVBl. 1995, 238, 241.

<sup>149</sup> BVerwG, DVBl. 1995, 238, 241; Stern, DVBl. 1997, 309, 310; Hölscher, ZUR 1995, 176, 180; Petersen/ Rid, NJW 1995, 7, 14; Weidemann, DVBl. 1998, 661, 668.

Auftraggebers für die Erfüllung der Pflichten grundsätzlich nicht<sup>150</sup>. In § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG<sup>151</sup> ist jedoch vorgesehen, daß die zuständige Behörde Pflichten der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger übertragen kann. Der § 16 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG stellt klar, daß die Verantwortlichkeit des Auftraggebers unberührt bleibt. Der Drittbeauftragte wird lediglich als nachgeordneter Verwaltungshelfer in den Vollzug der Aufgabe eingeschaltet und übernimmt nicht die Aufgabe der Abfallentsorgung, sondern nur ihre Erfüllung. Bei der Übertragung der Aufgabe nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG verliert aber der originär Verpflichtete die Aufgabe und überträgt die Pflicht selbst. Soweit der Übertragungsakt inhaltlich reicht, geht die abfallwirtschaftliche und abfallrechtliche Verantwortung auf den Dritten über und die Kommune wird von der Aufgabe frei. Das würde bedeuten, daß die Kommune in einer pflichtigen Selbstverwaltungsaufgabe sowohl von der Aufgabenerfüllung als auch der Aufgabenverantwortung vollständig freigestellt wäre. Weidemann<sup>152</sup> spricht daher von materieller Privatisierung, stellt aber zugleich fest, daß die Kommune aus organisationsrechtlicher Sicht die Gewährleistungsverantwortung für die kommunale Hausmüllentsorgung behält, insbesondere, daß die Kommune weiterhin für private Schlechterfüllung einzustehen hat. Ausschließlich die Aufgabe, die überlassenen Abfälle ordnungsgemäß zu entsorgen, gehe auf das private Unternehmen über.

Dann kann aber im Ergebnis nicht von einer materiellen Privatisierung gesprochen werden. Hier bleiben die Rechte aus der abfallrechtlichen Überlassungspflicht und die Befugnis, die Überlassungspflicht gegebenenfalls hoheitlich durchzusetzen, bei der Kommune. Das bedeutet weiterhin, daß die Kommune in ihrer Abfallsatzung zu regeln hat, in welcher Art und Weise die Abfälle dem privaten Unternehmen zu überlassen sind und wie die Entsorgung stattzufinden hat. Insoweit findet auch hier Regulierung statt, die Kommune muß gewährleisten, daß ihre Kontroll- und Eingriffsbefugnisse erhalten bleiben.

Auch am Beispiel der Entwicklung kommunaler Krankenhausversorgung läßt sich für den Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge aufzeigen, daß der Landesgesetzgeber grundsätzlich bemüht ist, Privatisierungsschranken zu beseitigen. In den einschlägigen Landesgesetzen wird bestimmt, daß die Krankenhausversorgung als öffentliche Aufgabe anzusehen ist und die Landkreise und kreisfreien Städte die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern als Aufgabe des eigenen Wirkungskreises wahrzunehmen haben<sup>153</sup>. Von dieser Pflichtträgerschaft werden die Gemeinden entbunden, wenn die Krankenhausversorgung durch einen anderen Träger sichergestellt wird. So wurden die Krankenhäuser entsprechend diesen Regelungen als Regiebetriebe, d. h. als unselbständiger Teil im Verwaltungsaufbau der Kommunen organisiert, oder als Eigenbetrieb geführt. Zunehmend eröffnet das Gemeinderecht die Möglichkeit der Umwandlung der kommunalen Einrichtung in eine privatwirtschaftliche Organisationsform<sup>154</sup>.

Auch in diesen Fällen der formellen Privatisierung muß der bestimmende Einfluß der Gemeindeorgane auf die Entscheidungen der privaten Gesellschaft insoweit organisationsrechtlich abgesichert sein, als dessen Entscheidungen für die Erfüllung der pflichtigen Selbstverwaltungsaufgabe Krankenhausversorgung von Bedeutung sind<sup>155</sup>, weil die Kommune bei der im Wege einer formellen Privatisierung vorgenommenen partiellen Ausgliederung von Aufgaben weiterhin für die ordnungsgemäße Erfüllung der betreffenden Aufgabe in vollem Umfang verantwortlich bleibt.

Eine materielle Privatisierung scheidet in diesen Bereichen aus, da sich die Kommune Eingriffs- und Kontrollmöglichkeiten vorbehalten muß, und kommunale Pflichtaufgaben nicht aus dem Verantwortungsbereich der kommunalen Gebietskörperschaften entlassen werden dürfen<sup>156</sup>.

Neben weisungsfreien Aufgaben kennen die Kommunalverfassungen in unterschiedlicher Form

---

<sup>150</sup> Erbguth/ Stollmann, DÖV 1993, 798, 800; Peine, DÖV 1997, 353, 357; Tettinger, DÖV 1996, 764, 765.

<sup>151</sup> Kreislaufwirtschafts- und AbfallG vom 06.10.1994, BGBl. I S. 2705.

<sup>152</sup> Weidemann, DVBl. 1998, 661, 668.

<sup>153</sup> So zum Beispiel in § 1 Nds KHG, § 2 NW KHG.

<sup>154</sup> vgl. § 108 Abs. 4 Satz 1 GO Niedersachsen; § 108 Abs. 1 Nr. 2 GO Nordrhein-Westfalen.

<sup>155</sup> Sterzel, PersR 1997, 380, 389.

<sup>156</sup> So auch Hill, Verwaltung und Management II, 1998, 81, 84; Kröger/ Hollmann, KommunalPraxis 4/1997, 109, 110; Schoch, DVBl. 1994, 962, 971; ders. in: DVBl. 1994, 1, 10; ders. in: Rechtsfragen der Privatisierung von Abwasserbeseitigung und Abfallentsorgung, in: Ipsen, Jörn (Hrsg.), Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 1994, S. 63, 80.

Aufgaben, bei deren Erfüllung die Kommunen staatlichen Weisungen unterliegen (Pflichtaufgaben nach Weisung, Auftragsangelegenheiten, Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises). Die Angelegenheiten der Auftrags- und der Weisungsverwaltung bzw. des übertragenen Wirkungskreises sind dadurch gekennzeichnet, daß der Staat den Gemeinden bestimmte Aufgaben zuweist und sich zugleich das Recht vorbehält, die Erledigung dieser Aufgaben durch Weisungen zu steuern und die Fachaufsicht zu führen<sup>157</sup>. Pflichtaufgaben nach Weisung sind beispielsweise Aufgaben, die die Gemeinden als untere staatliche Verwaltung (Aufgaben nach dem Gaststättengesetz, Polizeigesetz, Paßgesetz) wahrnehmen<sup>158</sup>.

Ob und in welchem Ausmaß eine kommunale Gesellschaft zur Erfüllung solcher Aufgaben herangezogen werden kann, hängt vom Inhalt der Weisungsbindung im Einzelfall ab. Unabhängig von der landesrechtlichen Ausgestaltung der Aufgabenwahrnehmung kann der Bund den Kommunen im Rahmen der Verfassung Aufgaben als Auftragsverwaltung auftragen. Diese werden von den Kommunen als übertragene staatliche Aufgaben ausgeführt. Derartige Aufgaben der Bundesauftragsverwaltung gibt es im Bereich der Verteidigung (Art. 87b Abs. 2 GG), der Bundesfernstraßen (Art. 90 Abs. 2 GG), der Geldleistungsgesetze (Art. 104a Abs. 3 Satz 2 GG) und des Lastenausgleichs (Art. 120a Abs. 1 GG).

In der Regel ist im kommunalen Aufgabenbereich, der den Kommunen vom Bund oder Land zugewiesene staatliche Aufgaben umfaßt, sowohl eine materielle als auch eine formelle Privatisierung ausgeschlossen. Die Gemeinden haben diese gesetzlich übertragenen Aufgaben ohne jeglichen eigenen Entscheidungsspielraum auszuführen<sup>159</sup>.

### 3.1.2.2 Privatisierungsrahmen nach den Gemeindeordnungen

#### 3.1.2.2.1 Das Subsidiaritätsprinzip

In den Gemeindeordnungen ist häufig festgeschrieben, daß die Gemeinden nur dann Wirtschaftsbetriebe führen sollen, wenn diese nicht besser und wirtschaftlicher durch private Rechtsträger übernommen werden können<sup>160</sup>. Leitgedanke ist hier das Subsidiaritätsprinzip<sup>161</sup>. Darunter wird die Rückführung des Verwaltungshandelns auf unverzichtbare Aufgaben des Staats verstanden<sup>162</sup>, wobei der Sinn überwiegend darin gesehen wird, daß das Grunderfordernis des öffentlichen Zwecks für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde betont werden soll<sup>163</sup>. Verschärfte Subsidiaritätsklauseln enthalten verschiedene Gemeindeordnungen der neuen Bundesländer. So erlaubt die KomVerf. M-V in § 68 Abs. 1 eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden nur, wenn die Gemeinde ihre Aufgabe besser und wirtschaftlicher als Dritte erfüllen kann. Die Landesregierung Rheinland-Pfalz beschränkte die Möglichkeiten der kommunalen Gebietskörperschaften, sich wirtschaftlich zu betätigen, durch eine verschärfte Subsidiaritätsklausel in der neuen Gemeindeordnung von 1998<sup>164</sup>. Abweichend von der bisherigen Rechtslage darf in Rheinland-Pfalz eine Kommune ein wirtschaftliches Unternehmen nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn dessen Zweck nicht ebenso durch einen privaten Dritten erfüllt werden kann. Den Kommunen ist ein Tätigwerden bei Leistungsparität untersagt. Einer Zusammenarbeit mit Dritten steht die Subsidiaritätsklausel nicht entgegen<sup>165</sup>. Durch eine verschärfte Subsidiaritätsklausel sollen die

---

<sup>157</sup> Stober, Kommunalrecht, § 4 V 2.

<sup>158</sup> Gern, Kommunalrecht Baden-Württemberg, Rn. 110.

<sup>159</sup> Sterzel, PersR 1997, 380, 386, 387.

<sup>160</sup> Ehlers, DVBl. 1998, 497, 501; ders. in: DVBl. 1997, 137, 138; Hill, Die verkaufte Stadt, Verwaltung und Management, Heft 2 1998, 81, 84; Schaub, PersV 1998, 100, 100.

<sup>161</sup> Die praktische Bedeutung der Subsidiaritätsklauseln wird im Schrifttum als eher gering eingeschätzt, so auch Ehlers, DVBl. 1997, 137, 138; Schoch, DÖV 1993, 377, 380; ders. in: DVBl. 1994, 962, 972.

<sup>162</sup> Hill, Verwaltung und Management II, 1998, 81, 84.

<sup>163</sup> Badura, DÖV 1998, 818, 821; Schmidt-Jortzig, Die Zulässigkeit kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen im einzelnen, in: Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 2. Auflage, Bd. 5, Kommunale Wirtschaft, 1984, 50, 60.

<sup>164</sup> Die Novellierung des Rechts der wirtschaftlichen Betätigung ist durch das Vierte Landesgesetz zur Änderung kommunalrechtlicher Vorschriften vom 02.04.1998 erfolgt. Das Gesetz ist am 15.04.1998 in Kraft getreten (GVBl. S. 198).

<sup>165</sup> Oster, Wirtschaftliche Beteiligung der kommunalen Gebietskörperschaften in Rheinland-Pfalz, DNV 5/1998, 8, 9.



Kommunen verpflichtet werden, Privatisierungspotentiale zu überprüfen und gegebenenfalls eine entsprechende Aufgabenübertragung zu überdenken.

In Nordrhein-Westfalen hingegen ist die Subsidiaritätsklausel im Zuge der Reform des Kommunalrechts weggefallen. Der Wegfall wurde mit der Schwierigkeit eines Vergleichs von Kommunal- und Privatwirtschaft begründet<sup>166</sup>, hat aber keine Wirkung dahingehend, daß der Schutzzweck zugunsten der Privatwirtschaft weggefallen wäre. Vielmehr ist nun eine selbständige Prüfung der Subsidiaritätsklausel entbehrlich und in einem verstärkten Erfordernis eines „dringenden öffentlichen Zwecks“ aufgegangen.

### 3.1.2.2.2 Markterkundungsverfahren zur Vorbereitung einer Auslagerungsentscheidung

Nach dem kommunalverfassungsrechtlichen Grundsatz von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit haben die Kommunen den Bürgern grundsätzlich Leistungen so kostengünstig wie möglich anzubieten und sind daher gehalten, die Privatisierungsentscheidungen von Wirtschaftlichkeitserwägungen abhängig zu machen<sup>167</sup>. Im Vorfeld der Übertragung von Aufgaben auf kommunale Gesellschaften liegen daher Regelungen der Länder über die Vorbereitung der Auslagerungsentscheidung. Diese „Markterkundungsverfahren“<sup>168</sup> ergänzen das Subsidiaritätsprinzip oder ersetzen es, da sie ein konkretes Verfahren zur Prüfung privater Anbieter vorschreiben.

Dementsprechend bestimmen die brandenburgische sowie die thüringische Gemeindeordnung, daß die Gemeinden vor Aufnahme neuartiger wirtschaftlicher Tätigkeit ein Markterkundungsverfahren durchführen müssen, §§ 100 Abs. 3, 101 Abs. 4 GO. § 102 Abs. 1 Nr. 1 GO-SH sieht vor, daß vor der Gründung einer Gesellschaft oder der Beteiligung an ihr die Vor- und Nachteile im Verhältnis zu den Organisationsformen des öffentlichen Rechts umfassend abzuwägen und der Gemeindevertretung in einem Bericht vorzulegen sind. Eine ähnliche Beurteilung verlangt auch NGO und KV-MV in § 71 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2. Hier muß weitergehend dargelegt werden, daß die privatrechtliche Organisationsform eine wirtschaftlichere Erfüllung der Aufgabe erwarten läßt als die öffentlich-rechtliche, § 109 Abs. 1 Nr. 1 NGO. Das brandenburgische Kommunalrecht bestimmt in den §§ 100 Abs. 3, 101 Abs. 4 GO Bbg, daß die Gemeinde vor Gründung eines wirtschaftlichen Unternehmens die Vorhaben öffentlich bekanntzumachen und die Angebote privater Unternehmen der Gemeindevertretung vorzulegen hat. Können die Leistungen von privaten Anbietern bei gleichen oder geringeren Kosten erbracht werden, sind sie diesen Anbietern zu übertragen, sofern dies mit dem öffentlichen Interesse vereinbar ist.

Die ordnungsgemäße Vorbereitung einer Ausgliederung durch Vorlage der Entscheidungsgründe ist auch in den Ländern zu verlangen, die diese Pflicht nicht ausdrücklich geregelt haben. Neben den Markterkundungsverfahren sind auch andere Verfahren zur Vorbereitung einer Entscheidung über die Ausgliederung von öffentlichen Aufgaben denkbar, solange die Gemeindevertreter über die möglichen Varianten bei der Konzeption des Unternehmens und über die entstehenden Kosten unterrichtet werden<sup>169</sup>. Ohne den Vergleich privater und kommunaler Unternehmenskonzepte ist eine Privatisierungsentscheidung weder mit den demokratischen Grundsätzen vereinbar noch entspräche sie marktwirtschaftlichen Erwägungen.

### 3.1.2.2.3 Formenfreiheit wirtschaftlicher Unternehmen und nichtwirtschaftlicher Einrichtungen

Mit den neueren Kommunalverfassungen ergab sich in den Ländern eine weitgehende Formenfreiheit, so daß die Kommunen die wirtschaftlichen Unternehmen und auch nichtwirtschaftliche Einrichtungen wahlweise in den zulässigen Organisationsformen des öffentlichen Rechts oder auch des privaten Rechts führen können.

Obwohl nach dem Kommunalrecht aller Flächenländer sowohl wirtschaftliche als auch

---

<sup>166</sup> LT-Drucks. 11/4983, S. 25.

<sup>167</sup> Seeberg, Die Möglichkeiten und Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen nach den Regelungen der neuen Kommunalverfassung Brandenburg vom 15.10.1993, LKV 1995, 353, 356. Desweiteren § 7 Abs. 1 Satz 2 BHO, der zur Prüfung verpflichtet, inwieweit staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende Tätigkeiten durch Ausgliederung und Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden können (1. SKWG vom 21.12.1993, BGBl I, S. 2353.).

<sup>168</sup> Dazu auch: Ehlers, DVBl. 1997, 137, 138; Hill, In welchen Grenzen ist kommunalwirtschaftliche Betätigung Daseinsvorsorge, BB 1997, 425, 429; Schoch, DVBl. 1994, 962, 972.

<sup>169</sup> In diesem Sinne auch: Seeberg, LKV 1995, 353, 356; zur Zulässigkeit der Beratung in den Gemeinden: Herbert, NVwZ 1995, 1056, 1058 ff.

nichtwirtschaftliche Tätigkeiten auf kommunale Gesellschaften übertragen werden können, ist zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Unternehmen bzw. Einrichtungen zu differenzieren, da die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Gründung einer privaten Gesellschaft oder der Beteiligung an ihr unterschiedlich geregelt sind.

Ob kommunale Einrichtungen als wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Unternehmen gelten, bestimmt das kommunale Wirtschaftsrecht<sup>170</sup>. Als wirtschaftliche Betätigung ist der Betrieb von Unternehmen zu verstehen, die als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern oder Dienstleistungen am Markt tätig werden, sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem Privaten mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden könnte<sup>171</sup>. Dabei ist unerheblich, ob das konkrete Unternehmen Gewinne abwirft. Entscheidend ist vielmehr, daß die Tätigkeit typischerweise zum Erzielen von Gewinnen geeignet ist. Die Gemeinde darf sich in der Regel wirtschaftlich betätigen, wenn mit Hilfe der Unternehmen ein öffentlicher Zweck verfolgt wird, und der verfolgte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch andere, insbesondere durch private Unternehmen erfüllt wird oder erfüllt werden kann<sup>172</sup>. Des weiteren muß die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen<sup>173</sup>. Sind die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, darf die selbständige Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch eine private Gesellschaft vorgenommen werden.

Für die Privatisierung nichtwirtschaftlicher Unternehmen oder sonstiger Einrichtungen finden sich in den meisten Flächenländern strengere Anforderungen als für die Privatisierung wirtschaftlicher Unternehmen. In BW und MV ist die kommunale Gesellschaft nur dann zulässig, wenn ein Dritter wesentlich beteiligt werden soll, und wenn die Aufgabe sich dafür eignet, von privaten Unternehmen durchgeführt zu werden. BW, RP, SH, SL, ST und TH lassen die Gesellschaft unter denselben Voraussetzungen zu wie für wirtschaftliche Unternehmen. In Nordrhein-Westfalen ist zusätzliche Voraussetzung für die Gründung oder Beteiligung an einer nichtwirtschaftlichen Einrichtung in einer Rechtsform des privaten Rechts, daß ein wichtiges Interesse der Gemeinde an der Gründung bzw. Beteiligung besteht.

Unabhängig von den in den Gemeindeordnungen getroffenen Regelungen wird in den Ländern die grundsätzliche Formenfreiheit unterschiedlich wahrgenommen. In der seit dem 15.04.1998 geltenden GemO Rheinland-Pfalz<sup>174</sup> ist gemäß den §§ 86a, 86b GemO-RP neben den bisher zulässigen öffentlich-rechtlichen Organisationsformen „Regiebetrieb“ und „Eigenbetrieb“ als neue Rechtsform des öffentlichen Rechts die selbständige Anstalt getreten. Kommunale Gebietskörperschaften werden danach ermächtigt, ihre wirtschaftlichen Unternehmen und nichtwirtschaftlichen Einrichtungen als Anstalt des öffentlichen Rechts zu errichten. Die Anstalt als juristische Person des öffentlichen Rechts gewährt mit einer eigenen Vorstandsverfassung mehr Spielraum als der rechtlich unselbständige Eigenbetrieb, ermöglicht der Kommune aber bessere Steuerungsmöglichkeiten als die privatrechtlichen Organisationsformen.

Auch in Bayern besteht zumindest gesetzlich die Möglichkeit der Übertragung von Aufgaben auf ein selbständiges Kommunalunternehmen<sup>175</sup>. Dabei handelt es sich um eine Anstalt des öffentlichen Landesrechts, wobei der Gesetzgeber nur einen weiten Ordnungsrahmen vorgibt, um so die wirtschaftliche Flexibilität und kommunale Steuerungsmöglichkeiten in Einklang zu bringen<sup>176</sup>. Deutlich wird vor diesem Hintergrund, daß durch die gesetzliche Ausgestaltung der Kommunalunternehmen die

---

<sup>170</sup> Kummer/ Giesberts, NVwZ 1996, 1166, 1167.

<sup>171</sup> BVerwGE 39, 329, 333; Badura, DÖV 1998, 818, 820; Peine, DÖV 1997, 353, 363; Schoch, DÖV 1993, 377, 378.

<sup>172</sup> Hill, BB 1997, 425, 428; von Mutius, Kommunalrecht, 1996, Rn. 516; Waechter, Kommunalrecht, 3. Aufl., 1997, Rn. 604 f.; Gern, Deutsches Kommunalrecht, 2. Aufl., 1997, Rn. 983.

<sup>173</sup> Cronauge, Benötigen die Kommunen ein neues Gemeindefirtschaftsrecht, GH 1997, 265, 267 und 268; Rehn/ Cronauge, Kommentar zur GO NW, 20. Erg. 1997, § 107, S. 13.

<sup>174</sup> Novellierung des Gemeindefirtschaftsrechts in Rheinland-Pfalz durch das Vierte Landesgesetz zur Änderung kommunalrechtlicher Vorschriften vom 02.04.1998. Das Gesetz ist am 15.04.1998 in Kraft getreten.

<sup>175</sup> Diese Möglichkeit wurde durch das Gesetz zur Änderung des kommunalen Wirtschaftsrechts vom 26.07.1995 (GVBl S. 376) im Freistaat Bayern geschaffen. Dazu: Knemeyer beim Deutschen Landkreistagtag am 20./21. März 1997, in: Henneke, DVBl. 1997, 1270, 1271; Mann, Die „Kommunalunternehmen“ – Rechtsformalternative im kommunalen Wirtschaftsrecht, NVwZ 1996, 557 ff.

<sup>176</sup> So „geradezu euphorisch“: Mann, NVwZ 1996, 557, 557.

betreffenden Länder ihrer Neigung zu öffentlich-rechtlichen Organisationsformen nachkommen.

Die Entwicklung bleibt abzuwarten; in Bayern beispielsweise herrscht bis heute die Versorgung in der Rechtsform des Eigenbetriebes vor, obwohl 1992 der Eigenbetriebsvorrang abgeschafft wurde, und auch eine Mehrzahl der Regiebetriebe in GmbHs umgewandelt wurden<sup>177</sup>. Im Bundesvergleich bestehen in Bayern neben überdurchschnittlich vielen Eigenbetrieben allerdings nur eine verhältnismäßig geringe Anzahl von kommunalen Wirtschaftsunternehmen in Privatrechtsform<sup>178</sup>.

Die in den Ländern bestehende Formenfreiheit nach den Gemeindeordnungen führt somit zu unterschiedlichen Umsetzungen in der praktischen Anwendung.

### 3.1.2.2.4 Die Erfüllung des öffentlichen Zwecks

Durch das moderne Gemeindefinanzrecht soll die kommunalpolitische Verantwortung der kommunalen Körperschaften gestärkt werden. So heißt es in der Begründung zur Änderung der Gemeindeordnung von Rheinland-Pfalz, daß der Gesetzgeber nicht die geeignete Rechtsform für kommunale Unternehmen vorgeben sollte. Die geeignete Rechtsform für kommunale Unternehmen sei vielmehr diejenige, die am besten die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben mit dem Ziel möglichst wirtschaftlicher Betriebsführung sicherstellt<sup>179</sup>. Demnach ist die Eignung einer Organisationsform im Hinblick auf den öffentlichen Zweck zu beurteilen.

So ist nach den Gemeindeordnungen der Länder die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen daran geknüpft, daß ein öffentlicher Zweck sie erfordert. Die Pflicht zur Beachtung und Realisierung des öffentlichen Zweckes gilt nicht nur für die Gründung privatrechtlicher Gesellschaften und den Erwerb einer Beteiligung an ihnen, sondern dauerhaft für die Wahrnehmung gemeindlicher Beteiligungsrechte<sup>180</sup>.

#### 3.1.2.2.4.1 Der öffentliche Zweck

Die Verfolgung eines öffentlichen Zwecks ist ebenso wie die Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben dadurch zu gewährleisten, daß die Kommune als Normadressatin in die Lage versetzt wird, ihre Verpflichtungen gegenüber dem Unternehmen durchzusetzen und so den Grundsatz der Einheit der Kommunalverwaltung zu wahren.

Die Voraussetzungen für das Bestehen eines öffentlichen Zweckes liegen in der Kommunalwirtschaft grundsätzlich vor, wenn Gemeinwohlbelange erfüllt werden<sup>181</sup>. Da sich die Kriterien für das Bestehen eines öffentlichen Zwecks mit dem auslegungsbedürftigen Begriff der Gemeinwohlbelange nicht abschließend umschreiben lassen, steht den Kommunen ein weiter, vom Gesetzgeber auch gewollter wirtschaftspolitischer Spielraum zu<sup>182</sup>.

Aber nicht jeder Gemeinwohlbelang rechtfertigt ein Tätigwerden. Bloßes Ertragsstreben kann nicht als öffentliche Zwecksetzung im Sinne der kommunalwirtschaftlichen Vorschriften angesehen werden<sup>183</sup>.

---

<sup>177</sup> Nach Knemeyer wurden schon 1995 40% der kommunalen Krankenhäuser vom Regiebetrieb in GmbHs überführt, in: DVBl 1997, 1270, 1271.

<sup>178</sup> Bremeier/ Ritschel, Rechtsformen städtischer Beteiligungen (Teil 1), Auf eigenen Füßen, Der Gemeinderat 4/1998, 52, 53.

<sup>179</sup> Hill, Verwaltung und Management II, 1998, 81, 85. Stand der Begründung: Ministerratsbeschuß vom 18.11.1997. Das Vierte Landesgesetz zur Änderung kommunalrechtlicher Vorschriften ist am 15.04.1998 in Kraft getreten (GVBl. S. 108).

<sup>180</sup> Badura, DÖV 1998, 818, 822; Bolsenkötter, DB 1993, 445, 449; Bremeier, Kommunale Wirtschaft vor neuen Herausforderungen, DNV 5/1998, 15, 16; Glauben, ZG 1997, 148, 153; Schmid, Vertretung der Gemeinde in der Eigentümerversammlung von Unternehmen, KommunalPraxis (BW) 12/1997, 327, 327.

<sup>181</sup> Bolsenkötter, DB 1993, 445, 449; Ehlers, Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft, DVBl. 1998, 497, 498.

<sup>182</sup> Dazu ausführlicher: Otting, Öffentlicher Zweck, Finanzhoheit und fairer Wettbewerb – Spielräume kommunaler Erwerbswirtschaft - , DVBl. 1997, 1258, 1259; Schmidt-Jortzig, in: Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 5, 50, 58.

<sup>183</sup> BVerwGE 39, 329, 333; Badura, DÖV 1998, 818, 819; Ehlers, DVBl. 1998, 497, 499; Hill, BB 1997, 425, 429.

So sind sich Schrifttum<sup>184</sup> und Rechtsprechung<sup>185</sup> weitgehend darüber einig, daß ein Gemeindeunternehmen durch seine Leistung dem Wohl der Gemeinde dienen muß, ein rein erwerbswirtschaftlich-fiskalisches Unternehmen den Gemeinden somit untersagt ist. Ein öffentlicher Zweck liegt nur vor, wenn die Leistungen eines Unternehmens im Aufgabenbereich der Gemeinde liegen und die Versorgung der Einwohner zum Ziel haben<sup>186</sup>. Der öffentliche Zweck im Sinne der Gemeindeordnungen umfaßt somit jede gemeinwohlorientierte, im öffentlichen Interesse der Einwohner liegende Zielsetzung, insbesondere die Wahrnehmung einer sozial- und einwohnernützigen Aufgabe.

Diese Überlegungen führen dazu, daß zum einen die Erfüllung des öffentlichen Zweckes Voraussetzung für die Privatisierungsüberlegungen ist, sie aber zum anderen auch nach Abschluß des Privatisierungsvorgangs in den privatisierten Unternehmen und Einrichtungen sicherzustellen ist. Dies sollte durch die Verankerung des öffentlichen Zwecks in den Gesellschaftsverträgen verwirklicht werden.

### 3.1.2.2.4.2 Sicherstellung des öffentlichen Zwecks/Interesses

Hauptziel der kommunalen Steuerung ist die Erfüllung eines öffentlichen Zwecks durch das Unternehmen, welches daher diesen ausgerichtet sein muß. So heißt es deshalb in der Begründung des Gesetzesentwurfs zur Änderung der Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz, daß „kommunale Einrichtungen und Unternehmen ihre Rechtfertigung durch die Erfüllung eines öffentlichen Zwecks erfahren“<sup>187</sup>. Dies sei unter Beachtung des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG erforderlich, denn die kommunalpolitisch Verantwortlichen sollten nicht nur die Kernverwaltung und die Eigenbetriebe, sondern auch die kommunalen Unternehmen und Einrichtungen in Privatrechtsform als Teil der Verwaltung entsprechend ihren Vorstellungen von der Erfüllung des öffentlichen Zwecks letztverantwortlich steuern und kontrollieren<sup>188</sup>. Bei der Entscheidung, welche Organisationsform der Aufgabenerledigung am besten zur Erfüllung des öffentlichen Zwecks geeignet ist, hat die kommunale Vertretungskörperschaft diesen zu berücksichtigen und mit wirtschaftlichen Interessen in Einklang zu bringen<sup>189</sup>.

Das nordrhein-westfälische Kommunalrecht regelt in den §§ 107 Abs. 1, 108 Abs. 1 GO NW das Erfordernis einer erhöhten öffentlichen Zwecksetzung für die Gründung oder Beteiligung an Unternehmen und Einrichtungen des privaten Rechts. Gemäß § 108 Abs. 1, § 107 Abs. 1 GO NW ist für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde ein dringender öffentlicher Zweck erforderlich. Eine allgemeine Gemeinwohldienlichkeit der Betätigung genügt danach nicht, vielmehr muß die wirtschaftliche Betätigung zur Erfüllung eines besonderen und vorrangigen Zwecks vernünftigerweise geboten sein<sup>190</sup>.

Für das Vorliegen eines dringenden öffentlichen Zwecks ist daher entscheidend, ob ein ausreichender Bedarf an den zu erwartenden Leistungen schon besteht oder ob ein solcher in absehbarer Zeit zu erwarten ist<sup>191</sup>. Die Norm stellt auf die wirtschaftliche Betätigung schlechthin und nicht auf das Vorhandensein eines Unternehmens ab. Sie erfaßt daher nicht nur die Neuaufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung, sondern auch den bereits vorhandenen Bestand.

Eines dringenden öffentlichen Zwecks bedarf es auch dann, wenn es um den Betrieb von

---

<sup>184</sup> Ehlers, JZ 1990, 1089, 1091, ders. in: DVBl. 1997, 137, 142; Hill, BB 1997, 425, 429; von Mutius, Kommunalrecht, 1996, Rn. 516; Otting, DVBl. 1997, 1258, 1259; Gerke, Jura 1985, 349, 352; Schmidt-Jortzig, in: Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 5, 50, 58.

<sup>185</sup> BVerfGE 61, 82, 107; BVerwGE 39, 329, 333 f.

<sup>186</sup> Cronauge, GH 1997, 265, 267; Kröger/ Hollmann, Rechtliche Zulässigkeit des Betriebes von Friedhöfen durch Unternehmen und Einrichtungen der Kommunen in Rechtsformen des Privatrechts, KommunalPraxis 4/1997, 109, 109; Rehn/ Cronauge, Kommentar Gemeindeordnung Nordrhein Westfalen, 20. Erg. 1997, § 107, S. 12.

<sup>187</sup> Hill, Verwaltung und Management II, 1998, 81, 85.

<sup>188</sup> Ministerratsbeschuß vom 18.11.1997.

<sup>189</sup> In diesem Sinn: Hill, Verwaltung und Management II, 1998, 81, 85; Schmid, KommunalPraxis (BW) 12/1997, 327, 327.

<sup>190</sup> Badura, DÖV 1998, 818, 821.

<sup>191</sup> Rehn/ Cronauge, GO NW, 20. Erg. 1997, § 107, S. 14.

Einrichtungen im Sinne des § 107 Abs. 2 GO NW geht, also um Einrichtungen, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist und um öffentliche Einrichtungen, die für die soziale und kulturelle Betreuung der Einwohner erforderlich sind. Die in § 107 Abs. 2 GO NW aufgeführten Einrichtungen dienen der kommunalen Daseinsvorsorge und insoweit auch einem öffentlichen Zweck<sup>192</sup>. Sie werden als nichtwirtschaftliche Betätigung qualifiziert und unterliegen daher gemäß § 108 Abs. 1 Nr. 2 GO NW weiteren Anforderungen. Neben den Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 muß ein wichtiges Interesse der Gemeinde an der Gründung vorliegen. Der Auslegung dieses Tatbestands kommt eine zentrale Bedeutung für die Zulässigkeit der Wahl der Rechtsform des privaten Rechts für die nichtwirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zu.

Die Voraussetzung des wichtigen Interesses ist nur dann erfüllt, wenn der verfolgte Zweck ohne die Betätigung in der Rechtsform des privaten Rechts nicht oder nur unzureichend erreicht werden könnte<sup>193</sup>. Daher hat sich die Gemeinde mit der Wahl der Rechtsform ausdrücklich auseinanderzusetzen und zugunsten der privaten Gesellschaft begründet zu entscheiden. Als wichtige Interessen kommen insbesondere auch wirtschaftliche Gesichtspunkte in Betracht. Ein wichtiges Interesse dürfte insbesondere dann vorliegen, wenn die Gemeinde die Einrichtung gemischtwirtschaftlich unter Einbeziehung eines Privaten an der Erfüllung der Aufgabenstellung betreiben will<sup>194</sup>.

Dabei hat der Gesetzgeber der Gemeindevertretung einen weiten Entscheidungsspielraum eingeräumt<sup>195</sup>. Was „öffentlicher Zweck“ bzw. „öffentliche Interessen“ (so gemäß § 100 Abs. 3 BbgGO „sofern dies mit öffentlichen Interessen vereinbar ist“) sein sollen, hat das entscheidende Organ nach sachgerechten Kriterien unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse, der finanziellen Möglichkeiten und den Bedürfnissen der Gemeindeglieder festzusetzen<sup>196</sup>. Dabei sind Fälle denkbar, bei denen die Berücksichtigung eines öffentlichen Zwecks oder Interesses die wirtschaftlichen Betrachtungen verdrängt. Ein bekanntes Beispiel hierfür stellt die Diskussion in Gemeinden über eine Privatisierung der Gebäudereinigung in den gemeindlichen Verwaltungsgebäuden dar. Trotz des wirtschaftlich kostengünstigeren Angebots einer privaten Reinigungsfirma kann die Gemeindevertretung es ablehnen, der privaten Reinigungsfirma den Auftrag zu erteilen, weil sich herausgestellt hat, daß diese ihr Personal als Teilzeitkräfte so beschäftigt, daß die Sozialversicherungsgrenzen unterschritten werden.

Insofern können bei der Ausgliederungsentscheidung auch sozialpolitische, wettbewerbspolitische, umweltpolitische oder wirtschaftsfördernde Aspekte eine Rolle spielen.

### 3.1.2.2.4.3 Verankerung des öffentlichen Zwecks in den Gesellschaftsverträgen

Viele Landesgesetze enthalten eine allgemeine Steuerungspflicht mit der Bestimmung, die Unternehmen seien so zu führen, daß der öffentliche Zweck erfüllt wird. Mit Ausnahme von Hessen und Thüringen verlangen dementsprechend die Kommunalgesetze der Länder, daß durch die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung sichergestellt ist, daß der öffentliche Zweck des Unternehmens erfüllt wird.

Gemäß § 109 Abs. 1 Satz 1 GO NW sind die Kommunen dazu verpflichtet, ihre Unternehmen und Einrichtungen so zu führen, zu steuern und zu kontrollieren, daß der öffentliche Zweck nachhaltig erfüllt wird. So muß das Unternehmen oder die Einrichtung im Unternehmensstatut auf den öffentlichen Zweck ausgerichtet und die öffentliche Zwecksetzung des privaten Unternehmens in den Gesellschaftsstatuten verankert werden.

Das Gesellschaftsrecht unterscheidet zwischen Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand. Als Gesellschaftszweck einer GmbH kommt gemäß § 1 GmbHG jeder beliebige Zweck in Betracht, der mit dem Gesetz vereinbar ist. Im wesentlichen wird zwischen erwerbswirtschaftlichen, sonstigen

---

<sup>192</sup> Ehlers, DVBl. 1998, 497, 498; Kröger/ Hollmann, Rechtliche Zulässigkeit des Betriebes von Friedhöfen durch Unternehmen und Einrichtungen der Kommunen in Rechtsformen des Privatrechts, KommunalPraxis 4/1997, 109, 110.

<sup>193</sup> Kröger/ Hollmann, KommunalPraxis 4/1997, 109, 110.

<sup>194</sup> Rehn/ Cronauge, Kommentar GO NW, 20. Erg. 1997, § 108, S. 6 f.

<sup>195</sup> Hill, BB 1997, 425, 429; Gerke, Jura 1985, 349, 352; Seeberg, LKV 1995, 353, 356.

<sup>196</sup> BVerwGE 39, 329, 333.

wirtschaftlichen und ideellen Zwecken unterschieden. Kommunale Gesellschaften werden grundsätzlich der Gruppe sonstige wirtschaftliche Zwecke zugeordnet.

Gesellschaftszweck ist die allgemeine öffentliche Zielsetzung des Unternehmens ohne Rücksicht auf die konkrete Aufgabe. Der Übergang von einer öffentlichen Zweckbestimmung zu einer erwerbswirtschaftlichen stellt daher eine Änderung des Gesellschaftszwecks dar. Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG kennzeichnet der Unternehmensgegenstand dagegen den Bereich und die Art der Betätigung der Gesellschaft. Der kommunalrechtliche Begriff des öffentlichen Zwecks umfaßt den Gesellschaftszweck und den Unternehmensgegenstand. Für den Gesellschaftszweck steht fest, daß es kein primär erwerbswirtschaftlicher Zweck sein darf. Der Unternehmensgegenstand muß vom öffentlichen Zweck getragen sein, er ist sachlich und räumlich so präzise zu fassen, daß Grenzüberschreitungen ausgeschlossen sind und der Kommune die notwendige Steuerung und Kontrolle möglich ist.

### 3.1.2.2.5 Transparenz durch Beteiligungsberichte

Als Gesamtverantwortliche für die Erfüllung der Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft sind die Kommunen verpflichtet, ihre wirtschaftlichen Risiken überschaubar offenzulegen. So hat die Gemeinde zur Information der Volksvertreter und Einwohner gemäß § 112 Abs. 3 GO NW einen Bericht über ihre Beteiligungen an Unternehmen und Einrichtungen der Rechtsform des privaten Rechts zu erstellen und jährlich fortzuschreiben. In den Beteiligungsbericht kann von jedermann Einsicht genommen werden. Er hat insbesondere auch Angaben über die Erfüllung des öffentlichen Zwecks zu enthalten<sup>197</sup>. Aufgabe eines solchen Beteiligungsberichts ist es, Transparenz hinsichtlich der ausgegliederten Aufgabenerfüllung in private Unternehmen zu schaffen. Die Unternehmen erfüllen öffentliche Aufgaben, die die Gemeinde und ihre Bürger betreffen und die auch über kommunale Steuern, Gebühren und Beiträge finanziert werden. Daher gebietet der Grundsatz der Öffentlichkeit, daß die zahlungspflichtigen Gemeindeglieder über die Ausgaben informiert werden<sup>198</sup>.

Auch gemäß § 90 Abs. 2 GO R-P ist mit dem Entwurf der Haushaltssatzung ein Beteiligungsbericht mit den wesentlichen Unternehmensdaten vorzulegen. Dieser soll insbesondere Angaben enthalten über den Stand der Erfüllung des öffentlichen Zwecks durch das Unternehmen sowie darüber, ob für das private Unternehmen noch die Voraussetzungen vorliegen, daß der vom Unternehmen verfolgte Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich von einem privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Entsprechend der verschärften Subsidiaritätsklausel soll die Gemeinde mit dieser Regelung verpflichtet werden, im Hinblick auf ihre schon bestehenden Unternehmen Privatisierungspotentiale zu überprüfen und gegebenenfalls eine entsprechende Aufgabenübertragung zu überdenken<sup>199</sup>.

### 3.1.3 Steuerung durch Kommunalwirtschaft

Eine wichtige Problematik enthält die Frage nach den konkreten Steuerungsmöglichkeiten des kommunalen Wirtschaftsrechts zur Ausformung und Begrenzung der Betätigung der Kommunen und der Zulässigkeit von Ausgliederungen kommunaler Aufgaben. Dabei sind unter internen Einflußmaßnahmen diejenigen Steuerungs- und Kontrolltätigkeiten zu verstehen, die über eine privatrechtliche Beteiligung vermittelt werden, so daß mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts Einfluß auf ihre privatrechtlich organisierten Verwaltungsträger zu nehmen ist<sup>200</sup>. Eine Privatisierung ohne ein Konzept zur Steuerung und Kontrolle der verschiedenen privatisierten Einheiten ist unzulässig<sup>201</sup>. Die Kommunen können sich diesen Verpflichtungen nicht dadurch entziehen, daß sie Aufgaben auf rechtlich oder organisatorisch verselbständigte Unternehmen übertragen, sondern sie müssen ihre Letztverantwortung behalten.

Damit die Unternehmen kontrolliert und zur Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Pflichten angehalten werden können, sind rechtliche Voraussetzungen für eine solche Kontrolle zu schaffen. Die

---

<sup>197</sup> §§ 108 Abs. 2 Nr. 7 und 112 Abs. 3 GO NW.

<sup>198</sup> Schmid, Vertretung der Gemeinde in Lenkungs- und Überwachungsorganen von Beteiligungsunternehmen, KommunalPraxis (BW) 1/1998, 5, 10.

<sup>199</sup> Hill, Verwaltung und Management II, 1998, 81, 86; Oster, DNV 5/1998, 8, 9.

<sup>200</sup> Erbguth/ Stollmann, DÖV 1993, 798, 801; Schmid, KommunalPraxis (BW) 1/1998, 5, 10.

<sup>201</sup> Ehlers, Dirk, Interkommunale Zusammenarbeit in Gesellschaftsform, DVBl. 1997, 137, 139; ders. in: DÖV 1986, 897, 904; Ipsen, DVBl. 1998, 801, 806; Schoch, DVBl. 1994, 962, 972; Schuppert, DÖV 1998, 831, 833; Glauben, ZG 1997, 148, 151; Gruhn, Behörden-Spiegel II, Juni 1998, Seite 3, der ein Fehlen von Steuerungsmechanismen für „problematisch“ hält.

Ausgliederung kommunaler Aufgaben darf nicht ein Ausmaß erreichen, das von Steuerungsmechanismen, die gegenüber einzelnen ausgegliederten Einheiten durchaus ausreichend sein kann, in seiner Gesamtheit aber nicht mehr beherrscht wird. Mit jeder Verlagerung einer kommunalen Aufgabe auf private Unternehmen verliert die Kommune einen Teil ihrer verfassungsrechtlich garantierten Eigenverantwortlichkeit und Allzuständigkeit. So entspricht z. B. die Vorstellung einer Kommune als Holding nicht dem von Art. 28 Abs. 2 GG vorgegebenen Leitbild demokratisch legitimierter kommunaler Selbstverwaltung<sup>202</sup>. Mit dem Umbau der Gemeinde zur Holding fände ein Rückzug aus der demokratischen Verantwortung in Bereichen kommunaler Selbstverwaltung statt und die soziale Daseinsvorsorge im Gemeinwesen würde zur Disposition gestellt.

### 3.1.3.1 Funktionsverlust als Verfassungsverstoß

Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung darf nicht rechtlich oder faktisch ausgehöhlt werden. Art. 28 Abs. 2 GG beinhaltet nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht zur Ausübung der demokratischen Selbstverwaltung.

Die Gemeinde überträgt dem Rat als dem zentralen Willensbildungs- und Entscheidungsorgan alle wesentlichen Funktionen innerhalb der Gemeindeverwaltung. Der Rat bezieht seine demokratische Legitimation unmittelbar aus den Kommunalwahlen. Vor diesem Hintergrund ist zu beachten, daß organisatorische Ausgliederungen stets auch eine Ausgliederung aus dem unmittelbaren Einflußbereich des Rats darstellen. Je nach Ausgliederung entwickeln eigenständige Organisationen ein unterschiedlich starkes Eigenleben. In dem Maße, in dem sich die Gemeinde zur Durchführung von Aufgaben privater Unternehmen bedient, verliert der Gemeinderat an Entscheidungsbefugnissen. Kompetenzen verlagern sich von dem Rat in Organe, deren Handeln der Rat nicht mehr unmittelbar beeinflussen kann. Das bedeutet auch, daß dem Bürger das kommunale Geschehen und die Verantwortlichkeit für das Geschehen nur unzureichend transparent sind.

Die von der Gemeindeordnung geforderte Einflußnahme auf privatrechtliche Organisationsformen findet in der Praxis zumindest nicht immer ausreichend statt. Eine Durchsetzung von Steuerungs- und Kontrollmechanismen der Gemeinde ist wegen der weitgehenden rechtlichen Unabhängigkeit der Gesellschaften nur schwer möglich<sup>203</sup>. Vertreter der Kommune in Organen einer Gesellschaft verstehen sich häufig weniger als Repräsentant ihrer Gemeinde denn als Repräsentant des jeweiligen Unternehmens. Aus diesen Gründen ist es erforderlich, die Pflichten der Gemeinde zur Steuerung und Kontrolle der Unternehmen in Privatrechtsform in der Gemeindeordnung auszugestalten<sup>204</sup>.

### 3.1.3.2 Steuerung in den Gesellschafterorganen

Wie oben dargestellt knüpfen die Länder unterschiedliche Voraussetzungen an die Übertragung der öffentlichen Aufgaben auf private Unternehmen bzw. an die Umwandlung von Eigenbetrieben in eine kommunale Gesellschaft. Unterschiedlich ausgestaltet sind auch die Eingriffs- und Steuerungsmöglichkeiten, die gesetzlich das Selbstverwaltungsverfahren der Kommunen sicherstellen. Auch bei den Eigengesellschaften bedarf es der Festsetzung besonderer Steuerungsmittel in den Gesellschaftsstatuten, um die Durchsetzung der gemeinderechtlich begründeten Einwirkungsmöglichkeiten zu gewährleisten. Entsenderechte sind aber insbesondere dann notwendig, wenn die Kommune Minderheitsgesellschafterin ist, da ihr auf diese Weise Einfluß in den Gremien gesichert werden kann.

Den besonderen kommunalen Bedürfnissen wird in den jeweiligen Gesellschaftsverträgen bzw. Satzungen Rechnung getragen. Entscheidend für die Gewährleistung des gesellschaftsrechtlichen Einflusses der Gemeinde ist die Gesellschaftsform. Sofern die Städte die von ihnen beherrschten Gesellschaften in privatrechtlicher Organisationsform führen, werden im wesentlichen die Rechtsformen der GmbH und der AG gewählt. Daher soll im folgenden die sich aus den Spannungen von Gesellschaftsrecht einerseits und Kommunalrecht andererseits ergebenden Problemfelder bei

---

<sup>202</sup> Ewer, Die Gemeinde (SH), 1997, 191, 194; Krölls, GewArch. 1995, 129, 142; Schoch, DVBl. 1994, 1, 9.

<sup>203</sup> Hill, Verwaltung und Management II, 1998, 81, 86.

<sup>204</sup> Müller, Die Wahl, Abwahl und Ersatzwahl von gemeindlichen Vertretern in Organen privatrechtlicher Gesellschaften nach nordrhein-westfälischem Kommunalrecht, NWVBl. 5/1997, 172, 172; Püttner, Die Einwirkungspflicht – Zur Problematik öffentlicher Einrichtungen in Privatrechtsform, DVBl. 1975, 353, 354 f.

diesen beiden Gesellschaftsformen erörtert werden.

Den verfassungsrechtlichen Anforderungen haben einige Länder in ihren Gemeindeordnungen dadurch Rechnung getragen, daß sie die Gemeinden verpflichten, einen angemessenen Einfluß den Organen des Unternehmens sicherzustellen. Mit der Kommunalreform 1994 wurde in Nordrhein-Westfalen ein Ausbau der kommunalen Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten beabsichtigt. Auch die Gemeindeordnung von Baden Württemberg verpflichtet in § 103 die Gemeinde, einen angemessenen Einfluß, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan des Unternehmens, zu sichern<sup>205</sup>.

### 3.1.3.2.1 Vertretung in den Gesellschafterorganen

Steuerungsmöglichkeiten kommen insbesondere durch die Besetzung von Gesellschaftsorganen in Betracht<sup>206</sup>. Der Gemeinderat kann ausschließlich über die von ihm in die Organe der privaten Handelsgesellschaft entsandten Vertreter Einfluß nehmen. Da diese gewählten Personen die gemeindlichen Interessen in den Gremien vertreten sollen, kommt der Auswahl der gemeindlichen Vertreter eine große Bedeutung zu<sup>207</sup>.

Das Gesellschaftsrecht enthält für die Vertretung der Kommunen in der Haupt- und der Gesellschafterversammlung keine Vorgaben. Die Vertretungsregelungen ergeben sich für die Gemeinden vielmehr aus dem Kommunalrecht<sup>208</sup>. Grundsätzlich ergibt sich aus der Stellung des Bürgermeisters und seiner Gesamtverantwortung für die Gemeinde eine sinnvolle Wahrnehmung der gemeindlichen Interessen. Das Vertretungsrecht steht dem Bürgermeister in der Regel für die Dauer seiner Amtszeit zu. Vergleichbar ist die hessische Regelung: Vertreter ist hier der Gemeindevorstand als sonst auch vertretungsberechtigtes Kollegialorgan. BW, BB, MV, RP, SL, SN und ST lassen zu, daß neben dem Bürgermeister weitere Vertreter gewählt werden. Eine einheitliche Stimmabgabe mehrerer Vertreter schreibt nur RP vor, ebenso ein Verfahren zur Entscheidung über die Stimmabgabe. NI, NW und SH sehen von vornherein eine Wahl bzw. Bestellung besonderer Vertreter in der Versammlung vor, werden mehrere Vertreter bestellt, muß in NI und NW der Bürgermeister dabei sein. Soweit Vertreter bestellt oder gewählt werden, können sie nach den ausdrücklichen Regelungen der Länder BW, NI, NW, RP, SL und ST jederzeit abberufen werden.

Wenn die Gemeinde nach der Satzung der Gesellschaft oder dem Gesellschaftsvertrag weitere Vertreter entsenden darf, entscheidet über deren Person der Gemeinderat. Der Auswahl des Vertreters kommt eine hohe praktische Bedeutung zu. Die Vertreter der Gemeinde in den Gesellschaftsorganen sollten die zur Erfüllung des öffentlichen Zwecks erforderlichen Maßnahmen beurteilen können. Daher ist es sinnvoll, neben dem Bürgermeister weitere Vertreter zu berufen, die qualifiziert sind, Aufgaben in der privaten Gesellschaft sach- und fachgerecht auszuüben. Dabei bietet sich eine Auswahl der Vertreter unter Berücksichtigung ihrer beruflichen Tätigkeit an.

Bedeutung erlangen diese unterschiedlichen Vertretungsregelungen erst hinsichtlich der Entscheidungsbefugnisse, die die Vertreter in der Haupt- oder Gesellschafterversammlung haben. Insofern wird in der Praxis nach Wegen gesucht, die Repräsentation des Gemeinderats in den Gesellschafterversammlungen zu stärken.

Soweit Vertreter auch sonst vertretungsberechtigte Organe der Kommunen sind, können sie in der Versammlung im Rahmen ihrer allgemeinen Kompetenzen selbst Entscheidungen treffen. Überschreiten sie die aus der Sicht der Kommune laufenden Angelegenheiten, muß zunächst die Entscheidung des zuständigen kommunalen Organs eingeholt werden. Dies ist in den meisten Fällen der Gemeinderat. Auch soweit weitere Vertreter bestellt werden, ist die Tagesordnung der Versammlung zunächst in den zuständigen kommunalen Organen zu behandeln und abzustimmen. Je nach Art der privaten Gesellschaft ist auch das Einflußrecht der Gemeinde unterschiedlich stark

---

<sup>205</sup> Entsprechende Regelungen enthalten auch: § 122 I Nr. 3 HessGO; § 69 I Nr. 2 u. 3 KommVerf M-V; § 109 I Nr. 5-7 ndsGO; § 108 I Nr. 6 u. 7 GO NW; § 85 II S. 5 GO RP; § 109 I Nr. 3 saarl.KSVG; § 96 I Nr. 1, 2 GO-S; § 117 I Nr. 2 u. 3 sa-anhGO; § 102 I Nr. 3 s-hGO; die Einwirkungsmöglichkeiten auf Informations- und Prüfungsrecht beschränken: Art. 94a bayGO; § 75 IV ThürKO.

<sup>206</sup> Bolsenkötter, DB 1993, 445, 446; Glauben, ZG 1997, 148, 151; Ipsen, DVBl. 1998, 801, 807; Oster, DNV 5/1998, 8, 10.

<sup>207</sup> Schmid, KommunalPraxis (BW) 1/1998, 5, 6.

<sup>208</sup> Dazu ausführlicher: Erle/ Becker, Der Gemeinderat als Gesellschafterversammlung der GmbH, NZG 1999, 58, 59 ff. Überprüfung der kommunalrechtlichen Aspekte anhand der baden-württembergischen Gemeindeordnung.



ausgeprägt.

### 3.1.3.2.2 Weisungsrechte der Gemeinde

Die Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte einer Gemeinde durch die von ihr entsandten Vertreter soll die Interessen der Gemeinde in das privatisierte Unternehmen tragen. Daher darf nicht die Privatmeinung der Vertreter, sondern das Interesse der Gemeinde Ausdruck in der Willensbildung der Organe der privaten Gesellschaft finden. Dementsprechend sollen durch Weisungsrechte auf Seiten der Gemeindevertretung die demokratisch legitimierte Kontrolle der privatrechtlichen Gesellschaft und ihre Verpflichtung auf das Allgemeinwohl gesichert werden<sup>209</sup>.

Die Beurteilung der möglichen Weisungsrechte, die die Gemeinde gegenüber ihren Vertretern in den Gesellschaftsorganen ausüben kann, richtet sich in erster Linie nach dem bundesrechtlichen Gesellschaftsrecht. In der kommunalen Privatisierungspraxis spielen die Formen der GmbH und der AG eine Rolle, so daß zu vergleichen ist, inwieweit diese der Gemeinde Einfluß durch Weisungsrechte ermöglichen.

#### 3.1.3.2.2.1 Weisungsrechte gegenüber der Aktiengesellschaft

Organe der Aktiengesellschaft sind der Vorstand, der Aufsichtsrat und die Hauptversammlung. Der Vorstand ist gemäß § 76 AktG für jede Aktiengesellschaft zwingendes Organ. Mitglieder des Vorstands einer Aktiengesellschaft bestellt gemäß § 84 Abs. 1 AktG der Aufsichtsrat. Er kann die Bestellung nur aus wichtigem Grund widerrufen. Dem Vorstand steht als geschäftsführendes Organ die uneingeschränkte Vertretungsmacht wie auch die Geschäftsführungsbefugnis zu. Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis sind grundsätzlich nicht beschränkbar, da der Vorstand der AG gemäß § 76 Abs. 1 AktG die AG in eigener Verantwortung leitet. Insofern ist die Stellung des Vorstandes einer AG durch zwingende bundesgesetzliche Vorschriften abgesichert und dadurch der Einflußnahme einzelner Aktionäre entzogen<sup>210</sup>. Er ist daher an keine Weisungen gebunden.

Der Aufsichtsrat einer AG ist ein selbständiges und eigenverantwortliches Kontrollorgan gegenüber dem Vorstand. Die Aufsichtsratsmitglieder werden gemäß den §§ 101, 109 AktG von der Hauptversammlung bestellt. Zu den Aufgaben des Aufsichtsrates gehört es, Mitglieder des Vorstandes zu bestellen und gegebenenfalls abzurufen, sowie die Geschäftsführung zu überwachen.

Umstritten ist, ob die Gemeinde die Möglichkeit hat, ihre Vertreter im Aufsichtsrat an Weisungen zu binden<sup>211</sup>. Ein Weisungsrecht seitens der Gemeinde könnte unter Berücksichtigung der Funktion des Aufsichtsrats als Kontrollorgan für zulässig erachtet werden. Denn wenn der Aufsichtsrat eine private Aktiengesellschaft hinsichtlich der Geschäftsführung zu überwachen hat, dann könnte dies erst recht zu geschehen haben, wenn es sich bei der AG um ein öffentliches Unternehmen handele, dessen Aktionär die öffentliche Hand ist.

Dem widersprechen jedoch die Vorschriften des Gesellschaftsrechts. Die öffentliche Hand unterliegt wie jeder Aktionär den Vorschriften des Aktienrechts<sup>212</sup>. Zwar enthält das Aktiengesetz keine ausdrückliche Regelung über die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit des Weisungsrechts gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern, jedoch erkennt das Gesellschaftsrecht dem Aufsichtsrat eine selbständige Stellung zu als Kontrollorgan im Sinne des § 111 AktG. Als Kontrollorgan kann er aber seine Funktion nur ausüben, wenn er „aktionärsunabhängig“ seine Pflichten ohne Weisungsgebundenheit wahrnimmt<sup>213</sup>. Gesellschaftsrechtlich sind die Vertreter frei in der Ausübung ihrer Mitgliedschaft und verpflichtet, die Interessen der Gesellschaft zu vertreten<sup>214</sup>. Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglieder

---

<sup>209</sup> Gern, Deutsches Kommunalrecht, 1997, Rn. 762; Stober, NJW 1984, 449, 454 f.; Müller, NWVBl. 5/1997, 172, 173.

<sup>210</sup> Schmid, KommunalPraxis (BW) 1/1998, 5, 7.

<sup>211</sup> Schnaudigel, Der Betrieb nichtwirtschaftlicher Unternehmen in der Rechtsform des Privatrechts, Stuttgart 1995, S. 184.

<sup>212</sup> Badura, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Schmidt-Aßmann, Bes. VerwR., Rn. 114.

<sup>213</sup> Schön, Der Einfluß öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften der öffentlichen Hand – Gesellschaftsrechtliche Analyse, ZGR 1996, 429, 449.

<sup>214</sup> BGHZ 31, 258, 278; 36, 296, 306; Decher, Loyalitätskonflikte des Repräsentanten der öffentlichen Hand im Aufsichtsrat, ZIP 1990, 277, 279; Müller, NWVBl. 5/1997, 172, 174.

haben als Angehörige eines Gesellschaftsorgans den Belangen der Gesellschaft den Vorzug vor denen des Entsendenden zu geben. Von der Gemeinde entsandte Aufsichtsratsmitglieder können danach nicht gehindert werden, die Belange der Gesellschaft mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmannes zu wahren<sup>215</sup>.

Anderes könnte für das Innenverhältnis zwischen Gemeinderat und den durch ihn bestellten Vertretern gelten. Die Kommunen als Hauptaktionäre der von ihnen beherrschten Aktiengesellschaften können den Aufsichtsrat mit Personen ihrer Wahl besetzen und dadurch zumindest mittelbar einen Einfluß auf die Zusammensetzung des Vorstands nehmen. Jedoch gilt auch hier, daß der Entsendte als Aufsichtsrats- oder Vorstandsmitglied die Interessen der Gesellschaft vor die Interessen des Entsendungsberechtigten zu stellen hat<sup>216</sup>. Dem entspricht, daß die Schutzregeln des Aktienrechts gerade deshalb entwickelt wurden, weil das Gesellschaftsinteresse mit dem Aktionärsinteresse nicht in jedem Fall übereinstimmt, aber demgegenüber schützenswert erscheint. Das bedeutet, daß Beschlüsse von Aufsichtsräten wirksam sind, auch wenn die Vertreter der Gemeinde gegen eine Weisung ihres Rates verstoßen haben.

Die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft ist formal das oberste Organ, in dem alle Aktionäre als Kapitaleigner vertreten sind. Diese können dort ihre Rechte durch Stimmabgabe ausüben. Jedoch darf die Hauptversammlung weder in die Eigenverantwortlichkeit des Vorstands noch in die Überwachungspflicht des Aufsichtsrats eingreifen und auf diese Weise über Fragen der Geschäftsführung entscheiden (vgl. §§ 76, 93, 111, 116, 119 AktG). Ein Weisungsrecht gegenüber den Vertretern der Gemeinde in der Hauptversammlung – wie es beispielsweise § 55 Abs. 2 GO-NW vorsieht – entfaltet nur im Innenverhältnis zwischen der Gemeindevertretung und den durch sie bestellten Vertretern in der Hauptversammlung Wirkung. Gemäß § 55 Abs. 2 GO-NW steht der Gemeindevertretung ein Weisungsrecht gegenüber ihren Vertretern in der Hauptversammlung zu. Danach haben Vertreter der Stadt bei der Wahrnehmung der gemeindlichen Mitgliedschaftsrechte ausschließlich die Interessen der Gemeinde zu vertreten und sind an die Beschlüsse des Rats und der Ausschüsse gebunden. Dieses kommunalverfassungsrechtlich verankerte Weisungsrecht ist auch gemäß § 119 AktG unproblematisch, da danach gesellschaftsrechtlich weisungsgebundene Vertreter in der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft zulässig sind. Allerdings gilt das Weisungsverhältnis nur im Innenverhältnis zwischen dem Rat und den durch ihn bestellten Vertretern<sup>217</sup>, während die Rechte und Pflichten der Gesellschaftsorgane und ihrer Mitglieder im Außenverhältnis sich ausschließlich nach dem Gesellschaftsrecht richten. Da die Kompetenzen der Hauptversammlung nach dem Aktiengesetz äußerst begrenzt sind, bleibt insofern auch der Einfluß der Gesellschafter auf die Geschäftsführung des Unternehmens gering<sup>218</sup>.

Somit ist die AG in größerem Maße gegenüber der Kommune als Aktionärin verselbständigt, und Einflußmöglichkeiten der Kommune durch das Gesellschaftsrecht sind nur beschränkt möglich. Aus diesem Grund begründet die Gemeindeordnung von Rheinland-Pfalz von 1998 einen Nachrang der AG gegenüber anderen privatwirtschaftlichen Gesellschaftsformen. Gemäß § 87 Abs. 2 GemO-RP darf eine Kommune wirtschaftliche Unternehmen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft nur errichten, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen, wenn der öffentliche Zweck nicht ebenso gut in einer anderen Rechtsform erfüllt werden kann.

Die Abberufung von Mitgliedern einer AG richtet sich ausschließlich nach dem AktG. Gemäß § 103 Abs. 2 Satz 1 AktG kann ein Aufsichtsratsmitglied jederzeit durch den Entsendungsberechtigten abberufen und durch ein anderes ersetzt werden. Die Abberufung ist jedoch nur möglich, wenn für sie eine sachlicher Grund vorliegt. Dies ist aber nicht schon deshalb anzunehmen, weil sich der betreffende Gemeindevertreter nicht an Vorgaben des Gemeinderates gehalten, sondern seine unabhängige Funktion im Gesellschaftsgremium wahrgenommen hat. Die Nichtbeachtung von Weisungsrechten des Gemeinderates ist im Hinblick auf die ausgeprägten Gesellschafterrechte nur zu sanktionieren, wenn zugleich rechtliche Vorschriften verletzt wurden. Nur dann ist ein sachlicher Grund für eine Abberufung gegeben.

---

<sup>215</sup> BGHZ 36, 296, 306.

<sup>216</sup> So auch Schmid, KommunalPraxis (BW) 1/1998, 5, 8.

<sup>217</sup> So auch Müller, NWVBl. 5/1997, 172, 174.

<sup>218</sup> Gern, Deutsches Kommunalrecht, 1997, Rn. 764; Koch, Der rechtliche Status kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform, 1994, S. 153; Schmidt, ZGR 1996, 345, 353.

### 3.1.3.2.2 Weisungsrechte gegenüber der GmbH

Organe einer GmbH sind der Geschäftsführer, der Aufsichtsrat und die Gesellschafterversammlung. Der Geschäftsführer ist ein obligatorisches Organ, dessen Stellung der des Vorstandes einer AG entspricht. Er wird gemäß § 6 Abs. 3 GmbHG entweder im Gesellschaftsvertrag oder durch einfachen Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter gemäß § 46 Nr. 5 GmbHG bestellt. Der Geschäftsführer einer GmbH unterliegt im Rahmen von Gesetz, Satzung und guten Sitten den Weisungen der Gesellschafterversammlung<sup>219</sup>. Die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung erstreckt sich gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG auch auf die laufende Geschäftsführung. Sie ist oberstes Organ der GmbH und wird von der Gesamtheit der Gesellschafter gebildet. Die Gesellschafter haben daher die Möglichkeit, die Rechtsverhältnisse der GmbH und damit die Einflußrechte der Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag zu regeln und dadurch direkten Einfluß auf die Geschäftsführung zu nehmen<sup>220</sup>.

Für eine kommunale Gesellschaft mit mehr als 500 Arbeitnehmern ist nach dem BetrVG ein Aufsichtsrat zu bilden. Dieser besteht aus Arbeitnehmervertretern und sonstigen Mitgliedern. Gegenüber den Arbeitnehmervertretern hat die Gemeinde keine Weisungsbefugnisse<sup>221</sup>. Die sonstigen Mitglieder werden von der Gesellschafterversammlung in den Aufsichtsrat gewählt. Auch diese sind grundsätzlich weisungsfrei. Dies gilt jedenfalls für den obligatorischen Aufsichtsrat, da hier gemäß den §§ 77 BetrVG, 25 Abs. 1 MitbestG eine Verweisung auf das Aktienrecht besteht, und die Aufsichtsratsmitglieder somit nur den Gesellschafterinteressen verpflichtet sind. Jedoch bleibt das einzelne Aufsichtsratsmitglied im Rahmen des unternehmerischen Ermessens gehalten, auch die Interessen der anderen Gesellschafter und damit der öffentlichen Hand zu berücksichtigen<sup>222</sup>.

Das GmbHG ermöglicht weitgehende Eingriffe der Gesellschafter in die Geschäftsführung. Durch eine entsprechende Gestaltung der Gesellschaftsverträge besteht gemäß § 45 GmbHG die Möglichkeit, der Gemeinde als Gesellschafterin erheblichen Einfluß auf die Geschäftsführung zu sichern. Dem entsprechen auch die Regelungen in den Gemeindeordnungen. So ist vielfach vorgesehen, daß die Vertreter der Gemeinde in den Organen eines privaten Unternehmens an die Beschlüsse der Gemeindevertretung gebunden sind bzw. ihnen Weisungen erteilt werden dürfen. Mit Ausnahme von Thüringen verlangen alle Länder, daß die Kommunen einen angemessenen Einfluß im Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Überwachungsorgan haben müssen. § 113 Abs. 1 GO Bbg bestimmt, daß die Vertreter der Gemeinde in den Organen der Gesellschaft an die Beschlüsse des Gemeinderats gebunden sind. Damit werden die Vertreter kommunalverfassungsrechtlich verpflichtet, die Beschlüsse des Rates zu beachten. Gemäß § 87 Abs. 3 GemO-RP darf die Gemeinde wirtschaftliche Unternehmen sowie Einrichtungen in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nur führen oder sich daran beteiligen, wenn durch die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags sichergestellt ist, daß der Gemeinderat den von der Gemeinde bestellten oder auf Vorschlag der Gemeinde gewählten Mitgliedern des Aufsichtsrats Weisungen erteilen kann. Eine Ausgestaltung der Weisungsbefugnisse findet sich auch in der Gemeindeordnung von Nordrhein-Westfalen. Danach erstrecken sich gemäß § 55 Abs. 2 GO-NW die Weisungsbefugnisse der Kommune als Gesellschafterin auf die von ihr in die Gesellschafterversammlung entsandten Vertreter. Darüber hinaus haben die Kommunen darauf hinzuwirken, daß ihnen im Gesellschaftsvertrag das Recht eingeräumt wird, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden. Eine ähnliche Verpflichtung enthält der bayerische Gesetzesentwurf.

Die Vertretungsmacht nach außen ist jedoch nicht einschränkbar. Um dennoch eine Bindung an die gemeindlichen Weisungen zu gewährleisten, können die entsandten Vertreter kommunalrechtlich zur Verantwortung gezogen werden<sup>223</sup>. Die weitreichendste Sanktion wäre die Abberufung des entsandten Vertreters.

Die Weisungen des Rates gelten für alle Vertreter der Gemeinde, unabhängig davon, ob sie dem Weisungsbeschluß zugestimmt haben oder nicht. Dies ergibt sich aus der Funktion der Vertreter im

---

<sup>219</sup> BGHZ 31, 258, 278.

<sup>220</sup> Cronauge, Kommunale Unternehmen, Rn. 375.

<sup>221</sup> Schmid, KommunalPraxis (BW) 1/1998, 5, 8.

<sup>222</sup> Meier/ Wieseler, Ausgewählte Probleme bei kommunal beherrschten Unternehmen in privatrechtlicher Organisationsform, Der Gemeindehaushalt Nr. 8, 1993, 174, 177.

<sup>223</sup> Schmid, Vertretung der Gemeinde in der Eigentümerversammlung von Unternehmen, KommunalPraxis (BW) 12/1997, 327, 330.

Gesellschafterorgan, die in der Vertretung und Teilnahme liegt, nicht aber in einer Repräsentation unterschiedlicher Auffassungen im Gemeinderat<sup>224</sup>. Hier geht es darum, daß in der Gesellschafterversammlung die Rechte des Gesellschafters wahrgenommen werden. Gesellschafterin ist die Gemeinde als juristische Person des öffentlichen Rechts, die nur durch ihren Vertreter handeln kann. Daher betreffen die Weisungen des Rates auch nicht das Gesellschaftsrecht, sondern das Rechtsverhältnis zwischen der Gemeinde und ihrem Vertreter. Nur insoweit liegt eine Weisungsgebundenheit vor<sup>225</sup>, das Gesellschaftsverhältnis unmittelbar wird nicht geregelt.

Auch ein Mitglied des fakultativen Aufsichtsrats gemäß § 52 GmbHG kann jederzeit durch einen Gesellschafterbeschuß abberufen werden<sup>226</sup>. Das Recht zur Abberufung ist jedoch äußerstes Mittel zur Wahrung gemeindlicher Interessen<sup>227</sup>. Der Rat darf nur bei Vorliegen sachlicher Gründe von seinem Abberufungsrecht Gebrauch machen. Sachliche Gründe liegen vor, wenn eine Abberufung im Zusammenhang mit der Ausübung der Mitgliedschaftsrechte im Organ der privaten Gesellschaft erfolgt, also insbesondere, wenn das von der Gemeinde entsandte Mitglied einer Weisung des Rates zuwiderhandelt. Hier wird das Weisungsrecht nicht durch bundesgesetzliche Vorschriften beschränkt, so daß Sanktionen sich auch nicht an Bundesrecht messen lassen müssen.

Es bleibt festzuhalten, daß eine ausreichende gesellschaftsvertragliche Absicherung der Einwirkungspflicht der Kommunen bei einer GmbH weitgehend möglich ist, da sich gemäß § 45 Abs. 1 GmbHG die Rechte der Gesellschafter in erster Linie nach dem Gesellschaftsvertrag richten, durch den sich die Kommune einen bestimmenden Einfluß auf die Geschäftsführung sichern kann. Im Gesellschaftsvertrag sind die Vorgaben der kommunalwirtschaftlichen Bestimmungen in den Gemeindeordnungen zu berücksichtigen, wonach grundsätzlich Einwirkungsmöglichkeiten der Kommune und die Weisungsrechte des Gemeinderates gegenüber den Vertretern in den Gesellschaftsverträgen festgeschrieben werden müssen.

### 3.1.3.2.3 Öffentlichkeit und Nichtöffentlichkeit bei den Sitzungen der Gesellschafterversammlung

Ein abgeschwächte Form der Kontrolle, da ohne Eingriffsmöglichkeiten, bietet die Teilnahme von Gemeindegliedern an den Versammlungen der Gesellschaft. Die Zulässigkeit der Teilnahme richtet sich nach den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften. Auch hier sind die Regelungen für die GmbH und die AG unterschiedlich streng ausgestaltet.

Die Nichtzulässigkeit der Teilnahme Dritter an Sitzungen des Aufsichtsrats einer AG und seiner Ausschüsse ergibt sich aus der Regelung des § 109 AktG. Gemäß § 109 Abs. 1 AktG sollen an den Sitzungen des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse Personen, die weder dem Aufsichtsrat noch dem Vorstand angehören, nicht teilnehmen. Lediglich Sachverständige und Auskunftspersonen können zur Beratung über einzelne Gegenstände hinzugezogen werden. Zudem sind gemäß § 109 Abs. 3 AktG Ausnahmen zulässig, wonach an den Sitzungen von verhinderten Aufsichtsratsmitgliedern schriftlich ermächtigte Personen teilnehmen dürfen. Auch die Hauptversammlung ist als rechtlich interne Veranstaltung der Öffentlichkeit grundsätzlich nicht zugänglich. Jedoch kann auch hier Dritten die Teilnahme ausnahmsweise gestattet werden.

Für den obligatorischen Aufsichtsrat der GmbH findet gemäß § 77 Abs. 1 BetrVG 1952 und § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG 1976 die Vorschrift des § 109 AktG entsprechende Anwendung. Der Satzungsgeber kann daher nicht bestimmen, daß Aufsichtsratssitzungen öffentlich durchzuführen sind. Dies gilt auch für den fakultativen Aufsichtsrat<sup>228</sup>.

Die Gesellschafterversammlung der GmbH ist ebenfalls grundsätzlich nicht öffentlich. Gemäß § 47 GmbHG hat jeder Gesellschafter ein Recht auf Teilnahme an der Gesellschafterversammlung, selbst wenn er kein Stimmrecht hat. Die Teilnahme über die Zulassung Dritter ist abhängig von der

---

<sup>224</sup> Decker, in: Held/ Becker/ Kirchhof/ Krämer/ Wansleben (Hrsg.), Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, 1995, § 113 Rn. 8; Rehn/ Cronauge, Kommentar GO NW, 20. Erg. 1997, § 113 III 3.

<sup>225</sup> So auch Müller, NWVBl. 5/1997, 172, 174; Weiblen, Die Weisungsgebundenheit der Gemeindevertreter in den Organen privatrechtlich geführter Unternehmen, GHJ 1987, 169, 170.

<sup>226</sup> Koppensteiner, in: Rowedder/ Koppensteiner (Hrsg.), GmbHG, 2. Aufl., § 52 Rn. 9.

<sup>227</sup> OVG NW, Beschluß vom 12.02.1990, in: NVwZ 1990, 791, 792.

<sup>228</sup> Meier / Wieseler, GHJ 1993, Nr. 8, S. 174, 175; Zöllner, in: Baumbach/ Hueck (Hrsg.), GmbHG, § 52 Rn. 51.

Zustimmung der Gesellschafterversammlung.

Bei der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft handelt es sich um eine rechtlich interne Veranstaltung, so daß die Öffentlichkeit ausgeschlossen ist<sup>229</sup>. Nicht Teilhabeberechtigten kann die Teilnahme durch die Versammlung gestattet werden. Insofern ist sowohl zu der Hauptversammlung der AG als auch zu der Gesellschafterversammlung der GmbH eine Ausnahme von dem Grundsatz der Nichtöffentlichkeit möglich, wenn die Gesellschafter der Öffentlichkeit zustimmen. Jedoch ist dabei zu beachten, daß die Gesellschafterversammlung der GmbH wesentlich weitreichendere Kompetenzen besitzt als die Hauptversammlung einer AG.

### 3.1.4 Ergebnis: Die GmbH als geeignete Rechtsform

Es existieren für die Privatisierungsprojekte auf kommunaler Ebene keine einheitlichen Regelungen im Rahmen eines einheitlichen kommunalen Wirtschaftsrechts. Vielmehr wird das Ziel eines einheitlichen Wirtschaftskommunalrechts erschwert durch die unterschiedliche Privatisierungspraxis in den einzelnen Kommunen<sup>230</sup>.

Insbesondere in Bayern hat sich die Versorgung durch die Eigenbetriebe als vorherrschende Rechtsform erhalten. Dagegen existieren in Nordrhein-Westfalen kaum noch großstädtische Eigenbetriebe. Eine einheitliche Rechtsform für die Wahrnehmung der kommunalen Aufgaben ist insbesondere aufgrund der bereichsspezifischen Aufgabenstellungen kaum möglich<sup>231</sup>. Insofern ist für jedes Privatisierungsvorhaben die geeignete Rechtsform zu finden. Dabei ist die Gewährleistung des kommunalen Einflusses vorrangiges Kriterium für die Auswahl. Die AG erscheint im Ergebnis als Instrument zur Wahrnehmung kommunaler Aufgaben nicht tauglich, da die Kontroll- und Eingriffsmöglichkeiten der Kommunen zu eingeschränkt sind. Den Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern kommt kraft Bundesrechts eine zu hohe Eigenverantwortlichkeit zu (§ 76 Abs. 1 AktG)<sup>232</sup>, so daß Weisungen an den Vorstand und den Aufsichtsrat der AG unzulässig sind bzw. ein Zuwiderhandeln nicht sanktioniert werden darf. Der Einfluß der Gemeinde ist hier auf die Hauptversammlung beschränkt, die aber keine wesentlichen Entscheidungsbefugnisse innehat, insbesondere gemäß § 119 Abs. 2 AktG über Fragen der Geschäftsführung nur dann entscheiden darf, wenn der Vorstand dies verlangt.

Im Hinblick auf ihre Einflußmöglichkeiten und Weisungsrechte ist für die Kommunen daher die Rechtsform der GmbH von Interesse. Zunächst herrscht Satzungsfreiheit, so daß über den Unternehmensgegenstand hinaus Geschäftsführungsmodalitäten auch ohne eine gesetzliche Erlaubnis in der Satzung geregelt werden können. Durch eine entsprechende Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages kann die Gemeinde weiterhin wesentlichen Einfluß auf die Geschäftsführung nehmen. Insbesondere stehen die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen einer Weisungsbefugnis der Gemeinde und Weisungsgebundenheit der Geschäftsführung und der kommunalen Vertreter in den Organen der GmbH nicht entgegen. Eine Ausnahme gilt lediglich für den sogenannten obligatorischen Aufsichtsrat, für den ein Weisungsrecht wegen der gemäß den §§ 77 BetrVG, 25 Abs. 1 MitbestG zwingend vorgeschriebenen Anwendung des Aktienrechts unzulässig ist. Schließlich existiert im GmbH-Recht kein Gesellschaftsinteresse, welches die Geschäftsführer der GmbH gegen ein möglicherweise widersprechendes Gesellschafterinteresse verteidigen müßten.

Fraglich sind diese Steuerungsmodelle jedoch im Hinblick auf das eigentliche Ziel der Gründung und Beteiligung an einer privatrechtlichen Gesellschaft, der Privatisierung. Inhaltlich ist das Weisungsrecht des Gemeinderates nicht begrenzt, so daß durch eine Bindung der Gemeinde an enge Grenzen des kommunalen Verfassungsrechts freiere Handlungsmöglichkeiten eines privatrechtlich geführten wirtschaftlichen Unternehmens eingeschränkt werden. Das Weisungsrecht des Gemeinderates stellt sich damit als eine Schranke der freien wirtschaftlichen Betätigung dar und sollte daher auf wesentliche Grundsatzfragen beschränkt bleiben<sup>233</sup>. Zuviel Kontrolle und Reglementierung seitens der

---

<sup>229</sup> Schmid, KommunalPraxis (BW) 12/1997, 327, 328.

<sup>230</sup> Henneke, DVBl. 1997, 1270, 1274.

<sup>231</sup> So auch Schützenmeister, Rechtsformen und Rechtsstellungen von kommunalen Unternehmen in der Gemeindeordnung, LKV 1991, 213, 215.

<sup>232</sup> Ehlers, DVBl. 1997, 137, 139; Glauben, ZG 1997, 148, 151.

<sup>233</sup> Engellandt, Die Einflußnahme der Kommunen auf ihre Kapitalgesellschaften über das Anteilseignerorgan, Dissertation Kiel 1994, S. 99.

Gemeinde führen Privatisierungsbemühungen letztendlich in eine Sackgasse. Vielmehr erscheint es sinnvoll, Einfluß durch die Auswahl eines sachverständigen Vertreters der Gemeinde zur Entsendung in die Gesellschaftsorgane zu nehmen, der mit seiner Sachkenntnis die Interessen der Gemeinde vertritt.

### 3.2 Beamtenüberleitung an privatisierte kommunale Einrichtungen

Die Beamten stellen auf Kommunalebene mit ca. 10 % der Beschäftigten nur eine Minderheit des Personals des öffentlichen Dienstes dar. Durch die Privatisierung öffentlicher Unternehmen gehen die bisherigen Dienstposten der bei den ehemals öffentlichen Unternehmen beschäftigten Beamten verloren. Eine Entlassung aus dem Beamtenverhältnis auf Antrag des Betroffenen und die anschließende Begründung eines privaten Arbeitsverhältnisses, sowie die Gewährung von Sonderurlaub auf Antrag und die darauf folgende Begründung eines privaten Arbeitsverhältnisses als Möglichkeit der „Personalüberleitung“ scheitert in der Praxis oftmals an der Zustimmung des Beamten, da die wenigsten Beamten aus dem bestehenden Beamtenverhältnis freiwillig ausscheiden<sup>234</sup>. Insofern verbleiben als Modelle der Personalüberleitung die Dienstleistungsüberlassung und die Zuweisung zur Dienstleistung an den privaten Rechtsträger im Wege der gesetzlichen Normierung.

Für die Privatisierungsvorhaben auf kommunaler Ebene fehlte es bis zu der Geltung des § 123a Abs. 2 BRRG an spezialgesetzlichen Vorgaben, die Beamten, die in den bisherigen Eigenbetrieben beschäftigt waren, ohne ihre Zustimmung den neu gegründeten Gesellschaften des Privatrechts zuzuweisen. Ihre künftige Weiterbeschäftigung in den privatisierten Unternehmen richtet sich daher ausschließlich nach den allgemeinen beamtenrechtlichen Regelungen. Diese sind auch dann maßgeblich, wenn Überleitungsverträge geschlossen werden, mit deren Hilfe die bereits bei den kommunalen Einrichtungen beschäftigten Beamten bei den privaten Gesellschaften weiterbeschäftigt werden. Es bestehen auch andere rechtliche Konstruktionen, nach denen die Beamten für die Tätigkeit bei der privatrechtlich organisierten Einrichtung beurlaubt wurden. In diesen Fällen ist jedoch immer die Zustimmung der betroffenen Beamten erforderlich. Durch den im Rahmen der Dienstrechtsreform eingeführten § 123a Abs. 2 BRRG könnte sich die Möglichkeit eines flexibleren Personaleinsatzes ergeben.

#### 3.2.1 Weiterbeschäftigung der Beamten außerhalb des § 123a Abs. 2 BRRG

##### 3.2.1.1 Abordnung, Versetzung, Umsetzung

Veränderungen im Amt eines Beamten werden mit den Rechtsinstituten der Versetzung, der Abordnung und der Umsetzung erfaßt. Die Regelungen über die Abordnung und die Versetzung von Beamten sind als Personalsteuerungsmaßnahmen in mehrfacher Hinsicht verändert worden, um den Personaleinsatz zu verbessern<sup>235</sup>.

Unter Versetzung ist die dauerhafte Übertragung eines anderen Amtes im abstrakt-funktionalen Sinn bei einer anderen Behörde unter Fortdauer des Beamtenverhältnisses bei demselben Dienstherrn oder unter Fortsetzung des Beamtenverhältnisses bei einem anderen Dienstherrn zu verstehen<sup>236</sup>. Die Versetzung ist für die Bundesbeamten in § 26 BBG, das entsprechende Rahmenrecht für die Landesbeamtengesetze in § 18 BRRG geregelt. Nach der Neuregelung durch das Dienstrechtsreformgesetz 1997 existieren drei Tatbestände der Versetzung: Der Beamte hat die Versetzung selbst beantragt oder einer vom Dienstherrn vorgeschlagenen Versetzung zugestimmt, oder die Versetzung erfolgt ohne Antrag und ohne Zustimmung des Beamten. Hierfür ist Voraussetzung das Bestehen eines dienstlichen Bedürfnisses für die Versetzung.

Jedoch gelten Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 des § 18 BRRG nur für Versetzungen im Bereich desselben Dienstherrn. Eine Versetzung in den Bereich eines anderen Dienstherrn ist allein nach § 18 Abs. 2 Satz 1 BRRG möglich. Nach der alten Fassung des § 18 Abs. 2 BRRG war eine solche Versetzung lediglich mit der Zustimmung des zu versetzenden Beamten gestattet. Jedoch können private Unternehmen keine Dienstherrn im Sinne dieser Vorschrift sein, so daß danach eine

---

<sup>234</sup> Schaub, PersV 1998, 100, 102.

<sup>235</sup> Zur dienstherrnenübergreifenden Versetzung insbesondere: Günther, Anmerkungen zur Versetzung mit oktroyiertem Dienstherrnenwechsel, ZBR 1996, 299, 301.

<sup>236</sup> BVerwGE 69, 303, 307; 60, 144, 147; Günther, ZBR 1978, 73, 76; Leisner, Versetzung und Abordnung im Beamtenrecht, ZBR 1989, 193, 194.

Versetzung der Beamten an privatisierte Einrichtungen nicht möglich ist.

Die Abordnung ist für die Bundesbeamten in § 27 BBG und rahmenrechtlich in § 17 BRRG geregelt. Bei der Abordnung wird dem Beamten vorübergehend ein anderes Amt im konkret-funktionalen Sinn bei einer anderen Behörde desselben oder eines anderen Dienstherrn übertragen. Anders als bei der Versetzung bleibt sein Amt im abstrakt-funktionalen Sinn erhalten, also der der Rechtsstellung des betroffenen Beamten entsprechende abstrakte Aufgabenkreis bei einer bestimmten Dienststelle<sup>237</sup>. Entscheidend für eine Abordnung ist die bei Erlass der Maßnahme offengehaltene Rückkehrproption<sup>238</sup>. Eine Abordnung liegt danach nur vor, wenn in der Zeit der Tätigkeit bei einer anderen Behörde eine Rückkehrmöglichkeit besteht, wobei unerheblich ist, ob eine Rückkehr tatsächlich erfolgt. Die ergibt sich aus dem Merkmal der vorübergehenden Übertragung eines anderen Amtes. Schon danach erscheint eine Abordnung ungeeignet für die Übertragung einer Tätigkeit in einem privatisierten Unternehmen, denn in der Regel wird der alte Dienstposten mit der Privatisierung der Dienststelle wegfallen. Wie schon nach § 17 Abs. 1 Satz 2 BRRG der alten Fassung bedarf auch die Abordnung nach § 17 Abs. 3 Satz 1 BRRG zu einem anderen Dienstherrn grundsätzlich der Zustimmung des Beamten. Rahmenrechtlich besteht aufgrund des § 17 Abs. 3 BRRG die Möglichkeit, eine dienstherrenübergreifende Abordnung bis zu einer Dauer von fünf Jahren ohne die Zustimmung des Beamten einzuführen. Ohne die Zustimmung des Beamten ist die Abordnung zu einem anderen Dienstherrn danach nur zulässig, wenn der Landesgesetzgeber von der Ermächtigung des § 17 Abs. 3 Satz 2 BRRG Gebrauch gemacht hat. Voraussetzung ist allerdings zudem, daß die neue Tätigkeit einem Amt mit demselben Endgrundgehalt sowie einer gleichwertigen oder anderen Laufbahn entspricht.

Auch nach dem Inkrafttreten des Dienstrechtsreformgesetzes ist jedoch die Abordnung ebenso wie die Versetzung nur zu einer anderen Dienststelle eines öffentlichen Dienstherrn möglich, nicht aber zu Einrichtungen oder Unternehmen des Privatrechts oder zu sonstigen privaten Arbeitgebern<sup>239</sup>. Denn sowohl die Abordnung als auch die Versetzung können lediglich im Geltungsbereich des § 121 BRRG zu öffentlichen Dienstherrn erfolgen.

Auch die Umsetzung läßt das Amt im abstrakt-funktionalen Sinn unberührt. Dem Beamten wird lediglich ein anderer Dienstposten innerhalb derselben Behörde zugeordnet<sup>240</sup>.

### 3.2.1.2 Vertragliche Beamtenüberleitung

Mangels Dienstfähigkeit der privatrechtlich organisierten Einrichtungen ist es nicht möglich, den Beamten an eine private Gesellschaft zu versetzen. In der Vergangenheit wurden daher unter extensiver Auslegung der Beamtenurlaubsverordnung die Beamten für die Zeit der Tätigkeit bei der privatrechtlich organisierten Einrichtung beurlaubt<sup>241</sup>. Die Zulässigkeit der Beurlaubung mit dem Ziel, daß die Beamten ihre Tätigkeit bei einer privaten Gesellschaft ausüben, richtet sich nach der jeweiligen Sonderurlaubsverordnung des Landes bzw. des Bundes. Des weiteren setzt eine Beurlaubung den Antrag und damit die Zustimmung des Beamten voraus. Es gilt das Gebot der Freiwilligkeit ohne Ausnahmen, so daß die Möglichkeit einer Beurlaubung gegen den Willen des Beamten nicht besteht. Für die Beurlaubung muß zudem ein wichtiger Grund bestehen, dienstliche Gründe dürfen dieser nicht entgegenstehen.

Durch einen Personalüberleitungsvertrag werden die bereits bei den kommunalen Einrichtungen beschäftigten Mitarbeiter auf die Gesellschaft übergeleitet. Die Gesellschaft tritt in sämtliche bestehende Dienst-, Arbeits- und Ausbildungsverträge der Betroffenen ein<sup>242</sup>. Der Vertrag kann

---

<sup>237</sup> BVerwGE 69, 303, 307; Günther, ZBR 1978, 73, 81; Müssig, Rechtsprobleme der beamtenrechtlichen Abordnung, ZBR 1990, 109, 110.

<sup>238</sup> Müssig, ZBR 1990, 109, 117; Kathke, in: Schütz (Hrsg.), Beamtenrecht des Bundes und der Länder, Gesamtausgabe A und B, Kommentar, 152. Lfg. 1998, § 29 Rn. 47; Ziekow, Veränderungen des Amtes im funktionellen Sinn, DÖD 1999, 7, 19.

<sup>239</sup> Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf des Dienstrechtsreformgesetzes der Bundesregierung, BT-Drucks. 13/3994, S. 61; Bolck, ZTR 1994, 14, 14; Blanke, in: Blanke / Trümner (Hrsg.), Handbuch Privatisierung, 1998, Rn. 961; Plog/Wiedow/ Beck/ Lemhöfer (Hrsg.), Kommentar zum Bundesbeamtengesetz, § 27 Rn. 3.

<sup>240</sup> BVerwGE 69, 303, 307; 60, 144, 146 f.

<sup>241</sup> So auch Fahrwinkel-Istel, Zur Auswirkung der Dienstrechtsreform für die Kommunen in Nordrhein-Westfalen, KommunalPraxis (N) 1997, 291, 293.

<sup>242</sup> Kummer/ Giesberts, NVwZ 1996, 1166, 1172:

regeln, daß auch für die Beamten Überleitungsverträge geschaffen werden und diese in den privaten Gesellschaften unter den gleichen Bedingungen wie zuvor bei der Gemeinde weiterbeschäftigt werden. In den Überleitungsverträgen für die Angestellten finden sich daher auch Regelungen für die Überleitung der Beamten<sup>243</sup>.

### 3.2.1.3 Zuweisung gemäß § 123a Abs. 1 BRRG

Im Zusammenhang mit den Rechtsinstituten zur Regelung eines Amtswechsels ist auch die Personalmaßnahme der Zuweisung eines Beamten gemäß § 123a BRRG zu sehen. § 123a BRRG wurde am 01.01.1990 durch Gesetz vom 28.05.1990 eingeführt<sup>244</sup>. Absatz 2 des Gesetzes wurde durch das Dienstrechtsreformgesetz eingeführt, der bisherige Absatz 2 wurde zu Absatz 3.

§ 123a Abs. 1 BRRG<sup>245</sup> regelt die Zuweisung des Beamten zu einer seinem Amt entsprechenden Tätigkeit bei einer anderen öffentlichen Einrichtung außerhalb des Anwendungsbereichs des BRRG. Zuvor stellte das Beamtenrecht nur die Instrumente der Versetzung und der Abordnung zur Verfügung, die auf die Verwendung bei Dienstherrn in der Bundesrepublik Deutschland begrenzt sind. Tätigkeiten ohne organisatorische Zuordnung zu einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, die eine Dienstherrnfähigkeit im Sinne des § 121 BRRG besitzt, können mit Hilfe der Versetzung oder Abordnung nicht zugewiesen werden.

Die beamtenrechtliche Zuweisung verbindet Elemente der Beurlaubung und der Abordnung<sup>246</sup>. Der Abordnung entspricht die vorübergehende Übertragung einer dem statusrechtlichen Amt des Beamten entsprechenden Tätigkeit bei dauernder Zugehörigkeit zur Stammdienststelle<sup>247</sup>. Mit der wachsenden internationalen Zusammenarbeit und dem zunehmenden Einfluß von Entwicklungen im internationalen Bereich auf innerstaatliche Gegebenheiten ist auch ein Einsatz von Beamten bei internationalen oder supranationalen Organisationen erforderlich geworden. Dem wird durch § 123a Abs. 1 Satz 1 BRRG mit der Möglichkeit der Zuweisung außerhalb des Geltungsbereichs des BRRG Rechnung getragen. Durch die Ausbringung in Kapitel II des BRRG erhält § 123a BRRG unmittelbare Rechtswirkung für den Bund und die Länder.

#### 3.2.1.3.1 Voraussetzungen des § 123a Abs. 1 BRRG

Voraussetzungen der Zuweisung gemäß dem Grundtatbestand des § 123a Abs. 1 Satz 1 BRRG sind im Regelfall ein dienstliches oder sonstiges öffentliches Interesse an der Zuweisung und die Zustimmung des Beamten.

Die Entscheidung des Dienstherrn, ob ein öffentliches Interesse an der Zuweisung des Beamten vorliegt, liegt nicht im Ermessen des Dienstherrn. Jedoch steht bei den Überlegungen, die das dienstliche Interesse prägen, dem Dienstherrn ein Beurteilungsspielraum für verwaltungspolitische und sonstige wertende Einschätzungen zu. Inhaltlich entspricht das dienstliche Interesse im wesentlichen den dienstlichen Bedürfnissen im Rahmen von Versetzung und Abordnung<sup>248</sup> und liegt dann vor, wenn die Zuweisung zur Sicherung oder Steigerung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung erforderlich ist. Das dienstliche Interesse umfaßt somit die personellen Notwendigkeiten, die aus dem Organisationszweck der öffentlichen Verwaltung folgen.

Öffentliche Interessen sind Belange des Staates und seiner Institutionen. Unter den öffentlichen Interessen im Sinne von § 123a Abs. 1 Satz 1 BRRG sind alle Belange des Staates und seiner Untergliederungen zu verstehen, die durch die Tätigkeit des Beamten bei der entsprechenden Einrichtung gefördert werden können, ohne daß diese Förderung abhängig von einem konkreten Dienst- oder Personenbezug ist. So kann sich danach das öffentliche Interesse aus dem Bedürfnis

---

<sup>243</sup> Dazu Beispiele in: Blanke/ Sterzel, Privatisierungsrecht für Beamte, 1999, Teil 2, ab Seite 187.

<sup>244</sup> BGBl I S. 967.

<sup>245</sup> „Dem Beamten kann im dienstlichen oder öffentlichen Interesse mit seiner Zustimmung vorübergehend eine seinem Amt entsprechende Tätigkeit bei einer öffentlichen Einrichtung außerhalb des Anwendungsbereichs dieses Gesetzes zugewiesen werden. Die Zuweisung einer Tätigkeit bei einer anderen Einrichtung ist zulässig, wenn dringende öffentliche Interessen dies erfordern; die Entscheidung trifft die oberste Dienstbehörde“.

<sup>246</sup> Hofmann, ZTR 1996, 493, 494; Ziekow, DÖD 1999, 7, 22.

<sup>247</sup> Batts, BBG, 1997, § 27 Rn. 5.

<sup>248</sup> So auch Ziekow, DÖD 1999, 7, 23.



nach einer Kooperation mit der jeweiligen Institution ergeben. Das dienstliche und auch das öffentliche Interesse fehlen, wenn die Zuweisung nicht erforderlich ist, um den mit ihr verfolgten Zweck zu erreichen, dieser also auch unter Zuhilfenahme eines mildereren Mittels als der Zuweisung gesichert werden kann.

Wie die Abordnung kommt auch die Zuweisung gemäß § 123a Abs. 1 Satz 1 BRRG grundsätzlich nur an eine öffentliche Einrichtung in Betracht. Der Begriff der öffentlichen Einrichtung ist nicht identisch mit den entsprechenden Begriffen der innerstaatlichen Rechtsordnung, sondern ist wegen der unterschiedlichen Rechtsstrukturen im Ausland umfassend zu verstehen. Ausgeschlossen sollen daher Einrichtungen sein, die ausschließlich dem privaten Sektor zuzuordnen sind. Öffentliche Einrichtungen können auch auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland bestehen, wenn es sich um inter- oder supranationale Einrichtungen mit Sitz in Deutschland handelt<sup>249</sup>.

Die dem Beamten zugewiesene Tätigkeit muß weiterhin seinem Amt entsprechen. Insoweit ist der Beamte wie auch bei der Abordnung grundsätzlich vor der Übertragung unterwertiger Tätigkeiten zu schützen. Da der zugewiesene Beamte kein Amt im konkret-funktionellen Sinn ausübt, ist Maßstab für eine amtsgemäße Beschäftigung das Amt im statusrechtlichen Sinn. Abzustellen ist deshalb darauf, daß die zugewiesene Aufgabe einen Tätigkeitsbereich umfaßt, der für das Amt im statusrechtlichen Sinn kennzeichnend ist.

Der Grundtatbestand des § 123a Abs. 1 Satz 1 BRRG wird durch Satz 2 der Vorschrift um die Zuweisung einer Tätigkeit bei einer „anderen Einrichtung“ erweitert. So erlaubt § 123a Abs. 1 Satz 2 BRRG im Falle eines bestehenden dringenden öffentlichen Interesses auch die Zuweisung einer Tätigkeit bei einer „anderen Einrichtung“. Diese erweiterte Möglichkeit der Zuweisung ist wie die Zuweisung gemäß Satz 1 der Vorschrift an die Voraussetzung gebunden, daß die Einrichtung außerhalb des Geltungsbereiches des BRRG liegt.

Teilweise wird in der Literatur vertreten, daß der Begriff der „anderen Einrichtung“ in Abgrenzung zu der öffentlichen Einrichtung im Sinne des § 123a Abs. 1 Satz 1 BRRG so weit auszulegen ist, daß eine Zuweisung an alle nicht öffentlichen Einrichtungen im In- und Ausland möglich ist. Danach wäre gemäß § 123a Abs. 1 Satz 2 BRRG auch eine Zuweisung zu einer privaten Einrichtung im Inland möglich<sup>250</sup>.

Der Wortlaut des § 123a Abs. 1 Satz 2 BRRG läßt eine derart weite Auslegung zu<sup>251</sup>. Gegen eine derart weite Interpretation des Tatbestandsmerkmals „außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes“ im Sinn von „außerhalb des öffentlichen Dienstes“ könnte jedoch der Zweck der Norm sprechen. Gesetzeszweck war zunächst in erster Linie die Ermöglichung des Einsatzes von Beamten im Ausland<sup>252</sup>, nicht aber explizit eine Zuweisung an private Unternehmen im Inland. Danach könnte eine Zuweisung zu Unternehmen in privatrechtlicher Rechtsform im Inland von dieser Vorschrift gerade nicht umfaßt und auch nicht erwünscht sein<sup>253</sup>.

Vergleicht man jedoch die Vorschrift des § 123a Abs. 1 Satz 2 BRRG mit dem neu geschaffenen § 123a Abs. 2 BRRG, ermöglicht § 123a Abs. 2 BRRG die Zuweisung an eine private Einrichtung ausnahmsweise auch ohne Zustimmung des Beamten. Dabei sind an diese Zuweisung ohne die Zustimmung des Beamten strenge Voraussetzungen geknüpft, auf die noch näher einzugehen sein wird. Jedenfalls wären diese strengen Voraussetzungen dann unverhältnismäßig, wenn die Vorschrift auch den Fall der Zuweisung mit der Zustimmung des Beamten regelte. Denn es ist nicht erforderlich, den Beamten, der mit seiner Zustimmung einem privaten Unternehmen zugewiesen wird, gleichermaßen zu schützen wie den Beamten, der dieser Maßnahme gegen seinen Willen unterworfen wird.

Kann deshalb § 123a Abs. 2 BRRG nicht für den Fall der mit der Zustimmung des Beamten erfolgenden Zuweisung gelten, und berücksichtigt man, daß eine solche aufgrund des Schlusses „a

---

<sup>249</sup> Battis, BBG, § 27 Rn. 5.

<sup>250</sup> Kotulla, ZBR 1995, 168, 169; ders. in: ZBR 1995, 359, 365; Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis, 1998, Rn. 135.

<sup>251</sup> Battis, BBG, § 27 Rn. 5; Kotulla, ZBR 1995, 168, 169.

<sup>252</sup> BR-Drucks. 223/90, S. 59; Bericht des Innenausschusses, BT-Drucks. 11/6835 S. 56; Bolck, ZTR 1994, 14, 15.

<sup>253</sup> So im Ergebnis auch: Benz, Diss., S. 53; Blanke, in: Blanke/Trümner (Hrsg.), Handbuch Privatisierung, 1998, Rn. 941 und 942; Bolck, ZTR 1994, 14, 15.

maiore ad minus“ aber erst recht zulässig sein muß, so folgt daraus die Einschlägigkeit des § 123a Abs. 1 Satz 2 BRRG als Rechtsgrundlage für die Zuweisung des Beamten an eine private Einrichtung mit dessen Zustimmung<sup>254</sup>.

Da es gerade in diesem Fall der Zustimmung des Beamten bedarf, ist unter der weiteren Voraussetzung, daß ein dringendes öffentliches Interesse dies erfordert, die Zuweisung sowohl zu einer privaten Einrichtung außerhalb des BRRG als auch innerhalb des Geltungsbereiches des BRRG möglich.

Nach § 123a Abs. 1 Satz 2 BRRG müssen dringende öffentliche Interessen die Zuweisung erfordern. Die Dringlichkeit des Interesses liegt vor, wenn ein unabweisbares öffentliches Bedürfnis besteht, den Beamten zu einer anderen Einrichtung zuzuweisen.

Weiterhin ist die Zuweisung nach § 123a Abs. 1 BRRG nur mit Zustimmung des betroffenen Beamten möglich. Die Zustimmung muß im Zeitpunkt des Erlasses der Zuweisungsverfügung vorliegen<sup>255</sup>. Dies gilt sowohl für § 123a Abs. 1 Satz 1 BRRG als auch für die Zuweisung gemäß Satz 2 der Vorschrift, der als Erweiterung der Grundregelung in Satz 1 zu sehen ist<sup>256</sup>.

### 3.2.1.3.2 Mangelnde Eignung des § 123a Abs. 1 BRRG für die Beamtenüberleitung

§ 123a Abs. 1 BRRG erweist sich aus den folgenden Gründen nicht als ein geeignetes Instrument zur Beamtenüberleitung bei der Privatisierung öffentlicher Unternehmen und Einrichtungen.

Zum einen setzt die Zuweisung die Zustimmung des Beamten voraus und ist daher nicht gegen den Willen des Beamten durchsetzbar. Zum anderen ist nach dieser Vorschrift nur eine vorübergehende Zuweisung möglich, denn wie auch die Abordnung ist die Zuweisung gemäß § 123a Abs. 1 Satz 1 BRRG eine Maßnahme, die nur der vorübergehenden Tätigkeitsübertragung dient.

Da bei der Privatisierung öffentlicher Einrichtungen in der Regel der bisherige von dem Beamten besetzte Dienstposten verloren geht, erscheint jedoch eine dauernde Zuweisung des Beamten an die privatisierte Einrichtung unerlässlich.

### 3.2.2 § 123a Abs. 2 BRRG: Zuweisungsmöglichkeiten für die Kommunen

Mit dem am 01.07.1997 in Kraft getretenen Gesetz zur Reform des öffentlichen Dienstrechts<sup>257</sup> sollte dem Leistungsgedanken im Beamtenrecht Geltung verschafft, die Mobilität der Beamten erhöht und der Personaleinsatz optimiert werden. Zu diesem Zweck wurden die gesetzlichen Möglichkeiten für Veränderungen im Amt des Beamten erweitert.

§ 123a Abs. 2 BRRG wurde am 01.07.1997 durch das Gesetz zur Reform des öffentlichen Dienstrechts vom 24.02.1997 auf Anregung des Bundesrats während der Anschlußberatungen eingefügt<sup>258</sup>. § 123a Abs. 2 BRRG regelt die ohne Zustimmung des Beamten erfolgende Zuweisung bei Privatisierung.

Im Gegensatz zu der Beamtenzuweisung bei der Bahn-Privatisierung ist die Zuweisung nach § 123a Abs. 2 BRRG nicht verfassungsrechtlich abgesichert worden. So enthält die Gegenäußerung der Bundesregierung auf die Anregung des Bundesrates den Hinweis, daß „eine allgemeine einfachgesetzliche Regelung zur Überleitung eines Beamten in ein Unternehmen privater Rechtsform infolge Privatisierung zuvor öffentlicher Aufgaben einer verfassungsrechtlichen Absicherung

---

<sup>254</sup> Ziekow, DÖD 1999, 7, 23; so auch Kathke, in: Schütz (Hrsg.), BeamtenR, Vorbem. §§ 28 Rn. 130, allerdings ohne nähere Begründung.

<sup>255</sup> Kotulla, Rechtsfragen im Zusammenhang mit der vorübergehenden Zuweisung eines Beamten nach § 123a BRRG, ZBR 1995, 168, 169.

<sup>256</sup> Batts, BBG, § 27 Rn. 5.

<sup>257</sup> BGBl. I S. 322; Hierzu ausführlicher: Batts, NJW 1997, 1033 ff.; ders. in: Butterwegge/ Kutscha/ Berghahn (Hrsg.), Herrschaft des Marktes – Abschied vom Staat, S. 221 ff.; Bredendiek/ Meier, Die Novelle des öffentlichen Dienstrechts: Reform oder Reförmchen, NVwZ 1996, 444 ff.; Schnellenbach, Öffentliches Dienstrecht im Umbruch, ZBR 1998, 223 ff., ders., Das Gesetz zur Reform des öffentlichen Dienstrechts (Reformgesetz), NVwZ 1997, 521 ff.; Lecheler, Reform oder Deformation?, Zu den „Februar-Reformen“ des öffentlichen Dienstrechts, ZBR 1997, 206 ff.; Kleff, Dienstrechtsreformgesetz, Die Bundesverwaltung (VBOB), 1/97 und 4/97, jeweils S. 3 ff.

<sup>258</sup> BGBl. I S. 322; BT-Drucks. 13/3994, S. 61; BT-Drucks. 13/5957, S.1264.

bedürfe<sup>259</sup>. Insoweit könnten sich verfassungsrechtliche Bedenken aus der öffentlich-rechtlichen Sonderstellung des Berufsbeamtentums, die auf eine Erfüllung hoheitlicher Aufgaben unter der Verantwortung eines öffentlichen Dienstherrn ausgerichtet ist, ergeben. Es ist daher zu klären, ob Dienstherrenbefugnisse ohne eine verfassungsrechtliche Absicherung übertragen werden dürfen, und ob eine einfachgesetzliche Übertragung solcher Befugnisse im Rahmen des § 123a Abs. 2 BRRG überhaupt vorgesehen ist.

### 3.2.2.1 Anwendbarkeit des § 123a Abs. 2 BRRG

Ein Großteil des Dienstrechtsreformgesetzes findet auch in den Ländern unmittelbare Anwendung. Das gilt insbesondere für besoldungs- und versorgungsrechtliche Bestimmungen. Andere Regelungen bedürfen der Umsetzung des Landesgesetzgebers, wobei die Umsetzung zwingend sein, aber auch in den Grenzen des Rahmenrechts ein gesetzgeberischer Spielraum bestehen kann. § 123a Abs. 2 BRRG ist unmittelbar anwendbar. Dennoch ist diese Vorschrift beispielsweise klarstellend in § 87 Abs. 5 Satz 3 des Landesbeamtengesetzes Brandenburg aufgenommen worden.

### 3.2.2.2 Voraussetzungen der Zuweisung gemäß § 123a Abs. 2 BRRG

Nach der Neufassung des § 123a Abs. 2 BRRG kann dem Beamten einer Dienststelle, die ganz oder teilweise in eine privatrechtlich organisierte Einrichtung der öffentlichen Hand umgebildet wird, auch ohne seine Zustimmung eine seinem Amt entsprechende Tätigkeit bei dieser Einrichtung zugewiesen werden, wenn dringende öffentliche Interessen dies erfordern.

Eine zustimmungsfreie Zuweisung ist jedoch nur im zeitlichen Zusammenhang mit der Umbildung der Dienststelle möglich, wenn also eine Dienststelle in eine privatrechtlich organisierte Einrichtung der öffentlichen Hand umgewandelt wird. Dabei geht es in erster Linie um die Umwandlung von Eigenbetrieben der Kommunen in eine Gesellschaft des Handelsrechts<sup>260</sup>, vornehmlich in die Rechtsform der GmbH. Dies ergibt sich zum einen aus dem Wortlaut des § 123a Abs. 2 BRRG, zum anderen aus der Intention des Gesetzgebers, die im Zusammenhang mit der Privatisierung zu erfolgende Personalüberleitung zu erleichtern<sup>261</sup>. Eine Zuweisung ist auch bei lediglich teilweiser Umbildung einer Dienststelle möglich. Eine spätere Zuweisung von Beamten zu dem privaten Unternehmen ohne seine Zustimmung ist danach ausgeschlossen.

#### 3.2.2.2.1 Privatrechtlich organisierte Einrichtung der öffentlichen Hand

Eine Zuweisung gemäß § 123a Abs. 2 BRRG ist lediglich an eine privatrechtlich organisierte Einrichtung der öffentlichen Hand möglich.

Dadurch, daß es sich bei dem umgebildeten privatrechtlichen Unternehmen um eine Einrichtung der öffentlichen Hand handeln muß, wird die Verantwortlichkeit des öffentlichen Dienstherrn gewahrt. Insoweit kommt lediglich eine Zuweisung an eine formell privatisierte Einrichtung, nicht aber an ein materiell privatisiertes Unternehmen in Betracht. Nur bei einer formellen Privatisierung kann von einer Einrichtung der öffentlichen Hand gesprochen werden, da hier die öffentliche Hand Trägerin der privatisierten Aufgabe bleibt und Kontroll- sowie Eingriffsmöglichkeiten sicherzustellen und auszuüben hat.

In Betracht kommt daher die Zuweisung der Beamten im Rahmen einer Umwandlung einer öffentlichen Einrichtung in eine Eigengesellschaft oder eine gemischt-wirtschaftliche Gesellschaft<sup>262</sup>. Bei der Umwandlung einer öffentlichen Einrichtung in eine Eigengesellschaft bleibt die öffentliche Hand alleinige Gesellschafterin, so daß ihr weitgehende Einflußnahmemöglichkeiten in den Gesellschafterorganen gesichert sind. Bei der Umwandlung einer öffentlichen Einrichtung in eine gemischt-wirtschaftliche Gesellschaft des Privatrechts kann von einer „Einrichtung der öffentlichen Hand“ im Sinne des § 123a Abs. 2 BRRG nur dann gesprochen werden, wenn die Beteiligungsmehrheiten in öffentlicher Hand sind.

---

<sup>259</sup> Gegenäußerung der Bundesregierung, in: BT-Drucks. 13/3994, S. 81.

<sup>260</sup> Steuck, Zur Beschäftigung von Beamten in einer privatisierten Einrichtung, ZBR 1999, 150, 151.

<sup>261</sup> Beschlußempfehlung und Bericht des Innenausschusses vom 25.06.1996 (BT-Drucks. 13/5057, S. 64 und S. 67); Kröll, PersR 1998, 62, 63; Lücke, ZfPR 1999, 137, 138.

<sup>262</sup> Battis, BBG, § 27, Rn. 6; Kröll, PersR 1998, 62, 63; Steuck, ZBR 1999, 150, 151; Kathke, ZBR 1999, 325, 341.

Mit der Einführung des § 123a Abs. 2 BRRG ist insbesondere die erleichterte Zuweisung von Beamten im Rahmen von Privatisierungen öffentlicher Aufgaben auf kommunaler Ebene beabsichtigt worden<sup>263</sup>. Hierfür sind die Vorschriften des Gemeindefirtschaftsrechts entscheidend, die die Voraussetzungen für eine Betätigung der Gemeinde in privater Rechtsform regeln (vgl. Steuerung durch Kommunalwirtschaft, Seite 38 f.). Des Weiteren sind neben den Mehrheitserfordernissen auch die Einflußnahmemöglichkeiten der öffentlichen Hand im Rahmen der gesellschaftsvertraglichen Regelungen zu berücksichtigen, damit die Verantwortlichkeit des Dienstherrn gewahrt wird (vgl. Steuerung in den Gesellschafterorganen, Seite 39 f.).

Zu prüfen ist daher, in welchem Verhältnis der Begriff der „Einrichtung der öffentlichen Hand“ gemäß § 123a Abs. 2 BRRG zu dem für die Privatisierung von öffentlichen Einrichtungen getroffenen Regelungen des Gemeindefirtschaftsrechts steht. Durch den Begriff der öffentlichen Einrichtung wird auf die allgemeinste, organisatorisch in keinster Weise verfestigte Umschreibung aller Leistungsangebote der Kommunen im Bereich der Daseinsvorsorge für die Bevölkerung Bezug genommen<sup>264</sup>. Zum einen korrespondiert der Begriff der öffentlichen Einrichtung mit den Definitionen in den Gemeindeordnungen und wird in einigen Gemeindeordnungen konkretisiert<sup>265</sup>. Zum anderen beinhaltet er das Erfordernis, daß die öffentliche Hand die Verantwortlichkeit eines Dienstherrn hat. Dies kommt allerdings auch nach dem Gemeindefirtschaftsrecht nur dann in Betracht, wenn die öffentliche Einrichtung in privater Rechtsform entweder vollständig oder zumindest mehrheitlich von der öffentlichen Hand beherrscht wird.

Da die Verantwortlichkeit auch in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht eine hinreichende Einflußnahmemöglichkeit des Dienstherrn voraussetzt, kommt hier lediglich die Umwandlung in eine privatisierte Einrichtung in der Rechtsform der GmbH in Betracht.

### 3.2.2.2 Dringende öffentliche Interessen

Eine weitere Voraussetzung der Zuweisung nach § 123a Abs. 2 BRRG ist das Bestehen eines dringenden öffentlichen Interesses an der Zuweisung der Beamten an die privatisierte Einrichtung. Der Wortlaut entspricht dem des § 123a Abs. 1 Satz 2 BRRG, so daß auch hier im Vergleich zu § 123a Abs. 1 Satz 1 BRRG ein gesteigertes öffentliches Bedürfnis bestehen muß, den Beamten an eine privatisierte Einrichtung zuzuweisen.

Das Kriterium des erforderlichen öffentlichen Interesses dient dem Schutz der Beamten vor willkürlichen Zuweisungen des Dienstherrn und ist als unbestimmter Rechtsbegriff ohne Beurteilungsspielraum verwaltungsgerichtlich uneingeschränkt überprüfbar<sup>266</sup>. Dem Dienstherrn kann jedoch bei der Klärung der Voraussetzungen, die das öffentliche Interesse prägen, für verwaltungspolitische und personenbezogene wertende Einschätzungen ein Beurteilungsspielraum zustehen<sup>267</sup>.

Öffentliche Interessen sind die Belange des Staats und seiner Einrichtungen. Hierin ist jedoch nicht eine bloße Wiederholung der „wichtigen Interessen“ als kommunalwirtschaftliche Voraussetzung für die Zulässigkeit der Wahl der Rechtsform des privaten Rechts für öffentliche (nichtwirtschaftliche) Einrichtungen zu sehen. Die Privatisierung selbst kann nicht das öffentliche Interesse für die Beamtenzuweisung an ein privatisiertes Unternehmen darstellen oder ersetzen. Denn die Übertragung der öffentlichen Aufgabe auf die Privatgesellschaft ist auch unabhängig von einer Zuweisung der Beamten denkbar. Daher muß ein zusätzliches Bedürfnis bestehen, die Beamten der privatisierten Einrichtung zuzuweisen.

Ein öffentliches Interesse an der Zuweisung ist in der Regel darin zu sehen, daß mit dem zuvor in der öffentlichen Einrichtung beschäftigten Beamten dem privatisierten Unternehmen eine qualifizierte Arbeitskraft zur Verfügung gestellt werden soll, um dadurch die Weiterführung der privatisierten

---

<sup>263</sup> Battsis, BBG, § 27 Rn. 6; Lücke, ZfPR 1999, 137, 138; Fahrwinkel-Istel, KommunalPraxis (N) 1997, 291, 293.

<sup>264</sup> Kröger/ Hollmann, KommunalPraxis (N) 4/1997, 109, 110.

<sup>265</sup> So in der Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen in § 8 Abs. 1: Die Gemeinden schaffen innerhalb ihrer Leistungsfähigkeit die für die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Betreuung ihrer Einwohner erforderlichen öffentlichen Einrichtungen.

<sup>266</sup> Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht I, § 29 Rn. 17; Kathke, in: Schütz (Hrsg.), BeamtR, § 28 Rn. 83; Kröll, PersR 1998, 62, 62.

<sup>267</sup> BVerwGE 26, 65, 76; Günther, ZBR 1978, 73, 78; Schnellbach, Beamtenrecht in der Praxis, Rn. 100.

Aufgabe zu gewährleisten<sup>268</sup>. Dafür spricht die Pflicht der öffentlichen Hand, ihrer Verantwortung der im Rahmen einer formellen Privatisierung bestehenden Trägerschaft und der Gewährleistungspflicht hinsichtlich der Aufgabenbetreuung nachzukommen.

Ein Ziel der Zuweisung ist weiterhin eine zuverlässige Aufgabenerfüllung nach der Privatisierung durch einen flexibleren Personaleinsatz<sup>269</sup>. Der Beamte kann auch gegen seinen Willen einer Tätigkeit zugewiesen werden, wenn dies zur Gewährleistung einer zuverlässigen Aufgabenerfüllung erforderlich ist und eine sachgerechte Aufgabenerfüllung der privatrechtlich organisierten Einrichtung nicht durch auf privatrechtlicher Grundlage beschäftigte Arbeitnehmer sichergestellt werden kann<sup>270</sup>.

Hinzukommen muß der Tatbestand der Dringlichkeit. Unter der Dringlichkeit des öffentlichen Interesses ist ein unabweisbares öffentliches Bedürfnis zu verstehen, welches nur mit der zustimmungsfreien Zuweisung erfüllt werden kann. Ein derartiges Interesse ist hier dann gegeben, wenn die zuverlässige Aufgabenerfüllung ausschließlich durch die Überleitung des verbeamteten Personals sicherzustellen ist<sup>271</sup>. In der Regel erfüllt die Sicherung der zuverlässigen Aufgabenerfüllung durch den Einsatz von in der Dienststelle bereits erfahrenen Beamten dieses Merkmal<sup>272</sup>.

Des weiteren ergeben sich die dringenden öffentlichen Interessen daraus, daß für die von der Privatisierung betroffenen Beamten auf Lebenszeit regelmäßig keine andere Beschäftigungsmöglichkeit besteht, und diese aber auch nicht entlassen werden dürfen<sup>273</sup>. An dem dringenden Interesse fehlt es jedoch, wenn die Zuweisung des Beamten nicht erforderlich ist, um den mit ihr verfolgten Zweck der zuverlässigen Aufgabenerfüllung nach der Privatisierung zu erreichen, wenn also die Dringlichkeit des öffentlichen Interesses an der Zuweisung nur eine Folge der Privatisierung als solcher ist.

### 3.2.2.2.3 Zuweisung einer dem Amt entsprechenden Tätigkeit

Die betroffenen Beamten dürfen bei der Privatisierung nur einer ihrem Amt entsprechenden Tätigkeit zugewiesen werden. Maßgebend ist das statusrechtliche Amt, gekennzeichnet durch die Zugehörigkeit zu einer Laufbahn und Laufbahngruppe, Amtsbezeichnung und Besoldungsgruppe<sup>274</sup>. Der konkrete Aufgabenbereich des Beamten bei der privatisierten Einrichtung muß dem abstrakten Aufgabenbereich des statusrechtlichen Amtes entsprechen<sup>275</sup>. Daher sind zum Schutz der zugewiesenen Beamten innerhalb der Gesellschaft im erforderlichen Rahmen funktionelle Ämter einschließlich ihrer Zuweisung an Besoldungsgruppen auszuweisen.

Bei der Zuweisung gemäß § 123a Abs. 2 BRRG darf die neue Tätigkeit nicht durch eine unterwertige Beschäftigung geprägt sein. Diese Voraussetzung für die Zuweisung nach § 123a Abs. 2 BRRG ist damit hinsichtlich dieser Anforderung enger im Vergleich zu den im gleichen Zuge erweiterten Einsatzmöglichkeiten von Beamten im Wege einer Abordnung. Denn gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 BRRG kann der Beamte auch zu einer „nicht seinem Amt entsprechenden Tätigkeit“ abgeordnet werden.

Mit den strengeren Voraussetzungen für eine Zuweisung an eine private Einrichtung soll eine längerfristige unterwertige Beschäftigung verhindert und dem beamtenrechtlichen Anspruch auf die Übertragung eines amtsgemäßen Aufgabenbereichs genüge getan werden. Dies ist insbesondere deshalb erforderlich, weil die im Zuge der Privatisierung zugewiesenen Beamten in der Regel nicht nur vorübergehend dem privatisierten Unternehmen zugewiesen werden und daher vor einer Übertragung von geringerwertigen Tätigkeiten zu schützen sind. Insbesondere vor diesem Hintergrund der auf Dauer angelegten Zuweisung ist es dem Beamten unter Berücksichtigung der beamtenrechtlichen

---

<sup>268</sup> Steuck, ZBR 1999, 150, 151; Kathke, ZBR 1999, 325, 342.

<sup>269</sup> Schnellenbach, NVwZ 1997, 521, 522.

<sup>270</sup> Kathke, in: Schütz (Hrsg.), BeamtR, Vorbem. §§ 28 f. Rn. 142; ders. in: ZBR 1999, 325, 342.

<sup>271</sup> BT-Drucks. 13/5057 S. 67; Kröll, PersR 1998, 62, 63.

<sup>272</sup> Batts, BBG, § 27 Rn. 6.

<sup>273</sup> So auch Lücke, ZfPR 1999, 137, 138.

<sup>274</sup> BVerwGE 87, 310, 313; Kröll, PersR 1998, 62, 63.

<sup>275</sup> Steuck, ZBR 1999, 150, 151.

Grundsätze nicht zuzumuten, auf längere Zeit mit Tätigkeiten betraut zu werden, die seinem Amt nicht entsprechen.

Dies folgt auch aus dem Erfordernis eines öffentlichen Interesses an der Zuweisung. Denn dieses dient zum einen dem Schutz des Beamten vor willkürlichen Zuweisungen. Es dient aber andererseits auch dem Schutz des Beamten, einer amtsangemessenen Tätigkeit weiterhin nachgehen zu können, und dementsprechend amtsangemessen in dem privatisierten Unternehmen weiterbeschäftigt zu werden. Unter Umständen kann dies nur durch eine Zuweisung an das privatisierte Unternehmen gewährleistet werden, da in der Regel mit der Privatisierung einer öffentlichen Einrichtung der Verlust des ehemaligen Dienstpostens der Beamten verbunden ist.

Bei der Beurteilung der dem Amt entsprechenden Tätigkeit ist eine Vergleichbarkeit der auszuführenden Tätigkeit entscheidend, da wegen der fehlenden Dienstherrenfähigkeit des privaten Unternehmens kein Dienstposten im beamtenrechtlichen Sinn zur Verfügung steht. Die zugewiesene Tätigkeit liegt danach in dem vom Amt vorgegebenen Bereich, soweit sie im Fall der Ausübung im Geltungsbereich des BRRG amtsgemäß wäre. Das Gebot der amtsgemäßen Verwendung im Sinn des § 123a Abs. 2 BRRG ist jedenfalls dann erfüllt, wenn der Beamte nach der Zuweisung an die privatisierte Einrichtung die gleichen Tätigkeiten im konkret-funktionalen Sinn verrichtet wie vor der Privatisierung in der noch öffentlichen Einrichtung.

Soweit die Zuweisung für eine Dauer von mehr als drei Monaten erfolgt, ist als weitere Voraussetzung für diese die Zustimmung des Personalrats nach § 76 Abs. 1 Nr. 5a BPersVG erforderlich. Da es sich um eine Personalangelegenheit der Beamten handelt, besteht lediglich ein eingeschränktes Mitbestimmungsrecht des Personalrats. Bei fehlender Einigung steht daher nicht der Einigungsstelle, § 71 BPersVG, sondern gemäß § 69 Abs. 4 BPersVG der obersten Dienstbehörde das Letztentscheidungsrecht zu.

### 3.2.2.2.4 Verhältnismäßigkeit der Ermessensentscheidung

Gemäß § 123a Abs. 2 BRRG „können“ die Beamten der Einrichtung der öffentlichen Hand zugewiesen werden. Insoweit eröffnet die Vorschrift Ermessen hinsichtlich ihrer Rechtsfolge.

Vor der Einführung des § 123a Abs. 2 BRRG sollten die möglichen Belastungen durch die Tätigkeit bei den privaten Unternehmen außerhalb des sachlichen Geltungsbereichs des BRRG durch die Unterwerfung unter die arbeitsrechtliche Privatrechtsordnung nur unter der Voraussetzung der Freiwilligkeit zugemutet werden<sup>276</sup>. Die Zuweisung ohne Zustimmung des Beamten bzw. sogar gegen den Willen des Beamten muß daher zweckmäßig, erforderlich und angemessen sein und insoweit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen.

Der Zweck der Zuweisung der Beamten liegt zum einen in der Absicht, der privatisierten Einrichtung mit dem Beamten eine qualifizierte Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen und dadurch die Weiterführung der ehemals öffentlichen Aufgabe zu gewährleisten. Im Rahmen der Ermessensausübung hat der Dienstherr seinen Fürsorgepflichten gegenüber den betroffenen Beamten nachzukommen. Eine Zuweisung des Beamten an das privatisierte Unternehmen ist daher nur dann erforderlich, wenn es nicht eine andere, für den Beamten weniger belastende Möglichkeit gibt, die Arbeitskraft des Beamten zur Verfügung zu stellen.

In Betracht kommt als weniger einschneidende und den Beamten belastende Maßnahme jedoch lediglich eine Weiterbeschäftigung des Beamten in der privatisierten Einrichtung auf freiwilliger Basis. Diese Maßnahme stellt sich aber für den Beamten nicht weniger belastend dar, wenn mit ihr ein freiwilliger Verzicht des Beamten auf seinen Dienstposten verbunden ist, der sogar einen Verzicht des Beamten auf seinen Beamtenstatus zur Folge hätte. Ein solcher Verzicht mag zudem nicht für jede privatisierte Einrichtung der öffentlichen Hand gleichermaßen geeignet sein, eine optimale Aufgabenerfüllung sicherzustellen. Denn nur unter dieser Voraussetzung war überhaupt die Zuweisung des Beamten gemäß § 123a Abs. 2 BRRG im öffentlichen Interesse. Daher ist die Ermessensausübung im Einzelfall abhängig von dem betroffenen Beamten und dem jeweiligen privatisierten Einrichtung.

---

<sup>276</sup> Begründung zur erstmaligen Normierung der Zuweisung in § 123a Abs. 1 BRRG, BR-Drucks. 223/90, S. 60.

### 3.2.2.3 Rechtsfolgen der Zuweisung gemäß § 123a Abs. 2 BRRG

Liegen die genannten Voraussetzungen vor, kann eine zustimmungsfreie Zuweisung an die privatisierte Einrichtung erfolgen. Diese kann auch gegen den Willen des betroffenen Beamten geschehen. Der bisherige Vorbehalt der Freiwilligkeit bei Zuweisungen an eine privatrechtliche Einrichtung fällt nun zugunsten eines flexibleren Personaleinsatzes weg.

Hinsichtlich der Dauer der Zuweisung findet sich in § 123a Abs. 2 BRRG keine ausdrückliche Regelung. Im Zusammenhang mit der vorübergehenden Zuweisung in § 123a Abs. 1 Satz 1 BRRG ist davon auszugehen, daß sowohl vorübergehende als auch dauerhafte Zuweisungen an das privatisierte Unternehmen möglich sind<sup>277</sup>.

Die entgegenstehende Auffassung<sup>278</sup>, aus Gründen des Systemzusammenhangs käme eine Zuweisung gemäß § 123a Abs. 2 BRRG nur als eine vorübergehende Maßnahme in Betracht, überzeugt nicht. Insbesondere bei der Privatisierung ganzer Dienststellen ist in der Regel von einer dauerhaften Zuweisung auszugehen, möglicherweise für die weitere dem bisherigen Amt entsprechende berufliche Tätigkeit des Beamten in der privatisierten Einrichtung. Es wird die Regel sein, daß die privatisierten Beamten „auslaufend“ beschäftigt werden, da ihr Dienstposten in der ehemals öffentlichen Einrichtung mit der Privatisierung weggefallen ist.

Diesem Gedanken entspricht die Regelung, daß gerade für den gesamten Zeitraum der Zuweisung auch die Tätigkeit der Beamten amtsangemessen sein soll. Denn sollte die Zuweisung nur für einen vorübergehenden Zeitraum wie die Zuweisung nach Absatz 1 der Vorschrift oder eine Abordnung möglich sein, wäre auch eine nicht dem Amt entsprechende Tätigkeit für den Beamten zumutbar.

---

<sup>277</sup> Batts, BBG, § 27 Rn. 6; Kathke, in: Schütz (Hrsg.), Vorbem. §§ 28 f. Rn. 142; Kröll, PersR 1998, 62, 64; Steuck, ZBR 1999, 150, 152.

<sup>278</sup> Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis, 1998, Rn. 136.

### Zusammenfassung: Teil 3

Sowohl auf Bundes- als auch auf kommunaler Ebene werden öffentliche Unternehmen und Einrichtungen privatisiert. Jedoch sind die Kommunen sowohl durch die Gewährleistung der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG als auch durch den tatsächlichen Aufgabenbestand als ein umfassendes öffentliches Dienstleistungsunternehmen zu qualifizieren. Erst durch die kommunale Tätigkeit werden die wesentlichen Standardbedingungen für die zentralen Funktionen in der Kommune geschaffen. Da gerade die Einrichtung und der Betrieb von Unternehmen und Einrichtungen der Daseinsvorsorge zu den gemeindlichen Angelegenheiten gehören, greift eine Privatisierung dieser Aufgaben in die Substanz der kommunalen Selbstverwaltung ein und beschränkt die Kommune in ihrer Funktion insgesamt. Dagegen erleidet der Bund durch die Privatisierung von Unternehmen und Einrichtungen keinen derart tiefgreifenden Verlust in seiner Funktion durch die insoweit maßgebliche Kompetenzordnung des Grundgesetzes.

Vor dem Inkrafttreten des Dienstrechtsreformgesetzes war die Zuweisung von Beamten zu den privatisierten Unternehmen lediglich spezialgesetzlich in den Fällen der Privatisierung von Post und Bahn geregelt. Mit der Einführung des § 123a Abs. 2 BRRG wird - anders als bei der Beamtenüberleitung gemäß Art. 143a Abs. 1 Satz 3 GG und Art. 143b Abs. 3 Satz 1 GG - nicht die Zuweisung der Beamten an ein materiell privatisiertes Unternehmen, sondern die Zuweisung der Beamten an eine kommunale Einrichtung in privater Rechtsform, also an eine privatrechtlich organisierte Einrichtung der öffentlichen Hand, ermöglicht. Der bisherige Träger zieht sich nicht aus der Verantwortung zurück, sondern behält sich wesentliche Kontroll- und Eingriffsmöglichkeiten vor, indem die privatisierte Einrichtung in der Mehrheitsbeteiligung eines Trägers öffentlicher Verwaltung bleibt. Nur unter diesen Voraussetzungen kann eine Zuweisung gemäß § 123a Abs. 2 BRRG an eine „private Einrichtung der öffentlichen Hand“ stattfinden. Insofern ist danach lediglich eine Zuweisung im Rahmen einer formellen Privatisierung ermöglicht worden. Als geeignete privatrechtliche Rechtsform für die privatisierte Einrichtung erweist sich die Rechtsform der GmbH.

Gemäß Art. 143a Abs. 1 Satz 3 GG dagegen werden die Beamten den privatisierten Unternehmen zugewiesen. Auch bei dem Beleihungsmodell der Post werden gemäß Art. 143b Abs. 3 Satz 1 GG die Beamten bei den privaten Unternehmen beschäftigt, ohne daß dieses auf Dauer in der Mehrheitsbeteiligung eines Trägers öffentlicher Verwaltung zu bleiben hat. Insofern ist bei diesen Projekten des Bundes auch eine materielle Privatisierung des Unternehmens möglich.



## 4 Folgen der Beamtenüberleitung

Die Beschäftigung von Beamten bei privaten Unternehmen im Anschluß an die Privatisierung öffentlicher Aufgaben führt zu der Frage, welche rechtlichen Konsequenzen sich daraus für die in dem privatisierten Unternehmen weiterbeschäftigten privatisierten Beamten ergeben.

Die Dienstpflichten der Beamten folgen generell aus dem öffentlich-rechtlichen Verhältnis des Beamten zum Staat. Kennzeichnend für das öffentlich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnis ist danach, daß der Beamte lediglich Stellen seines Dienstherrn verantwortlich ist, die durch ein hierarchisches Über- und Unterordnungsverhältnis eine Einheit bilden, und daß auch nur diese Stellen zu seiner Beurteilung und zu Maßnahmen befugt sind, die seine Laufbahn bestimmen<sup>279</sup>. Gemäß § 79 BBG hat der Dienstherr im Rahmen des Dienst- und Treueverhältnisses für das Wohl der Beamten und seiner Familie zu sorgen. Er schützt die Beamten bei ihrer amtlichen Tätigkeit und in ihrer Stellung als Beamte.

Demgegenüber sind die Arbeitnehmer gegenüber ihrem privaten Arbeitgeber verpflichtet, in dessen Betrieb nach Maßgabe individual- und tarifvertraglicher Vereinbarungen weisungsgebundene, abhängige Arbeit gegen Entgelt zu leisten. Der Arbeitgeber verpflichtet sich, den Lohn zu zahlen und die vereinbarten Arbeitsbedingungen einzuhalten. Der Arbeitsvertrag ist somit ein gegenseitiger schuldrechtlicher Vertrag mit personenrechtlichem Einschlag. Das Arbeitsrecht gibt den Parteien dabei weitgehende Autonomie in der Gestaltung der Einkommens- und Arbeitsbedingungen. Dagegen wird das Beamtenverhältnis durch verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Regelungen des Beamtenrechts bestimmt und durch Verwaltungsakt (Ernennung) begründet. Daher ist das Beamtenverhältnis kein der Disposition der Beteiligten zugängliches Vertragsverhältnis, sondern ein durch Gesetz festgelegtes und beamtenrechtlichen Vorschriften unterworfenes Rechtsverhältnis<sup>280</sup>. Es ist insoweit auch nicht durch eine Austauschbeziehung von Arbeitsleistung und Lohn, sondern durch eine Bindung des Beamten an seinen Dienstherrn und eine neutrale, loyale, kontrollierbare und gemeinwohlorientierte Aufgabenerfüllung gekennzeichnet.

Auch ein Streikrecht ist mit der Treuepflicht des Beamten gegenüber seinem Dienstherrn nicht vereinbar. Somit ist der Beamte einerseits rechtlich besonders gebunden und andererseits durch das Lebenszeit- und Alimentationsprinzip persönlich unabhängig in der Wahrnehmung seiner Aufgaben.

Fraglich ist, welche rechtlichen Konsequenzen sich für die bei den privatisierten Unternehmen beschäftigten Beamten aus ihrer Stellung zwischen Beamten- und Arbeitsrecht ergeben.

So hat der Beamte bei seiner Amtsführung insbesondere das Wohl der Allgemeinheit in den Vordergrund zu stellen, was sich in einem privaten Unternehmen problematisch gestalten könnte<sup>281</sup>. Der Struktur des Beamtenverhältnisses als ein Dienst- und Treueverhältnis ist die unmittelbare Verantwortlichkeit des Beamten ausschließlich gegenüber seinem Dienstherrn immanent. Verletzungen der Dienst- und Treuepflichten werden disziplinarrechtlich verfolgt. Bei der Anwendung des Disziplinarrechts ergeben sich Besonderheiten aus der Tätigkeit bei einer privaten Gesellschaft. Weiterhin wird auch die Ansicht vertreten, daß dem in dem privatisierten Unternehmen beschäftigten Beamten wie den anderen Arbeitnehmern ein Streikrecht zustünde<sup>282</sup>.

Das gesamte Beamtenrecht wird dadurch geprägt, daß das Beamtentum als Teil des Staatsapparats staatliche Aufgaben unter Beachtung des Prinzips der Gesetzesbindung erfüllt. Diese Aufgabenerfüllung hat das Disziplinarrecht als Bestandteil des Beamtenrechts sicherzustellen. Insofern stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang es im Hinblick auf den Einsatz der Beamten ausschließlich bei privatisierten Unternehmen überhaupt noch angewandt werden darf.

Voraussetzung für eine Diskussion über die Geltung der Beamtenpflichten für die Beamten in den privatisierten Unternehmen ist eine Klärung des Rechtsstatus der privatisierten Beamten.

Im Rahmen der Privatisierungsprojekte „Post“ und „Bahn“ sind einfachgesetzliche Regelungen

<sup>279</sup> BVerfGE 9, 268, 286 f.; BVerwGE 69, 303, 305.

<sup>280</sup> Bauschke, in: Scheerbarth/ Höffken/ Bauschke/ Schmidt (Hrsg.), Beamtenrecht, § 4 I, S. 75; Lorenz/ Wollmann, Kommunales Dienstrecht und Personal, in: Wollmann/ Roth (Hrsg.), Kommunalpolitik, 1998, 490, 491.

<sup>281</sup> So auch Blanke/ Sterzel, PersR 1998, 265, 270.

<sup>282</sup> Schulz, ZTR 1995, 438, 442.

geschaffen worden, die das Verhältnis zwischen dem Beamten, dem öffentlichen Dienstherrn und dem privaten Arbeitgeber bei der Weiterbeschäftigung der Beamten in dem privatisierten Unternehmen ausgestalten. Für die privatisierten Beamten in den Kommunen existieren keine entsprechenden gesetzlichen Vorgaben. Da für die zugewiesenen Beamten hier keine allgemeinen Bestimmungen getroffen worden sind, ist zu untersuchen, ob und inwieweit die vorliegenden Lösungsmodelle bei den Privatisierungsprojekten des Bundes für die ehemals bei den Kommunen und nunmehr in den privatisierten Einrichtungen beschäftigten Beamten anwendbar sind.

### **4.1 Folgen der Personalüberleitung für die Beamten bei Bahn und Post**

#### **4.1.1 Status der übergeleiteten Beamten**

Die Privatisierung von öffentlich-rechtlichen Unternehmen hat in jedem Fall eine veränderte Unternehmensstruktur zur Folge. Damit stellt sich die Frage, ob und wie sich die Beschäftigung der Beamten in den privaten Unternehmen auf den Rechtsstatus der bei den privatisierten Unternehmen beschäftigten Beamten auswirkt<sup>283</sup>.

Die Rechtsstellung des Beamten wird durch sein Amt bestimmt, wobei das Beamtenrecht verschiedene Amtsbegriffe kennt. Hinsichtlich der Rechtsstellung der Beamten sind das Amt im statusrechtlichen Sinn, das Amt im abstrakt-funktionellen Sinn und das Amt im konkret-funktionellen Sinn zu unterscheiden. Das Amt im statusrechtlichen Sinn wird durch die Zugehörigkeit zu einer Laufbahngruppe, die Einstufung in eine Besoldungsgruppe und die dem Beamten verliehene Amtsbezeichnung gekennzeichnet<sup>284</sup>. Unter dem Amt im abstrakt-funktionellen Sinn ist der allgemeine Aufgabenkreis des Beamten im Rahmen einer bestimmten Behördenorganisation zu verstehen<sup>285</sup>. Es wird durch die Einweisung in eine haushaltsrechtlich ausgewiesene Planstelle bei einer Dienststelle übertragen. Mit dem Amt im konkret-funktionellen Sinn ist schließlich die konkrete Tätigkeit des Beamten gemeint, also der Dienstposten, der ihm durch den Organisationsplan zugewiesen wird und die von ihm hierbei zu erledigenden Aufgaben<sup>286</sup>. Ein Beamter hat einen Anspruch darauf, daß ihm mit der Übertragung seiner Aufgabe ein abstrakt-funktionelles und ein konkret-funktionelles Amt übertragen wird, welches seinem statusrechtlichen Amt entspricht<sup>287</sup>. Allerdings bleibt die konkrete Verwendung des Beamten der Organisationsgewalt des Dienstherrn überlassen.

Mit der Zuweisung des Beamten an eine privatisierte Einrichtung stellt sich die Frage, inwieweit die private Einrichtung nunmehr die Dienstherrnenfunktionen wahrnimmt, und ob ein möglicher Dienstherrnenwechsel den Status des Beamten aufhebt oder verändert. Verschiedentlich wird die Ansicht vertreten, daß mit der Privatisierung auch ein Wechsel des Dienstherrnen einhergeht, und die private Gesellschaft nunmehr die Dienstherrnen der übergeleiteten Beamten ist<sup>288</sup>.

##### *4.1.1.1 Statuswechsel durch Dienstherrnenwechsel ?*

Es besteht teilweise die Auffassung, daß die Rechtsstellung des Beamten sich schon deshalb verändert, weil sie nun bei privaten Gesellschaften tätig werden, die grundsätzlich keine Beamten beschäftigen können und sie insofern auch für Personen tätig sind, die selbst nicht Beamte sind<sup>289</sup>.

Ein Dienstherr von Beamten kann grundsätzlich nur die öffentliche Hand sein, nicht aber private Unternehmen. Dabei ist die Befugnis des öffentlichen Dienstherrnen, Regelungen hinsichtlich der Dienstleistungspflicht der ihm untergeordneten Beamten zu treffen, stärkeren rechtlichen Bindungen unterworfen als das Weisungs- und Direktionsrecht privater Arbeitgeber gegenüber ihren

---

<sup>283</sup> Für erhebliche Änderungen des Rechtstatus der zugewiesenen bzw. übergeleiteten Beamten: Blanke/ Sterzel, PersR 1998, 265, 268; Uerpmann, Jura 1996, 79, 84.

<sup>284</sup> BVerfGE 43, 154, 167; BVerfGE 65, 270, 272; 87, 310, 313; 89, 199, 200, std. Rspr.; ausführlich zur Herleitung des Begriffes und seiner Bedeutung: Summer, Das Amt im statusrechtlichen Sinne, ZBR 1982, 321 ff.

<sup>285</sup> BVerfGE 40, 104, 107; 87, 310, 313 f.

<sup>286</sup> BVerfGE 65, 270, 272.

<sup>287</sup> BVerfGE, 87, 310, 315; Battis, FS Raisch, 355, 365; Günther, ZBR 1978, 73, 75; Summer, ZBR 1982, 321, 328.

<sup>288</sup> Britz, Die Rechtsstellung der Beamten bei den Postunternehmen, PersV 1998, 372, 373, der konstatiert, daß „beamtenrechtlich Neuland“ betreten wurde, indem „eine AG Dienstherr von Beamten würde“.

<sup>289</sup> Britz, PersV 1998, 372, 373.

Arbeitnehmern.

Der nunmehr bei dem privaten Unternehmen beschäftigte Beamte wird aber zumindest auch für dieses tätig. Dies könnte zur Folge haben, daß mit der Privatisierung auch ein Wechsel des Dienstherrn einhergeht, und die Dienstherreneigenschaft nunmehr von den privaten Unternehmen wahrgenommen wird. Daraus ergäbe sich, daß diese beim privaten Unternehmen beschäftigten Beamten nicht mehr dem Staat, sondern allein dem privaten Unternehmen verantwortlich wären, wenn durch die im Rahmen der Post- und Bahnprivatisierung getroffenen Regelungen derart weitgreifende Rechte für die privaten Aktiengesellschaften normiert wurden, daß der Beamte aus seiner dienstrechtlichen Einbindung herausgelöst wurde. Danach veränderte sich seine Rechtsstellung, weil er nun Personen untergeordnet ist, die keine Beamten sind, und denen er seinerseits gegenüber verantwortlich ist<sup>290</sup>.

Tritt aber das Unternehmen in sämtliche Rechte und Pflichten des ehemals öffentlich-rechtlichen Dienstherrn ein, erscheint ein Beibehalt des bisherigen Beamtenstatus mit den damit verbundenen Rechten und Pflichten für die Beamten nicht gerechtfertigt. Der privatisierte Beamte hätte in diesem Fall einen neuen Dienstherrn, das private Unternehmen, und wäre auch nur diesem gegenüber verantwortlich, und nur dieses wäre als alleiniger Dienstherr ihm gegenüber weisungsbefugt. Mit diesem Dienstherrnwechsel würde dann automatisch ein Wechsel des Status einhergehen, denn der Beamte, der nicht mehr dem Staat gegenüber verantwortlich ist, und nur dem Unternehmen dient, ist in seinem Status den Tarifbediensteten gleichgestellt.

Es erscheint jedoch verfassungsrechtlich bedenklich, mit der Privatisierung von öffentlichen Unternehmen und Einrichtungen automatisch einen Wechsel des Dienstherrn zu verbinden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>291</sup> hat das Recht des öffentlichen Dienstes gemäß Art. 33 Abs. 4 und 5 GG zur Voraussetzung, daß der Beamten lediglich Stellen seines Dienstherrn verantwortlich ist, die durch ein hierarchisches Über- und Unterordnungsverhältnis gekennzeichnet sind. Nur diese Stellen sind befugt zu einer Beurteilung des Beamten und zur Vornahme von Maßnahmen, die seine Laufbahn bestimmen und beeinflussen. Die Dienstherrnenfunktion zählt zu den Regierungsaufgaben, die nicht der Regierungsverantwortung entzogen und auf Stellen übertragen werden dürfen, die von Regierung und Parlament losgelöst sind. Aufgrund des das beamtenrechtliche Dienst- und Treueverhältnis bestimmenden Lebenszeitprinzips bestehen lediglich eingeschränkt Möglichkeiten, den Rechtsstatus von Beamten zu verändern. So darf die Rechtsstellung des Beamten gemäß § 59 BRRG ausschließlich in gesetzlich geregelten Formen verändert werden.

Diese Grundsätze sprechen gegen eine Übertragung der Dienstherrnenfähigkeit auf die privaten Unternehmen, da eine solche gegen Verfassungsrecht verstieße. Vielmehr erfordert die Beschäftigung der Beamten bei dem privaten Unternehmen Regelungen, die die funktionelle Hierarchie eines Unternehmens in eine dienstrechtliche Beamtenhierarchie integriert und dennoch die Verantwortlichkeit des öffentlichen Dienstherrn wahrt.

Insofern kann dem privaten Unternehmen oder der privaten Einrichtung ohne Dienstherrnenfähigkeit lediglich die sachbezogene Kontrolle über das Arbeitsergebnis zukommen, während die personenbezogene Kontrolle, die sich in dienstlichen Weisungen und dienstrechtlichen Maßnahmen äußert, grundsätzlich beim Dienstherrn verbleiben muß<sup>292</sup>.

Abzugrenzen ist daher der Dienstherrnenwechsel von der weniger weitreichenden Übertragung von Dienstherrnenbefugnissen, bei der die Dienstherrneneigenschaft nicht aufgegeben und die Dienstherrnenfähigkeit nicht übertragen wird. Vielmehr werden lediglich die privaten Gesellschaften ermächtigt, ausgesuchte Rechte des Dienstherrn wahrzunehmen. Von einem Dienstherrnenwechsel kann dann nicht gesprochen werden, wenn insbesondere beamtenrechtliche und personalrechtliche Regelungsfunktionen auch bei dem öffentlichen Dienstherrn verbleiben. Insofern ist zunächst zu untersuchen, ob und in welchem Umfang Dienstherrnenbefugnisse übertragen worden sind, und ob diese dem privaten Arbeitgeber so weitreichende Befugnisse verschaffen, daß die öffentliche Hand ihre Dienstherrneneigenschaft faktisch aufgegeben hat.

---

<sup>290</sup> Uerpmann, Einsatz von Beamten bei einer Gesellschaft privaten Rechts -BVerwG-Urt. v. 07.06.1984-2C84.81 = BVerwGE 69, 303 ff., in: Jura 1996, 79, 84.

<sup>291</sup> BVerfGE 9, 268, 286 f.; BVerwGE 69, 303, 305.

<sup>292</sup> BVerwGE 69, 303, 308 ff. mit Besprechung von Uerpmann, Jura 1996, 79 ff.; Battis, FS Raisch, 355, 370.

Der Wortlaut des Art. 143b Abs. 3 Satz 2 GG spricht nicht von einer Übertragung der Dienstherrenfähigkeit, sondern von einer Übertragung von Dienstherrenbefugnissen. Insofern ist schon in dem Wortlaut der verfassungsrechtlichen Regelung der Beamtenüberleitung eine Unterscheidung zwischen der Übertragung der Dienstherrenfähigkeit und einer weniger weitreichenden Übertragung lediglich von Dienstherrenbefugnissen angelegt.

Im Rahmen der Postreform II wurden die Beamten nach dem sogenannten „Beleihungsmodell“ übergeleitet. Mit der Bezeichnung der Beamtenüberleitung gemäß Art. 143b Abs. 3 Satz 2 GG als „Beleihungsmodell“ wird eine Übertragung von Dienstherreneigenschaften verbunden<sup>293</sup>. Dies ergibt sich aus dem Begriff der Beleihung, wonach Privatpersonen oder juristische Personen des Privatrechts mit der hoheitlichen Wahrnehmung bestimmter Verwaltungsaufgaben im eigenen Namen betraut werden<sup>294</sup>. Jedoch treffen die Aktiengesellschaften weder selbständige dienstrechtliche Entscheidungen, noch gibt der öffentliche Dienstherr hierbei seine Verantwortlichkeit oder seine Dienstherreneigenschaft an das private Unternehmen ab. Vielmehr üben auch nach diesem Modell gemäß Art. 143b Abs. 3 Satz 2 GG die Unternehmen Dienstherrenbefugnisse aus, welche durch das PostPersRG konkretisiert werden. Dementsprechend gehen die Dienstherrenbefugnisse der obersten Dienstbehörde gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 PostPersRG auf die Vorstände der privaten Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost über.

Typischerweise wird der Private durch das Instrument der Beleihung mit der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben betraut, ohne daß die beleihende Behörde ihre Dienstherreneigenschaft aufgibt<sup>295</sup>. Diese unveränderte Dienstherreneigenschaft des Bundes gilt als ein Wesenselement der Beleihung. Die Verantwortung des Dienstherrn wird insbesondere dadurch gewahrt, daß gerade kein Dienstherrenwechsel stattfindet. Die Aktiengesellschaften sind lediglich zur Ausübung von Befugnissen des Dienstherrn von diesem legitimiert, ohne selbst Dienstherrn zu sein<sup>296</sup>. Für die Postbeamten bleibt der Bund alter und neuer Dienstherr.

Für die der DBAG zugewiesenen Beamten findet sich diese Regelung einer Übertragung von Dienstherrenbefugnissen nicht wörtlich im Gesetz wieder. Art. 143a Abs. 1 Satz 3 GG spricht zwar nicht von einer Übertragung von Dienstherrenbefugnissen, stellt aber klar, daß die Beamten unter Wahrung ihrer Rechtsstellung und der Verantwortung des Dienstherrn zur Dienstleistung zugewiesen werden können. Insofern unterscheidet sich dieses Zuweisungsmodell bei der Bahnprivatisierung von dem für die Postunternehmen gewählten Beleihungsmodell hinsichtlich des Wortlautes der entscheidenden Normen.

Letztendlich macht aber der Zweck des Art. 143a Abs. 1 Satz 3 GG deutlich<sup>297</sup>, daß nur die Dienstleistung gesetzlich zugewiesen werden soll. Die Verantwortung bleibt beim alten Dienstherrn, was einfachgesetzlich durch § 12 Abs. 4 Satz 1 DBGrG festgelegt wurde. Für die Bahnbeamten nimmt danach das BEV, welches mit der Wahrnehmung der Dienstherrenfunktion betraut worden ist, die Aufgaben des Dienstherrn Bund wahr, ohne aber selbst Dienstherr zu sein. Insofern wurde auch hier weder ein privater Dienstherr geschaffen, noch kann von der Verleihung oder Übertragung der Dienstherrenfähigkeit auf ein privates Unternehmen gesprochen werden<sup>298</sup>.

Dienstherr bleibt nach den gesetzlichen Vorschriften der Bund, auf die privatisierten Unternehmen wurden allein Dienstherrenbefugnisse übertragen, wobei die Befugnisse der Privaten gesetzlich normiert und begrenzt wurden. Danach bleibt die Tätigkeit der übergeleiteten Beamten öffentlicher Dienst und damit auch ihr allgemeiner beamtenrechtlicher Status grundsätzlich unverändert<sup>299</sup>. Da die Beschäftigung der Beamten bei den privaten Aktiengesellschaften nur unter Wahrung der Verantwortung des Dienstherrn zulässig sein soll, bedeutet dies: keine Statureinbußen für die

---

<sup>293</sup> Hofmann, ZTR 1996, 493, 495.

<sup>294</sup> Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1999, § 21 Rn. 11 und § 23 Rn. 56.

<sup>295</sup> Erbguth, UPR 1995, 369, 370; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1999, § 23 Rn. 56 f.

<sup>296</sup> So auch Lerche, in: Maunz/ Dürig, GG Art. 143b Rn. 33; Wehner/ Czaika, Inanspruchnahme: Beamtenrechtliches Folgerecht, ZTR 1998, 441, 442; Schulz, JA 1995, 417, 419.

<sup>297</sup> BT-Drucks. 12/4609, S. 82.

<sup>298</sup> So auch Benz, DÖV 1995, 679, 683; Lorenzen, PersV 1994, 145, 148; Wernicke, ZBR 1998, 266, 269.

<sup>299</sup> BVerwG, PersR 1997, 231, 232; BVerwG, IÖD 20/99, 232, 234; Benz, Diss., Seite 206; Lerche, in: Maunz/ Dürig, GG, Art. 143b Rn. 31; Lorenzen, PersV 1995, 99, 102; Kotulla, ZBR 1995, 168, 170; Battis, FS Raisch, 355, 369.

zugewiesenen Beamten<sup>300</sup>.

Es besteht weiterhin ein Treueverhältnis als Loyalitätsverhältnis zwischen dem Dienstherrn und den Beamten, so daß mit Benz festzustellen ist, daß das „Treueverhältnis zwar seine behördenspezifische Prägung, nicht aber seine Substanz verliert“<sup>301</sup>. Zwischen dem Beamten und seinem Dienstherrn wird durch die Beschäftigung bei einem privatisierten Unternehmen die personelle Verbindung gelockert, aber nicht gelöst.

### 4.1.1.1.1 Übertragung von Dienstherrnbefugnissen auf die DBAG

Mit der Zuweisung besteht eine Beziehung des Beamten sowohl zu seinem öffentlichen Dienstherrn, dessen Funktion durch das BEV wahrgenommen wird, als auch zu der DBAG, in deren Betrieb die Beamten ihre Arbeitsleistung zu erbringen haben. Soweit es die Dienstaussübung erfordert, ist die DBAG gemäß § 12 Abs. 4 Satz 2 DBGrG zur Ausübung des Weisungsrechts gegenüber den ihr zugewiesenen Beamten ermächtigt. Dadurch soll eine einheitliche Organisation der betrieblichen Tätigkeit und die unternehmerische Handlungsfreiheit der DBAG gewährleistet werden.

Des Weiteren sind der DBAG mit der DBAG-Zuständigkeitsverordnung vom 01.01.1994<sup>302</sup> diejenigen beamtenrechtlichen Entscheidungen sowie sonstige Entscheidungen und Maßnahmen, die mit der Dienstaussübung im Betrieb in unmittelbarem Zusammenhang stehen, zur Ausübung übertragen worden. Damit wurden dem privatisierten Unternehmen auch Aufgaben übertragen, die das beamtenrechtliche Betriebsverhältnis betreffen, so daß die weiterbeschäftigten Beamten insoweit unmittelbar ihrem privaten Arbeitgeber unterstehen.

Aufgrund der fortbestehenden Gesamtverantwortung des öffentlichen Dienstherrn Bund gegenüber den bei der DBAG beschäftigten Beamten untersteht die DBAG ihrerseits aber hinsichtlich der Einhaltung beamtenrechtlicher Vorschriften bei der Wahrnehmung der ihr übertragenen Dienstherrnbefugnisse der Rechtsaufsicht des BEV. Auch die beamtenrechtlichen Maßnahmen und Entscheidungen, die sich auf das Grundverhältnis des Beamten zu seinem Dienstherrn beziehen und insoweit seinen Status berühren, verbleiben beim BEV, das damit die Dienstherrnfunktionen für den Bund wahrnimmt. Dementsprechend werden die typischen Dienstherrnfunktionen wie Ernennungen, Zuruhesetzungen und die Ausübung der Disziplinargewalt nach der Bundesdisziplinarordnung durch das BEV wahrgenommen. Der Präsident des BEV ist oberster Dienstvorgesetzter aller der DBAG zugewiesenen Beamten. Ihm obliegt gemäß § 13 DBGrG die Aufsicht darüber, daß die DBAG die ihr übertragenen Aufgaben im Sinne der beamtenrechtlichen Vorschriften wahrnimmt. Im Rahmen dieser Aufsicht besteht ein Weisungsrecht des BEV-Präsidenten gegenüber der DBAG.

Hinsichtlich beamtenspezifischer Maßnahmen müssen dem Dienstherrn Kontroll- und Eingriffsmöglichkeiten an die Hand gegeben sein<sup>303</sup>. Daher hat er bei Nichteinhaltung beamtenrechtlicher Bestimmungen durch die DBAG die rechtliche Möglichkeit, im Wege der Ersatzvornahme gemäß § 13 Abs. 2 DBGrG die Rechtsverletzung selbst zu beheben. Insofern befinden sich die zugewiesenen Bahnbeamten in einem doppelten Unterstellungsverhältnis. Die Ausübung der Dienstherrnbefugnisse ist somit aufgeteilt auf das BEV und die AG.

### 4.1.1.1.2 Übertragung von Dienstherrnbefugnissen auf die Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost

Die bei der Deutschen Bundespost tätigen Beamten werden gemäß Art. 143b Abs. 3 Satz 1 GG unter Wahrung ihrer Rechtsstellung und der Verantwortung des Dienstherrn bei den privaten Postunternehmen beschäftigt. Vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund können die einschlägigen Vorschriften des PostPersRG nur einen ausdeutenden und klarstellenden Regelungsgehalt haben. Dementsprechend bleiben die bei der Aktiengesellschaft beschäftigten Beamten gemäß § 2 Abs. 3 PostPersRG unmittelbare Bundesbeamte. Die Beamten leisten keinen Dienst für das private Unternehmen, sondern erbringen ihre Dienstleistung dem Dienstherrn Bund.

---

<sup>300</sup> BVerwG (Urteil vom 11.02.1999), IÖD 20/99, 232, 234; Benz, DÖV 1995, 679, 682; Weiß, ZBR 1996, 225, 228.

<sup>301</sup> Benz, Diss, S. 206.

<sup>302</sup> Verordnung über die Zuständigkeit der DBAG für Entscheidungen in Angelegenheiten der zugewiesenen Beamten des Bundeseisenbahnvermögens, DBAGZustVO, BGBl. I, 1994, S. 53/54.

<sup>303</sup> Engels/ Müller/ Mauß, DB 1994, 473, 474.

Insoweit bleibt der Bund für die übergeleiteten Beamten Dienstherr<sup>304</sup>.

Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 PostPersRG werden die Aktiengesellschaften ermächtigt, die dem Dienstherrn Bund zufallenden Rechte und Pflichten gegenüber den bei ihnen beschäftigten Beamten auszuüben. Wie in § 13 DBGrG sieht auch das PostPersRG das Recht der Ersatzvornahme vor. Nach § 19 Abs. 3 Satz 1 PostPersRG hat der Dienstherr die Möglichkeit, dem für die personellen und sozialen Angelegenheiten der Beamten zuständigen Vorstandsmitglied die Ausübung seiner Tätigkeit bei Verstoß gegen beamtenrechtliche Bestimmungen zu untersagen. Übergeleitet werden nur die bereits ernannten Beamten. Gemäß § 3 Abs. 3 PostPersRG ist eine erstmalige Begründung eines Beamtenverhältnisses durch die privaten Nachfolgesellschaften nicht zulässig.

### 4.1.1.1.3 Ergebnis: Keine Übertragung der Dienstherrenfähigkeit auf die Aktiengesellschaften

Die für die Privatisierung von Post und Bahn geschaffenen gesetzlichen Vorschriften sprechen gegen die Annahme eines Dienstherrenwechsels. Die Dienstherrenfähigkeit wurde im Rahmen der Privatisierung von Post und Bahn nicht auf die nunmehr privaten Aktiengesellschaften übertragen. Damit bleibt der Bund Dienstherr der bei der DBAG und bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost beschäftigten Beamten.

Vielmehr wurden an die privatisierten Unternehmen Dienstherrenbefugnisse übertragen, so daß die Aktiengesellschaften befähigt wurden, gegenüber den bei ihnen beschäftigten Beamten Weisungs- und Direktionsrechte sowie Einzelbefugnisse personalrechtlicher Art wahrzunehmen.

Da der Wortlaut der beleihungsrelevanten Normen im PostPersRG und auch das ENeuOG klarstellen, daß es stets nur um die Übertragung von Dienstherrenbefugnissen geht, nicht aber um die Übertragung der Dienstherrenfähigkeit an sich, wird die statusrechtliche Stellung der Beamten auch nicht im Rahmen eines Dienstherrenwechsels verändert. Verändert wird die Stellung des Beamten lediglich in bezug auf das auszuübende Amt im funktionalen Sinn<sup>305</sup>.

### *4.1.1.2 Statureinbußen durch Aufgabenveränderung*

Der Status der Beamten könnte sich insoweit verändert haben, als die von den Beamten bei dem privaten Unternehmen wahrgenommenen Aufgaben als Folge der Privatisierung ihres „öffentlichen Charakters entkleidet sind“<sup>306</sup>. Der privatisierte Beamte hat zumindest auch die Interessen des privaten Arbeitgebers wahrzunehmen und ist durch die Einbeziehung in den betrieblichen Ablauf den durch den privaten Arbeitgeber vorgegebenen Leistungspflichten im gleichen Maße wie die übrigen Arbeitnehmer unterworfen.

Die betriebliche Eingliederung des Beamten ist abhängig von der konkreten Tätigkeit des Beamten in dem Unternehmen. Zurückzukommen ist daher auf die Differenzierung zwischen dem statusrechtlichen und dem konkret-funktionellen Amt des Beamten<sup>307</sup>. Ein Recht am Amt im funktionellen Sinn, also ein Recht auf unveränderte und ungeschmälerte Ausübung der übertragenen Aufgaben, gehört nicht zu den aus Art. 33 Abs. 5 GG abgeleiteten Grundsätzen<sup>308</sup>.

Aus dieser Differenzierung ergibt sich die Möglichkeit für den Dienstherrn, die konkrete dienstliche Tätigkeit des Beamten unter der Voraussetzung zu verändern, daß er in einer seinem statusrechtlichen Amt entsprechenden Rechtsstellung verbleibt. Als geschützte Rechtsstellung der weiterbeschäftigten Beamten ist insoweit jedenfalls das Amt im statusrechtlichen Sinn anzusehen<sup>309</sup>. Das Amt im statusrechtlichen Sinn ist eine Bezeichnung für eine insoweit gesicherte Rechtsposition. Für Veränderungen des statusrechtlichen Amtes sieht das Beamtenrecht die Form der Ernennung

---

<sup>304</sup> So auch Benz, DÖV 1995, 679, 682; Blanke/ Sterzel, PersR 1998, 265, 268; Weiß, ZBR 1996, 225, 228.

<sup>305</sup> So auch: Blanke/ Sterzel, PersR 1998, 265, 271.

<sup>306</sup> BAG, 12.08.1997, NZA 1998, 273, 278.

<sup>307</sup> Dazu: BVerfGE 43, 154, 167; BVerwGE 40, 104, 107; 49, 64, 67; 65, 270, 272.

<sup>308</sup> BVerfGE 52, 303, 354.

<sup>309</sup> Insoweit auch Blanke/ Sterzel, PersR 1998, 265, 271; dies. auch in: Privatisierungsrecht für Beamte, 1999, Rn. 132; Blanke in: Blanke/ Trümner (Hrsg.), Handbuch Privatisierung, 1998, Rn. 980.

bzw. zumindest des ernennungsähnlichen Verwaltungsaktes vor<sup>310</sup>.

Umfaßte die geschützte Rechtsstellung des Beamten auch das Amt im funktionellen Sinn, dürften die Tätigkeitsbereiche der weiterbeschäftigten Beamten in den privaten Unternehmen nicht verändert werden. Der private Arbeitgeber hätte insoweit keine Möglichkeit, das konkrete dienstliche Aufgabenfeld der Beamten zu verändern. Dennoch hat grundsätzlich das Amt im abstrakt-funktionellen Sinn einer Aufgabe zu entsprechen, die dem jeweiligen Beamten mit einem bestimmten Amt im statusrechtlichen Sinn übertragen werden kann<sup>311</sup>. Gibt es kein Amt im abstrakt-funktionellen Sinn muß die Tätigkeit des Beamten im privaten Unternehmen dennoch vergleichbar sein.

Blanke/ Sterzel<sup>312</sup> schließen aus dieser auf das Amt im statusrechtlichen Sinn bezogenen Rechtswahrung, daß sich diese somit entsprechend der Definition des statusrechtlichen Amtsbegriffs lediglich auf die für das statusrechtliche Amt vorgesehene Besoldung (§ 83 BBG, § 3 BBesG), die Amtsbezeichnung gemäß § 81 BBG und die Laufbahnzugehörigkeit gemäß § 15 BBG bezieht<sup>313</sup>. Dies hat zur Folge, daß danach Beamtenpflichten und beamtenrechtliches Disziplinarrecht neu zu bewerten sein könnten und nicht automatisch auf die privatisierten Beamten anwendbar sind. Der beamtenrechtliche Pflichtenkatalog wie auch das Disziplinarrecht wären somit von dem Begriff der „Rechtsstellung“ nicht umfaßt.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung „Rechtsstellung“ eine weitergehende Bedeutung enthält als der Begriff des Amtes im statusrechtlichen Sinn. Es ist daher auch nicht von einem formalen Statusbegriff auszugehen, sondern vielmehr auf eine beamtenrechtliche Bewertung der Tätigkeit abzustellen. Eine beamtenrechtliche Bewertung der Tätigkeit stellt auf eine statusmäßige Beschäftigung ab, die sowohl sein Amt im statusrechtlichen Sinn umfaßt als auch damit verbundene Verpflichtungen des Beamten. Der Schwerpunkt der gesetzlichen Anknüpfungen an das Amt im statusrechtlichen Sinn liegt zwar beim Laufbahn- und Besoldungsrecht<sup>314</sup>, jedoch sind mit der Rechtsstellung des Beamten Rechte und Pflichten verbunden, die über eine formell statusmäßige Beurteilung hinausgehen<sup>315</sup>. Insbesondere hat der Beamte einen Anspruch darauf, daß der ihm übertragene Tätigkeitsbereich dem Amt im statusrechtlichen Sinn entspricht.

Dem entspricht auch die vom Gesetzgeber verfolgte Absicht, die Rechte des Beamten zu wahren und eine Einbuße an erworbenen Rechten zu verhindern, so daß der Beamte hinsichtlich aller Funktionen des Berufsbeamtentums nicht besser oder schlechter gestellt ist als vor seiner Beschäftigung in dem privatisierten Unternehmen<sup>316</sup>.

Mit der Privatisierung ist zwar eine Herauslösung ehemals hoheitlicher Aufgaben aus dem öffentlichen Bereich und die Übertragung dieser ehemals hoheitlichen Aufgaben auf das Privatunternehmen verbunden<sup>317</sup>, jedoch bleibt der Status der bei den privatisierten Unternehmen beschäftigten Beamten auch insoweit erhalten, als ihre Beschäftigung bei den privaten Arbeitgebern als „Dienst“ qualifiziert wird.

Gemäß § 4 Abs. 1 PostPersRG gilt die berufliche Tätigkeit der Beamten als Dienst. Da der Beamte bei einer privaten AG beschäftigt ist und insoweit grundsätzlich keinen Dienst im Sinne des Beamtenrechts leisten kann, hielt der Gesetzgeber diese Dienstfiktion für notwendig. Sie entspricht dem Willen des Gesetzgebers, den privatwirtschaftlichen Einsatz der Beamten dem Verwaltungsrecht

---

<sup>310</sup> BVerwGE 81, 283, 286; Battis, BBG, § 26 Rn. 12:

<sup>311</sup> Summer, ZBR 1982, 321, 322 und 340.

<sup>312</sup> So in PersR 1998, 265, 272.

<sup>313</sup> In diesem Sinne auch die Entscheidung des 2. Senats vom 29.04.1989, BVerwGE 65, 270, 272.

<sup>314</sup> Mit weiteren Beispielen: Summer, ZBR 1982, 321, 335 ff..

<sup>315</sup> So auch Nokiel/ Jasper, ZTR 1999, 255, 258; Battis, in: FS Raisch, 355, 365.

<sup>316</sup> Beschlußempfehlung und Bericht zu den Gesetzesentwürfen zur Neuordnung des Postwesens und der Telekommunikation, Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F. D. P., BT-Drucks. 12/6718; Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 12/ 7270.

<sup>317</sup> Blanke/ Sterzel, PersR 1998, 265, 268.

weitgehend anzupassen<sup>318</sup>. Dementsprechend gilt gemäß § 4 Abs. 2 PostPersRG die AG als Verwaltung im Sinne des § 26 Abs. 1 BBG. Letztendlich haben jedoch sowohl Dienst- als auch Verwaltungsfiktion eine lediglich klarstellende Bedeutung. Die weiterbestehende Bindung zum Dienstherrn wird durch derartige deklaratorische Aussagen untermauert.

Die bei den Aktiengesellschaften beschäftigten Beamten bleiben daher unmittelbare Bundesbeamte, deren Dienstherr weiterhin der Bund ist und deren Arbeitsleistung in den privaten Unternehmen als Dienstaussübung gilt. Die das Amt im konkret-funktionellen Sinn betreffende Arbeitgeberfunktion übernehmen die Privatunternehmen kraft Übertragung der Dienstherrnenbefugnisse. Aus diesem Zusammenspiel ergibt sich eine Doppelstellung des privatisierten Beamten, der einerseits seinem öffentlich-rechtlichen Dienstherrn, andererseits seinem privatrechtlichen Arbeitgeber gegenüber verantwortlich ist. Erhalten bleibt jedoch der Status der Beamten mit den damit verbundenen Vorteilen und Pflichten.

### 4.1.1.3 Doppelstellung der Privatisierungsbeamten

Der privatisierte Beamte befindet sich in einer ineinander verschränkten beamtenrechtlichen und arbeitsrechtlichen Doppelstellung. Diese beeinflusst sein Verhältnis sowohl zu seinem Dienstherrn Bund als auch zu seinem privaten Arbeitgeber. Zum einen werden die privaten Unternehmen durch die ihnen übertragenen Dienstherrnenbefugnisse in die Lage versetzt, gegenüber den Beamten Weisungsrechte in gleicher Weise wahrzunehmen wie das dem Arbeitgeber gegenüber den anderen Beschäftigten zustehende Direktionsrecht besteht. Zum anderen müssen die Beamten ihre Dienstleistungspflicht und ihre gegenüber dem Dienstherrn bestehende Loyalitätspflicht aufspalten.

Die bei der DBAG und den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost beschäftigten Beamten werden von ihrem öffentlichen Dienstherrn weiterhin besoldet. Gemäß § 21 DBGrG hat die DBAG diese Personalkosten dem Dienstherrn Bund zu erstatten, da die zugewiesenen Beamten für die private AG tätig werden.

Gemäß § 2 Abs. 3 Satz 3 PostPersRG werden die gegen den Bund als Dienstherrn fortbestehenden Ansprüche der bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost beschäftigten Beamten von den Aktiengesellschaften erfüllt. Hier finden sich jedoch abweichende Regelungen für die bei der DBAG beschäftigten Beamten. Während die Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost die vollen Kosten für die bei ihnen beschäftigten Beamten zu tragen haben, bestimmt § 21 DBGrG, daß die DBAG an das BEV für die ihr zugewiesenen Beamten Zahlungen in Höhe der Aufwendungen, die sie für die Arbeitsleistung vergleichbarer, von der AG neu einzustellender Arbeitnehmer unter Einbeziehung der Arbeitgeberanteile zur gesetzlichen Sozialversicherung sowie der betrieblichen Altersversorgung erbringt oder erbringen müßte, zu leisten hat.

Auf die bei den Aktiengesellschaften weiterbeschäftigten Beamten finden gemäß § 2 Abs. 3 Satz 2 PostPersRG die für Bundesbeamte allgemein geltenden Vorschriften Anwendung, soweit gesetzlich nicht anderes bestimmt ist. Als Konsequenz der Dienstfiktion des § 4 Abs. 1 PostPersRG gilt die Tätigkeit der Beamten gemäß § 17 Abs. 1 PostPersRG bei der AG als Dienstzeit im Dienst eines öffentlich-rechtlichen Dienstherrn im Sinn des Beamtenversorgungsgesetzes.

Dem Beamtenrecht systemfremd waren die Sonderregelungen der §§ 8 ff PostPersRG, durch die die Regelungen des Beamtenbesoldungsgesetzes ergänzt werden. Dazu gehören Zulagen gemäß § 10 Abs. 1 PostPersRG zur Abgeltung von Leistungen hinsichtlich Güte, wirtschaftlichen Erfolgs oder der geleisteten Arbeitsmenge. Gemäß § 10 Abs. 3 PostPersRG besteht die Möglichkeit, daß ein AG-Beamter von der Aktiengesellschaft anderweitige Bezüge erhält, die nicht mit der Besoldung verrechnet werden. Zudem sind auch Belohnungen gemäß § 11 PostPersRG für besondere Leistungen und Erfolge vorgesehen.

Mit dem Dienstrechtsreformgesetz 1997 sind für die Beamten Leistungsprämien und -zulagen als neue Bezahlungsinstrumente eigener Art eingeführt worden<sup>319</sup>. Gemäß § 42a BBesG in Verbindung mit der Rechtsverordnung des Bundes zu § 42a BBesG (Leistungsprämien- und -zulagenverordnung) können im Bereich des Bundes Leistungsprämien und -zulagen vergeben werden. Jedoch ist für die privatisierten Beamten zu beachten, daß gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 2 und 3 Leistungsprämien- und -

---

<sup>318</sup> BT-Drucks. 12/6718, S. 93.

<sup>319</sup> Göser/ Schlatmann, Leistungsbezahlung in der Besoldung, 1998, S. 53.



zulagenverordnung diese Prämien und Zulagen nicht in den Bereichen gewährt werden dürfen, in denen Zulagen und Prämien nach dem PostPersRG bzw. dem DBGrG vergeben werden.

Der Statusbeibehalt erweist sich somit zunächst vorteilhaft für den Beamten, der in dem privaten Unternehmen seine gesicherte Rechtsstellung bewahrt erhält. Es bleibt zu untersuchen, ob die Wahrung der Rechtsstellung als Korrelat im vollen Umfang die Pflichtenstellung der Beamten in diese geschützte Rechtsstellung einbezieht.

### 4.1.2 Die Geltung der allgemeinen Beamtenpflichten

Unabhängig von der Frage, inwiefern die Beamtenpflichten beschäftigungsbezogen bei den privaten Unternehmen Bedeutung haben, ist klarzustellen, daß bei einem unveränderten Statusbeibehalt nach den dienstlichen Konstruktionen der Privatisierungsgesetze grundsätzlich auch diese Beamten ungeändert den gesetzlichen Beamtenpflichten unterfallen<sup>320</sup>. Aus dem Zuvorgesagten ergibt sich hinsichtlich der statusrechtlichen Besonderheit des AG-Beamten eine „Widersprüchlichkeit der Pflichtenbindung“<sup>321</sup>, die dazu führen könnte, daß der Pflichtenkanon der bei den Aktiengesellschaften beschäftigten Beamten neu zu bestimmen wäre.

Zu überprüfen ist dabei, ob für die bei den privatisierten Unternehmen tätigen Beamten das Dienst- und Treueverhältnis zu dem Dienstherrn weiterbesteht. Dabei ist zunächst die Frage zu stellen, wessen Interessen der Beamte vorrangig zu verwirklichen hat, ob also die Gewinnmaximierung oder Gemeinwohlinteressen das Arbeitsverhältnis bestimmen<sup>322</sup>. Um diese Frage zu beantworten, muß zunächst geklärt werden, wozu der oben festgestellte grundsätzliche Statusbeibehalt dient. Erst dann kann analysiert werden, welche Pflichten für die Beamten bestehen, um einen Statusbeibehalt zu rechtfertigen.

#### 4.1.2.1 Zweck des Statusbeibehalts

Beabsichtigter Zweck der Zuweisung der Beamten ist zum einen, dem privatisierten Unternehmen qualifizierte Mitarbeiter zukommen zu lassen, die die ehemals öffentliche Aufgabe weiterführen, in erster Linie aber, den Lebenszeitbeamten eine Weiterbeschäftigung zu ermöglichen, da diese nicht entlassen werden dürfen.

Diesem Zweck entspricht auch der grundsätzliche Statusbeibehalt. Die Beschäftigung von Bundesbeamten bei den Aktiengesellschaften darf nach der Grundgesetzänderung die Rechtsstellung der Beamten nicht verschlechtern bzw. nicht wesentlich verändern. Der Statusbeibehalt ist auch deshalb erforderlich, weil die Beamten gegen ihren Willen übergeleitet bzw. zugewiesen worden sind. Insoweit muß auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechend die Rechtsstellung der Beamten gewahrt bleiben.

Der Regelbeamte ist Beamter auf Lebenszeit. Von dieser Voraussetzung sind die Beamten zum Zeitpunkt ihrer Ernennung ausgegangen, und dieses Vertrauen ist zu schützen, ob sie ihre Tätigkeit unmittelbar für den öffentlichen Dienstherrn oder für einen privaten Arbeitgeber ausführen. Damit gereicht der Statusbeibehalt den privatisierten Beamten zum Vorteil, dieser ist aber zugleich Voraussetzung für eine verfassungsgemäße Überleitung oder Zuweisung auch gegen den Willen des einzelnen Beamten.

Den übergeleiteten Beamten kommen weiterhin die Vorteile, die sie gegenüber den Tarifkräften haben, zugute. So sind die Beamten bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben durch das Lebenszeit- und Alimentationsprinzip persönlich unabhängiger als die Arbeitnehmer. Insoweit dient ihnen der Statusbeibehalt auch selbst zum Vorteil, zumal jeder von ihnen die Möglichkeit hätte, freiwillig aus dem bestehenden Beamtenverhältnis auszuscheiden. Der Statusbeibehalt dient somit der Sicherung der Ansprüche und Rechte der übergeleiteten Beamten. Sinn des Statusbeibehalts ist nicht in erster Linie, daß die Beamten auch in den privaten Unternehmen die Allgemeinwohlinteressen vertreten sollen, und es erforderlich war, in den privatisierten Unternehmen Beamte einzusetzen, die Allgemeinwohlinteressen verwirklichen. Wenn also der Statusbeibehalt auch den Beamten selbst dient und ihm Rechte verschafft, stehen diesen Rechten auch Pflichten gegenüber. Pflichten der Beamten

---

<sup>320</sup> BVerwG, PersR 1997, 231, 232; Britz, PersV 1998, 372, 375; Weiß, ZBR 1996, 225, 238.

<sup>321</sup> Blanke/ Sterzel, PersR 1998, 265, 271.

<sup>322</sup> Ronellenfitsch, Privatisierung und Regulierung des Eisenbahnwesens, DÖV 1996, 1028, 1036.

ergeben sich aus den beamtenrechtlichen Vorschriften in den Bundesgesetzen in Verbindung mit den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums.

### 4.1.2.2 Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums

Gemäß Art. 33 Abs. 5 GG ist das Recht des öffentlichen Dienstes nur unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln. Darunter sind die Grundsätze zu verstehen, die das Bild des Berufsbeamten prägen und sich über einen größeren Zeitraum bewährt haben<sup>323</sup>. Eine Weiterentwicklung, die das Beamtenrecht an gesellschaftlich veränderte Verhältnisse anpaßt, ist damit nicht ausgeschlossen<sup>324</sup>. Durch diese Möglichkeit der Weiterentwicklung kann sich das Beamtenrecht auch in das aktuelle Staatsleben einfügen.

Der besondere Status der Privatisierungsbeamten wird mit der Funktionsbestimmung des Berufsbeamtentums begründet. Die besondere Aufgabenstellung der Beamten liegt darin, als Diener des Staates den demokratisch-rechtsstaatlichen Gesetzesvollzug sicherzustellen<sup>325</sup>. Daher kann dem Beamten eine im Vergleich zum Angestellten erhöhte Verantwortlichkeit auferlegt werden. Um dieser erhöhten Verantwortlichkeit gerecht zu werden, garantiert der Beamtenstatus eine Unabhängigkeit in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht<sup>326</sup>. Dieser Unabhängigkeit trägt das Dienstverhältnis des Beamten basierend auf dem Lebenszeitprinzip und der grundsätzlichen Unentziehbarkeit des statusrechtlichen Amtes, sowie das Alimentationsprinzip Rechnung. Diesen Vorzügen des Beamtenstatus entspricht eine erhöhte Pflichtenstellung des Beamten.

Zu den hergebrachten Grundsätzen zählt das Bundesverfassungsgericht die Treue- und Gehorsamspflicht des Beamten<sup>327</sup>. So hat der Beamte gegenüber seinem Dienstherrn die Treue- und Gehorsamspflicht zu erfüllen und ist ungeachtet seines dauerhaften Einsatzes in einem privaten Unternehmen der Loyalitätsverpflichtung unterworfen, die für ihn als Amtswalter im Dienst der Allgemeinheit im Verhältnis zu seinem Dienstherrn fortbesteht. Zugleich hat er die Interessen seines Arbeitgebers an einer Gewinnmaximierung zu vertreten. Sicherlich werden die Gemeinwohlinteressen nicht alle Bereiche des Arbeitsverhältnisses bestimmen, jedoch dürfen die statusrechtlichen Pflichten des Beamten nicht außer Acht gelassen werden. Insofern könnte die Tätigkeit der Beamten bei privatwirtschaftlich geführten Unternehmen zu Handlungskonflikten führen, da die konkreten Pflichten der Beamten nicht abbedungen werden können, soweit die Unternehmen Ziele verfolgen oder Handlungen verlangen, die mit den beamtenrechtlichen Grundsätzen nicht in Einklang zu bringen sind. Der Statusbeibehalt sichert den übergeleiteten Beamten ihre Rechte in vollem Umfang. Insofern darf es grundsätzlich auch keinen Beamten mit verminderten Pflichten hinsichtlich seines Status geben<sup>328</sup>.

Anderes könnte sich aber hinsichtlich derjenigen Pflichten ergeben, die lediglich das Verhältnis zwischen Beamten und privaten Unternehmen betreffen. Die uneingeschränkte Fortgeltung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums erscheint im Hinblick auf die damit verbundenen Grundrechtseinschränkungen bedenklich, da das funktionelle Amt des privatisierten Beamten verändert wurde, und die konkrete Tätigkeit nunmehr einem privatwirtschaftlich definierten Aufgabenfeld zuzuordnen ist<sup>329</sup>. Pflichten nach betriebswirtschaftlichen Maximen können durchaus geeignet sein, Prioritäten zu setzen, die die Amtsführungsgrundsätze der §§ 52 ff. BBG verletzen könnten.

---

<sup>323</sup> BVerfGE 58, 68, 76; 70, 69, 79; 83, 89, 98.

<sup>324</sup> Kunig, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Bes VerwR., 11. Aufl. 1999, 6. Abschnitt, Rn. 38.

<sup>325</sup> Blanke/ Sterzel, PersR 1998, 265, 270.

<sup>326</sup> Kutscha, in: Butterwegge/ Kutscha/ Berghahn (Hrsg.), Herrschaft des Marktes – Abschied vom Staat, S. 95; Jachmann/ Strauß, ZBR 1999, 289, 290.

<sup>327</sup> BVerfGE 9, 268, 286 f.; Pieroth/ Schlink, Grundrechte II, 1998, Rn. 1034; Böhm, JA 1993, 171, 173 f.

<sup>328</sup> So auch Weiß, ZBR 1996, 225, 238, der betont, daß es keinen "Beamten light" geben darf, also keinen Beamten mit verminderten Beamtenpflichten; Nokiel/ Jaspers, ZTR 1999, 255, 258.

<sup>329</sup> Blanke/ Sterzel, PersR 1998, 265, 270.

#### 4.1.2.3 Einteilung der Beamtenpflichten in Pflichtenkreise

Da der Beamte auch beim privaten Unternehmen seinen Beamtenstatus grundsätzlich beibehält, müssen für ihn die Beamtenpflichten gelten, die im Zusammenhang mit seinem Status stehen. Diese Pflichten sind von denen zu unterscheiden, die er gegenüber seinem privaten Arbeitgeber hat: den beschäftigungsbezogenen Pflichten. Für die beschäftigungsbezogenen Pflichten gegenüber dem Arbeitgeber ist zu differenzieren, inwieweit der Beamte hierfür beamtenrechtlich verantwortlich gemacht werden kann. Bei den statusrechtlichen Pflichten erübrigt sich diese Diskussion, da diese uneingeschränkt für alle Beamten gleichermaßen gelten müssen.

Insofern richtet sich die Anwendbarkeit der einzelnen Beamtenpflichten nicht danach, inwieweit die statusbezogenen Pflichten konkret im Unternehmen Bestand haben, sondern es ist eine generelle Zweiteilung der Pflichten vorzunehmen und dabei zwischen den beschäftigungsbezogenen und den statusbezogenen Pflichten zu unterscheiden. Da die Privatisierungsbeamten den Unternehmen nur zur Beschäftigung überstellt worden sind, statusmäßig aber ihrem Dienstherrn außerhalb dieses privaten Unternehmens unterstehen, gehören in den beschäftigungsbezogenen Pflichtenkreis nur die Beamtenpflichten, die im Zusammenhang mit der Dienstleistungs- und der Dienstleistungspflicht stehen. Als Folge der Einordnung der Beamten in den betrieblichen Arbeitsprozeß der Aktiengesellschaft unterliegen die weiterbeschäftigten Beamten den Weisungen der privaten Unternehmensführung. Durch das Einbringen seiner Arbeitskraft ist der Beamte funktional in den Betrieb eingebunden und schuldet an Dienstleistung und -leistung das, was der Betrieb ihm abverlangt<sup>330</sup>. Dabei ist die beamtenrechtliche Dienstleistungspflicht insoweit mit den arbeitsrechtlichen Pflichten eines Arbeitnehmers identisch<sup>331</sup>. Alle Pflichten, die über diese Dienstleistungs- und Dienstleistungspflicht hinausgehen, gehören in den statusbezogenen Bereich. Für die Letzteren gelten die beamtenrechtlichen Grundsätze ohne Einschränkung.

Die rechtliche Pflichtenstellung der Beamten ergibt sich aus den §§ 52 ff BBG.

Es ist fraglich, welche konkreten Beamtenpflichten für den Beamten im privaten Unternehmen ihre Geltung gegenüber dem Dienstherrn behalten. Für eine Einschätzung der beschäftigungsbezogenen Pflichten ist zu differenzieren, ob sie unter die Dienstherrnerwartung fallen, welche Pflichten allein der Unternehmenserwartung zuzurechnen sind und welche sich auf beide Erwartungshaltungen beziehen.

##### 4.1.2.3.1 Pflichtenkreis des § 52 BBG

Die öffentlich-rechtliche Natur des Dienst- und Treueverhältnisses unterscheidet das Beamtenverhältnis von dem Arbeitsverhältnis der übrigen öffentlich Bediensteten. Wichtigste Folge des Beamtenstatus ist die Treuepflicht, die der Beamte seinem Dienstherrn schuldet. Mit § 52 Abs. 1 BBG wird das verfassungsrechtlich vorgeschriebene gegenseitige Dienst- und Treueverhältnis als Rechtsverhältnis zwischen den Beamten und dem Dienstherrn gesetzlich ausgestaltet. Der Beamte soll an den Aufgaben des Staates durch unparteiisches gerechtes Dienen zum Wohl der Allgemeinheit teilnehmen<sup>332</sup>. Die gerechte und allgemeinwohlorientierte Amtsführung dient der Integritätserwartung des Beamtentums als Institution, deren Repräsentant der einzelne Beamte ist<sup>333</sup>. Die Integritätserwartung an den Beamten sowohl des Dienstherrn als auch der Bürger kommt auch in § 54 Satz 3 BBG durch die Erwähnung des besonderen Vertrauens zum Ausdruck, das die Allgemeinheit mit dem Beruf des Beamten verbindet. Disziplinarrechtlich wird das Vertrauen in die Integrität des Beamten durch § 77 Abs. 1 Satz 2 BBG und § 14 BDO abgesichert.

Aus § 52 Abs. 2 BBG ergibt sich die Verfassungstreuepflicht, wonach sich der Beamte zu der freiheitlich demokratischen Grundordnung bekennt. Das bedeutet, daß der Beamte seiner positiven Einstellung zu Grundentscheidungen des Grundgesetzes Ausdruck verleiht<sup>334</sup>. Das Beamtenverhältnis verlangt eine besondere Identifikation des Beamten mit dem Staat und der Verfassung.

<sup>330</sup> Weiß, ZBR 1996, 225, 238.

<sup>331</sup> Blanke/ Sterzel, PersR 1998, 265, 275.

<sup>332</sup> Battis, BBG, § 52, Rn. 3.

<sup>333</sup> Weiß, ZBR 1996, 225, 233.

<sup>334</sup> BVerfGE 28, 36, 49; Battis, BBG, § 52 Rn. 8.

Die Integrität der Beamten gegenüber dem Staat und der verfassungsrechtlich verankerten Grundordnung dient der Erfüllung der Dienstherrenenerwartung. Es sind Interessen des Dienstherrn betroffen, soweit es um die Verwirklichung des Allgemeinwohls und der Herstellung von Vertrauen zwischen dem Bürger und dem Staat geht. Unternehmerinteressen werden nicht unbedingt durch die Einhaltung dieser Pflichten geschützt, da das private Unternehmen in der Regel das Allgemeinwohlinteresse nicht den wirtschaftlichen Interessen voranstellen dürfte. Insofern verlangt das Unternehmen keine dem § 52 BBG entsprechende Arbeitsleistung. Das Unternehmen wird in der Regel auch kein Eintreten der Beschäftigten für die freiheitlich demokratische Grundordnung erwarten. Hier stehen die staatlichen Interessen im Vordergrund, so daß der statusrechtliche Pflichtenkreis betroffen ist.

Wenn also der § 52 BBG im statusrechtlichen Bereich anzusiedeln ist, gilt er auch uneingeschränkt für die zugewiesenen Beamten.

In der Praxis ist ein Loyalitätskonflikt des privatisierten Beamten zwischen wirtschaftlichen Unternehmerinteressen und Allgemeinwohlinteressen selten aktuell. Weiß konstruiert das Beispiel des bei der Post AG beschäftigten Beamten, der Gebührenerhöhungen, die den Gewinnmaximierungsinteressen des Unternehmens entsprechen, für allgemeinwohlschädlich erachtet<sup>335</sup>. Dieses Beispiel wirkt allerdings schon deshalb wenig überzeugend, weil die nicht privatisierte Post auch in der Vergangenheit regelmäßig die Gebühren erhöhte, ohne daß die Beschäftigten an diesen Gebührenerhöhungen beteiligt waren. In konsequenter Anwendung der statusrechtlichen Pflichten wäre danach von einem Beamten zu erwarten, daß dieser für das Gemeinwohl eintritt und sich gegen die Gebührenerhöhungen sperrt. Dieser Konflikt läßt sich nicht dadurch lösen, daß gesagt wird, die Privatisierung selbst wäre im Allgemeinwohlinteresse erfolgt oder das privatisierte Unternehmen diene an sich Allgemeinwohlinteressen. Denn damit lägen sämtliche Maßnahmen des erst einmal privatisierten Unternehmens im Allgemeinwohlinteresse. Weiß<sup>336</sup> schlägt vor, den Beamten in einem solchen Konfliktfall von der Geltung des § 52 BBG freizustellen. Eine solche Freistellung wäre jedoch nur mit Zustimmung des Dienstherrn möglich. Stimmt aber der Dienstherr einer Freistellung zu, kann das Allgemeinwohl durch das Handeln des Privatunternehmens nicht gefährdet sein.

#### 4.1.2.3.2 Pflichtenkreis des § 53 BBG

Gemäß § 53 BBG wird dem Beamten Zurückhaltung bei der politischen Betätigung auferlegt. Die Pflicht des Beamten, hinsichtlich politischem Handeln und Äußerungen eine amtsangemessene Mäßigung und Zurückhaltung zu wahren, besteht im Hinblick auf das Vertrauen der Bürger in die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung<sup>337</sup>. Auch hier ist vornehmlich der statusrechtliche Pflichtenkreis betroffen, es gilt das zu § 52 Abs. 2 BBG Gesagte entsprechend. Auch der Beamte im Privatunternehmen hat diese Pflicht zu erfüllen.

Auf der beschäftigungsbezogenen Seite könnte § 53 BBG dann Bedeutung erlangen, wenn der Beamte die Unternehmensstrategien politisch verurteilt und im Rahmen des § 53 BBG politisch gegen seinen Arbeitgeber agiert. In diesem Fall erfüllt der Beamte seine beamtenrechtliche Pflicht aus § 53 BBG, wirkt aber dennoch gegen seinen Arbeitgeber, der disziplinarrechtlich keine Unterbindungsmöglichkeiten hätte. Eine politische Betätigung, die den Anforderungen des § 53 BBG noch entspricht und somit zurückhaltend ausgeübt wird, dürfte dem Arbeitgeber keinen wirtschaftlichen Schaden zufügen. Vielmehr kommt das Gebot der politischen Mäßigungspflicht auch dem Arbeitgeber zugute, da es eine übermäßige politische Betätigung im gleichen Maße einschränkt wie es Arbeitnehmern in sogenannten Tendenzbetrieben verwehrt ist, sich gegen ihren Arbeitgeber zu stellen.

#### 4.1.2.3.3 Pflichtenkreis des § 54 BBG

§ 54 BBG bestimmt die Intensität der Dienstleistungspflicht (Satz 1), die Pflicht zur uneigennützigem und gewissenhaften Amtsführung (Satz 2) und die Pflicht zu achtungswürdigem Verhalten innerhalb und außerhalb des Dienstes (Satz 3).

---

<sup>335</sup> Weiß, ZBR 1996, 225, 239.

<sup>336</sup> Weiß, ZBR 1996, 225, 239.

<sup>337</sup> BVerwGE 84, 292, 296.

Die Pflicht des Beamten, sich mit voller Hingabe seinem Beruf zu widmen, umfaßt auch die Pflicht, sich intensiv seiner Arbeit zu widmen und alle gebotenen und zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen, um seinen Dienst zu erfüllen<sup>338</sup>. Die Pflicht, sich mit voller Hingabe seinem Beruf zu widmen, sein Amt nach bestem Wissen und Gewissen zu verwalten und innerhalb und außerhalb des Dienstes der Achtung und dem Vertrauen gerecht zu werden, die sein Amt erfordert, ist scheinbar zunächst schwierig mit dem Interesse der Aktionäre nach Gewinnmaximierung in Einklang zu bringen zu sein.

§ 54 Satz 1 BBG ist nicht nur allgemein normativer Ausdruck der Dienstleistungspflicht, sondern auch die wesentliche Grundlage für das Verbot des Beamtenstreiks. Eine Verletzung des § 54 BBG hat bei statusrechtlicher Betrachtung eine Enttäuschung der Dienstherrenenerwartung zur Folge. Die Verletzung berührt aber auch die Unternehmenserwartung, da der durch den Streik verursachte Arbeitsausfall das Unternehmen wirtschaftlich schädigt und damit seinen Gewinnmaximierungsinteressen entgegenläuft<sup>339</sup>. Diese Problematik eines Streikrechts für den Privatisierungsbeamten wird an anderer Stelle dargestellt (vgl. Streikrecht der zugewiesenen Beamten und Funktionsvorbehalt, Seite 74 ff.).

Die Pflicht, das Amt uneigennützig zu erfüllen, ergänzt die sich aus § 54 Abs. 1 Satz 2 BBG ergebende Pflicht zur unparteilichen gerechten Amtsführung<sup>340</sup>. Um den Beamten eventuell auftretende Gewissenskonflikte zu ersparen, ermöglicht § 59 BBG die Befreiung des Beamten von Amtshandlungen, die sich gegen ihn selbst oder einen Angehörigen richten. Die Pflicht, das Amt nach bestem Gewissen zu verwalten, beinhaltet die Selbstüberprüfung hinsichtlich der gerechten und allgemeinwohlverträglichen Amtsausführung. Satz 3 verlangt in einer Generalklausel, daß das Verhalten des Beamten innerhalb und außerhalb des Dienstes der Achtung und dem Vertrauen gerecht wird, das sein Beruf erfordert.

Grundsätzlich erfordert die Amtsbezogenheit der Verhaltenspflicht eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Beamtengruppen. So sind an die personellen und dienstlichen Voraussetzungen eines Beamten in leitender Position höhere Anforderungen als an einen Beamten in einem verhältnismäßig niedrigerem Amt zu stellen. In diesem Rahmen könnte auch die Beschäftigung eines Beamten bei einem Privatunternehmen Berücksichtigung finden. Dabei ist nicht allgemein darauf abzustellen, daß der Beamte in einem Privatunternehmen tätig ist, und schon allein aus diesem Grund das Gebot des § 54 BBG nicht oder nur eingeschränkt zu beachten wäre. Vielmehr ist die Tätigkeit des Beamten, vergleichbar dem konkret-funktionalen Amt, entscheidend für die Anforderungen an die Verhaltenspflicht.

#### 4.1.2.3.4 Pflichtenkreis des § 55 BBG

Gemäß § 55 Satz 1 BBG hat der Beamte seine Vorgesetzten zu beraten und zu unterstützen. Die Beratungs- und Unterstützungspflicht folgt aus dem Hingabe- und Verhaltensgebot des § 54 Satz 1 und 3 BBG und dient der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung<sup>341</sup>. § 55 Satz 2 BBG statuiert die Weisungsgebundenheit des Beamten gegenüber seinem Vorgesetzten. Vorgesetzter im Sinne dieser Vorschrift ist der Dienstherr, nicht der Arbeitgeber. Über den Wortlaut hinaus gilt die Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit nicht nur gegenüber dem Dienstherrn, sondern auch gegenüber gleichgeordneten und nachgeordneten Mitarbeitern. Insofern gehören diese Pflichten sowohl in den statusrechtlichen als auch in den beschäftigungsbezogenen Pflichtenkreis. Bei den Anforderungen an die Verhaltenspflichten ist zwischen den beiden „Vorgesetzten“ Dienstherr und Arbeitgeber zu differenzieren. Soweit der Arbeitgeber aufgrund der übertragenen Dienstherrenbefugnisse ein Weisungsrecht gegenüber dem Beamten besitzt, ist der Beamte bezogen auf die betriebliche Dienstaussübung seinem Arbeitgeber zum Gehorsam verpflichtet. Dennoch bleibt er außerhalb des privaten Unternehmens auch weiterhin seinem Dienstherrn verpflichtet. Ein Loyalitätskonflikt ist nicht ausgeschlossen, insbesondere deshalb, weil der Dienstherr zur Ausübung seiner disziplinarrechtlichen Befugnisse auf die Unterstützung des beim Unternehmen beschäftigten Beamten angewiesen ist.

---

<sup>338</sup> Battis, BBG, § 54, Rn. 3; Plog/ Wiedow/ Beck/ Lemhöfer, BBG, § 54 Rn. 2.

<sup>339</sup> Weiß, ZBR 1996, 225, 238.

<sup>340</sup> Battis, BBG, § 54, Rn. 4; Plog/ Wiedow/ Beck/ Lemhöfer, BBG, § 54 Rn. 3.

<sup>341</sup> Battis, BBG, § 55 Rn. 2; Plog/ Wiedow/ Beck/ Lemhöfer, BBG, § 55 Rn. 4.

#### 4.1.2.3.5 Pflichtenkreis der §§ 61 ff. BBG

Die §§ 61 ff. BBG regeln die dienstrechtliche Pflicht des Beamten zur Amtsverschwiegenheit im öffentlichen Interesse, insbesondere zum Schutz der dienstlichen Belange der Behörde. Auch der von der Amtshandlung betroffene Bürger und dessen Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung wird geschützt<sup>342</sup>. Die Geheimhaltungspflicht schützt den Bürger vor unbefugter Offenbarung von Geheimnissen, die zum persönlichen Lebensbereich gehören, sowie Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Insofern fallen Dienstherr und Bürger in den Schutzbereich der Regelungen. Die Pflicht ist daher sowohl dem statusrechtlichen als auch dem beschäftigungsbezogenen Bereich zuzuordnen. Zum einen werden die Belange des Dienstherrn gegenüber der Öffentlichkeit, zum anderen die Belange des Arbeitgebers bezogen auf Betriebsgeheimnisse gewahrt. Dem steht auch nicht die Wortwahl „amtliche Tätigkeit“ in § 61 Abs. 1 Satz 1 BBG entgegen. Das Merkmal der amtlichen Tätigkeit ist nach der Privatisierung für die Geltung der beamtenrechtlichen Pflichten vergleichbar der von den Beamten nunmehr im privaten Unternehmen wahrgenommenen Tätigkeit. Insofern liegt eine Geheimhaltungspflicht geheimnisgeschützter Angelegenheiten des Unternehmens in erster Linie im Interesse des privaten Arbeitgebers. Dies kommt auch durch Art. 10 GG, sowie den §§ 39 f. PostG zum Ausdruck, wonach jeder zur Wahrung des Postgeheimnisses verpflichtet ist, der geschäftsmäßig Postdienste erbringt oder daran mitwirkt (§ 39 Abs. 2 Satz 1 PostG).

#### 4.1.2.3.6 Ergebnis: Geltung der Beamtenpflichten

Hinsichtlich der Geltung der Beamtenpflichten der §§ 52 ff. BBG ist abschließend festzustellen, daß sämtliche Pflichten ihren statusbezogenen Gehalt nicht durch die Privatisierung verloren haben.

Für die Bewertung, ob die beamtenrechtlichen Pflichten für den privatisierten Beamten weiterhin gelten, ist gerade nicht auf die funktionale Beschäftigung bei den privaten Unternehmen abzustellen. Vielmehr ist in den Konfliktbereichen zwischen den statusbezogenen bzw. den beschäftigungsbezogenen Pflichtenkreisen zu differenzieren. Soweit der Statusbereich betroffen ist, kommt eine Einschränkung der Pflichten nicht in Betracht. Für den beschäftigungsbezogenen Bereich ist die jeweilige Pflichtennorm auszulegen. Zum Teil spielen die beamtenrechtlichen Pflichten sowohl für den status- als auch für den beschäftigungsbezogenen Bereich eine Rolle und schützen das Unternehmen gleichermaßen wie den Dienstherrn.

Es bleibt aber im Ergebnis festzuhalten, daß sämtliche Pflichten, die den nicht privatisierten Beamten treffen, auch für den im privatisierten Unternehmen beschäftigten Beamten ihre Bedeutung behalten haben und damit das dienstrechtliche Verhältnis zwischen den privatisierten Beamten und dem öffentlichen Dienstherrn prägen. Da diese Pflichten ihre Bedeutung nicht verloren haben, gilt gegenüber Pflichten, die dem Beamten gegenüber seinem privaten Arbeitgeber auferlegt sind, immer der Vorrang des Beamtenrechts.

#### 4.1.3 Geltung des Disziplinarrechts für die privatisierten Beamten

Das Disziplinarrecht dient der Erfüllung der Aufgabe, den staatlichen Auftrag der öffentlichen Verwaltung durch Beamte umzusetzen<sup>343</sup>.

##### 4.1.3.1 Die Disziplinarrechtsstellung

Eine Anwendung des Disziplinarrechts auf die zugewiesenen Beamten ist jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn der Beamte hoheitliche Aufgaben ausführt.

Private Arbeitgeber können grundsätzlich keine Beamten beschäftigen, da die Privaten keine hoheitlichen Aufgaben erfüllen. Jedoch ist die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben eine der Voraussetzungen für das spezifische Verhältnis des Beamten zu seinem Dienstherrn. Bestehen nun keine Amtspflichten im hergebrachten Sinne mehr, wird vertreten, daß sich der Status des privatisierten Beamten im Verhältnis zum Beamten des öffentlichen Dienstes verändert und vielmehr dem Status eines Tarifbediensteten angeglichen hat<sup>344</sup>. In der Folge wäre bei Dienstpflichtverletzungen nicht das öffentlich-rechtliche Disziplinarrecht, sondern ausschließlich

---

<sup>342</sup> BVerfGE 65, 1, 43 f.

<sup>343</sup> Ausführlicher: Schwandt, Die Schutzfunktion des Beamtendisziplinarrechts, DÖD 1998, 1 ff..

<sup>344</sup> Hummel, PersR 1996, 18, 18.

privates Arbeitsrecht anzuwenden. Die Beamten wären danach bei Verstößen gegen dienstrechtliche Pflichten wie die Arbeitnehmer zu behandeln.

Folgt man der Auffassung von Hummel und Spoo<sup>345</sup>, daß für den privatisierten Beamten keine Amtspflichten mehr bestehen, kann ihre Nichterfüllung auch nicht als Dienstvergehen geahndet werden. Die Rechtsgrundlage für die Anwendung des Beamten- und Disziplinarrechts auf privatisierte Beamte wäre mit der Privatisierung weggefallen.

Das Verhalten des privatisierten Beamten knüpft danach allein an die dienstlichen Aufgaben an. Dienstliche Aufgaben erfüllt der privatisierte Beamte jedoch nicht mehr. Dies ergibt sich nach dieser Ansicht insbesondere aus dem im Rahmen der Privatisierung der Deutschen Bundespost neu eingeführten Art. 143 b Abs. 3 Satz 1 GG. Eine dienstliche Tätigkeit wird in § 4 Abs. 1 PostPersRG lediglich fingiert. Stellt man jedoch auf die tatsächliche Tätigkeit des Beamten ab, kann nach Ansicht von Hummel<sup>346</sup> eine dienstliche Tätigkeit nicht über ein Gesetz fingiert werden. Danach hätte der privatisierte Beamte keine Dienstpflichten im Sinne der Beamtenengesetze, gegen die er verstoßen könnte, und die disziplinarrechtliche Konsequenzen hätten.

Dem kann nicht zugestimmt werden. Die vom Gesetzgeber konstruierte Fiktion des Dienstes führt nicht zu einem gänzlichen Wegfall jeglicher disziplinarrechtlicher Konsequenzen für die privatisierten Beamten. Sinn und Zweck einer Dienstfiktion liegt gerade in einer Pflichtenbindung des Beamten, da der Dienst ein zentraler Begriff des Beamtenrechts ist, aus dessen Anwendung sich beamtenrechtliche Rechtsfolgen ableiten<sup>347</sup>. Danach bleiben mit dem Stuserhalt auch die Verpflichtungen des Privatisierungsbeamten gegenüber dem Dienstherrn verbunden. Die Einhaltung der Beamtenpflichten ist jedoch nur bei einer Anwendung des Disziplinarrechts zu gewährleisten. Dementsprechend muß für die weiterbeschäftigten Beamten als unmittelbare Bundesbeamte die Bundesdisziplinarordnung uneingeschränkt gelten<sup>348</sup>.

Die Negierung der Geltung des Disziplinarrechts für die Privatisierungsbeamten entspringt der Vorstellung, daß es sich bei dem privatisierten Unternehmen um auf Gewinnmaximierung ausgerichtete Privatbetriebe und nicht um den öffentlichen Dienst handelt. Für reine Privatbetriebe erscheint eine Anwendbarkeit des staatlichen Disziplinarrechts unangebracht. Abgestellt wird dabei insbesondere auf die Doppelstellung des Beamten, die ein atypisches Beamtenverhältnis schafft<sup>349</sup>.

Dabei ist zu beachten, daß der Gesetzgeber selbst für die privatisierten Beamten einen Doppelstatus als Beamter und Arbeitnehmer konstruierte. Auswirkungen hat dieser Doppelstatus auf die Geltung der Beamtenpflichten, da er eine Aufspaltung dieser in status- und beschäftigungsbezogene Pflichten bewirkt. Diese Aufteilung wiederum wirkt hinein in das Disziplinarrecht als Bestandteil des Beamtenrechts.

Das Disziplinarrecht ist im wesentlichen auf die öffentlich-rechtliche Pflichtenbindung der Beamten ausgerichtet. Das sind insbesondere die Pflichten, die durch den Sinn und Zweck des konkreten Dienst- und Treueverhältnisses gefordert werden, also die statusbezogenen Pflichten. Insofern ist für die Gewährleistung der weiteren Einhaltung dieser statusbezogenen Pflichten auch eine Anwendung des beamtenrechtlichen Disziplinarrechts unabdingbar. Daher ist gerade nicht entscheidend, ob der Beamte bei einem öffentlichen oder einem privaten Unternehmen tätig ist. Abzustellen ist allein darauf, daß er statusmäßig Beamter ist und somit Repräsentant des Beamtentums als Institution<sup>350</sup>. Für die Allgemeinheit dürfte es auch kaum einen Unterschied machen, ob der Beamte gegen seine Pflichten als Mitarbeiter des öffentlichen Dienstes oder des privaten Unternehmens verstoßen hat, solange er eben Beamter ist.

---

<sup>345</sup> Hummel, PersR 1996, 18, 18; Spoo, PersR 1997, 399, 399.

<sup>346</sup> Hummel, PersR 1996, 18, 18.

<sup>347</sup> Begründung zu § 4 Abs. 1, in: BT-Drucks. 12/6718, S. 130.

<sup>348</sup> So auch Lorenzen, ZfPR 1995, 130, 131; Weiß, ZBR 1996, 225, 228; Nokiell/ Jasper, ZTR 1999, 255, 257.

<sup>349</sup> Spoo, Anwendung des Disziplinarrechts auf „privatisierte“ Beamte, PersR 1997, 399, 399; auch Blanke/ Sterzel, PersR 1998, 265, 274, fordern eine Reduktion der Anwendung des Disziplinarrechts, beziehen sich aber insbesondere auf die disziplinarische Ahndung außerdienstlichen Verhaltens der privatisierten Beamten. Die Betrachtung der Anwendung des außerdienstlichen Verhaltens der Beamten wird hier nicht weiter verfolgt.

<sup>350</sup> Arnauld, DÖV 1998, 437, 447; Weiß, ZBR 1996, 225, 233.

Für die ausschließlich beschäftigungsbezogenen Pflichten könnte sich eine differenzierte Betrachtung ergeben, wenn ein Verstoß gegen Dienstleistungspflichten ausschließlich im privatwirtschaftlichen Bereich nicht unter die öffentlich-rechtliche Pflichtenbindung des Beamten fällt und damit keine disziplinarrechtlich relevante Pflichtwidrigkeit darstellt. Probleme ergeben sich aus der Doppelstellung der Beamten auch hinsichtlich der Ausübung disziplinarrechtlicher Befugnisse.

### 4.1.3.2 Statusbezogene Pflichtverstöße

#### 4.1.3.2.1 Regelungen der DBAG

Die disziplinarrechtliche Stellung der übergeleiteten Beamten ergibt sich aus den gesetzlichen Regelungen, die klarstellen, daß die der Deutschen Bahn AG zugewiesenen Beamten im Dienst des Bundes als unmittelbare Bundesbeamte, Art. 1 § 7 ENeuOG, und nicht der DBAG stehen. Insofern gilt für sie das Bundesbeamtenrecht und damit die Pflichtenregelung der §§ 52 ff. BBG und die Dienstvergehensvorschrift des § 77 BBG<sup>351</sup>. Gemäß § 1 BDO gilt die Bundesdisziplinarordnung für Beamte, die dem Bundesbeamtengesetz unterliegen. Wie oben dargestellt, gelten die im BBG festgeschriebenen Pflichten für die im privaten Unternehmen beschäftigten Beamten, so daß der persönliche Anwendungsbereich der BDO eröffnet ist.

Bei der DBAG behält die disziplinarrechtliche Verantwortlichkeit das BEV als die Dienstherrenfunktionen wahrnehmende Personalführungsbehörde. Insofern ist oberste Dienstbehörde nicht der Bundesminister für Verkehr, sondern der BEV-Präsident, dem auch in disziplinarrechtlicher Hinsicht die Verwaltung des der DBAG gesetzlich zugewiesenen Personals obliegt. Eine Rahmenvereinbarung zwischen BEV und DBAG ermöglicht das Zusammenwirken bei der Ausübung der Disziplinargewalt (Rahmenvereinbarung zwischen BEV und DBAG in dienstrechtlichen Angelegenheiten für die der Gesellschaft zugewiesenen und zu ihr beurlaubten Beamten des BEV<sup>352</sup>).

Das BEV ist zur Ausübung der Disziplinargewalt auf ein Zusammenwirken mit der DBAG angewiesen. Dies betrifft insbesondere den Beginn eines Disziplinarverfahrens, denn nach Art. 2 § 12 Abs. 5 ENeuOG ist zur Wahrnehmung von Disziplinarbefugnissen die DBAG verpflichtet, dem BEV die zur Wahrnehmung der Dienstherrenaufgaben erforderliche Unterstützung zu leisten und alle hierzu notwendigen Auskünfte zu erteilen. Insofern ist das BEV auf eine Zuarbeit der DBAG angewiesen. Erfährt beispielsweise das BEV nichts vom Verdacht eines Dienstvergehens, kann es dem Verfolgungsgrundsatz des § 26 Abs. 1 Satz 1 BDO nicht nachkommen, so daß die Effektivität des gesetzlichen Verfolgungsgebotes letztlich in der Hand des privaten Unternehmens liegt. Darin liegt eine Problematik, die sich aus der Trennung zwischen Dienstherrn und Arbeitgeber und der Einschaltung des BEV als Personalführungsbehörde ergibt.

Das private Unternehmen wird in der Regel kein Interesse an einem kostenintensiven Disziplinarverfahren haben, insbesondere wenn es sich um eine Verfehlung aus dem Bereich des statusbezogenen Pflichtenkreises handelt<sup>353</sup>. Eine derartige Pflichtwidrigkeit könnte dem Privatunternehmen als nicht verfolgungswürdig erscheinen. Zum einen ergibt sich das mangelnde Interesse des Unternehmens aus den Kosten, die ein Disziplinarverfahren mit sich bringt, zum anderen wird nach beschäftigungsbezogener Betrachtung dem Fehlverhalten keine disziplinarrechtliche Bedeutung beigemessen werden. Insbesondere § 55 Satz 1 BBG hilft dem Dienstherrn hier nicht, da dies im Fall eines Fehlverhaltens des privatisierten Beamten einer Selbstanzeige gleichkäme. Die „Rahmenvereinbarung zwischen BEV und DB AG in dienstrechtlichen Angelegenheiten für die der Gesellschaft zugewiesenen und zu ihr beurlaubten Beamten des Bundeseisenbahnvermögens“<sup>354</sup> gilt als Grundlage für eine vom BEV herausgegebene „Anleitung zur Durchführung von disziplinarischen Vorermittlungen gegen zugewiesene Beamte durch die DBAG“<sup>355</sup>.

---

<sup>351</sup> Weiß, ZBR 1996, 225, 226.

<sup>352</sup> DBAGZustVO vom 29.07.1994, BGBl. I S. 53/54.

<sup>353</sup> So auch Weiß, Geltungs- und Anwendungsfragen des Beamtendisziplinarrechts in Grenzlagen – ein systematischer Überblick unter Berücksichtigung neuerer Rechtsentwicklungen, PersV 1995, 241, 250.

<sup>354</sup> BGBl. I, 1994, S. 53.

<sup>355</sup> Weiß, ZBR 1996, 225, 244; geltend seit Herbst 1995, abgedruckt in GKÖD D 902; danach verpflichtet sich die DBAG zur Unterstützung des BEV bei der Wahrnehmung der Dienstherrenaufgaben und zur Erteilung der notwendigen Auskünfte nach § 12 Abs. 5 DBGrG.



Damit soll die Effektivität des gesetzlichen Verfolgungsgebots disziplinen Fehilverhaltens der zugewiesenen Beamten sichergestellt werden.

Die Sicherung des Legalitätsprinzips erscheint jedoch fraglich angesichts einer am Gewinn orientierten DBAG, die über die Einhaltung des Disziplinarrechts zu wachen hat. Somit ist der bei der DBAG beschäftigte Beamte zwar disziplinarrechtlich seinem Dienstherrn unterworfen. Selbst wenn ein allgemeines Fehlverhalten von der DBAG nicht zu beanstanden wäre, könnte dieses disziplinarrechtliche Konsequenzen seitens des BEV nach sich ziehen. Es gilt insoweit der Vorbehalt des Beamtenrechts. Die DBAG kann die bei ihr beschäftigten Beamten nicht von beamtenrechtlichen Verpflichtungen freistellen. In der Praxis ist Schwachstelle bei der Einhaltung des disziplinarrechtlichen Verfolgungsgrundsatzes die Abhängigkeit des BEV von dem privaten Unternehmen hinsichtlich einer disziplinarrechtlichen Einschätzung und einer entsprechenden Mitteilung durch das private Unternehmen.

### 4.1.3.2.2 Regelungen bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost

Nach der Dienstfiktion des § 4 Abs. 1 PostPersRG gilt die berufliche Tätigkeit der übergeleiteten Beamten als Dienst. Diese Fiktion stellt klar, daß die Beschäftigung bei einem Privatunternehmen zwar kein Dienst im Sinne des Beamtenrechts ist, aber gerade die Rechtsfolge des Beamtenrechts auch für die privatisierten Beamten gelten soll<sup>356</sup>.

Mehrfach wurde vor allem von Seiten der Gewerkschaften die Forderung erhoben, die bei den Aktiengesellschaften beschäftigten Beamten sollten in ihrer Disziplinarrechtsstellung den Tarifkräften gleichgestellt werden<sup>357</sup>. Die DPG schlug vor, im PostPersRG vorzusehen, daß nur die schuldhaft Pflichtverletzung der sich aus der beruflichen Tätigkeit ergebenden Dienstleistungspflicht als Dienstvergehen gelten solle. Der Umfang der Dienstleistungspflichten sollte sich nach den Arbeitspflichten bestimmen, die für einen Arbeitnehmer auf einem vergleichbaren Arbeitsposten maßgeblich sind. Gesetzlich wurde im Ergebnis keine Regelung geschaffen, die die disziplinarrechtliche Verantwortlichkeit des übergeleiteten Beamten in irgendeiner Weise abschwächen könnte. Dieses Ergebnis entspricht dem Beibehalt des Beamtenstatus und dem daraus resultierenden Vorbehalt des Beamtenrechts.

### 4.1.3.2.3 Zusammenwirken von BAPost und Unternehmen

Nach dem Beleihungsmodell bei der Überleitung der Beamten blieben die Dienstherrn befugnisse und die Ausübung der Disziplinargewalt bei dem Dienstherrn Bund. Insofern übt das Bundesministerium für Finanzen nach § 20 PostPersRG die Rechtsaufsicht aus und kann auch eine Disziplinarsache an sich ziehen und anstelle des Beliehenen entscheiden. Dennoch ist in Disziplinarverfahren, Entlassungen und Zuruhesetzungen eine externe Prüfungsinstanz, die BAPost, eingeschaltet. Das Vertrauen der Beamten in die Rechtmäßigkeit der dienstrechtlichen Eingriffe soll durch diese unabhängige Bundesanstalt gestärkt werden<sup>358</sup>. Die vorgesehene Disziplinarentscheidung ist zuvor von der BAPost auf Rechtmäßigkeit und sachgerechte Ausübung des Ermessens zu überprüfen, wie es die korrespondierenden Vorschriften der §§ 15 BAPostG, 1 Abs. 6 Satz 1 und 2 PostPersRG regeln. Jedoch ist ein Zusammenwirken von BAPost und Unternehmen nur sachlich beschränkt vorgesehen, insbesondere entzieht es sich dem gesetzlichen Prüfungsauftrag der BAPost, ob es in Ansehung des Verfolgungsgrundsatzes des § 26 Abs. 1 BDO rechtmäßig ist, keine Vorermittlungen zu veranlassen oder ein Disziplinarverfahren einzustellen, § 33, 27 BDO. Gerade diese Entscheidungen werden letzten Endes von den beliebigen Stellen ausgeübt, die rechtlich in einem anderen Umfeld stehen, als die übergeleiteten Beamten.

Die Möglichkeit der Rechtsaufsicht folgt aus § 20 PostPersRG. Es drängt sich jedoch auch hier die Frage auf, inwieweit von den Unternehmen die nötige Aufklärung erfolgt, so daß Pflichtwidrigkeiten gemeldet und disziplinarrechtlich verfolgt werden können. Jedenfalls verbleiben insoweit die disziplinarrechtlichen Aufsichtsbefugnisse bei dem Dienstherrn, so daß dieser zur umfassenden Überprüfung der von den Organen der Aktiengesellschaft getroffenen Entscheidungen berechtigt und verpflichtet ist.

---

<sup>356</sup> BT-Drucks. 12/6718, S. 93; Weiß, ZBR 1996, 225, 229.

<sup>357</sup> DPG Heidorn, GKÖD II D 913.

<sup>358</sup> BT-Drucks. 12/8060, S. 184.

#### 4.1.3.3 Beschäftigungsbezogene Pflichtverstöße

Auch hinsichtlich der beschäftigungsbezogenen Pflichtverstöße ist das Disziplinarrecht für die Beamten anwendbar. Dies ergibt sich aus der ausschließlichen Geltung des Beamtenrechts auf die privatisierten Beamten vor dem Hintergrund des uneingeschränkten Statusbeibehalts.

Wehner/ Czaika<sup>359</sup> zeigen das Problem auf, daß ein betriebliches Verhalten der bei den Aktiengesellschaften beschäftigten Beamten, welches als innerdienstliche Pflichtverletzung anzusehen ist, bei einer Anwendung der Bundesdisziplinarordnung diese für die kommerziellen Interessen der Aktiengesellschaften instrumentalisieren würde. Damit wären unzulässigerweise die Gewinninteressen der Aktiengesellschaften mit den Pflichten des Berufsbeamtentums verknüpft. Jedoch ist neben den Interessen des Arbeitgebers insbesondere die Integrität des Dienstherrn betroffen. Nur unter dieser Voraussetzung kommt eine Verletzung von Pflichten in Betracht, die disziplinarrechtliche Konsequenzen nach sich zieht.

Hinsichtlich der auf seine berufliche Tätigkeit bezogenen Pflichtverletzungen, die die vom Beamten zu erbringende Arbeitsleistungen betreffen, ergibt sich ein besonderes Problem. Da für die AG-Beamten im Verhältnis zur Aktiengesellschaft ein Arbeitsverhältnis nicht begründet worden ist, könnten derartige Pflichtverstöße infolge des fortbestehenden Dienstverhältnisses formalrechtlich nur disziplinarrechtlich verfolgt werden, ungeachtet der Tatsache, daß der privatisierte Beamte gerade nicht als Amtswalter des Staates fungiert<sup>360</sup>.

Das hier bestehende Regelungsdefizit ist nach Ansicht von Blanke/ Sterzel<sup>361</sup> in der Weise zu beheben, daß für die AG-Beamten hinsichtlich Pflichtverletzungen, die in ihrer Dienstleistungspflicht gegenüber der Aktiengesellschaft begründet sind, das Disziplinarrecht nur noch in der Parallelwertung zum Arbeitsrecht Anwendung findet. Das bedeutet, daß Disziplinarmaßnahmen nur insoweit in Betracht kommen, als das beanstandete Verhalten bei einem Arbeitnehmer vom Tatbestand her arbeitsrechtliche Sanktionen auslösen könnte.

Dies bedeutete eine schleichende Auflösung des Beamtenstatus und müßte auch zu rechtlichen Konflikten führen, weil das Arbeitsrecht einen vom Disziplinarrecht abweichenden Sanktionsmechanismus kennt. So ist das Institut der Abmahnung mit konkret definierten Tatbestandsmerkmalen eine arbeitsrechtliche Sanktion, die dem Disziplinarrecht völlig fremd ist. Sie ist darüber hinaus in der Regel die rechtliche Voraussetzung für weitergehende Sanktionen wie etwa der Kündigung, also der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, während die Beendigung des Beamtenverhältnisses durch eine Entlassung völlig andere Tatbestandsmerkmale voraussetzt.

#### 4.1.3.4 Ergebnis: Geltung des Disziplinarrechts

Das beamtenspezifische Disziplinarrecht bleibt auch für die bei der DBAG und die bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost beschäftigten Beamten ohne Einschränkungen anwendbar. Auch in den beschäftigungsbezogenen Bereichen findet keine Bewertung des Fehlverhaltens von Beamten durch die Anwendung des Arbeitsrechts statt, da allein auf den erhaltenen Status der Beamten auch in den privatisierten Unternehmen abzustellen ist, der sowohl hinsichtlich des beamtenrechtlichen Pflichtenkatalogs, als auch hinsichtlich der disziplinarrechtlichen Verantwortlichkeit unverändert geblieben ist.

#### 4.1.4 Streikrecht der zugewiesenen Beamten und Funktionsvorbehalt

Der Beamtenstatus ist durch das besondere Treueverhältnis des Beamten zu seinem Dienstherrn gekennzeichnet, welches ein Streikrecht als Arbeitskampfmittel grundsätzlich ausschließt. Demgegenüber stehen die Arbeiter und Angestellten in einem privatrechtlichen vertraglich begründeten Beschäftigungsverhältnis und besitzen das Recht, zur Durchsetzung ihrer beschäftigungsbezogenen Forderungen zu streiken.

<sup>359</sup> Wehner/ Czaika, ZTR 1998, 441, 447.

<sup>360</sup> Blanke/ Sterzel, PersR 1998, 265, 275.

<sup>361</sup> Blanke/ Sterzel, PersR 1998, 265, 275.

#### 4.1.4.1 Allgemeines Streikverbot für Beamte

Der Staat nimmt im Arbeitskampf eine Doppelfunktion als Hoheitsträger und gleichzeitig als Tarif- und Arbeitskampfpartei ein. Für den Staat gilt eine Neutralitätspflicht sowohl für Tarifverhandlungen wie auch für Arbeitskämpfe<sup>362</sup>.

Diese Neutralitätspflicht ergibt sich aus Art. 9 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG sowie als Ausgestaltung in §§ 25 KSchG, 116 AFG. Sie besteht auch dann, wenn der Staat selbst Arbeitskampfpartei ist. Auswirkungen staatlichen Handelns auf die Tarifautonomie sind an Art. 9 Abs. 3 GG zu messen. Für die Beamten stellt Art. 33 Abs. 4, Abs. 5 GG eine verfassungsimmanente Schranke der Rechte nach Art. 9 Abs. 3 GG dar. So leitet sich das Streikverbot für Beamte sowohl aus dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG, als auch aus den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG ab<sup>363</sup>.

Das nicht unumstrittene Streikverbot<sup>364</sup> ergibt sich als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums, insbesondere aus der Treuepflicht des Beamten aber auch daraus, daß die Rechtsverhältnisse der Beamten durch Gesetz geregelt werden, und tarifvertraglichen Regelungen nicht zugänglich sind. Durch einen Streik der Beamten wäre auch die Allgemeinheit betroffen, und nicht in erster Linie der Arbeitgeber wie in der Privatwirtschaft<sup>365</sup>. Allerdings ist zwischen Koalitionsrecht und koalitionsgemäßer Beteiligung zu unterscheiden. Die Koalitionsfreiheit gilt auch im Beamtenverhältnis, lediglich Arbeitskampfmaßnahmen sind nach richtiger Ansicht nicht zulässig.

#### 4.1.4.2 Streikrecht für den privatisierten Beamten

Die privatisierten Beamten dienen nicht lediglich den Interessen des Volkes nach § 52 Abs. 1 BRRG, sondern auch einem Privatrechtssubjekt. Für die Privatunternehmen stehen Gewinnmaximierungsinteressen im Vordergrund, zu deren Verwirklichung auch der privatisierte Beamte beiträgt. Insofern stellt sich die Frage, inwieweit die uneingeschränkte Aufrechterhaltung des Pflichtenstatus sich rechtfertigen läßt<sup>366</sup>, so daß auch für den im privaten Unternehmen beschäftigten Beamten das Streikverbot gilt.

Diese Frage ist im Zusammenhang mit dem Beibehalt des Beamtenstatus auch in dem privatisierten Unternehmen und der Geltung der Beamtenpflichten für die privatisierten Beamten zu klären. Selbst wenn durch die Zuweisung des Beamten zu einem privaten Unternehmen seine Rechtsstellung grundsätzlich nicht berührt wird, sind jedoch Veränderungen hinsichtlich des übertragenen Amtes und der konkreten wahrzunehmenden Tätigkeit für den betroffenen Beamten nicht ausgeschlossen<sup>367</sup>. Bei der Diskussion um ein Streikrecht für den privatisierten Beamten ist zu beachten, daß auch für die Tarifbediensteten kein unbeschränktes Streikrecht existiert. Vielmehr wird das Streikrecht an die Tarifautonomie gekoppelt.

Mit der Eingliederung des Beamten in den Betrieb nimmt der Beamte faktisch Unternehmensaufgaben wahr. Dies könnte dagegen sprechen, das grundsätzlich für den „Normalbeamten“ geltende Arbeitskampfverbot auch für die privatisierten Beamten aufrecht zu erhalten. Die modifikationslose Anordnung des Streikverbots sieht sich dem Einwand ausgesetzt, zu einer Überdehnung der beamtenrechtlichen Pflichten zu führen. Denn das Arbeitskampfverbot verliert weitgehend seinen Sinn, wenn der Beamte keine Staatsaufgaben mehr wahrnimmt<sup>368</sup>. Dann ist auch die besondere Loyalitätsbindung, die sich aus dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG ableitet, gelockert. Der

<sup>362</sup> Pfohl, PersV 1993, 193, 194; Hanau/ Adomeit, Arbeitsrecht, C III 2, S. 82.

<sup>363</sup> BVerfGE 8, 1, 17 und 19; 44, 249, 264; Scheerbarth/ Höffken/ Bauschke/ Schmidt, Beamtenrecht, § 3 III 2.

<sup>364</sup> BVerfGE 8, 1, 15 f.; 8, 8, 35; 19, 303, 322; 44, 249, 264; Jachmann/ Strauß, ZBR 1999, 289, 293; Bauschke, in: Scheerbarth/ Höffken/ Bauschke/ Schmidt (Hrsg.), Beamtenrecht, § 3 III 2, S. 69.

<sup>365</sup> Pfohl, PersV 1993, 193, 194.

<sup>366</sup> Engels/ Mauß/ Müller, DB 1994, 473, 479; Benz, DÖV 1995, 679, 683.

<sup>367</sup> Engels/ Müller/ Mauß, DB 1994, 473, 479; Begründung zu Art. 1 Nr. 6, 7 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes, BR-Drucks. 130/93, S. 14.

<sup>368</sup> Blanke/ Sterzel, Probleme der Personalüberleitung, ArbuR 1993, 265, 274; dies., Ab die Post? Die Auseinandersetzung um die Privatisierung der Deutschen Bundespost, KJ 1993, 278, 300; Schulz, Kein Streikverbot für die Beamten der Deutschen Post AG, der Deutschen Postbank AG und der Deutschen Telekom AG ?, ZTR 1995, 438, 441.

Funktionsvorbehalt rechtfertigt sich nur aus dem Dienst- und Treueverhältnis bei der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben, um deren Erfüllung es bei dem Einsatz von Beamten in einer privaten Aktiengesellschaft aber nicht mehr geht.

Ähnlich argumentiert auch die deutsche Postgewerkschaft und regte die Aufnahme eines neu hinzuzufügenden Absatzes in das EPostPersRG an, wodurch den bei der Aktiengesellschaft beschäftigten Beamten ein uneingeschränktes Koalitionsrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG zustehen sollte. Besteht also eine Inkongruenz von Beamtenstatus und Beamtentätigkeit, da der Beamte faktisch nicht wie ein Beamter tätig ist, gibt es danach auch keine Rechtfertigung für Grundrechtseinschränkungen.

Wie festgestellt, wurde die Loyalitätsbindung an den Staat gerade nicht aufgelöst. Zwar werden die Einkommens- und Arbeitsbedingungen durch die Aktiengesellschaften geregelt, aber dennoch bleibt Dienstherr der privatisierten Beamten der Bund. Dadurch bleiben die Beamten trotz der Eingliederung in den Betrieb des privaten Unternehmens dem öffentlichen Dienst zugeordnet.

Ein völlig unveränderter Rechtsstatus zieht einen unveränderten Pflichtenstatus nach sich. Damit besteht ein Streikverbot auch für den privatisierten Beamten. Ein solches könnte jedoch ungerechtfertigt sein, wenn der Streik nicht den Dienstherrn schädigt, sondern allein der private Arbeitgeber betroffen ist. Dann dürfte sich der Streik nicht mehr gegen die öffentliche Hand und damit gegen die Gemeinschaft richten, sondern gegen die Arbeitsbedingungen, die von einem privaten Arbeitgeber aufgestellt werden. Danach ließe sich die Grundrechtseinschränkung, die bisher für Beamte vorgenommen wurde, nicht mehr rechtfertigen. Wenn die Aktiengesellschaften nach ihren Interessen unternehmensbezogen im Rahmen ihrer Weisungsbefugnis für die bei ihnen beschäftigten Beamten Entscheidungen treffen, könnte dies dafür sprechen, daß den Beamten volle Koalitionsrechte zustehen.

Wenn man das Streikverbot der Beamten aus den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums herleitet, ist zu beachten, daß der Privatisierungsbeamte bei diesen hergebrachten Grundsätzen keine Berücksichtigung finden konnte. Leitbild für die hergebrachten Grundsätze war vielmehr der klassische Beamte, der in Ausübung hoheitlicher Aufgaben für den Staat tätig ist<sup>369</sup>.

Dennoch gelten für den privatisierten Beamten die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, wobei es unerheblich ist, ob zudem auch oder ausschließlich der beschäftigungsbezogene Bereich betroffen ist. Benz<sup>370</sup> verneint das Streikrecht für die Beamten über den Begründungsansatz, daß auch die Beschäftigung bei den privaten Unternehmen öffentlicher Dienst geblieben ist, wenn auch fiktiv über die Schienen des § 4 Abs. 1 PostPersRG. Es existiert somit kein Streikverbot wegen der Ausübung bestimmter Funktionen, sondern allein aus Statusgründen<sup>371</sup>.

Nach dem Gesagten über die Einteilung in Pflichtenkreise ist die Rechtslage eindeutig, wenn der Beamte seinem Status entsprechend beim Unternehmen eingesetzt ist. Denn § 54 Satz 1 BBG gilt nach statusrechtlicher Betrachtungsweise unabhängig von der unternehmerischen Einstellung der Unternehmen.

Der Beamte hat keine individualrechtlichen Möglichkeiten, auf die nähere Ausgestaltung seines Rechtsverhältnisses oder auf die Höhe seines Gehalts einzuwirken. So wird die angemessene Alimentierung nicht vereinbart oder sogar erstritten, sondern einseitig durch den Gesetzgeber festgelegt.

Solange der Beamte auch für seine private Wirtschaftstätigkeit, auch wenn sie fiktiv Staatsdienst sein soll, gesetzlich alimentiert wird, darf er ein Streikrecht nicht besitzen<sup>372</sup>.

### *4.1.4.3 Eingeschränktes Streikrecht für den Beamten im privaten Unternehmen*

Bei den gesetzlichen Regelungen für die bei der DBAG beschäftigten Beamten besteht die

---

<sup>369</sup> Benz, DÖV 1995, 679, 683.

<sup>370</sup> Benz, DÖV 1995, 679, 684.

<sup>371</sup> So auch Wehner/ Czaika, ZTR 1998, 441, 446.

<sup>372</sup> BVerfGE 8, 1, 7; Nokiel/ Jasper, ZTR 1999, 255, 257; Uerpmann, in: von Münch/ Kunig, GG, Art. 143b Rn. 9; Benz, DÖV 1995, 679, 683; Lorenzen, PersV 1995, 99, 102.

Besonderheit, daß Beamte gemäß § 12 Abs. 7 DBGrG neben ihrer Besoldung nach dem Bundesbesoldungsgesetz auch anderweitige Bezüge von der DBAG erhalten können. So kann die DBAG gemäß § 2 Nr. 11 DBAG-Zuständigkeitsverordnung Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, insbesondere hinsichtlich der Festsetzung von Akkord- und Prämiensätzen sowie vergleichbarer leistungsbezogener Entgelte regeln, soweit es sich nicht um anderweitige Bezüge für zugewiesene Beamte handelt. Ist der DBAG aber erlaubt, zusätzlich zur Besoldung der Beamten nach dem BBesG für die Beamten wie für die anderen bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer Leistungszuschläge zu vereinbaren, stellt sich hier die Frage, ob den Beamten nicht wenigstens insoweit ein auf diese Tatbestände begrenztes Streikrecht zustehen könnte<sup>373</sup>.

Eine Voraussetzung auch für ein eingeschränktes Streikrecht der zugewiesenen Beamten ist, daß die Beschäftigungsbedingungen der Beamten bei den privatisierten Unternehmen überhaupt der tarifautonomen Gestaltung unterfallen. Denn der Streik als Arbeitskämpfungsmittel kann nur für solche Ziele eingesetzt werden, die von den Tarifparteien auch geregelt werden können<sup>374</sup>. Die Beschäftigungsbedingungen der Beamten werden jedoch einseitig durch Gesetz oder aufgrund von Gesetzen geregelt. Auch für die zugewiesenen Beamten bleibt es bei diesem Grundsatz. Die bei den privaten Unternehmen beschäftigten Beamten werden ebenfalls alimentiert, für sie gilt das Alimentationsprinzip als ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums. Nicht maßgebend ist hierbei, daß die Kosten von den Unternehmen getragen werden, sondern daß die Beamten einen gesetzlichen Anspruch aus Art. 33 Abs. 5 GG auf Alimentation haben. Daher richtete sich ein Streik gegen den Gesetzgeber, wenn dadurch versucht würde, Einfluß auf eine Verbesserung der Alimantationslage zu nehmen<sup>375</sup>.

Vor diesem Hintergrund ist ein Ausschluß des Streikrechts insbesondere dann gerechtfertigt, wenn die Verwirklichung von Streikzielen Auswirkungen auf spätere Besoldungs- und damit auch auf Versorgungsanpassungen hat. Damit würde auch ein privatisierter Beamter, der an einem solchen Streik teilnähme, die sich aus seinem fortbestehenden beamtenrechtlichen Status ergebende Pflicht aus § 54 Abs. 1 BBG verletzen.

Da also die Beschäftigungsbedingungen der zugewiesenen Beamten nicht zwischen den privaten Unternehmen und den Beamten ausgehandelt, sondern durch das Parlament festgesetzt werden, hat ein Streik der Beamten hat damit ein tariflich nicht regelbares Ziel<sup>376</sup>. Es besteht mithin kein Streikrecht für den privatisierten Beamten.

Selbst wenn es ausschließlich um den beschäftigungsbezogenen Bereich, der allein die Dienstaussübung betrifft, geht, kann dennoch ein Streikrecht der Beamten nicht bejaht werden.

Zwar trifft der private Arbeitgeber Regelungen über die Arbeitszeit, den Arbeitsort, sowie Arbeitsumfang und –inhalt. Diese vom Arbeitgeber zu treffenden Vorgaben sind im Rahmen von Tarifverträgen zu regeln. Auch die Vereinbarung von Leistungszuschlägen erfolgt in der Regel in den Tarifverträgen, welche sich grundsätzlich als ein tariflich auch durch Arbeitskämpfmaßnahmen regelbares Ziel darstellen. Jedoch sind diese Regelungen durch den im Unternehmen tätigen Beamten nicht zu beeinflussen.

Entgegen Blanke<sup>377</sup> ist ein Streikrecht auch nicht von der Ausgestaltung der Tarifvereinbarungen der einzelnen Unternehmen abhängig. Denn für die privatisierten Beamten stehen die getroffenen Tarifvereinbarungen nicht zur Disposition.

Dem entspricht, daß sich der Gesetzgeber bewußt dazu entschieden hat, die Statusangelegenheiten der Beamten nicht den betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen für die Beteiligung des Betriebsrats, sondern den personalvertretungsrechtlichen Vorschriften unterliegen zu lassen.

---

<sup>373</sup> So Fangmann/ Lörcher/ Scheurle/ Schwemmler/ Wehner, PostNeuOG mit Erläuterungen, § 2 Rn. 4; Engels/ Müller/ Mauß, DB 1994, 473, 479; Schulz, Kein Streikverbot für die Beamten der Deutschen Post AG, der Deutschen Postbank AG und der Deutschen Telekom AG ?, ZTR 1995, 438, 442; Wehner/ Czaika, ZTR 1998, 441, 446.

<sup>374</sup> BAG vom 05.03.1985, in: NZA 1985, 504, 507.

<sup>375</sup> BVerfGE 44, 249, 264.

<sup>376</sup> So auch Engels/ Müller/ Mauß, DB 1994, 473, 479.

<sup>377</sup> In: Blanke/ Trümner (Hrsg.), Handbuch Privatisierung, 1998, Rn. 996.

#### 4.1.4.4 Ergebnis: Kein Streikrecht für die privatisierten Beamten

Für die bei der DBAG und die bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost beschäftigten Beamten bleibt das auch für den Beamten im herkömmlichen Sinn richtigerweise bestehende Streikverbot bestehen. Aus der Tätigkeit der privatisierten Beamten in den privatrechtlich organisierten Unternehmen läßt sich auch nicht ein zumindest eingeschränktes Streikrecht ableiten. Denn durch die Konservierung des Beamtenstatus ist auch die Einschränkung der koalitionsmäßigen Betätigung der übergeleiteten Beamten gerechtfertigt.

#### 4.1.5 Mitbestimmung in den privatisierten Unternehmen

Mit der Privatisierung und dem damit verbundenen Wechsel von einer öffentlich-rechtlichen in eine private Organisationsform ist ein Wechsel des auf die betriebliche Interessenvertretung der in den privatisierten Unternehmen beschäftigten Beamten anzuwendenden Rechts verbunden. Während für die Interessenvertretung der Beamten in den öffentlichen Dienststellen, Verwaltungen und Betrieben das Personalvertretungsgesetz des Bundes einschlägig ist, gilt für die privaten Unternehmen das Betriebsverfassungsgesetz. Die Eingliederung der Beamten in den betrieblichen Ablauf eines privaten Unternehmens wirft daher die Frage nach deren Interessenvertretung auf. Weder das Bundespersonalvertretungsgesetz (BPersVG) noch das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) enthalten Regelungen für die besondere Situation der Beamten infolge der Privatisierung eines öffentlichen Unternehmens.

##### 4.1.5.1 Allgemeine personalvertretungs- und betriebsverfassungsrechtliche Aspekte

Grundvoraussetzung für die Wahlberechtigung und die Wählbarkeit zum Personalrat (§§ 13, 14 BPersVG) ist die Eingliederung in die Dienststelle. Gemäß § 13 Abs. 2 BPersVG sind die zugewiesenen Beamten in der neuen Dienststelle wahlberechtigt, sobald die Zuweisung länger als drei Monate dauert und nicht binnen weiterer sechs Monate mit der Rückkehr zu der alten Dienststelle zu rechnen ist. Im gleichen Zeitpunkt verliert der zugewiesene Beamte sein Wahlrecht bei der alten Dienststelle. In der Regel wird die Zuweisung im Zusammenhang mit einer Privatisierung den Zeitraum von drei Monaten überschreiten, so daß die Zugewiesenen ihr Wahlrecht zum Personalrat, der bei ihrem alten Dienstherrn gebildet ist, verlieren. Damit ist gemäß § 14 Abs. 1 BPersVG auch der Verlust der Wählbarkeit verbunden, die an die Wahlberechtigung anknüpft. Sollten zugewiesene Beamte Mitglied im Personalrat sein, endet ihre Mitgliedschaft gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 5 BPersVG wegen des Verlusts der Wählbarkeit.

##### 4.1.5.2 Mitbestimmung in den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost

Für die Bundesanstalt für Post und Telekommunikation Deutsche Bundespost als unmittelbare Anstalt des öffentlichen Rechts galt das BPersVG. Insofern erfolgte die Beteiligung der Personalvertretung bei Personalmaßnahmen einheitlich nach dem BPersVG. Mit der Eintragung der Unternehmen in das Handelsregister am 01.02.1995 sind die neu gegründeten Aktiengesellschaften zugleich aus dem Geltungsbereich des Bundespersonalvertretungsgesetzes ausgeschieden und gemäß den § 24 Abs. 1 PostPersRG, § 1 BPersVG, § 130 BetrVG dem Betriebsverfassungsgesetz zugeordnet worden. Das Betriebsverfassungsgesetz findet allerdings nicht uneingeschränkt Anwendung. Ausnahmen beziehen sich insbesondere auf die bei den Nachfolgeunternehmen beschäftigten Beamten hinsichtlich statusrechtlicher Personalmaßnahmen. Diese beamtenbezogenen Regelungen des BPersVG, die die Anwendung des BetrVG modifizieren, sind deshalb problematisch, weil sie die betriebliche Gleichbehandlung von Arbeitnehmern der Gesellschaft und den Beamten gefährden können.

##### 4.1.5.2.1 Mitwirkungsrechte nach dem Betriebsverfassungsgesetz

Nach der Eintragung der drei Aktiengesellschaften in das Handelsregister am 02.01.1995 findet für die betriebliche Interessenvertretung der bei ihnen Beschäftigten das Betriebsverfassungsgesetz Anwendung, soweit im PostPersRG nichts anderes bestimmt ist. Auch die Interessen der auf die Gesellschaft übergeleiteten Beamten werden danach vom Betriebsrat wahrgenommen. Im Gegensatz zu den Regelungen der Bahnreform in § 17 Abs. 1 DBGrG sind für die Beamten hier keine besonderen Personalvertretungen vorgesehen. In den Aktiengesellschaften sind nach den Vorschriften des BetrVG und der Wahlordnung Betriebsräte, Gesamtbetriebsräte, Konzernbetriebsräte, Jugend- und Auszubildendenvertretungen zu wählen. Das aktive und passive Wahlrecht besitzen die von den Aktiengesellschaften eingestellten Arbeitnehmer und Beamten der früheren Unternehmen der Deutschen Bundespost.

Für die Anwendung des BetrVG gelten die übergeleiteten Beamten gemäß § 24 Abs. 2 PostPersRG als Arbeitnehmer. Beurlaubte Beamte, die mit den Aktiengesellschaften einen Arbeitsvertrag abschließen, sind Arbeitnehmer, ohne daß es dieser Fiktion bedarf. Soweit das BetrVG und die dazu erlassenen Wahlordnungen zwischen Arbeitern, Angestellten und leitenden Angestellten unterscheiden, werden die Beamten gemäß den § 5 BetrVG, § 24 PostPersRG diesen Gruppen entsprechend ihrer jeweiligen Beschäftigung im Betrieb zugeordnet. Auf leitende Angestellte findet das BetrVG gemäß § 36 PostPersRG, § 5 Abs. 3 BetrVG grundsätzlich keine Anwendung, so daß Beamte in vergleichbarer Funktion nicht dem BetrVG unterfallen, sondern dem Sprecherausschußgesetz.

Auch bei der Wahl zum Betriebsrat werden die Beamten einbezogen, da sichergestellt werden soll, daß die Beamten entsprechend ihrer Anzahl im Betriebsrat vertreten sind und über den Minderheitenschutz des § 10 BetrVG verfügen. Verzichten die Beamten auf die Bildung einer eigenen Gruppe, bleiben sie auch für die Betriebsratswahl den Gruppen der Arbeitnehmer zugeordnet, die gemäß § 14 Abs. 2 BetrVG die gemeinsame Wahl beschließen können. Bilden die Beamten bei der Betriebsratswahl eine eigene Gruppe, verteilen sich die Sitze entsprechend den Grundsätzen der § 10 BetrVG, § 26 Nr. 26 PostPersRG.

Das bedeutet, daß die Gesamtzahl der Sitze auf die den Arbeitern und Angestellten zugeordneten Beamten entsprechend ihrem Verhältnis verteilt werden. In Betrieben mit Beamten muß dem Wahlvorstand ein Beamter angehören. Scheidet ein Beamtenvertreter aus dem Betriebsrat aus, bestimmt sich das Ersatzmitglied unter Berücksichtigung der Zuordnung der Beamten nach § 24 Abs. 2 PostPersRG nach den Grundsätzen des § 25 BetrVG.

Die Arbeitnehmer stellen die Hälfte der Aufsichtsratsmitglieder. Die Vorstandsmitglieder dürfen erst bestellt werden, wenn die Arbeitnehmervertreter den Aufsichtsräten angehören. Gemäß § 9 Abs. 2 PostUmwG sind die bei den Aktiengesellschaften beschäftigten Beamten bei der Wahl der Arbeitnehmervertreter für die Aufsichtsräte wahlberechtigt und wählbar.

#### 4.1.5.2.2 Sonderregelung in den Personalangelegenheiten der Beamten

Als privatrechtlich verfaßtes Unternehmen unterliegt die Arbeitgeberin Aktiengesellschaft dem Betriebsverfassungsgesetz. Infolge der Überleitung der Beamten auf die Postunternehmen sollen auch die Beamten grundsätzlich vom Betriebsrat vertreten werden. Deshalb gelten für die Anwendung des BetrVG die bei der Aktiengesellschaft beschäftigten Beamten gemäß § 24 Abs. 2 PostPersRG als Arbeitnehmer. Danach ist das Betriebsverfassungsgesetz grundsätzlich auch in Angelegenheiten anzuwenden, die diese Beamten betreffen.

Statusangelegenheiten der Beamten unterliegen jedoch nicht den betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen für die Beteiligung des Betriebsrats, sondern gemäß § 24 Abs. 1 PostPersRG den personalvertretungsrechtlichen Vorschriften bzw. einem im PostPersRG modifizierten Verfahren. Danach ist der Betriebsrat in den Statusangelegenheiten der Beamten nach § 76 Abs. 1 BPersVG, § 78 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 und § 79 Abs. 3 BPersVG zu beteiligen, wobei nach gemeinsamer Beratung im Betriebsrat gemäß § 28 Abs. 2 PostPersRG nur die Vertreter der Beamten zur Beschlußfassung berufen sind. Das Verfahren richtet sich entsprechend nach § 72 Abs. 1, 2, 3 und 6 BPersVG.

Für die Behandlung der Personalangelegenheiten der privatisierten Beamten nach § 76 Abs. 1 BPersVG gelten die dem BetrVG gegenüber die Mitbestimmung einschränkenden personalvertretungsrechtlichen Bestimmungen. So ist der Betriebsrat gemäß § 76 Abs. 1 Nr. 4 und 5 BPersVG bei Umsetzungen überhaupt nicht, bei Abordnungen erst über drei Monaten sowie bei Versetzungen zu beteiligen. Zuständig ist grundsätzlich der Betriebsrat der die Versetzung verfügenden Dienststelle, wobei der Betriebsrat der aufnehmenden Dienststelle anzuhören ist. Die Einzelheiten des Beteiligungsverfahrens ergeben sich aus § 29 PostPersRG.

Eine Verweigerung der Zustimmung ist im Rahmen der Versagungsgründe des § 77 Abs. 2 BPersVG statthaft. Ist strittig, ob ein rechtserheblicher Grund zur Zustimmungsverweigerung vorliegt, entscheidet die Einigungsstelle gemäß § 29 Abs. 3 PostPersRG. Folgt sie der Auffassung des Arbeitgebers nicht, kann sie diesem lediglich eine Empfehlung geben. Schließt sich der Arbeitgeber der Empfehlung nicht an, wird die Angelegenheit dem Bundesministerium für Finanzen (bis zum 31.12.1997 dem Bundesministerium für Post und Telekommunikation) zur Entscheidung vorgelegt.

Das Bundesministerium für Finanzen ist gemäß § 29 Abs. 3 Satz 4 PostPersRG zur endgültigen Entscheidung berufen. Dies wird mit dem Grundsatz des Letztentscheidungsrechts des Dienstherrn in Beamtenangelegenheiten begründet. Demnach soll die Entscheidung des Dienstherrn keiner

gerichtlichen Kontrolle unterliegen, sondern das Mitbestimmungsverfahren beenden. Durch das Letztentscheidungsrecht des Dienstherrn stellt das Verfahren gegenüber den arbeitsgerichtlich überprüfbaren Entscheidungen der Betriebsräte nach dem BetrVG ein eingeschränktes Mitbestimmungsrecht dar.

Dieses eingeschränkte Mitbestimmungsrecht in Personalangelegenheiten der Beamten – unabhängig davon, wo sie unter Wahrung ihres Status tätig sind – ergibt sich verfassungsrechtlich nicht nur daraus, daß die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben besonders gesichert werden müßte, sondern auch aus dem aus Art. 33 Abs. 5 GG abgeleiteten Recht der Beamten auf eine eigenständige Vertretung<sup>378</sup>. Die Beamten seien daher soweit wie verfassungsrechtlich vertretbar in die Geltung des BetrVG eingebunden worden<sup>379</sup>. Damit ist jedoch eine vollständige betriebliche Gleichbehandlung am Arbeitsplatz nicht gegeben, da für die Arbeitnehmer das BetrVG den Betriebsräten weitergehende Rechte zukommen läßt<sup>380</sup>. Eine betriebliche Gleichbehandlung nach dem mit der Privatisierung verbundenen Tätigkeitswechsel könnte aber erforderlich sein, weil die faktischen Tätigkeiten der Beamten im Betrieb nun nicht mehr an statusgruppenorientierten Kriterien gemessen werden können, da es keine beamtenspezifischen und somit keine ausschließlich statusorientierten Arbeitsplätze in den privaten Nachfolgeunternehmen gibt<sup>381</sup>.

Insofern sind die Ausnahmeregelungen der §§ 28, 29 PostPersRG von der Anwendung des BetrVG auf Kritik gestoßen, da die Beamten in bestimmten Personalangelegenheiten nur einem eingeschränkten Mitbestimmungsrecht unterliegen und aus der qualitativ besseren betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung ausgeschlossen sind.

Fraglich sind insbesondere Art und Umfang des Mitbestimmungsrechts nach § 99 BetrVG bei der Versetzung der bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost beschäftigten Beamten. Die Regelung des § 24 Abs. 2 PostPersRG steht nach § 24 Abs. 1 PostPersRG unter dem Vorbehalt anderweitiger Bestimmung. Gesetzlich ist nicht eindeutig geregelt, ob § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG auch Anwendung findet, wenn eine dort genannte Personalmaßnahme einen im privatisierten Unternehmen beschäftigten Beamten betrifft. Insoweit ist strittig, ob und in welchem Umfang das Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG ausgeschlossen wird.

#### 4.1.5.2.2.1 Mitbestimmung nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG bei Versetzung

Gemäß § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Betriebsrat rechtzeitig und vollständig von einer beabsichtigten Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung oder Versetzung von Arbeitern und Angestellten zu einem möglichst frühen Zeitpunkt zu unterrichten.

Das Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats beschränkt sich jedoch auf die in § 99 Abs. 2 BetrVG genannten Gründe. Auf die Einschätzung des Arbeitgebers, ob ein Zustimmungsverweigerungsrecht begründet ist, kommt es dabei nicht an. Darüber ist im Verfahren über die Ersetzung der Zustimmung gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG durch das Arbeitsgericht zu entscheiden. Führt der Arbeitgeber eine Versetzung unter Mißachtung der Mitbestimmungsrechte durch, kann der Betriebsrat gerichtliche Schritte gemäß § 101 BetrVG einleiten. Soll eine Versetzung innerhalb der Aktiengesellschaft von einem Betrieb in einen anderen erfolgen, hat der Betriebsrat des abgebenden Betriebs unter dem Gesichtspunkt der Versetzung und der Betriebsrat des aufnehmenden Betriebs unter dem der Einstellung mitzubestimmen.

In ständiger Rechtsprechung stellt das Bundesarbeitsgericht darauf ab, daß die Versetzung in einen anderen Betrieb, die gemäß § 90 BetrVG der Mitbestimmung unterliegt, sich der Sache nach als eine neue Einstellung darstellt, so daß der Betriebsrat des aufnehmenden Betriebs zuzustimmen hat<sup>382</sup>. Im

---

<sup>378</sup> bei den Beratungen im Ausschuß für Post und Telekommunikation des Deutschen Bundestages, PT-Protokoll Nr. 68, S. 32; BT-Drucks. 12/6718, S. 102.

<sup>379</sup> bei den Beratungen im Ausschuß für Post und Telekommunikation des Deutschen Bundestages, PT-Protokoll Nr. 68, S. 32.

<sup>380</sup> Hummel/ Spoo, ZTR 1998, 352, 352; dies., in: AiB 1997, 21, 22.

<sup>381</sup> So auch Wehner, Postpersonalrechtsgesetz: Eingeschränkte Mitbestimmungsrechte gefährden Gleichbehandlung, ZTR 1995, 207, 208; Altwater/ Bacher/ Hörter/ Peiseler/ Sabottig/ Schneider/ Vohs, BPersVG, Kommentar, Abschnitt C (PostPersRG), § 28 Rn. 2.

<sup>382</sup> In ständiger Rechtsprechung: BAGE 35, 228, 232 unter Hinweis auf die ganz herrschende Meinung in der betriebsverfassungsrechtlichen Literatur.



Vergleich dazu stellen sich die Rechte der bei der AG beschäftigten Beamten als eingeschränkt dar.

Insofern wird teilweise unter Berufung auf § 24 Abs. 1 PostPersRG eine uneingeschränkte Anwendung des § 99 BetrVG bejaht<sup>383</sup>. Angesichts der Privatisierung entfalle die Notwendigkeit einer eingeschränkten Mitbestimmung, da die Beamten den Arbeitnehmern aufgrund der nicht beamtenspezifischen Tätigkeit gleichzustellen seien. Eine eingeschränkte Mitbestimmung sei nun nicht mehr durch Art. 33 Abs. 5 GG aus beamtenspezifischen Grundsätzen geboten und verstoße gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG<sup>384</sup>. Der intensivere Schutz der AG-Beamten durch das Lebenszeit- und Versorgungsprinzip kompensiere nicht die schwächeren Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei Abordnungen, Versetzungen und Umsetzungen<sup>385</sup>.

Bei einer Mitbestimmung sowohl nach § 76 Abs. 1 BPersVG als auch nach § 99 BetrVG hätte derselbe Betriebsrat zweimal mitzubestimmen, wobei die beiden Mitbestimmungsverfahren nach unterschiedlichen Regeln abliefen. Dem Wortlaut des § 24 Abs. 1 PostPersRG ist eine uneingeschränkte Anwendung des § 99 BetrVG nicht zu entnehmen. Vielmehr besagt die Vorschrift nur, daß im PostPersRG auch Abweichungen von der Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes geregelt sind, ohne aber näheres zu bestimmen.

Teilweise werden die §§ 28, 29 PostPersRG so ausgelegt, daß das in diesen Vorschriften geregelte Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats sich nicht auf Versetzungen im Sinne des § 99 BetrVG erstrecken würde<sup>386</sup>. Dies wird damit begründet, daß das eingeschränkte Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach dem BPersVG sich nur auf Angelegenheiten beziehe, die den Status des Beamten betreffen. Danach beziehen sich die Sondervorschriften der §§ 28 ff PostPersRG lediglich auf Statusangelegenheiten der Beamten<sup>387</sup>. Bei Versetzungen in den privatisierten Nachfolgeunternehmen sei aber nicht das statusrechtliche Verhältnis des bei der Aktiengesellschaft beschäftigten Beamten zu seinem Dienstherrn betroffen, so daß sich die Mitbestimmung allein aus § 99 BetrVG ergebe<sup>388</sup>.

Zu den Personalmaßnahmen nach § 76 Abs. 1 BPersVG, bei denen sich eine Überschneidung zum betriebsverfassungsrechtlichen Begriff der Versetzung ergeben kann, gehören die Versetzung, die Umsetzung und die Abordnung. Der Begriff der Versetzung im Sinne des § 76 Abs. 1 Nr. 4 BPersVG wird in § 26 BBG vorausgesetzt und meint eine dauerhafte Übertragung eines anderen Amtes im abstrakt-funktionellen Sinn bei einer anderen Dienststelle desselben Dienstherrn<sup>389</sup>. Mitbestimmungspflichtig nach § 76 Abs. 1 Nr. 4 BPersVG ist auch die Umsetzung, das heißt die nicht nur vorübergehende Zuweisung eines anderen Dienstpostens innerhalb der Dienststelle. Mitbestimmungspflichtig nach § 76 Abs. 1 Nr. 5 BPersVG ist die Abordnung für eine Dauer von mehr als drei Monaten. Der Begriff Abordnung wird in § 27 BBG umschrieben und zielt auf die Veränderung des Amtes im konkret-funktionellen Sinn. Der betriebsverfassungsrechtliche Versetzungsbegriff ist in § 95 Abs. 3 BetrVG geregelt. Danach bedeutet Versetzung bereits Änderung der Aufgabenzuweisung für voraussichtlich länger als einen Monat innerhalb oder außerhalb der Organisationseinheit<sup>390</sup>. Maßgeblich ist die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereiches<sup>391</sup>. Jedoch sind die in § 76 Abs. 1 Nr. 4 und 5 BPersVG geregelten Fälle der Versetzung, Umsetzung und Abordnung meist auch als Versetzungen im Sinne des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zu qualifizieren. So geht der Begriff der Versetzung im Sinne der §§ 99, 95 Abs. 3 BetrVG weit über Personalmaßnahmen der Versetzung,

---

<sup>383</sup> Engels/Mauß-Trebinge, RdA 1997, 217, 236.

<sup>384</sup> Bacher, PersR 1994, 489, 490; Wehner, ZTR 1995, 207, 208.

<sup>385</sup> Wehner, ZTR 1995, 207, 209 und 211.

<sup>386</sup> Hummel/ Spoo, AiB 1997, 21, 22; Hummel, PersR 1996, 228, 229; auch Schneider, Mitbestimmungsaspekte bei Personalangelegenheiten von Beamten in den privatisierten Postunternehmen, PersR 1998, 175, 177.

<sup>387</sup> Hummel, PersR 1996, 228, 228; Wehner, ZTR 1995, 207, 209.

<sup>388</sup> Hummel/ Spoo, AiB 1997, 21, 22; dies. in: ZTR 1998, 352, 356.

<sup>389</sup> Böhm, JA 1993, 171, 182.

<sup>390</sup> Britz, Die personalvertretungsrechtliche Einordnung von Abordnungen und Versetzungen bei den Postunternehmen, PersV 1998, 183, 185.

<sup>391</sup> So auch Wehner, ZTR 1995, 207, 209.

Umsetzung und Abordnung nach § 76 Abs. 1 BPersVG hinaus<sup>392</sup>. Die Begriffe Abordnung und Umsetzung kennt das BetrVG nicht. Dafür, daß alle in § 76 Abs. 1 BPersVG enthaltenen Regelungen von der Verweisung im PostPersRG erfaßt sind, spricht die Regelung des § 28 PostPersRG, der im Gegensatz dazu auf einzelne Nummern des § 78 Abs. 1 BPersVG verweist.

Eine Auslegung der §§ 28, 29 PostPersRG dahingehend, das Mitbestimmungsrecht nach § 76 Abs. 1 BPersVG auf betriebsübergreifende Versetzungen zu beschränken und dem Betriebsrat des abgebenden Betriebs vorzubehalten, während der Betriebsrat des aufnehmenden Betriebs nach § 99 BetrVG mitzubestimmen hätte<sup>393</sup>, ist nicht vom Wortlaut der Vorschrift gedeckt. Da von § 76 Abs. 1 BPersVG keine Regelungen ausdrücklich ausgenommen wurden, und § 76 Abs. 1 Nr. 4 BPersVG ausdrücklich Umsetzungen innerhalb der Dienststelle als einen Mitbestimmungstatbestand nennt, ist nach diesen Vorschriften auch das personalvertretungsrechtliche Mitbestimmungsrecht nicht auf einen der beiden Betriebsräte zu beschränken, die bei betriebsübergreifenden Versetzungen beteiligt sind.

Die extreme Gegenposition<sup>394</sup> vertritt die Ansicht, daß die Mitbestimmung wegen der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums in Personalangelegenheiten der Beamten derart einzuschränken ist, daß die Mitbestimmung nach § 99 BetrVG von der nach § 76 Abs. 1 BPersVG vollständig verdrängt wird. Nach Ansicht Pielstickers<sup>395</sup> ergeben sich die Tatbestände der Mitbestimmung lediglich aus § 76 Abs. 1 BPersVG, bei einer Versetzung somit ausschließlich aus Nr. 4 des § 76 Abs. 1 BPersVG. Danach wäre die Anwendung des § 99 BetrVG selbst dann ausgeschlossen, wenn die den Beamten betreffende Personalmaßnahme nicht die Voraussetzungen der Mitbestimmung nach § 76 Abs. 1 BPersVG aufwiese, aber dennoch eine Versetzung nach § 95 Abs. 3 BetrVG vorläge.

Nach der vermittelnden Ansicht hat der Betriebsrat in den von § 76 Abs. 1 BPersVG erfaßten Personalangelegenheiten ausschließlich nach den §§ 28, 29 PostPersRG und den verwiesenen Vorschriften des BPersVG mitzubestimmen<sup>396</sup>.

Das Bundesarbeitsgericht hat in seinen Beschlüssen vom 12.8.1997 (ABR 7/97 und 1 ABR 178/97)<sup>397</sup> grundlegende Aussagen zu den Beteiligungsrechten der Betriebsräte in den privatisierten Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost getroffen und sich im Ergebnis der vermittelnden Ansicht angeschlossen. In diesen Entscheidungen geht es um das Mitbestimmungsrecht bei der Versetzung von Beamten innerhalb dieser Unternehmen und insbesondere um das Verhältnis der Regelung des § 99 BetrVG zu den Vorschriften der §§ 28, 29 PostPersRG. Im Ergebnis stellte das Bundesarbeitsgericht<sup>398</sup> fest, daß sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei der Versetzung von Beamten in den privatisierten Unternehmen ausschließlich nach den §§ 28, 29 PostPersRG richtet, wenn die Maßnahme von § 76 Abs. 1 BPersVG erfaßt wird. Finden diese Bestimmungen keine Anwendung, und erfüllt die personelle Maßnahme die Voraussetzungen des § 95 Abs. 3 BetrVG, besteht ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 99 BetrVG.

Die Regelungen in den §§ 28, 29 PostPersRG würden ihren Sinn verlieren, wenn man daneben die allgemeinen Bestimmungen der §§ 99 ff BetrVG anwendete<sup>399</sup>. Die Vertreter der Beamten in den Unternehmen sind Mitglieder des nach § 28 Satz 1 PostPersRG zu beteiligenden Betriebsrats. Zur Beschlußfassung sind ausschließlich die verbeamteten Mitglieder berufen. Diese Konstellation entspricht sinngemäß einer besonderen Personalvertretung, die als Vertreter der Beamten im privaten

---

<sup>392</sup> So auch Richardi, NZA 1996, 953, 955; dazu ausführlicher: Schneider, PersR 1998, 175, 177; Schneider untersucht, inwieweit sich der personalvertretungs- und der betriebsverfassungsrechtliche Versetzungsbegriff unterscheiden bzw. überschneiden. Die Fragestellung ist, ob die Mitbestimmung des § 99 BetrVG nur eine „Restgröße“ in den privatisierten Postunternehmen ausmacht.

<sup>393</sup> Kittner, in: Däubler/ Kittner/ Klebe (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar für die Praxis, 6. Auflage, 1998, § 99 Rn. 14a; Wehner, ZTR 1995, 207, 211.

<sup>394</sup> Pielsticker, Betriebliche Interessenvertretung nach dem Postneuordnungsgesetz, ZTR 1996, 101, 104; Richardi, NZA 1996, 953, 955.

<sup>395</sup> In: ZTR 1996, 101, 104.

<sup>396</sup> Fitting, in: Fitting/ Kaiser/ Heither/ Engels (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar, 19. Auflage, 1998, § 99 Rn. 238; Britz, PersV 1998, 372, 375.

<sup>397</sup> abgedruckt in PersR 1998, 206 f.

<sup>398</sup> BAG, Beschluß vom 12.8.1997 - ABR 7/97 in: PersR 98, 206, 207 und NZA 1998, 274, 276.

<sup>399</sup> So im Ergebnis auch Richardi, NZA 1996, 953, 956.

Unternehmen die Rechte der Beamten wahrnimmt. Bei einer doppelten Vertretung der Beamten durch die nochmalige Einschaltung des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG wären dieselben Mitglieder zweifach an der Beschlußfassung beteiligt. Diese doppelte Wahrnehmung von Mitbestimmungsrechten für die Beamten nach verschiedenen Mitbestimmungsverfahren erscheint ungerechtfertigt. In Frage käme eine solche, wenn Rechte der Arbeitnehmer oder andere betriebliche Interessen unbeachtet blieben. Dem wirkt jedoch § 28 Satz 2 PostPersRG entgegen, der eine gemeinsame Beratung im Betriebsrat vor der Beschlußfassung vorsieht. In dieser Beratung können allgemein die Belange des Unternehmens abgewogen werden, so daß eine angemessene Mitbestimmung bei Personalangelegenheiten der Beamten sichergestellt ist.

Ein Ausschluß des Mitbestimmungsrechts in den Fällen des § 76 Abs. 1 BPersVG, in denen der Betriebsrat nach den §§ 28, 29 PostPersRG mitbestimmt, verstößt auch nicht gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG<sup>400</sup>. Soweit die Regelung dazu führt, daß die Interessen des von einer Versetzung betroffenen Beamten lediglich durch das personalvertretungsrechtliche Mitbestimmungsrecht geschützt werden, zugunsten der Arbeitnehmer aber das Mitbestimmungsrecht des § 99 BetrVG eingreift, beruht diese gesetzliche Unterscheidung auf einer verhältnismäßigen Differenzierung zwischen den beiden Personengruppen<sup>401</sup>. Es darf nicht außer Acht bleiben, daß der Beamtenstatus weiterhin besteht, und somit auch die Sonderstellung der Beamten gemäß Art. 33 Abs. 5 GG Einschränkungen von Mitbestimmungsrechten hinsichtlich der Personalangelegenheiten der Beamten rechtfertigt.

Das eingeschränkte Mitbestimmungsrecht entspricht auch dem verfassungsrechtlichen Gebot der Letztverantwortlichkeit des Dienstherrn nach dem Modell des BPersVG<sup>402</sup>. Danach ist auch die Verantwortlichkeit des Parlaments gewahrt. Denn an sich wurden die bei der privaten Gesellschaft beschäftigten Beamten dem Beamtenrecht systemfremd den Gruppen der Arbeitnehmer zugeordnet, so daß zumindest in personellen Angelegenheiten Sonderregelungen zu schaffen waren, um dem Status der Beamten Rechnung zu tragen.

#### 4.1.5.2.2 Anwendung des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG auf Personalmaßnahmen außerhalb des § 76 BPersVG

Auf Personalmaßnahmen, die nicht von § 76 BPersVG erfaßt werden, ist das BetrVG anwendbar<sup>403</sup>. Lediglich soweit das PostPersRG für die Versetzung von Beamten ein Mitbestimmungsrecht nach § 76 Abs. 1 BPersVG begründet, ist die Mitbestimmung nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ausgeschlossen.

Die Mitbestimmung nach dem BetrVG wird indessen durch das PostPersRG nicht ausgeschlossen, soweit die Versetzung eines Beamten nach dem BPersVG mitbestimmungsfrei und die Voraussetzungen der §§ 99, 95 Abs. 3 BetrVG erfüllt sind. Dann unterliegt auch eine Versetzungsmaßnahme von Beamten der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG<sup>404</sup>. Eine andere Auslegung führte auch zu einem zu weit gehenden Eingriff in das Mitbestimmungsrecht, der sich dem bloßen Schweigen des PostPersRG nicht entnehmen läßt.

Richardi<sup>405</sup> hält es für widersprüchlich, daß in den Fällen von im Vergleich zu § 76 Abs. 1 BPersVG untergeordneter Bedeutung ein Mitbestimmungsrecht besteht, das in den Angelegenheiten der Beamten weiterreicht als es für die Maßnahmen von größerem Gewicht in den §§ 28, 29 PostPersRG vorgesehen sei.

Jedoch läßt Richardi bei seinen Überlegungen den besonderen Status der Beamten außer Acht, der gerade bei Personalmaßnahmen von größerem Belang eine Einschränkung von Beteiligungsrechten rechtfertigt. Für Maßnahmen, die nicht von § 76 Abs. 1 BPersVG umfaßt sind, erscheint eine

---

<sup>400</sup> So aber Bacher, PersR 1994, 489, 491; zweifelnd Wehner, ZTR 1995, 207, 211.

<sup>401</sup> BAG vom 12.8.1997 - 1 ABR 7/97 - in: PersR 1998, 206, 209.

<sup>402</sup> So auch Britz, PersV 1998, 183, 184; Fitting, in: Fitting/ Kaiser/ Heither/ Engels, BetrVG, § 99 Rn. 236.

<sup>403</sup> BAG, Beschlüsse vom 12.08.1997.

<sup>404</sup> So auch Schneider, PersR 1998, 175, 177; Fitting, in: Fitting/ Kaiser/ Heither/ Engels (Hrsg.), BetrVG, § 99 Rn. 240, 229; Altvater/ Bacher/ Hörter/ Peiseler/ Sabottig/ Schneider/ Vohs, BPersVG, Kommentar, Abschnitt C (PostPersRG), § 29 Rn. 3.

<sup>405</sup> In: NZA 1996, 953, 955.

Einschränkung von Mitwirkungsrechten nicht notwendig.

#### 4.1.5.3 Mitbestimmung bei der Deutschen Bahn AG

##### 4.1.5.3.1 Beteiligungsrechte des Betriebsrats

Die der DBAG zugewiesenen Beamten gelten infolge ihrer faktischen Eingliederung in den Betrieb der DBAG für die Anwendung der Vorschriften des BetrVG gemäß § 19 Abs. 1 DBGrG als Arbeitnehmer der DBAG. Entsprechend der betriebsverfassungsrechtlichen Systematik sind sie anhand der bei der DBAG ausgeübten Tätigkeit und Funktion den Gruppen der Arbeitnehmer und Angestellten nach den in § 19 Abs. 2 bis 4 DBGrG genannten Kriterien zuzuordnen.

Gerade die faktische Eingliederung der Beamten in den Betrieb der DBAG hat den Gesetzgeber dazu bewogen, die Beamten den eigenen Arbeitnehmern in arbeitsrechtlicher Hinsicht gleichzustellen<sup>406</sup>. Da die zugewiesenen Beamten als Arbeitnehmer der DBAG gelten, steht ihnen das aktive und passive Wahlrecht zum Betriebsrat gemäß den §§ 7, 8 BetrVG zu, zählen sie bei der Feststellung der im Betriebsverfassungsgesetz genannten Arbeitnehmergrenzzahlen gemäß den §§ 9, 10, 38, 99, 100, 111 BetrVG mit, und werden sie in Belangen, die ihre Dienstausbübung bei der DBAG betreffen, vom Betriebsrat vertreten. Es besteht gemäß § 87 BetrVG eine uneingeschränkte Zuständigkeit des Betriebsrats für die zugewiesenen Beamten in allen sozialen Angelegenheiten: gemäß den §§ 90, 91 BetrVG bei der Gestaltung von Arbeitsplatz, Arbeitsablauf und Arbeitsumgebung, gemäß den §§ 92 bis 95 BetrVG in allen allgemeinen personellen Angelegenheiten, sowie gemäß den §§ 96 ff. BetrVG im Rahmen der betrieblichen und außerbetrieblichen Berufsbildung.

An der Zuständigkeit des Betriebsrats für die zugewiesenen Beamten ändert sich auch dann nichts, wenn der Präsident des BEV im Wege der Rechtsaufsicht eine beteiligungspflichtige Angelegenheit an sich zieht und gemäß § 13 Abs. 2 Satz 4 DBGrG zum Mittel der Ersatzvornahme greift<sup>407</sup>.

Zur Wahrnehmung ihrer Interessen gegenüber den sie betreffenden Entscheidungen und Maßnahmen des BEV sind gemäß § 17 Abs. 1 DBGrG beim BEV besondere Personalvertretungen gebildet, die ausschließlich von den der DBAG zugewiesenen Beamten gewählt werden. Von den Mitbestimmungsrechten der besonderen Personalvertretung nicht berührt werden die Rechte der bei der DBAG gebildeten Betriebsräte. Ausgehend von einer einheitlichen Personalpolitik für Arbeiter, Angestellte und zugewiesene Beamte könnte die DBAG in den Fällen, in denen sie einem zugewiesenen Beamten eine höher zu bewertende Tätigkeit übertragen oder eine andere in § 76 Abs. 1 BPersVG genannte Maßnahme ergreifen will, auch den Betriebsrat vorab zu beteiligen haben<sup>408</sup>.

##### 4.1.5.3.2 Bildung besonderer Personalvertretungen

Für die den Unternehmen der DBAG zugewiesenen Beamten schreibt der Gesetzgeber gemäß § 17 Abs. 1 DBGrG die Bildung besonderer Personalvertretungen beim Bundeseisenbahnvermögen vor, zu welchen ausschließlich die zugewiesenen Beamten wahlberechtigt sind.

Durch eine Verwaltungsanordnung bestimmt das Bundeseisenbahnvermögen die Zusammensetzung des Kreises der zugewiesenen Beamten, für den dann jeweils eine besondere Personalvertretung zuständig ist<sup>409</sup>. Insofern existiert eine Sondervertretung der zugewiesenen Beamten in beamtenrechtlichen Angelegenheiten.

Die besonderen Personalvertretungen sind sowohl bei Entscheidungen und Maßnahmen des BEV nach § 17 Abs. 1 DBGrG, als auch bei denen der DBAG übertragenen beamtenrechtlichen Entscheidungen nach § 17 Abs. 2 DBGrG in Verbindung mit § 76 Abs. 1 BPersVG zu beteiligen<sup>410</sup>. Hierbei handelt es sich um die der DBAG übertragenen Entscheidungen des § 76 Abs. 1 BPersVG, also vor allem um die Übertragung einer höher zu bewertenden Tätigkeit, Versetzung, Umsetzung und

---

<sup>406</sup> Begründung des Regierungsentwurfs zum ENeuOG, BR-Drucks. 131/93, S. 84.

<sup>407</sup> So auch Engels/ Mauß/ Müller, DB 1994, 473, 477.

<sup>408</sup> BAG, Beschluß vom 12.12.1995 – 1 ABR 23/95, in: NZA 1996, 667, 669; Richardi, NZA 1996, 953, 955.

<sup>409</sup> Bäsler, PersR 1996, 357, 358.

<sup>410</sup> Engels/ Mauß/ Müller, DB 1994, 473, 478; Altvater/ Bacher/ Hörter/ Peiseler/ Sabottig/ Schneider/ Vohs, BPersVG, Kommentar, Abschnitt C (DBGrG), § 17 Rn. 6 und 14.

Abordnung. Im Falle der Verweigerung der Zustimmung durch die besondere Personalvertretung ist die Einigungsstelle beim BEV anzurufen. Diese hat innerhalb von zwei Monaten festzustellen, ob ein Verweigerungsgrund im Sinne des § 77 Abs. 2 BPersVG vorliegt. Schließt sich die Einigungsstelle nicht der Auffassung der DBAG an, entscheidet gemäß § 17 Abs. 4 DBGrG der Präsident des BEV innerhalb von zehn Tagen abschließend.

### 4.1.5.3.3 Zuständigkeiten des besonderen Personalrats

Beim Präsidenten des Bundeseisenbahnvermögens wird ein Hauptpersonalrat gebildet. Die besonderen Personalvertretungen sind bei sämtlichen Entscheidungen des Bundeseisenbahnvermögens zu beteiligen und zwar in entsprechender Anwendung des Bundespersonalvertretungsrechts. Danach ist die Personalvertretung gemäß den §§ 76 und 78 BPersVG insbesondere zu beteiligen bei Anstellungen (§ 76 Abs.1 Nr. 1 BPersVG), Beförderungen und Laufbahnwechsel (§ 76 Abs.1 Nr. 2 BPersVG), bei der Übertragung einer niedriger zu bewertenden Tätigkeit (§ 76 Abs. 1 Nr. 3 BPersVG), bei einer Ablehnung eines Antrages nach §§ 72 a oder 79 a BBG (§ 76 Abs. 1 Nr. 8 BPersVG), bei dem Erlass von Verwaltungsanordnungen durch das BEV (§ 78 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG), bei der Einleitung eines förmlichen Disziplinarverfahrens (§ 78 Abs. 1, Nr. 3 BPersVG), bei der Entlassung eines Beamten auf Probe oder auf Widerruf (§ 78 Abs. 1 Nr. 4 BPersVG) und bei der Versetzung des Beamten in den vorzeitigen Ruhestand (§ 78 Abs. 1 Nr. 5 BPersVG).

Die geforderte Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Betriebsrat und besonderer Personalvertretung führt zu Problemen, wenn annähernd gleiche Tatbestände unterschiedliche Beteiligungsrechte nach dem BetrVG und dem BPersVG auslösen. Aus beamtenrechtlichen Grundsätzen ist zum Schutz der Beamten generell eine Zuständigkeitsabgrenzung wünschenswert. Wird aber ein Beamter innerhalb eines Betriebes der DBAG ohne Dienstortwechsel umgesetzt oder zu einem anderen Betrieb der DBAG für weniger als drei Monate abgeordnet, besteht nach § 17 Abs. 2 DBGrG in Verbindung mit § 76 Abs. 1 Nr. 4 und 5 BPersVG keine Beteiligung der besonderen Personalvertretung. Erst bei einer Abordnung von mehr als drei Monaten wird die besondere Personalvertretung beteiligt, wobei im Streitfall der Präsident des EBV das Letztentscheidungsrecht hat. Dagegen steht nach § 99 BetrVG dem Betriebsrat in allen drei Fällen das umfassende Informationsrecht sowie ein Zustimmungsverweigerungsrecht zu. Insoweit könnten die einschlägigen Vorschriften des BetrVG, insbesondere des § 99 BetrVG, Anwendung finden.

Zum Teil wird eine Anwendung des BetrVG mit dem Wegfall einer hoheitlichen Aufgabenerfüllung infolge der Privatisierung begründet, da danach eine Einschränkung des kollektiven Schutzes der Beamten nunmehr verfassungsrechtlich nicht mehr geboten sei<sup>411</sup>. Des weiteren handele es sich bei der sich aus der Anwendung des § 99 BetrVG ergebenden Befassung sowohl der besonderen Personalvertretung als auch des Betriebsrats mit derselben Angelegenheit nicht um eine unzulässige Doppelvertretung durch dasselbe Gremium<sup>412</sup>.

Auf die konkrete betriebliche Tätigkeit der Beamten ist jedoch aufgrund des weiterhin uneingeschränkt bestehenden Beamtenstatus nicht abzustellen. Vielmehr ergibt sich für die Anwendbarkeit des Betriebsverfassungsgesetzes aus den für die Interessenvertretung der bei der DBAG beschäftigten Beamten getroffenen Regelung in § 17 Abs. 2 DBGrG, daß ausschließlich für diejenigen Tatbestände, für die eine Beteiligung des Personalrats nicht vorgesehen ist, der Betriebsrat zu beteiligen ist.

Bei personellen Einzelmaßnahmen, die sowohl von § 76 Abs. 1 BPersVG, als auch von § 99 BetrVG umfaßt werden, geht § 17 Abs. 2 DBGrG aus den genannten Erwägungen dem § 19 DBGrG vor und schließt damit ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 99 BetrVG aus<sup>413</sup>. Denn § 17 Abs. 2 Satz 1 DBGrG soll gerade Art. 33 Abs. 5 GG Rechnung tragen, indem sichergestellt wird, daß in den statusrechtlichen Angelegenheiten der Beamten auch ausschließlich die von diesen gewählten Vertreter Mitbestimmungsrechte haben. Die besondere Personalvertretung erfüllt den Zweck, die Sonderstellung der Beamten auch in den privaten Unternehmen zu erhalten und die Mitbestimmung beamtenspezifisch auszugestalten.

---

<sup>411</sup> Engels/ Müller/ Mauß, DB 1994, 473, 478.

<sup>412</sup> Altvater/ Bacher/ Hörter/ Peiseler/ Sabottig/ Schneider/ Vohs, BPersVG, Kommentar, Abschnitt C (DBGrG), § 19 Rn. 2.

<sup>413</sup> So auch Fitting, in: Fitting/ Kaiser/ Heither/ Engels (Hrsg.), BetrVG, § 99 Rn. 222.

#### 4.1.5.3.4 Ausdehnung betriebsverfassungsrechtlicher Pflichten des Arbeitgebers auf das BEV

Da bezüglich der zugewiesenen Beamten eine Aufspaltung in die Arbeitgeberfunktion der DBAG und in die Dienstherrenfunktion bei dem BEV erfolgte, könnten Probleme bei der Erfüllung von Mitwirkungspflichten bestehen. Die DBAG könnte Mitwirkungspflichten gegenüber dem Betriebsrat nur deshalb nicht erfüllen können, weil sie nicht über Kenntnisse und Informationen verfügt, die nur bei dem Dienstherren vorhanden sind. Dies gilt insbesondere für Informationen über den beruflichen Werdegang, vgl. § 92 BetrVG, bei personellen Einzelmaßnahmen, vgl. § 99 ff. BetrVG oder bei der Teilnahme betrieblicher oder außerbetrieblicher Maßnahmen der Berufsbildung, vgl. § 96 ff. BetrVG.

Auch könnte die Pflicht der DBAG, in den Betriebsrat gewählte Beamte beim beruflichen Aufstieg nicht zu benachteiligen, nicht erfüllt werden, weil die dafür erforderlichen Beförderungen in die Zuständigkeit des BEV fallen<sup>414</sup>. In diesen Fällen treffen die sonst dem Arbeitgeber gegenüber dem Betriebsrat obliegenden betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten nach § 19 Abs. 3 DBGrG das die Dienstherrenfunktionen wahrnehmende BEV. Damit wird sichergestellt, daß die Beteiligungsrechte des Betriebsrats nicht infolge der Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion verkürzt werden.

Eine sinnvolle Verzahnung der Beteiligung des Betriebsrats und der besonderen Personalvertretung könnte dadurch erzielt werden, daß der Betriebsrat die Gelegenheit erhält, seine Ansicht zu der von der DBAG beabsichtigten personellen Maßnahme in einer Stellungnahme gegenüber der zuständigen besonderen Personalvertretung zu öffnen. Auf diese Weise würde die nur aus Beamtenvertretern bestehende besondere Personalvertretung in die Lage versetzt, die Meinung des Betriebsrats zu der anstehenden Personalentscheidung kennenzulernen und sie bei der Beschlußfassung berücksichtigen zu können<sup>415</sup>. Dies entspräche auch dem Grundgedanken des § 38 Abs. 2 BPersVG, der in Angelegenheiten, die lediglich die Angehörigen einer Gruppe betreffen, vor Beschlußfassung durch die Vertreter dieser Gruppe eine gemeinsame Beratung vorsieht.

Zweifelhaft ist der Vorschlag von Engels/ Müller/ Mauß, die Verzahnung der Beteiligung von Betriebsrat und der besonderen Personalvertretung durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung zu regeln<sup>416</sup>. Dies mag für eine transparente Personalpolitik sinnvoll erscheinen, jedoch sind hier die gesetzlich getroffenen Regelungen abschließend nach dem DBGrG in Verbindung mit dem BPersVG zu beurteilen. Doch auch nach den bereits existierenden gesetzlichen Vorschriften ergibt sich aus § 38 Abs. 2 BPersVG, daß die DBAG vor beabsichtigten Maßnahmen nach § 17 Abs. 2 DBGrG in Verbindung mit § 76 BPersVG den Betriebsrat zu unterrichten hat. Der Betriebsrat hat sich danach mit der besonderen Personalvertretung zu beraten, so daß zu einer sinnvollen Einigung zu kommen ist.

Insofern spricht gegen die Vorstellung einer Ausgestaltung durch Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen, daß durch diese arbeitsrechtlichen Instrumentarien keine über das Gesetz hinausgehenden Zuständigkeiten für die in dem privatisierten Unternehmen beschäftigten Beamten geschaffen werden können.

#### 4.1.6 Ergebnis: Folgen der Privatisierung für die Post- und Bahnbeamten

Sowohl die Überleitung der Beamten nach dem Zuweisungsmodell der Bahn als auch die Weiterbeschäftigung nach dem Beleihungsmodell der Post ermöglichen den Einsatz von Beamten in einem privatwirtschaftlichen Unternehmen unter Aufrechterhaltung des Beamtenstatus mit den damit verbundenen Rechten und Pflichten. Die einfachgesetzlich getroffenen Regelungen unterscheiden sich allerdings in der Reichweite der Übertragung spezifischer beamtenrechtlicher Zuständigkeiten auf die Privatgesellschaften sowie in der unterschiedlich weitreichenden Einordnung in die betriebsverfassungsrechtliche Struktur der Interessenvertretung bei den privatisierten Gesellschaften.

Bei der Anwendung der für die in der privatisierten DBAG und den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost beschäftigten Beamten geltenden Regelungen ist insbesondere darauf zu achten, daß im Rahmen der Vorschriften für die Übertragung von Dienstherrenbefugnissen und bei deren Auslegung dem Vorrang des Beamtenrechts Rechnung getragen wird.

---

<sup>414</sup> Engels/ Müller/ Mauß, DB 1994, 473, 478.

<sup>415</sup> Engels/ Müller/ Mauß, DB 1994, 473, 478.

<sup>416</sup> So aber Engels/ Müller/ Mauß, DB 1994, 473, 478.

Unterschiedliche Regelungen wurden für die betriebsverfassungsrechtliche Struktur der Interessenvertretung der Beamten bei den privatisierten Gesellschaften gefunden. Bei der DBAG besteht in personalrechtlichen Angelegenheiten der Beamten die Zuständigkeit einer besonderen Personalvertretung, die als eine Art Sondervertretung die Interessen der Beamten in dem privaten Unternehmen wahrnimmt. Bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost existiert eine vergleichbare besondere Beamtenvertretung nicht. Insoweit unterscheiden sich die Regelungen für die DBAG grundlegend von denen für die Nachfolgeunternehmen der Bundespost getroffen, da für die in den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost beschäftigten Beamten lediglich eine Interessenvertretung durch den von den Beamten mitgewählten Betriebsrat vorgesehen ist.

Aus diesen verschiedenen Bestimmungen folgen für die Mitwirkung des Betriebsrats bei personalrechtlichen Entscheidungen unterschiedliche rechtliche Konsequenzen. Bei der DBAG stellt sich nicht das Problem einer Doppelbefassung derselben Arbeitnehmervertretung mit einer personalrechtlichen Maßnahme. Denn nach dem DBGrG ist für die bei der DBAG beschäftigten Beamten eine Sondervertretung durch den besonderen Personalrat vorgesehen. Insofern existieren hier zwei Arbeitnehmervertretungen, da neben der besonderen Personalvertretung auch der Betriebsrat Mitbestimmungsrechte besitzt. Jedoch ist für die statusbezogenen Maßnahmen auch bei der DBAG ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats abzulehnen. Für diese Maßnahmen besteht ein ausschließliches Mitbestimmungsrecht der die Beamten im Unternehmen vertretenden besonderen Personalvertretung.

Für die übergeleiteten Beamten in den Post-Nachfolgeunternehmen werden keine besonderen Personalvertretungen gebildet, so daß das Mitbestimmungsrecht nach den §§ 28 Satz 1 PostPersRG, 76 Abs. 1 BPersVG von Beamten ausgeübt wird, die dem jeweils zuständigen Betriebsrat angehören. Die in den Angelegenheiten des § 76 Abs. 1 BPersVG zur Beschlußfassung berufenen Beamten stellen insoweit eine der besonderen Personalvertretung vergleichbare „Sondervertretung“ dar. Der Betriebsrat hat insoweit nicht die Möglichkeit, seine Mitwirkungsrechte ein zweites Mal gemäß § 99 BetrVG auszuüben.

Ein weiterer wesentlicher Unterschied der Mitbestimmungsregelungen bei der DBAG und den Post-Aktiengesellschaften besteht darin, daß bei der Versetzung von Postbeamten, bei welcher der Betriebsrat nach § 76 Abs. 1 BPersVG mitbestimmt, trotz des Ausschlusses der Mitbestimmung nach § 99 BetrVG die Wahrung der Belange der Gesamtbelegschaft durch eine hierzu legitimierte Interessenvertretung im Rahmen der Beratung nach § 28 Satz 2 PostPersRG vorgesehen ist<sup>417</sup>.

Dagegen fehlt für die Versetzung der Beamten der DBAG eine entsprechende Bestimmung. Hier führte der Ausschluß der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG dazu, daß allein der von den Beamten gewählte besondere Personalrat Mitbestimmungsrechte in den statusrechtlichen Angelegenheiten der Beamten ausüben darf.

Mit der bei den Regelungen der DBAG fehlenden Beratung wird jedoch lediglich das Fehlen einer besonderen Personalvertretung oder eines entsprechenden Mitbestimmungsorgans kompensiert. Insofern stehen dem Betriebsrat auch keine weitergehenden Rechte zu. Vielmehr soll auf diese Weise auch im Rahmen der für die Mitbestimmung in den privatisierten Unternehmen getroffenen Regelungen der Sonderstellung der Beamten Rechnung getragen werden. Dieses geschieht zum einen durch die Bildung einer besonderen Personalvertretung und zum anderen durch besondere Verfahren der Mitbestimmung in statusrechtlichen Angelegenheiten der Beamten.

### **4.2 Folgen der Personalüberleitung für die Kommunalbeamten**

Art. 33 Abs. 4 und 5 GG verpflichtet als Organisationsnorm alle Träger öffentlicher Gewalt, also auch die Kommunen, die ständige Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse in der Regel auf Beamte zu übertragen.

§ 123a Abs. 2 BRRG eröffnet die Möglichkeit der Zuweisung von Beamten an eine privatisierte Einrichtung der öffentlichen Hand. Danach üben die Beamten ihre Tätigkeit in der durch die Privatisierung entstandenen privaten Gesellschaft aus. Welche rechtlichen Folgen diese Zuweisung für die betroffenen Beamten hat, ist nicht eindeutig zu beantworten, weil der Gesetzgeber das beamtenrechtliche Verhältnis der zugewiesenen Beamten in den privatisierten Einrichtungen nicht ausgestaltet hat.

---

<sup>417</sup> BAG, Beschluß vom 12.08.1997 - 1 ABR 7/97 - in: PersR 1998, 206, 208; Richardi, NZA 1996, 953, 956.

Daher ist auch im Rahmen von Privatisierungen auf kommunaler Ebene zu überprüfen, ob und wie sich eine Zuweisung der Beamten gemäß § 123a Abs. 2 BRRG an eine privatisierte Einrichtung der öffentlichen Hand auf den Status und die damit verbundenen Rechte und Pflichten der zugewiesenen Beamten auswirkt. Insoweit ist die Situation, die sich aus der Beschäftigung von Beamten in den privatisierten Einrichtungen der Kommunen ergibt, mit derjenigen der für die DBAG und für die Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost tätigen Beamten dahingehend vergleichbar, daß auch hier Beamte in den Arbeitsbetrieb einer privaten Gesellschaft eingegliedert werden.

Für das Bundesverwaltungsgericht<sup>418</sup> resultiert die Notwendigkeit einer uneingeschränkten Anwendung beamtenrechtlicher Bestimmungen nicht zuletzt aus der nach seiner Auffassung verfassungsrechtlich durch Art. 143b Abs. 3 GG abgesicherten Fiktionsregelung des § 4 Abs. 1 PostPersRG, wonach die Tätigkeit der bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost beschäftigten Beamten bei den privatisierten Unternehmen als „Dienst“ gilt. Eine solche konkrete oder auch eine vergleichbare Vorschrift existiert aber für die gemäß § 123a Abs. 2 BRRG zugewiesenen Beamten nicht. Auch finden sich keine dem PostPersRG und dem DBGrG vergleichbaren gesetzlichen Ausgestaltungen bezüglich der für die privatisierten Einrichtungen tätigen Beamten.

Es stellt sich daher die Frage, ob und inwieweit die speziellen für die bei der DBAG und den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost beschäftigten Beamten getroffenen Regelungen wegweisend für die ehemals bei den kommunalen Einrichtungen und Unternehmen beschäftigten Beamten sind.

### 4.2.1 Statuswahrung bei der Zuweisung nach § 123a Abs. 2 BRRG

Auch bei der Zuweisung an eine privatrechtliche Einrichtung nach § 123a Abs. 2 BRRG ist zu erörtern, ob die zugewiesenen Beamten ihren Beamtenstatus in vollem Umfang beibehalten. Denkbar ist eine Veränderung des beamtenrechtlichen Status insbesondere dann, wenn die Zuweisung der Beamten an eine privatisierte Einrichtung der öffentlichen Hand im Sinne des § 123a Abs. 2 BRRG für die zugewiesenen Beamten einen Dienstherrnwechsel zur Folge hätte.

Im Rahmen ihrer Personalhoheit als wesentlicher Bestandteil des Rechts auf kommunale Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG sind die Kommunen Dienstherrn der bei ihnen beschäftigten Beamten<sup>419</sup>.

#### 4.2.1.1 Statuswechsel durch Dienstherrnwechsel

Ein Dienstherrnwechsel kommt lediglich in Betracht, wenn mit der Zuweisung gemäß § 123a Abs. 2 BRRG auf die privatisierte Einrichtung die Dienstherrnenfähigkeit übertragen worden ist, denn grundsätzlich kann eine private Gesellschaft nicht Dienstherrin von Beamten sein.

Mit einem Dienstherrnwechsel wäre für die zugewiesenen Beamten automatisch ein Wechsel ihres Status verbunden, denn wenn mit der Zuweisung der Beamten an eine privatisierte Einrichtung ein Dienstherrnwechsel vorgenommen würde, wäre nunmehr die private Gesellschaft Dienstherrin und private Arbeitgeberin der Beamten. Daraus resultierte, daß die zugewiesenen Beamten allein dem privaten Arbeitgeber verantwortlich und dieser ihnen gegenüber auch in Statusangelegenheiten weisungsbefugt wäre.

Ein Dienstherrnwechsel könnte aus der in § 123a Abs. 2 BRRG gesetzlich geschaffenen Möglichkeit abzuleiten sein, daß Beamte nunmehr nach erfolgter Zuweisung für eine privatrechtlich organisierte Einrichtung tätig werden.

Die privatisierte Einrichtung des öffentlichen Rechts wird in der Regel in der Rechtsform einer privaten Gesellschaft des Handelsrechts, vorzugsweise in der Rechtsform der GmbH (vgl. Seite 45), geführt, der an sich keine Dienstherrnenfähigkeit zukommt. Denn Privatpersonen können nicht Dienstherrn von Beamten sein<sup>420</sup>. Daran ändert auch der Umstand, daß die Kommune möglicherweise Alleingesellschafterin ist oder zumindest die Mehrheitsbeteiligung auf ihrer Seite liegt, nichts, da die Kommune in ihrer Funktion als Gesellschafterin privatwirtschaftlich tätig wird. Denn abzustellen ist bei

---

<sup>418</sup> BVerwG, PersR 1997, 230, 231.

<sup>419</sup> Lorenz/ Wollmann, Kommunales Dienstrecht und Personal, in: Wollmann/ Roth (Hrsg.), Kommunalpolitik, 490, 491.

<sup>420</sup> BVerwGE 69, 303, 305 f.



der Beurteilung der Dienstherrenfähigkeit auf die Rechtsform des Unternehmens und nicht darauf, wer bei wirtschaftlicher Betrachtung hinter diesem Unternehmen steht.

Die Dienstherrenfähigkeit besitzen gemäß § 121 BRRG der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände, sowie diejenigen sonstigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes Dienstherrenfähigkeit besaßen oder denen sie nach diesem Zeitpunkt durch Gesetz, Rechtsverordnung oder genehmigte Satzung verliehen ist.

Durch die einfachgesetzliche Zuweisung gemäß § 123a Abs. 2 BRRG ist jedoch nicht die Dienstherrenfähigkeit auf die privatisierte Einrichtung übertragen worden. Zum einen weist die Vorschrift die Beamten lediglich zu der Ausübung ihrer Tätigkeit der privatisierten Einrichtung zu, so daß der Wortlaut schon keine Interpretation in diese Richtung zuläßt.

Zum anderen gibt die Kommune ihre Dienstherrenfähigkeit nicht an die privatisierte Einrichtung ab, denn mit der Vorstellung des Gesetzgebers, daß eine Zuweisung gemäß § 123a Abs. 2 BRRG lediglich im Rahmen einer formellen Privatisierung ermöglicht werden soll, und es sich daher auch immer um eine privatisierte Einrichtung der öffentlichen Hand handeln muß, wird zum Ausdruck gebracht, daß der Kommune als Dienstherrin sogar weitestgehende Kontrollmöglichkeiten verbleiben sollen.

### *4.2.1.2 Statuswechsel durch die betriebliche Tätigkeit*

Ein Statuswechsel könnte somit allein durch die betriebliche Tätigkeit der Beamten in der privatisierten Einrichtung stattgefunden haben. Durch die Eingliederung der zugewiesenen Beamten in den betrieblichen Arbeitsablauf könnte sich der Status der Beamten dem der übrigen Arbeitnehmer in der privaten Gesellschaft weitgehend angeglichen haben.

Gemäß § 123a Abs. 3 BRRG bleibt die Rechtsstellung der Beamten durch die Zuweisung an die privatisierte Einrichtung unberührt. Der Wortlaut der Vorschrift läßt keine eindeutige Bewertung zu, ob und inwieweit der Tätigkeit in dem privaten Unternehmen Rechnung durch eine Änderung des beamtenrechtlichen Status des zugewiesenen Beamten getragen wird.

Der Umfang des Erhalts der bis zu dem Zeitpunkt der Zuweisung erworbenen Rechtsstellung des Beamten ist davon abhängig, welche beamtenspezifischen Merkmale von der „Rechtsstellung“ im Sinne des § 123a Abs. 3 BRRG umfaßt sind. Diese Vorschrift ist daher auslegungsbedürftig. Für die Inhaltsbestimmung des Begriffs der Rechtsstellung ist entscheidend, ob sich die Rechtsstellung des Beamten im Sinne des § 123a Abs. 3 BRRG auf das Amt im statusrechtlichen oder auch auf das Amt im funktionellen Sinn bezieht. Insofern stellt sich hier die Frage, welchen Umfang der Begriff der Rechtsstellung bezüglich einer Status- oder einer Besitzstandsgarantie für die zugewiesenen Beamten hat.

Nach der Auffassung von Blanke<sup>421</sup> beinhaltet die Vorschrift des § 123a Abs. 3 BRRG eine lediglich auf den Amtsstatus bezogene Besitzstandsgarantie. Dies begründet er damit, daß die in der privatisierten Einrichtung beschäftigten Beamten kein öffentliches Amt mehr ausüben und sich insoweit ihre Rechtsstellung insgesamt erheblich verändert und der der übrigen Arbeitnehmer angeglichen habe. Nur unter Zugrundelegung eines engen Begriffs der Rechtsstellung sei eine Entkoppelung von Amt und Funktion möglich, die eine Voraussetzung für die Zuweisung des Beamten an eine privatisierte Einrichtung darstelle<sup>422</sup>. Unverändert sei lediglich das Amt im statusrechtlichen Sinn wie es durch die Amtsbezeichnung, die Besoldungsgruppe und die Laufbahngruppe gekennzeichnet ist. Dafür spreche auch, daß anderenfalls die Zuweisung von Beamten insgesamt „blockiert“ würde, weil die Tätigkeitsbereiche der weiterbeschäftigten Beamten in der privatisierten Einrichtung nicht verändert werden dürften<sup>423</sup>.

Diese enge Auslegung des Begriffs der Rechtsstellung widerspricht jedoch dem Sinn und Zweck des § 123a Abs. 3 BRRG, wonach die Rechtsstellung der zugewiesenen Beamten unberührt bleiben soll,

---

<sup>421</sup> In: PersR 1999, 197, 204; ders. in: Blanke/ Trümmer (Hrsg.), Handbuch Privatisierung, 1998, Rn. 978; Blanke/ Sterzel, Privatisierungsrecht für Beamte, 1999, Rn. 132.

<sup>422</sup> Blanke, PersR 1999, 197, 204; Blanke/ Sterzel, Privatisierungsrecht für Beamte, 1999, Rn. 130.

<sup>423</sup> Blanke, PersR 1999, 197, 204.

um diesen durch die Privatisierung weder besser noch schlechter als zuvor zu stellen. Vielmehr soll der bisher erworbene Status mit den damit verbundenen Rechten und Pflichten gewahrt werden. Von der Rechtsstellung wird daher auch nicht allein das Amt im statusrechtlichen Sinn umfaßt. Vielmehr hat die Rechtsstellung im Sinne des § 123a Abs. 3 BRRG eine umfassendere Bedeutung.

Richtig ist die weite Auslegung des Begriffs der „Rechtsstellung“ in § 123a Abs. 3 BRRG. Denn wenn der zugewiesene Beamte lediglich sein Amt im statusrechtlichen Sinn, wie es durch die Zugehörigkeit zu einer Laufbahn und Laufbahngruppe, das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe und durch die dem Beamten verliehene Amtsbezeichnung definiert ist, behält, folgt daraus, daß der Beamte bei der privatisierten Einrichtung weder ein Amt im abstrakt-, noch im konkret-funktionellen Sinn wahrnimmt<sup>424</sup>. Er wäre danach nicht nur seiner betrieblichen Funktion in der privatisierten Einrichtung nach, sondern auch juristisch den dort beschäftigten Arbeitnehmern gleichgestellt.

Die Sichtweise, die den Begriff der Rechtsstellung in § 123a Abs. 3 BRRG mit dem des Amtes im statusrechtlichen Sinn gleichsetzt, erweist sich damit als zu formell. Das Amt im statusrechtlichen Sinn kennzeichnet neben der Art des Beamtenverhältnisses die Rechtsstellung des Beamten<sup>425</sup>. Mit dem Amt im statusrechtlichen Sinne wird abstrakt die Wertigkeit des Amtes zum Ausdruck gebracht und die amtsangemessene Besoldung festgelegt<sup>426</sup>. Dem Amt im statusrechtlichen Sinn korrespondieren auch entsprechende Rechte des Beamten nach Maßgabe der Beamtengesetze, wie zum einen eine dem Amt entsprechende Bezeichnung und Besoldung. Zum anderen umfaßt die Rechtsstellung des Beamten aber neben dem Amt im statusrechtlichen Sinn auch die in den Beamtengesetzen mit dem Status verbundenen Rechte und Pflichten<sup>427</sup>.

Dazu gehören insbesondere auch die sich aus den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums entwickelten Vorzüge des Beamtenstatus, wie die Alimentation, die Fürsorgepflicht des Dienstherrn und auch der Grundsatz einer Beschäftigung auf Lebenszeit. Daher hat der Beamte grundsätzlich Anspruch auf die Übertragung eines seinem statusrechtlichen Amt entsprechenden Amtes im funktionellen Sinn, also auf die Übertragung eines amtsgemäßen Aufgabenbereiches<sup>428</sup>.

Von einer Wahrung der Rechtsstellung des Beamten kann nicht gesprochen werden, wenn lediglich die Besitzstandsgarantie das Amt im statusrechtlichen Sinn umfaßt. Wenn sich auch mit der Beschäftigung des Beamten in der privatisierten Einrichtung das Amt im funktionellen Sinn verändert, muß die neue konkrete Tätigkeit dennoch dem bisherigen Amt im funktionellen Sinn entsprechen. Daher ist von der Rechtsstellung im Sinne des § 123a Abs. 3 BRRG nicht allein der beamtenrechtliche Status wie er sich durch die formelle Sichtweise darstellt, umfaßt, sondern zu diesen formellen Kriterien treten die mit ihnen verbundenen beamtenspezifischen Rechte und Verpflichtungen wie sie durch das Amt im funktionellen Sinn charakterisiert werden.

Für dieses Ergebnis spricht auch der Zweck der Vorschrift des § 123a Abs. 3 BRRG. Denn den zugewiesenen Beamten soll ihr bis dahin bestehender Status mit den damit verbundenen Rechten und den entsprechenden Pflichten erhalten bleiben. Sie sollen durch die Zuweisung an eine privatisierte Einrichtung im Vergleich zu ihrer bisherigen Stellung in der öffentlichen Einrichtung weder besser noch schlechter gestellt werden.

Blanke ist auch dahingehend nicht zu folgen, daß er den Statusbeibehalt mit der Begründung ablehnt, ein solcher verhindere die betriebliche Beschäftigung der Beamten, da eine Veränderung des funktionellen Amtes nicht möglich sei<sup>429</sup>. Diese Hürde wird jedoch gerade durch die Möglichkeit der Zuweisung der Beamten nach § 123a Abs. 2 BRRG beseitigt. Denn die Veränderung des Amtes im funktionellen Sinn wird durch die Wahrung der Rechtsstellung und der Zuweisung einer „seinem Amt entsprechenden Tätigkeit“ ausgeglichen. So muß sich aus der Verbindung von Amt und Tätigkeit auch

---

<sup>424</sup> BAG, Beschluß vom 12.08.1997, in: NZA 1998, 273, 278 und PersR 1998, 206, 210; Blanke, in: Blanke/ Trümner (Hrsg.), Handbuch Privatisierung, 1998, Rn. 980.

<sup>425</sup> So auch Ziekow, DÖD 1999, 7, 7.

<sup>426</sup> BVerwGE 49, 64, 67; 65, 270, 272; 87, 310, 313; 89, 199, 200.

<sup>427</sup> Nokiell/ Jaspers, ZTR 1999, 255, 258.

<sup>428</sup> BVerwGE 49, 64, 67; 60, 144, 150; 69, 208, 209; 87, 310, 315; 89, 199, 200.

<sup>429</sup> Blanke, PersR 1999, 197, 204.

mehr als das Amt im statusrechtlichen Sinn ergeben, da dieses allein über eine Aufgabenwahrung wenig aussagt.

Daher entspricht die Zuweisung zur Dienstleistung ohne Dienstherrenwechsel bei Beibehalt des uneingeschränkten Beamtenstatus der in § 123a Abs. 2 BRRG gewählten Wortwahl „eine seinem Amt entsprechenden Tätigkeit“. Somit ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, daß eine Veränderung des Amtes im funktionellen Sinn ermöglicht werden soll, um den Beamten der privatisierten Einrichtung zur Tätigkeitsausübung zuweisen zu können. Insofern unterscheidet sich die Zuweisung auch von der Abordnung nach § 17 BRRG. Denn für die zugewiesenen Beamten wird ein Schutz vor unterwertiger Beschäftigung und gleichermaßen die Gewährleistung einer Beschäftigung geschaffen, die dem bisherigen Amt im abstrakt-funktionellen Sinn entspricht.

Insofern bestimmt auch nicht allein das Amt im statusrechtlichen Sinne die Rechtsstellung des Beamten im Sinne des § 123a Abs. 3 BRRG. Aus der Wahrung der Rechtsstellung der Beamten gemäß § 123a Abs. 3 BRRG ist vielmehr zu folgern, daß auch nach der Zuweisung der Beamten an die privatisierte Einrichtung die Bindung der zugewiesenen Beamten an ihren Dienstherrn und damit der bisher erworbene Status der Beamten erhalten bleibt<sup>430</sup>.

### 4.2.1.3 Die Ausübung von Dienstherrenbefugnissen

Die Dienstherrin der zugewiesenen Beamten bleibt somit die öffentliche Hand. In der Regel wird der Dienstherr vertreten durch den Dienstvorgesetzten, der die Dienstherrenbefugnisse gegenüber den Beamten ausübt. Der Dienstvorgesetzte trifft die beamtenrechtlichen Entscheidungen über die personellen Angelegenheiten der ihm nachgeordneten Beamten<sup>431</sup>.

Fraglich ist, wie sich die Ausübung der Dienstherrenbefugnisse in der privatisierten Einrichtung gestaltet, und wer diese wahrnimmt. Denn im BRRG sind keine vergleichbaren gesetzlichen Regelungen für die Übertragung von Dienstherrenbefugnissen auf die privatisierte Einrichtung entsprechend den Regelungen in den §§ 12, 17 DBGrG sowie in § 2 Abs. 3 PostPersRG getroffen worden.

Der Wortlaut des § 123a Abs. 2 BRRG selbst enthält keinen Hinweis auf eine Übertragung von Dienstherrenbefugnissen, sondern weist den Beamten eine Tätigkeit in der privatisierten Einrichtung zu. Insofern ähnelt die Formulierung des § 123a Abs. 2 BRRG der des Art. 143a Abs. 1 Satz 3 GG, wonach die Bahnbeamten einer privatrechtlich organisierten Eisenbahn des Bundes zur Dienstleistung zugewiesen werden können, ohne daß zugleich die Dienstherrenbefugnis verfassungsrechtlich übertragen wurde, bzw. die Übertragung der Dienstherrenbefugnis an das private Unternehmen verfassungsrechtlich abgesichert und explizit der Ausgestaltung durch einfache Gesetze anheim gestellt wurde. Im Ansatz ähnelt daher die Zuweisung nach § 123a Abs. 2 BRRG dem Dienstüberlassungsmodell der DBAG. Eine dem Art. 143b Abs. 3 Satz 2 GG vergleichbare Regelung, welche die Ausübung der Dienstherrenbefugnisse auf die privatisierte Einrichtung überträgt, findet sich hier nicht.

Weder gemäß Art. 143a Abs. 1 Satz 3 GG noch gemäß § 123a Abs. 2 BRRG werden Dienstherrenbefugnisse übertragen, obwohl das Fehlen der ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Ermächtigung eine solche nicht ausschließt und die DBAG Dienstherrenbefugnisse gegenüber den bei ihr beschäftigten Beamten ausübt. Daraus läßt sich jedoch kein Rückschluß auf eine gleichsame Übertragung von Dienstherrenbefugnissen auf die privatisierten Einrichtungen in den Kommunen schließen. Denn gemäß § 12 DBGrG sind der DBAG ausdrücklich Dienstherrenbefugnisse übertragen worden, so daß hier eine einfachgesetzliche Regelung für die Übertragung hinsichtlich verschiedener statusrechtlicher Entscheidungen an die private Gesellschaft abgegeben wurden.

Die Übertragung von Dienstherrenbefugnissen auf die private Gesellschaft ist grundsätzlich eine Voraussetzung für die betriebliche Integration der Beamten. Denn der privatisierten Einrichtung kommt keine Dienstherrenfähigkeit zu, sondern Dienstherrin der zugewiesenen Beamten bleibt die Kommune, während der privatisierten Einrichtung die Beamten zur Verrichtung ihrer Tätigkeit zugewiesen werden. Daher kann der privatisierten Einrichtung auch lediglich eine sachbezogene Kontrolle über das Arbeitsergebnis der Beamten zukommen. Ungeregelt bleibt aber die konkrete Ausgestaltung der

---

<sup>430</sup> So auch Kröll, PersR 1998, 62, 64.

<sup>431</sup> Schmidt, in: Scheerbarth/ Höffken/ Bauschke/ Schmidt (Hrsg.), Beamtenrecht, § 10 III, S. 204.

Weisungsrechte der privaten Gesellschaft hinsichtlich des betrieblichen Arbeitsablaufs.

#### 4.2.1.3.1 Übertragung von Dienstherrenbefugnissen ohne verfassungsrechtliche Absicherung

Fraglich ist schon allein, ob ohne eine entsprechende verfassungsrechtliche Ermächtigung Dienstherrenbefugnisse übertragen werden können<sup>432</sup>.

Nach Blanke/ Sterzel<sup>433</sup> setzt eine Zuweisung im Rahmen des § 123a Abs. 2 BRRG voraus, daß das Beamtenrechtsverhältnis in unterschiedliche Direktionssphären des Dienstherrn einerseits und der Privatgesellschaft andererseits aufgespalten werden muß. Aus dieser Veränderung in den Rechtsbeziehungen der Beamten folgt für die Beamten ein Eingriff in die organisationsrechtlichen und dienstrechtlichen Vorgaben, die sich zum Schutz des Beamten aus Art. 33 Abs. 4 und 5 GG ableiten<sup>434</sup>. Somit kommt Blanke zu dem Ergebnis, daß die Übertragung von Dienstherrenbefugnissen an private Rechtssubjekte mit Art. 33 Abs. 4 und 5 GG nicht vereinbar ist, da die Führung von Beamten einen Kernbereich staatlicher Tätigkeit darstellt.

Zudem würde durch Regelungen, die die Ausübung der Dienstherrenbefugnisse Dritten übertragen, der hergebrachte Grundsatz der Alleinzuständigkeit des Dienstherrn in personellen Angelegenheiten in verfassungswidriger Weise eingeschränkt werden<sup>435</sup>. Aus diesem Grund bedurfte die Zuweisung von Beamten in Verbindung mit der Übertragung von Dienstherrenbefugnissen nach § 123a Abs. 2 BRRG einer verfassungsrechtlichen Absicherung wie sie im Rahmen der Bahn- und der Postreform geschaffen wurde.

Jedoch liegt in der Zuweisungsregelung des § 123a Abs. 2 BRRG kein Verstoß gegen die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums gemäß Art. 33 Abs. 4 und 5 GG. Aus den verfassungsrechtlichen Prinzipien des Art. 33 Abs. 4 und 5 GG ist kein Recht des Beamten abzuleiten, seine Tätigkeit in Behörden und in Unternehmen auszuüben, die in öffentlicher Rechtsform geführt werden. Vielmehr kann die öffentliche Hand zumindest im Bereich der Leistungsverwaltung auch gegenüber den Angehörigen des öffentlichen Dienstes entscheiden, welcher Rechtsform sie sich zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben bedient (vgl. Seite 14).

Des weiteren kann Blanke/ Sterzel dahingehend nicht gefolgt werden, daß die Zuweisung des Beamten zu einem wesentlichen Eingriff in den Status des Beamten führt. Zwar stellt die Führung von Beamten, wie Blanke/ Sterzel<sup>436</sup> richtig feststellen, einen Kernbereich staatlicher Tätigkeit dar. Jedoch geht es bei der Zuweisung von Beamten an eine privatisierte Einrichtung der öffentlichen Hand gemäß § 123a Abs. 2 BRRG gerade nicht darum, daß die Zuweisung zu einem Statusverlust des Beamten führt. Vielmehr bleibt der Status der Beamten mit den damit verbundenen Rechten und Pflichten erhalten. Ferner wird durch die Ermöglichung einer Zuweisung der Beamten lediglich im Rahmen einer formellen Privatisierung die Verantwortlichkeit des öffentlichen Dienstherrn gewahrt, so daß die Zuständigkeit des Dienstherrn in personellen Angelegenheiten nicht eingeschränkt wird.

---

<sup>432</sup> Lecheler, Helmut, Reform oder Deformation?, Zu den „Februar-Reformen“ des öffentlichen Dienstrechts, ZBR 1997, 206, 211.

<sup>433</sup> Blanke/ Sterzel, Privatisierungsrecht für Beamte, 1999, Rn. 146, 148 und 151.

<sup>434</sup> Blanke, PersR 1999, 197, 206.

<sup>435</sup> Steuck, ZBR 1999, 150, 153.

<sup>436</sup> In: Privatisierungsrecht für Beamte, 1999, Rn. 148.

#### 4.2.1.3.2 Wahrnehmung von Dienstherrenbefugnissen durch die privatisierte Einrichtung

Auch wenn der privaten Gesellschaft lediglich eine sachbezogene Kontrolle über das Ergebnis der von den zugewiesenen Beamten erbrachten Dienstleistung zukommt, stellt sich die Frage, wo eine solche Kontrolle seitens der privatisierten Einrichtung ihre Rechtsgrundlage findet.

Blanke/ Sterzel<sup>437</sup> vertreten die Auffassung, daß die Zuweisung gemäß § 123a Abs. 2 BRRG die partielle Beleihung der privatisierten Einrichtung mit Dienstherrenbefugnissen zwangsläufig beinhaltet, und diese Beleihung einer gesetzlichen Grundlage bedürfe.

Jedoch kann § 123a Abs. 2 BRRG nicht als eine Ermächtigung verstanden werden, über ein ausführendes Gesetz oder auch unmittelbar durch Verwaltungsakt eine entsprechende Übertragung von Dienstherrenbefugnissen vorzunehmen<sup>438</sup>. Denn schon der Wortlaut der Vorschrift spricht gegen diese Annahme, da die Zuweisung einer Tätigkeit bei den privatisierten Einrichtungen lediglich die konkrete Ausübung des Dienstes der Beamten in der privaten Gesellschaft betrifft. So werden nicht die Beamten der privatisierten Einrichtung, sondern den Beamten ist eine Tätigkeit bei der privatisierten Einrichtung zugewiesen.

Nach Blanke/ Sterzel<sup>439</sup> verstößt das Fehlen einer einfachgesetzlichen Regelung zur Übertragung von Dienstherrenbefugnissen gegen das Prinzip des Gesetzesvorbehalts. Danach gebietet der rechtsstaatlich begründete Gesetzesvorbehalt eine gesetzliche Regelung, die die personalrechtlichen Folgen für die zugewiesenen Beamten und insbesondere die Übertragung von Dienstherrenbefugnissen regelt.

Dem ist insoweit zuzustimmen, als die Übertragung von Dienstherrenbefugnissen auf eine private Gesellschaft einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Denn der Gesetzgeber hat die wesentlichen Entscheidungen im Staat nach dem institutionellen Gesetzesvorbehalt selbst zu treffen. Daher ist eine Übertragung von Dienstherrenbefugnissen auch nur aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung möglich.

Aus dem Wortlaut des § 123a Abs. 2 Satz 1 BRRG könnte sich jedoch auch ergeben, daß eine Beleihung der betreffenden Einrichtung mit Dienstherrenbefugnissen bewußt nicht vorgesehen und auch nicht erwünscht ist. Danach blieben sämtliche Dienstherrenbefugnisse in vollem Umfang bei dem öffentlichen Dienstherrn.

Aus diesem Grunde ergäbe sich auch nicht die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage für die Übertragung von Dienstherrenbefugnissen, denn Dienstherrenbefugnisse sollen lediglich dann auf die private Gesellschaft übertragen werden, wenn die mit der Ausübung von Dienstherrenbefugnissen verbundene Wahrnehmung der Dienstherrenfunktion übertragen werden soll.

Es spricht jedoch einiges dagegen, daß eine privatisierte Einrichtung berechtigt werden soll, personelle Entscheidungen hinsichtlich der ihnen zugewiesenen Beamten zu treffen. So ist eine Zuweisung gemäß § 123a Abs. 2 BRRG lediglich im Rahmen einer formellen Privatisierung möglich. Diese im Vergleich zu den Möglichkeiten, auch materiell und somit weitreichender zu privatisieren, sehr eingeschränkte Möglichkeit verdeutlicht den Willen des Gesetzgebers, Kontroll- und Eingriffsrechte der Kommune zu konservieren. Bei kommunalen Privatisierungsprojekten sind diese Rechte in besonderem Maße zu beachten, da den Kommunen durch die Privatisierung ihrer Einrichtungen und Unternehmen ein erheblicher Kompetenzverlust droht (vgl. Konflikt zwischen Privatisierungsgesetzen und kommunaler Selbstverwaltungsgarantie, Seite 26 f.). Dem entspricht die Festlegung in § 123a Abs. 2 BRRG, wonach die privatisierte Einrichtung eine solche der öffentlichen Hand bleiben muß. Öffentliche Dienstherrin bleibt die Kommune, und sie steht weiterhin durch ihre Mehrheitsbeteiligung und durch die Ausgestaltung von Weisungsrechten der privaten Gesellschaft hinter der privatisierten öffentlichen Einrichtung, so daß eine Nähe des bei der privaten Gesellschaft beschäftigten Beamten zu seinem öffentlichen Dienstherrn gewahrt ist.

Insoweit ist auch entscheidend, daß die privatisierten Einrichtungen in der Rechtsform einer GmbH zu führen sind, denn wie bereits dargestellt, gibt die Rechtsform einer anderen privaten Gesellschaft wie

---

<sup>437</sup> In: Privatisierungsrecht für Beamte, 1999, Rn. 152.

<sup>438</sup> So auch Steuck, ZBR 1999, 150, 153.

<sup>439</sup> Blanke/ Sterzel, Privatisierungsrecht für Beamte, 1999, Rn. 152 f.; Blanke, PersR 1999, 197, 206.

die der Aktiengesellschaft der öffentlichen Hand weitaus weniger Kontroll- und Eingriffsmöglichkeiten an die Hand. Der zugewiesene Beamte soll gerade nicht aus der öffentlich-rechtlichen Verwaltung herausgelöst werden.

Insofern ist eine Trennung von Dienstleistung und dem Arbeitsergebnis, das der Kontrolle des privaten Arbeitgebers unterliegt, in der Tat eine reine Fiktion<sup>440</sup>. Jedoch nicht in dem Sinne, daß Dienstleistungspflichten und Arbeitsergebnis nicht getrennt werden können hinsichtlich der vollständigen Übertragung von Weisungsbefugnissen auf die privatisierte Einrichtung, sondern dahingehend, daß die Verantwortlichkeit für die Tätigkeit der zugewiesenen Beamten und für die Beamten selbst in personellen Angelegenheiten bei dem öffentlichen Dienstherrn verbleibt. Denn es werden lediglich die bestehenden Weisungsrechte des öffentlichen Dienstherrn untermauert und verdeutlicht, daß der privatisierte Beamte seinem Dienstherrn und nicht dem privaten Arbeitgeber unterstellt bleibt.

Die Dienstleistungspflicht ist als ganzes in das öffentlich-rechtliche Sonderverhältnis des Beamten zum Staat eingefügt und deshalb mit diesem als eine Einheit anzusehen. Die private Gesellschaft besitzt keine beamtenrechtlichen Befugnisse gegenüber den zugewiesenen Beamten und darf sich dementsprechend nicht in rechtlich erheblicher Weise in das Verhältnis des Dienstherrn zum Zuweisungsbeamten einschalten. Damit würden ihr in unzulässiger Weise beamtenrechtliche Entscheidungsbefugnisse eingeräumt, die wegen der erforderlichen Einbindung des Beamten in das Hierarchiesystem der Verwaltung mit der Personalhoheit über die Beamten als Regierungsgewalt nicht zu vereinbaren wären<sup>441</sup>.

Ausschließlich betriebliche und fachliche Direktions- und Weisungsrechte können durch den private Gesellschaft ohne eine Übertragung von Dienstherrnenbefugnissen wahrgenommen werden. Sie werden durch die Zuweisungsverfügung auf die privatisierte Einrichtung übertragen, soweit die Dienstausbübung im Betrieb es erfordert<sup>442</sup>. Jedoch ist auch hierbei zu beachten, daß die Dienstherrin die öffentliche Hand bleibt, so daß der zugewiesene Beamte dieser gegenüber verantwortlich ist.

Nach Kröll<sup>443</sup> erfolgt die Tätigkeit der zugewiesenen Beamten aufgrund einer sogenannten Mantel-Weisung, wonach der Beamte den Anordnungen des privaten Arbeitgebers hinsichtlich Ort, Zeit, Inhalt und Umfang Folge zu leisten hat. Danach konkretisiert diese Mantel-Weisung die Zusammenarbeit zwischen der privatisierten Einrichtung und dem Dienstherrn, so daß der privatisierte Beamte im Rahmen der Mantel-Weisung den Anordnungen des privaten Arbeitgebers untersteht. Im Gegenzug verpflichtet sich der Arbeitgeber, mit dem Dienstherrn zu kooperieren.

Danach unterliegt der Beamte unmittelbar dem Direktions- und Weisungsrecht des privaten Arbeitgebers. Diese Tätigkeitsausübung im Rahmen einer Mantel-Zuweisung wurde bereits bei der ersten Normierung der Zuweisung nach § 123a Abs. 1 BRRG vom Gesetzgeber angenommen<sup>444</sup>.

Dem ist in der Sache zuzustimmen. Es werden einfachgesetzlich keine Dienstherrnenbefugnisse übertragen. Insofern darf die privatisierte Einrichtung vor dem Hintergrund des rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalts auch keine solchen wahrnehmen. Eine Übertragung von Befugnissen hinsichtlich personeller und damit statusbezogener Entscheidungen war aber auch nicht beabsichtigt, so daß ihr Fehlen keine gesetzgeberische Lücke darstellt. Denn ausdrücklich wird den Beamten gemäß § 123a Abs. 2 BRRG eine Tätigkeit bei der privatisierten Einrichtung zugewiesen, nicht aber der Beamte selbst an die private Einrichtung. Daher kann die private Gesellschaft auch lediglich eine beschäftigungsbezogene Kontrolle über das Arbeitsergebnis ausüben.

#### *4.2.1.4 Ergebnis: Statusbeibehalt für die gemäß § 123a Abs. 2 BRRG zugewiesenen Beamten*

Auch die gemäß § 123a Abs. 2 BRRG zugewiesenen Beamten befinden sich in einer Doppelstellung.

---

<sup>440</sup> Blanke/ Sterzel, Privatisierungsrecht für Beamte, 1999, Rn. 70, 149, 150; Blanke, PersR 1999, 197, 206.

<sup>441</sup> So auch Blanke/ Sterzel, Privatisierungsrecht für Beamte, 1999, Rn. 127.

<sup>442</sup> VGH BW NVwZ-RR, 540, 541 zur Bahn.

<sup>443</sup> Kröll, PersR 1998, 62, 64.

<sup>444</sup> BT-Drucks. 11/6835, S. 56.

Zum einen besteht das beamtenrechtliche Verhältnis zum Dienstherrn fort, zum anderen entsteht durch die betriebliche Tätigkeit in der privatisierten Einrichtung eine arbeitsrechtliche Bindung zwischen den zugewiesenen Beamten und der privaten Gesellschaft sowie den nicht verbeamteten Kollegen. Da durch die Rahmengesetzgebung des BRRG keine Festlegungen hinsichtlich der Möglichkeiten einer Übertragung von Dienstherrnbefugnissen getroffen worden sind, scheidet eine solche durch Verwaltungsakt oder auf andere Art und Weise vor dem Hintergrund des institutionellen Gesetzesvorbehalts aus.

Die zugewiesenen Beamten verrichten im Betrieb der privatisierten Unternehmen ihre Tätigkeit ohne ein ausdrücklich festgeschriebenes oder rechtlich ausgestaltetes Weisungs- und Direktionsrechts des Privatarbeitgebers. Damit liegt zwar faktisch eine Eingliederung in den Betrieb vor, diese ist jedoch durch das Fehlen vertraglicher Beziehungen mit der Beschäftigungsstelle gekennzeichnet.

Darüberhinaus ist für die Kommunen eine den Regelungen der Post-Beamtenüberleitung und der Bahn-Beamtenzuweisung entsprechende Dienstfiktion nicht normiert worden. Daraus resultiert aber keine andere Bewertung hinsichtlich des Beibehalts des Beamtenstatus. Für diesen sind allein die Absätze 2 und 3 des § 123a BRRG maßgeblich. Eine Dienstfiktion, wie sie für die bei der DBAG und bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost beschäftigten Beamten normiert wurde, hat lediglich eine klarstellende Bedeutung, so daß ein Fehlen kein Indiz für einen veränderten Status der zugewiesenen Beamten darstellt.

### 4.2.2 Geltung der Beamtenpflichten für die zugewiesenen Beamten

Aus der Zuweisung der Beamten an die privatisierte Einrichtung resultiert eine Spannungslage zwischen dem weiterbestehenden Beamtenstatus und der veränderten konkreten Beamtentätigkeit nunmehr für eine private Gesellschaft.

Mit dem Beibehalt des Beamtenstatus auch für die gemäß § 123a Abs. 2 BRRG der privatisierten Einrichtung zugewiesenen Beamten ist auch die fortdauernde Geltung der Beamtenpflichten für die zugewiesenen Beamten verbunden. Insoweit kann für die zugewiesenen Beamten in den Kommunen nichts anderes als für die privatisierten Bundesbeamten gelten. Jedoch sind für den privatisierten Beamten auf kommunaler Ebene weitere Aspekte anzumerken. Diese ergeben sich aus der Normierung einer Zuweisung lediglich in Verbindung mit einer formellen Privatisierung. So handelt es sich bei der Zuweisung der Beamten an eine privatisierte Einrichtung nach § 123a Abs. 2 BRRG immer um eine privatrechtlich organisierte Einrichtung der öffentlichen Hand, was bedeutet, daß die Einrichtung in Mehrheitsbeteiligung eines Trägers öffentlicher Verwaltung bleiben muß. Insofern ist gerade hier die Bedeutung der Beamtenpflichten als Konkretisierung des zwischen dem Beamten und seinem Dienstherrn bestehenden Treue- und Fürsorgeverhältnisses hervorzuheben.

Zwar stehen auch auf kommunaler Ebene die Interessen der Kommune an der Wahrung des öffentlichen Zwecks und an der Erfüllung von Aufgaben aus dem Bereich der Daseinsvorsorge häufig den Profitinteressen der privaten Gesellschaft gegenüber. Dennoch wird hier festzustellen sein, daß aufgrund der Einfluß- und Kontrollgewährleistung der Kommunen als Gesellschafterin die Interessen vielfach gleich gelagert sind. Auch die Kommune als Gesellschafterin hat neben einem Interesse an Gewinnmaximierung den Gesellschaftszweck zu achten und zu fördern, so daß ein interessengerechter Ausgleich der Kräfte möglich sein sollte.

Nach Blanke<sup>445</sup> finden die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums auf die bei den privaten Gesellschaften beschäftigten Beamten nur noch insoweit Anwendung, als deren aus der früheren Amtsausübung herrührender Status betroffen ist. Die gesetzliche Zuweisung in § 123a Abs. 2 BRRG meine „nicht mehr und nicht weniger, als daß sie weiterhin Beamte bleiben und ihr Besitzstand gewahrt wird“<sup>446</sup>. Diese enge Auslegung des Begriffs der Rechtsstellung in § 123a Abs. 3 BRRG wirkt sich auf die Geltung der Beamtenpflichten aus, die danach nicht automatisch auch für die zugewiesenen Beamten Anwendung finden, soweit sie nicht unmittelbar dem Amt im statusrechtlichen Sinn zugeordnet werden können. Insoweit würden die Beamtenpflichten durch die Tätigkeit in den privatisierten Einrichtungen modifiziert werden. Mit der Beschäftigung bei der privaten Gesellschaft ist danach die Diensterfüllungspflicht verändert und der Arbeitspflicht eines Arbeitnehmers weitgehend angeglichen. So wird beispielsweise die Amtswalterpflicht im Sinne des § 54 BBG von der

---

<sup>445</sup> So in: Blanke/ Trümner (Hrsg.), Handbuch Privatisierung, 1998, Rn. 990; Blanke, PersR 1999, 197, 206.

<sup>446</sup> Blanke/ Sterzel, Privatisierungsrecht für Beamte, 1999, Rn. 10.

Statusgarantie des § 123a Abs. 3 BRRG nicht umfaßt<sup>447</sup>. Eine Treuepflicht des Beamten besteht nach dieser Ansicht nur insoweit, als diese auch der amtslose Beamte zu erfüllen hat.

Aus dem Beibehalt des Beamtenstatus ergibt sich jedoch etwas anderes. Wie bereits für die bei der DBAG und bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost beschäftigten Beamten ausgeführt, bringt ein unveränderter Beamtenstatus die Wahrung von Rechten für die zugewiesenen Beamten mit sich. Diese Rechte können lediglich unter der Voraussetzung gewahrt bleiben, daß die entsprechenden beamtenrechtlichen Pflichten ebenfalls Anwendung finden. Der zugewiesene Beamte gewinnt aus seinem Status Vorteile gegenüber den übrigen Arbeitnehmern, die sich gerade durch seine besondere Stellung als Beamter rechtfertigen. Daher müssen für ihn auch die mit diesem Status verbundenen Pflichten gleichermaßen wie für die regulären Beamten gelten. Denn mit der Wahrung der Rechtsstellung der zugewiesenen Beamten in der privatisierten Einrichtung finden auch alle das Beamtenverhältnis bestimmenden beamtenrechtlichen Vorschriften weiterhin Anwendung.

Der bei der privatisierten Einrichtung beschäftigte Beamte verbleibt in dem Verantwortungsbereich der öffentlichen Hand, denn eine Zuweisung ist gemäß § 123a Abs. 2 BRRG nur im Rahmen einer formellen Privatisierung möglich. Der Beamte wird insoweit auch nicht aus der kommunalen Verantwortung herausgelöst. Die Verantwortlichkeit für die Beamten und die Ausübung des Weisungsrechts bleibt bei dem öffentlichen Dienstherrn. Daraus ergibt sich auch die Verantwortlichkeit und die Fürsorgepflicht des Dienstherrn gegenüber seinen Beamten und im Gegenzug die Loyalitäts- und Gehorsamspflicht der Beamten gegenüber ihrem öffentlichen Dienstherrn.

Die Beamtentätigkeit ist grundsätzlich mit der Wahrnehmung eines öffentlichen Amtes verbunden. Der Beamte, der der privatisierten Einrichtung zugewiesen worden ist, nimmt danach zwar kein öffentliches Amt wahr, jedoch ist die enge Verknüpfung zwischen dem zugewiesenen Beamten und dem Dienstherrn bei den Kommunen durch die Einschränkung in § 123a Abs. 2 BRRG, eine Zuweisung ausschließlich im Zusammenhang mit einer lediglich formellen Privatisierung vorzunehmen, abgesichert worden. Zweck der formellen Privatisierung ist es, die Aufgabenzuständigkeit und damit die Aufgabenverantwortung in der öffentlichen Hand zu belassen. Dies entspricht dem Bestreben, auch die bei den privatisierten Einrichtungen beschäftigten Beamten weiterhin den Beamtenpflichten zu unterstellen.

Die im Verhältnis zum Dienstherrn für die zugewiesenen Beamten geltenden Vorschriften über die Rechte und Pflichten finden daher weiterhin uneingeschränkte Anwendung. Dementsprechend übt die öffentliche Hand weiterhin die Entscheidungen in Statusangelegenheiten aus, ohne daß Dienstherrnbefugnisse auf die privatisierte Einrichtung übertragen wurden.

### 4.2.3 Disziplinarrechtsstellung der zugewiesenen Beamten nach § 123a Abs. 2 BRRG

Auch hinsichtlich der gemäß § 123a Abs. 2 BRRG zugewiesenen Beamten stellt sich wie für die privatisierten Bundesbeamten die Frage nach der Geltung des Disziplinarrechts in den privatisierten Einrichtungen. Im Rahmen der Normierung der Zuweisung gemäß § 123a Abs. 2 BRRG sind keine Regelungen bezüglich der Anwendbarkeit der disziplinarrechtlichen Vorschriften getroffen worden.

Das Fehlen einer abweichenden Regelung für die Geltung des Disziplinarrechts bezüglich der zugewiesenen Beamten spricht dafür, daß für die in den privatisierten Einrichtungen weiterbeschäftigten Beamten grundsätzlich das Disziplinarrecht anwendbar ist, wie es für die übrigen „Normalbeamten“ auch gilt. Denn auch für die zugewiesenen Beamten gelten die Pflichten der §§ 52 ff. BBG und insofern der Dienstvergehenstatbestand des § 77 BBG. Der von Hummel<sup>448</sup> für die bei der DBAG und bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost beschäftigten Beamten angenommene Wegfall jeglicher Disziplinarverantwortlichkeit beruht auf einer Verkennung der Gesetzeslage und erscheint nicht vertretbar.

Fraglich ist jedoch, ob die Geltung des Disziplinarrechts im Hinblick auf die Tätigkeit der Beamten in der privatisierten Einrichtung einzuschränken ist.

Nach Blanke<sup>449</sup> verliert das Disziplinarrecht für den privatisierten Beamten seinen in Art. 33 Abs. 4 und

---

<sup>447</sup> BAG, in: PersR 1998, 106, 210.

<sup>448</sup> Hummel, PersR 1996, 18, 18.

<sup>449</sup> In: Blanke/ Trümner (Hrsg.), Handbuch Privatisierung, 1998, Rn. 998; ders. in: PersR 1999, 197, 206.



5 GG verfassungsrechtlich begründeten Sinn, so daß es lediglich noch eingeschränkt anwendbar ist. Er stellt darauf ab, daß es sich bei dem zugewiesenen Beamten um einen Beamten mit Arbeitnehmerfunktion handelt, der mit der Privatisierung keine hoheitlichen Aufgaben mehr wahrnimmt. In letzter Konsequenz reduziert sich danach die Loyalitätspflicht und damit die disziplinarrechtlich relevante Pflichtenbindung des zugewiesenen Beamten im Verhältnis zu seinem öffentlichen Dienstherrn darauf, daß er sich lediglich keine auf seinen reduzierten beamtenrechtlichen Status bezogenen Pflichtverletzungen zuschulden kommen lassen darf, die eine solches Gewicht haben, daß sie zu einem Statusverlust führten<sup>450</sup>.

Sicherlich befindet sich der dem privaten Unternehmen zugewiesene Beamte in einer beamtenatypischen Doppelrolle, jedoch bleibt er Beamter mit allen Rechten und Pflichten. Verstöße gegen die sich aus seinem Beamtenstatus ergebenden Pflichten sind auch nur mit disziplinarrechtlichen Maßnahmen zu ahnden. So muß auch Blanke<sup>451</sup> feststellen, daß aufgrund der fehlenden vertraglichen arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen den zugewiesenen Beamten und der privatisierten Einrichtung etwaige Pflichtverstöße seitens der Beamten im Ergebnis lediglich disziplinarrechtlich geahndet werden können. Danach soll das bestehende Regelungsdefizit in der Weise kompensiert werden, daß für die zugewiesenen Beamten hinsichtlich solcher Pflichtverletzungen, die in ihrer Diensterfüllungspflicht gegenüber der privatisierten Einrichtung begründet sind, das Disziplinarrecht nur noch in der Parallelwertung zum Arbeitsrecht Anwendung findet. Insoweit kämen Disziplinarmaßnahmen nur in dem Umfang in Betracht, als das Fehlverhalten des zugewiesenen Beamten vom Tatbestand her bei einem Arbeitnehmer arbeitsrechtliche Sanktionen auslösen würde. Auch für ein solches betriebsbezogenes Fehlverhalten des Beamten fände danach das beamtenrechtliche Disziplinarrecht Anwendung.

Diese Konstruktion einer auf die betriebliche Tätigkeit des Beamten bezogenen arbeitsrechtlichen Betrachtungsweise eines Fehlverhaltens von zugewiesenen Beamten macht deutlich, daß die an den arbeitsrechtlichen Grundsätzen orientierte Position bei der juristischen Behandlung der zugewiesenen Beamten in den privatisierten Einrichtungen im Gesetz keine Unterstützung findet. Vielmehr wird im Ergebnis auch nach dieser Auffassung die Anwendung der beamtenrechtlichen Grundsätze und insbesondere der disziplinarrechtlichen Vorschriften des Beamtenrechts bemüht, um zu einer interessengerechten Beurteilung von Fehlverhalten der Beamten in der privaten Gesellschaft zu gelangen.

Nach der von Blanke vertretenen Auffassung würde der private Arbeitgeber zur Sanktionierung jedes Fehlverhaltens eines in der privaten Gesellschaft beschäftigten Beamten diesem gegenüber öffentliches Dienstrecht anwenden. Auch wenn dieses nur insoweit Anwendung finden soll, als es mit den arbeitsrechtlichen Vorschriften übereinstimmt, ist die private Gesellschaft schon deshalb nicht befähigt zur Vornahme disziplinarrechtlicher Maßnahmen, weil weder die Dienstherrnenfähigkeit noch Dienstherrnenbefugnisse auf die privatisierte Einrichtung übertragen worden sind. Auch disziplinarrechtlich bleiben die zugewiesenen Beamten daher ihrem öffentlichen Dienstherrn gegenüber verantwortlich.

Auch ist die Diensterfüllungspflicht nicht insoweit durch die betriebliche Tätigkeit der zugewiesenen Beamten verändert, daß sich aus einer den übrigen Arbeitnehmern vergleichbaren oder sogar identischen tatsächlichen Beschäftigung keine disziplinarrechtlich relevante Pflichtwidrigkeit mehr ergeben kann<sup>452</sup>.

Eine disziplinarrechtlich relevante Pflichtwidrigkeit kann sich jedoch immer dann ergeben, wenn Beamtenpflichten bestehen. Denn mit der uneingeschränkten Geltung der Beamtenpflichten auch in der privatisierten Einrichtung geht die Gefahr einher, daß Dienstpflichten verletzt werden.

Hinsichtlich der konkreten Tätigkeit der zugewiesenen Beamten in der privatisierten Einrichtung ist entscheidend, daß Sinn und Zweck des Statusbeibehalts wie auch der Voraussetzungen einer Zuweisung nach § 123a Abs. 2 BRRG sind, daß der Beamte die Aufgaben zu erfüllen hat, die zuvor die öffentliche Einrichtung wahrgenommen hat. Insofern soll der Beamte eine Aufgabenerfüllung im Interesse der Kommune sicherstellen. Dem entspricht wiederum § 123a Abs. 2 BRRG, der die

---

<sup>450</sup> Blanke, in: Blanke/ Trümner (Hrsg.), Handbuch Privatisierung, 1998, Rn. 1002.

<sup>451</sup> Blanke/ Sterzel, Privatisierungsrecht für Beamte, 1999, Rn. 178.

<sup>452</sup> So aber Blanke, in: Blanke/ Trümner (Hrsg.), Handbuch Privatisierung, 1998, Rn. 1000.

Zuweisung der Beamten lediglich an eine privatisierte Einrichtung der öffentlichen Hand, also an eine Einrichtung, die nur formell, nicht aber materiell privatisiert wurde, zulässt. Damit bleibt die Aufgabenverantwortlichkeit der Kommune ebenso erhalten wie auch die Verantwortlichkeit der Kommune als Dienstherrin für ihre Beamten. In der Konsequenz sind die Beamten dieser dienstrechtlich verantwortlich, wie es gesetzlich durch das beamtenrechtliche Disziplinarrecht ausgestaltet wurde.

Diesem Prinzip widerspricht auch nicht der Gleichheitsgrundsatz in der Weise, daß die zugewiesenen Beamten gegenüber den „Normalbeamten“ benachteiligt wären. Es ist sogar eine Gleichstellung der privatisierten Beamten mit den übrigen Beamten geboten, um sie nicht durch eine eingeschränkte Disziplinarverantwortlichkeit zu Beamten „erster Klasse“ werden zu lassen. Vielmehr widerspräche es dem Gleichheitsgrundsatz, den zugewiesenen Beamten zwar alle Rechte zu belassen, den sich aus dem beamtenrechtlichen Sonderstatus ergebenden Vorteilen jedoch lediglich eine reduzierte Pflichtenstellung gegenüberzustellen.

Auch im Verhältnis zu den Tarifbediensteten ist eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes nicht ersichtlich. Denn die Beamten müssen in ihrer Disziplinarrechtsstellung schon deshalb nicht den Tarifkräften gleichgestellt sein, weil diese unter der Geltung des Art. 33 Abs. 5 GG keine Vergleichsgruppe bei der Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes sein können.

Maßgebend ist somit im Ergebnis für die gemäß § 123a Abs. 2 BRRG zugewiesenen Beamten eine statusrechtliche Sichtweise. Diese ist auch bezüglich der Anwendung des Disziplinarrechts geboten. Nicht entscheidend ist, mit welchem konkreten Aufgabenbereich der zugewiesene Beamte in der privatisierten Einrichtung betraut wird. Statusrechtlich ist der zugewiesene Beamte ein Beamter im herkömmlichen Sinn geblieben.

Denn nur durch eine konsequente Anwendung des Disziplinarrechts kann die Geltung der Beamtenpflichten disziplinarrechtlich durchgesetzt werden, und nur unter dieser Prämisse rechtfertigt sich ein Beibehalt der Rechtsstellung der zugewiesenen Beamten mit allen Vorteilen, die der Beamtenstatus mit sich bringt.

#### 4.2.4 Streikrecht für die zugewiesenen Beamten

Aus dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 und 5 GG wird grundsätzlich ein Verbot des Beamtenstreiks abgeleitet<sup>453</sup>.

Zu untersuchen ist, nach welchen Grundsätzen sich die arbeitskampfrechtliche Stellung der nach § 123a Abs. 2 BRRG zugewiesenen Beamten beurteilt. Die Beschäftigung der Beamten in einer privatisierten Einrichtung und die dadurch geschaffene Gleichstellung mit den übrigen Arbeitnehmern der privatisierten Einrichtung hinsichtlich der betrieblichen Tätigkeit könnte zu einer Sonderstellung der zugewiesenen Beamten gegenüber den Beamten im herkömmlichen Sinn führen, die ihren Ausschluß aus der tariflichen Gestaltungsmacht der Tarifvertragsparteien nicht mehr rechtfertigt. Möglicherweise könnte für ein Streikrecht der zugewiesenen Beamten sprechen, daß für ihre Tätigkeit in den privatisierten Einrichtungen keine Dienstfiktion existiert, wie sie für die bei der DBAG und für die bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost beschäftigten Beamten normiert wurde, so daß sie insoweit arbeitskampfrechtlich den übrigen Arbeitnehmern gleichzustellen wären. Wäre dies der Fall, dürften sich die zugewiesenen Beamten an einem Streik des Tarifpersonals beteiligen.

Blanke<sup>454</sup> bejaht ein Streikrecht für die gemäß § 123a Abs. 2 BRRG zugewiesenen Beamten, da diese kein öffentliches Amt, sondern eine betriebliche Tätigkeit wie die übrigen Arbeitnehmer in der privaten Gesellschaft ausüben. Da im Rahmen der Normierung des § 123a Abs. 2 BRRG auf eine Dienstrechtsfiktion verzichtet worden ist, bestünde insoweit keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung für ein Streikverbot.

Unabhängig davon, ob eine Dienstfiktion wie für die bei der DBAG und bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost beschäftigten Beamten besteht, ist auf den Status des Beamten abzustellen. Dies wird deutlich, wenn man den Blick darauf richtet, welche Funktion der

---

<sup>453</sup> BVerfGE 8, 1, 17 und 19; 44, 249, 264; BVerwGE 18, 293, 295; Battis, BBG, § 2 Rn. 5; Scheerbarth/ Höffken/ Bauschke/ Schmidt, Beamtenrecht, § 3 III S. 69.

<sup>454</sup> Blanke, in: Blanke/ Trümner (Hrsg.), Handbuch Privatisierung, 1998, Rn. 996; Blanke/ Sterzel, Privatisierungsrecht für Beamte, 1999, Rn. 173.

im Rahmen der Beamtenüberleitung bzw. -zuweisung bei Post und Bahn normierten Dienstfiktion zukommt. Die Dienstfiktion hat lediglich eine klarstellende Bedeutung und unterstreicht den Beibehalt des Beamtenstatus in vollem Umfang für die in den privatisierten Unternehmen beschäftigten Beamten (vgl. Seite 58 ff.).

Die Normierung einer Dienstfiktion ist auch zur Klarstellung bei der Zuweisung gemäß § 123a Abs. 2 BRRG entbehrlich, weil hiernach lediglich eine Zuweisung im Rahmen einer formellen Privatisierung ermöglicht werden soll. Anders sind die Regelungen bezüglich der der DBAG und den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost zugewiesenen Beamten zu betrachten. Hier ist langfristig eine weitergehende materielle Privatisierung beabsichtigt. Daher sind die zugewiesenen bzw. übergeleiteten Beamten in besonderer Weise zu schützen. Für die gemäß § 123a Abs. 2 BRRG zugewiesenen Beamten ergibt sich das Risiko einer materiellen Privatisierung und einer damit verbundenen Loslösung von ihrem öffentlichen Dienstherrn nicht. Denn es handelt sich um eine Einrichtung der öffentlichen Hand, so daß die Mehrheitsbeteiligung an der privaten Gesellschaft bei den Kommunen liegt, und durch die Wahrung der Einfluß- und Kontrollrechte der öffentlichen Hand im Rahmen der formellen Privatisierung der zugewiesene Beamte seinem Dienstherrn weiterhin verbunden ist. Eine Auflösung der Verbindung der zugewiesenen Beamten zu ihrem Dienstherrn wird vermieden und eine Lockerung weitgehend gering gehalten, so daß sind die zugewiesenen Beamten weiterhin in die Verwaltungshierarchie des öffentlichen Dienstes integriert sind.

Zudem sind die bei der DBAG bzw. den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost beschäftigten Beamten Bundesbeamte geblieben, es gelten die Beamtenpflichten und damit auch die Bundesdisziplinarordnung uneingeschränkt weiter. Dieses ist unabhängig von der Dienstfiktion geregelt, so daß diese hier lediglich klarstellend herangezogen werden kann. Sie hat auch insoweit eine deklaratorische, aber keine Dienstpflichten begründende Funktion.

Daher ist eine Klarstellung durch eine Dienstfiktion entbehrlich und ihr Fehlen kein Indiz für einen Statuswechsel oder eine andere Bewertung der Geltung von Beamtenpflichten oder der Anwendung disziplinarrechtlicher Maßnahmen, sowie einer Lockerung oder Aufhebung des Streikverbots für die zugewiesenen Beamten.

Insofern ist allein auf den Status der den privatisierten Einrichtungen zugewiesenen Beamten abzustellen. Dem entspricht die Vorschrift des § 123a Abs. 3 BRRG, wonach die Rechtsstellung der zugewiesenen Beamten gewahrt wird. Aus der Wahrung der Rechtsstellung in weitem Umfang ergibt sich der Beibehalt des Beamtenstatus mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten. Insoweit ist auch die Einschränkung des Arbeitskampfrechts gerechtfertigt.

Blanke/ Sterzel<sup>455</sup> vertreten die Ansicht, daß den gemäß § 123a Abs. 2 BRRG zugewiesenen Beamten wenigstens insoweit ein Streikrecht zusteht, als der Beamtenstatus im Hinblick auf Laufbahn, Endgrundgehalt und Amtsbezeichnung nicht berührt wird. Daraus ergäbe sich ein Streikrecht bezüglich aller betrieblichen Fragen der Arbeitsorganisation, betrieblicher Zulagen und sonstiger Vergütungsanteile.

Diese Ansicht ist aus den auch schon zu den privatisierten Beamten der DBAG und der Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost ausgeführten Erwägungen abzulehnen. Weder läßt sich das Streikverbot splitten, noch kann aus dem Doppelstatus der privatisierten Beamten ein lediglich eingeschränktes Streikverbot abgeleitet werden. Im übrigen würde ein Streikrecht auch im Widerspruch zu der Voraussetzung einer Zuweisung gemäß § 123a Abs. 2 BRRG liegen, die nur bei einem dringenden öffentlichen Interesse erfolgen darf.

#### 4.2.5 Die Interessenvertretung der gemäß § 123a Abs. 2 BRRG zugewiesenen Beamten

Im BPersVG sind neben den auf die Bundesbediensteten bezogenen Vorschriften auch Rahmenvorschriften für die Landesgesetzgebung, sowie Bestimmungen über die Personalvertretungen in den Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden enthalten. Grundsätzlich haben die Landespersonalgesetze, die die Befugnisse, Aufgaben und Beteiligungsrechte der Personalvertretungen konkretisieren, keinen kommunalspezifischen Charakter und gelten insoweit für Landes- und Kommunalbedienstete gleichermaßen. Dabei entsprechen die LPersVG dem organisatorischen Aufbau der Staatsverwaltung<sup>456</sup>.

---

<sup>455</sup> Blanke/ Sterzel, Privatisierungsrecht für Beamte, 1999, Rn. 173.

<sup>456</sup> Lorenz/ Wollmann, Kommunales Dienstrecht und Personal, in: Wollmann/ Roth (Hrsg.), Kommunalpolitik, 1998, 490, 493.

Mit der Privatisierung der kommunalen Einrichtung endet grundsätzlich die Geltung des öffentlichen Personalvertretungsrechts<sup>457</sup>. Das Amt des an der jeweiligen Dienststelle gebildeten Personalrats läuft mit der Eintragung der privaten Handelsgesellschaft in das Handelsregister ab. Daran ändert auch die im Hinblick auf § 123a Abs. 2 BRRG erforderliche Mehrheitsbeteiligung der öffentlichen Hand nichts. Denn für die Anwendung des Personalvertretungsgesetzes bzw. des Betriebsverfassungsgesetzes ist die formelle Rechtsform des Unternehmens entscheidend, nicht aber, wer wirtschaftlich gesehen hinter dem Unternehmen steht, oder zu wem die Arbeits- bzw. Dienstverhältnisse der in der privaten Gesellschaft Beschäftigten bestehen<sup>458</sup>.

Insofern stellt sich für die gemäß § 123a Abs. 2 BRRG den privatisierten öffentlichen Einrichtungen zugewiesenen Beamten die Frage nach ihrer Interessenvertretung und den damit verbundenen Mitbestimmungsrechten.

Das Personalvertretungsrecht trifft keine Regelungen für die Beteiligung der betrieblichen Interessenvertretung der zugewiesenen Beamten. Daher könnte für die bei der privatisierten öffentlichen Einrichtung beschäftigten Beamten das Betriebsverfassungsrecht gelten, welches in der privaten Gesellschaft auch für die übrigen Arbeitnehmer anwendbar ist.

Dabei geht es um die Beteiligung des Betriebsrats bei Angelegenheiten, die zum einen das Weisungs- und Direktionsrecht des Arbeitgebers - also den beschäftigungsbezogenen Bereich, zum anderen die personalrechtlichen Entscheidungen des Dienstherrn - also den statusbezogenen Bereich - betreffen.

### *4.2.5.1 Anwendbarkeit von Betriebsverfassungs- oder Personalvertretungsrecht*

Für die Interessenvertretung der gemäß § 123a Abs. 2 BRRG zugewiesenen Beamten in der privatisierten Einrichtung ist entscheidend, ob die Beamten bei der Wahl des Betriebsrats wahlberechtigt und wählbar sind. Denn nur unter dieser Voraussetzung erscheint eine interessengerechte Vertretung der Beamten unter Berücksichtigung ihres Sonderstatus in der durch die Privatisierung entstandenen privaten Gesellschaft sowie eine Gleichstellung mit den übrigen Arbeitnehmern möglich, wenn das Personalvertretungsrecht keine Anwendung auf die zugewiesenen Beamten findet.

Bei der dauerhaften Zuweisung der Beamten für mehr als drei Monate verlieren die Beamten gemäß § 13 Abs. 2 Satz 4 BPersVG grundsätzlich ihr aktives Wahlrecht. Im Regelfall findet in diesem Fall eine Kompensation des verlorenen Wahlrechts durch den Gewinn des Wahlrechts an der neuen Dienststelle gemäß § 13 Abs. 2 Satz 1 BPersVG statt.

Die für die von der Zuweisung betroffenen Beamten entstandene Situation wird vom Gesetzeswortlaut der Personalvertretungsgesetze nicht umfaßt. Mit der Privatisierung ist in der Regel die ehemalige Dienststelle aufgelöst und durch die private Gesellschaft abgelöst worden. Danach könnten die zugewiesenen Beamten auch kein Wahlrecht an einer neuen öffentlich-rechtlichen Dienststelle erwerben. Auf der anderen Seite sind sie durch ihren Sonderstatus als öffentlich-rechtlich Bedienstete grundsätzlich auch nicht wählbar zu den privatrechtlichen Interessenvertretungsorganen. Dies folgt aus den §§ 5, 17, 19 und 38 Abs. 2 BPersVG. So bilden die Beamten nach den §§ 5, 17, 19 38 Abs. 2 BPersVG wie auch im Rahmen der personalvertretungsrechtlichen Interessenvertretung des öffentlichen Dienstes eine Sondergruppe.

Eine andere Sichtweise ergibt sich auch nicht aus den Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes. Beamte im Sinne des Bundes- oder der Landesbeamtengesetze sind keine Arbeitnehmer im Sinne der §§ 5 und 7 BetrVG, die den allgemeinen arbeitsrechtlichen Begriff des Arbeitnehmers voraussetzen. Danach sind wahlberechtigt und wählbar nur diejenigen, die aufgrund eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages im Dienst eines anderen zur Leistung fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet sind und diese Leistung innerhalb der Betriebsorganisation des Arbeitgebers erbringen<sup>459</sup>.

---

<sup>457</sup> Frohner, PersR 1995, 99, 102.

<sup>458</sup> BAG vom 24. 01.1996 – 7 ABR 10/95, in: PersR 1997, 26, 29; Lorenz/ Wollmann, Kommunales Dienstrecht und Personal, in: Wollmann/ Roth (Hrsg.), Kommunalpolitik, 1998, 490, 494.

<sup>459</sup> BAG, Beschluß vom 18.01.1989 – 7 ABR 21/77, in: NZA 1989, 724, 725; BAG, Beschluß vom 25.11.1992 – 7 ABR 7/92, in: NZA 1993, 955, 956.

Gemäß § 7 BetrVG sind alle Arbeitnehmer wahlberechtigt, die das 18. Lebensjahr vollendet haben. Gemäß § 5 Abs. 1 BetrVG sind Arbeitnehmer im Sinne des Gesetzes Arbeiter und Angestellte einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten, soweit nicht die Ausnahmetatbestände des § 5 Abs. 2-4 BetrVG vorliegen. Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sind zudem wählbar Wahlberechtigte, die sechs Monate dem Betrieb angehören oder als in Heimarbeit Beschäftigte in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten.

Der sich aus diesen Vorschriften ergebende Ausschluß der Beamten von der Geltung des Betriebsverfassungsgesetzes hängt damit zusammen, daß Beamte grundsätzlich nicht bei einem privaten Arbeitgeber beschäftigt werden, und somit auch kein Bedürfnis bestand, sie in den Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes einzubeziehen. So findet auch im BetrVG der Privatisierungsbeamte keine Berücksichtigung.

Somit ist weder dem Personalvertretungs- noch dem Betriebsverfassungsrecht eine Regelung zu entnehmen, wie sich die Interessenvertretung der in den privatisierten Einrichtungen beschäftigten Beamten zu vollziehen hat.

### 4.2.5.2 *Einbeziehung der zugewiesenen Beamten in das BetrVG*

Es ist zu klären, inwieweit die Beamten in das Betriebsverfassungsrecht einbezogen werden können, und ob die Beamten wie die Arbeitnehmer bei Entscheidungen des Unternehmens mitbestimmen können, indem sie durch den Betriebsrat vertreten werden. Hierfür könnte sowohl die Sachnähe des Betriebsrats zu den beschäftigungsbezogenen Fragen der privatisierten Einrichtung, als auch eine Gleichbehandlung aller Beschäftigten in der privaten Gesellschaft sprechen.

Nach der Auffassung einiger Autoren<sup>460</sup> werden die zugewiesenen Beamten in Belangen, die die Dienstausbildung bei dem privaten Arbeitgeber betreffen, insbesondere in den beschäftigungsbezogenen Belangen, ausschließlich durch den Betriebsrat der privaten Gesellschaft vertreten. Dies gilt in allen sozialen Angelegenheiten, § 87 BetrVG, bei der Gestaltung von Arbeitsplatz, Arbeitsablauf und Arbeitsumgebung, §§ 90, 91 BetrVG, und bei der Berufsausbildung, §§ 96 ff. BetrVG.

Insofern könnte es gerechtfertigt sein, die zugewiesenen Beamten generell in den betriebsbezogenen Angelegenheiten den Arbeitnehmern gleichzustellen, so daß privates Arbeitsrecht und damit auch das BetrVG Anwendung findet.

#### 4.2.5.2.1 Einbeziehung durch ein faktisches Arbeitsverhältnis

Mit der betrieblichen Eingliederung der Beamten ist eine Anwendung des BetrVG grundsätzlich nur dann verbunden, wenn zwischen den zugewiesenen Beamten und der privatisierten Einrichtung ein neues Arbeitsverhältnis geschaffen würde, denn nur unter dieser Voraussetzung ist vor dem Hintergrund des betrieblichen Arbeitnehmerbegriffs das Betriebsverfassungsrecht anwendbar.

Ein Arbeitsverhältnis zwischen den zugewiesenen Beamten und der privatisierten Einrichtung entsteht jedoch nicht automatisch mit der gesetzlichen Zuweisung gemäß § 123a Abs. 2 BRRG. Die Dienstherrin der zugewiesenen Beamten bleibt die öffentliche Hand. Zum anderen ist aber zwischen den zugewiesenen Beamten und der privaten Gesellschaft kein privatrechtlicher Arbeitsvertrag geschlossen worden. Ein solcher Arbeitsvertrag kann auch nicht durch die gesetzliche Zuweisung ersetzt werden. Insofern wird das öffentlich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnis weder durch die gesetzliche Zuweisung noch durch eine neue vertragliche Vereinbarung in ein Arbeitsverhältnis umgewandelt.

Da zwischen den zugewiesenen Beamten und der privatisierten Einrichtung kein vertragliches Arbeitsverhältnis besteht, und ein privatrechtlicher Arbeitsvertrag auch nicht durch die gesetzliche Zuweisung ersetzt werden kann, kommt also lediglich die Einbeziehung der zugewiesenen Beamten in das Betriebsverfassungsgesetz durch die konkrete Beschäftigung der Beamten in der privaten Gesellschaft in Betracht.

Fraglich ist daher, ob zwischen den zugewiesenen Beamten und der privatisierten Einrichtung ein faktisches Arbeitsverhältnis besteht, welches zur Folge hätte, daß die zugewiesenen Beamten den

---

<sup>460</sup> Kröll, PersR 1998, 62, 65; Blanke/ Sterzel, Privatisierungsrecht für Beamte, 1999, Rn. 287; Blanke, PersV 1999, 197, 207.

übrigen Arbeitnehmern hinsichtlich der Interessenvertretung im Betriebsrat gleichzusetzen sind.

Ein faktisches Arbeitsverhältnis ist grundsätzlich dann gegeben, wenn nichtige oder anfechtbare Arbeitsverträge geschlossen worden sind. Dabei wirkt die Nichtigkeit oder Anfechtung eines Arbeitsvertrages, wenn die Arbeit bereits aufgenommen worden ist, grundsätzlich nur für die Zukunft, da die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung den gerade bei einem mangelhaften Arbeitsvertrag erforderlichen Sozialschutz nicht gewährleistet und der bisher geleisteten Arbeit nicht gerecht werden kann<sup>461</sup>. Für die in der Vergangenheit geleistete Tätigkeit im Betrieb wird daher das Bestehen eines wirksamen Arbeitsverhältnisses fingiert.

Voraussetzung für das Bestehen eines faktischen Arbeitsverhältnisses in diesem Sinn ist mithin das Bestehen eines Arbeitsvertrages, der sich im nachhinein als nichtig herausstellt oder dessen Wirksamkeit durch Anfechtung beseitigt wird.

Mit der Zuweisung der Beamten an die privatisierte Einrichtung ist jedoch kein privatrechtlicher Arbeitsvertrag - weder nichtig noch anfechtbar - geschlossen worden. Vielmehr besteht das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis fort, so daß eine vergleichbare Situation mit dem ohne einen wirksamen Arbeitsvertrag tätig gewordenen Arbeitnehmer, der dem Schutz des Arbeitsrechts bedarf, nicht besteht. Denn die zugewiesenen Beamten behalten ihren beamtenrechtlichen Sonderstatus und bedürfen insoweit auch nicht des Schutzes durch das arbeitsrechtliche Institut des faktischen Arbeitsverhältnisses.

#### 4.2.5.2.2 Die zugewiesenen Beamten als Arbeitnehmer

Gemäß § 5 Abs. 1 BetrVG ist das Betriebsverfassungsgesetz nur auf Arbeiter und Angestellte anwendbar. Beamte sind danach keine Arbeitnehmer. Nach der Zuweisung der Beamten an eine privatisierte Einrichtung trifft jedoch in gewissem Umfang der Schutzzweck des BetrVG auch für die Beamten zu, da sie in die privatisierte Einrichtung durch ihre betriebliche Tätigkeit eingegliedert sind.

Denkbar ist eine Anwendung des BetrVG auf die zugewiesenen Beamten, wenn diese aufgrund ihrer Integration in die private Gesellschaft als Arbeitnehmer anzusehen sind.

Zu erwägen ist zum einen, den betrieblichen Arbeitnehmerbegriff auszudehnen, so daß auch die in die betriebliche Tätigkeit in der privatisierten Einrichtung integrierten Beamten von diesem umfaßt werden<sup>462</sup>. Zum anderen könnten die für die bei der DBAG und den bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost beschäftigten Beamten festgeschriebenen Vorschriften auf die den privatisierten Einrichtungen der Kommunen zugewiesenen Beamten anwendbar sein. Dies ist nur dann möglich, wenn sich aus diesen Normen ein entsprechend übertragbarer Rechtsgedanke ableiten läßt.

##### 4.2.5.2.2.1 Die Ausdehnung des betrieblichen Arbeitnehmerbegriffs

Nach dem betrieblichen Arbeitnehmerbegriff sind Arbeitnehmer diejenigen, die aufgrund eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages im Dienst eines anderen zur Leistung fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet sind und diese Leistung innerhalb der Betriebsorganisation des Arbeitgebers erbringen<sup>463</sup>.

Blanke<sup>464</sup> vertritt die Auffassung, daß der Arbeitnehmerbegriff im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes im Hinblick auf die Schutzzwecke der Betriebsverfassung zu definieren und daher auch nicht mit dem allgemeinen Arbeitnehmerbegriff identisch sei. So ergebe sich die Legitimation der Interessenvertretung nicht aus der arbeitsvertraglichen Beziehung des Beschäftigten zu seinem Arbeitgeber, sondern folge aus dem Schutzzweck der Beschäftigten aus Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 3 GG sowie aus dem Demokratie- und dem Sozialstaatsprinzip. Der tradierte betriebliche Arbeitnehmerbegriff verfehle daher die neuen unternehmerischen, personal- und sozialrechtlichen Entwicklungen und sei daher von dem betriebsverfassungsrechtlichen

---

<sup>461</sup> Hanau/ Adomeit, Arbeitsrecht, 11. Aufl., 1994, F III 5.

<sup>462</sup> So Blanke, PersR 1999, 197, 209 und 210.

<sup>463</sup> BAG, Beschluß vom 18.01.1989, NZA 1989, 724, 725; BAG, Beschluß vom 25.11.1992, NZA 1993, 955, 956; Hanau/ Adomeit, Arbeitsrecht, E 2, S. 144.

<sup>464</sup> In: PersR 1999, 197, 209.

Arbeitnehmerbegriff zu unterscheiden. So werde diesen Entwicklungen ein betriebsverfassungsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff gerecht, der nicht auf das arbeitsrechtliche Vertragsverhältnis, sondern auf die Betriebszugehörigkeit und die Weisungsgebundenheit der Beschäftigten abstellt.

Selbst wenn man diesen betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff für die Beurteilung der Beamten in den privatisierten Einrichtungen zugrundelegt und die volle Betriebszugehörigkeit nicht an das Bestehen eines vertraglichen Arbeitsverhältnisses koppelt, sondern eine irgendwie geartete Betriebszugehörigkeit beispielsweise auch durch eine gesetzliche Zuweisung ausreichen läßt, sind die gemäß § 123a Abs. 2 BRRG der privatisierten Einrichtung zur Tätigkeit zugewiesenen Beamten dennoch nicht als Arbeitnehmer im Sinne dieses betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs anzusehen.

Denn auch wenn man auf das Erfordernis eines arbeitsrechtlichen Vertragsverhältnisses verzichtet, scheidet eine Anwendung des betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs daran, daß die zugewiesenen Beamten dem privaten Arbeitgeber nicht dienstrechtlich unterworfen sind. Auf die privaten Gesellschaften werden gerade keine Dienstherrnenbefugnisse übertragen, so daß der privaten Gesellschaft lediglich eine sachbezogene Kontrolle über das Arbeitsergebnis zukommt. Insofern hat sich der Gesetzgeber auch bewußt dazu entschieden, statusrechtliche Angelegenheiten allein durch den Dienstherrn entscheiden zu lassen.

Somit wird ein Beamter nicht durch die betriebliche Tätigkeit zum Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes.

### 4.2.5.2.2 Die zugewiesenen Beamten als Arbeitnehmer analog dem Post- und Bahnmodell

Nach der Auffassung einiger Autoren<sup>465</sup> muß den gemäß § 123a Abs. 2 BRRG zugewiesenen Beamten jedoch ein aktives und passives Wahlrecht als Arbeitnehmende im Sinn des BetrVG zustehen, da die zugewiesenen Beamten den anderen im Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmern gleichzustellen seien.

Sowohl die bei der DBAG als auch die bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost beschäftigten Beamten gelten nach dem DBGrG bzw. dem PostPersRG für die Wahl zum Betriebsrat als Arbeitnehmer. Insofern wurde für die in den privaten Unternehmen beschäftigten Beamten ein Arbeitnehmerstatus gesetzlich fingiert.

Da aber im Rahmen der Normierung der Zuweisung gemäß § 123a Abs. 2 BRRG keine gesetzliche Arbeitnehmerfiktion wie bei Post und Bahn festgeschrieben worden ist, könnten die Vorschriften über die Arbeitnehmerfiktion für die bei der DBAG und den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost beschäftigten Beamten analog anwendbar auf die gemäß § 123a Abs. 2 BRRG zugewiesenen Beamten sein.

Gemäß § 24 Abs. 2 Satz 1 PostPersRG gelten die bei den Aktiengesellschaften beschäftigten Beamten für die Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes als Arbeitnehmer. Gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 DBGrG gelten die Beamten des Bundeseisenbahnvermögens, die der DBAG zugewiesen sind, für die Anwendung von Vorschriften über die Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, für die Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes und des Sprecherausschußgesetzes als Arbeitnehmer der DBAG. Im Rahmen von § 123a Abs. 2 BRRG ist jedoch eine vergleichbare Arbeitnehmerfiktion nicht vorgesehen

Voraussetzung für die analoge Anwendung der für die bei der DBAG und den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost beschäftigten Beamten geltende Arbeitnehmerfiktion ist eine bestehende unbeabsichtigte Regelungslücke des Gesetzgebers. Weiterhin ist für die analoge Anwendung der Vorschriften zum einen Voraussetzung, daß die in Frage stehende Vorschrift einen allgemeinen Rechtsgedanken enthält, und zum anderen, daß dieser Rechtsgedanke auch auf die bestehende Situation entsprechend anwendbar ist.

Blanke<sup>466</sup> sieht in der gesetzlichen Vorschrift, die lediglich die Zuweisung der Beamten an eine

---

<sup>465</sup> Blanke/ Sterzel, Privatisierungsrecht für Beamte, 1999, Rn. 287; Blanke, PersR 1999, 197, 207, Kröll, PersR 1998, 62, 65.

<sup>466</sup> Blanke, PersR 1999, 197, 202 f.

privatisierte Einrichtung vorsieht, ohne aber die Interessenvertretung der Zugewiesenen zu regeln, eine Regelungslücke, deren Schließung schon aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten ist. Dies ergebe sich aus dem Schutzzweck der kollektiven betrieblichen und dienstlichen Interessenvertretung.

Zwar ist eine Interessenvertretung im Rahmen des § 123 Abs. 2 BRRG nicht ausdrücklich normiert worden, jedoch droht durch dieses Fehlen keine Vertretungslosigkeit des Beamten in der privatisierten Einrichtung. Denn es handelt sich hier nicht um eine vom Gesetzgeber unbemerkte Regelungslücke.

So lehnt das BAG<sup>467</sup> eine analoge Anwendung der Vorschriften im DBGrG und dem PostPersRG über eine Arbeitnehmerfiktion mit der Begründung ab, es gäbe keine Regelungslücke, die eine Analogie rechtfertige. Zwar habe der Gesetzgeber für die gemäß § 123a Abs. 2 BRRG zugewiesenen Beamten keine den Vorschriften für die privatisierten Beamten der DBAG und der Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost entsprechende gesetzliche Regelung getroffen, jedoch müsse dies hinsichtlich der gemäß § 123a Abs. 2 BRRG zugewiesenen Beamten keine Lücke sein, die eine Analogie rechtfertige. Vielmehr könne der Gesetzgeber davon ausgegangen sein, daß die Beamten bei der Personalaktenführenden öffentlichen Dienststelle wahlberechtigt und wählbar sind, und es daher auch keiner gesetzlichen Regelung bedarf. Insoweit sei von einer Vollständigkeit der getroffenen Vorschriften auszugehen.

Es ist in der Tat fraglich, ob es sich bei der fehlenden Arbeitnehmerfiktion um eine ungewollte Regelungslücke des Bundesgesetzgebers handelt.

Denn auch bei den Rechtskonstruktionen der Mitbestimmung bei Post und Bahn ist das Betriebsverfassungsrecht mit dem Personalvertretungsrecht verzahnt worden. So hat der Gesetzgeber mit Rücksicht auf den weiterbestehenden Beamtenstatus auch in den §§ 28, 29 PostPersRG und 17, 19 DBGrG die Betriebsratszuständigkeiten eingeschränkt. Dadurch sollte gewährleistet werden, daß insbesondere in den statusrechtlichen Angelegenheiten die privatisierten Beamten weiterhin ausschließlich durch von ihnen gewählte Repräsentanten vertreten werden.

Gegen ein aktives und passives Wahlrecht der zugewiesenen Beamten zum Betriebsrat der privaten Gesellschaft spricht somit der verbleibende beamtenrechtliche Status und damit das zum öffentlichen Dienstherrn weiterhin bestehende Dienst- und Treueverhältnis<sup>468</sup>. Insoweit ist der Gesetzgeber sichtlich davon ausgegangen, daß die zugewiesenen Beamten auch weiterhin in allen Angelegenheiten durch den Personalrat vertreten werden. Daher handelt es sich auch nicht um eine unbeabsichtigte Regelungslücke, die durch die analoge Anwendung der für die bei der DBAG und bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost beschäftigten Beamten getroffenen Regelungen zu schließen wäre.

Weiterhin stellt sich die Frage, ob es sich bei der für die Post- und Bahnbeamten geltenden Arbeitnehmerfiktion überhaupt um eine analogiefähige Regelung handelt. Dies ist der Fall, wenn den §§ 19 Abs. 1 DBGrG, 24 Abs. 2 PostPersRG der allgemeine Rechtsgedanke zu entnehmen ist, daß in privaten Unternehmen beschäftigte Beamte grundsätzlich den Arbeitnehmern hinsichtlich der Geltung des Betriebsverfassungsrechts gleichzustellen sind.

Daß die Arbeitnehmerfiktion im Rahmen der Beamtenüberleitung sowohl in § 19 Abs. 1 Satz 1 DBGrG als auch in § 24 Abs. 2 Satz 1 PostPersRG normiert wurde, könnte für den allgemeinen Rechtsgedanken sprechen, grundsätzlich die in privatisierten Unternehmen tätigen Beamten wie die übrigen Arbeitnehmer in die Betriebsverfassung einzugliedern<sup>469</sup>.

Der Grundgedanke der §§ 19 Abs. 1 DBGrG, 24 Abs. 2 PostPersRG ist eine betriebsverfassungsrechtliche Gleichstellung von zugewiesenen Beamten aufgrund der faktischen Eingliederung in den Betrieb der DBAG. Eine solche könnte auch für Beamte, die gemäß § 123a Abs. 2 BRRG an eine privatisierte Einrichtung zugewiesen werden, wünschenswert sein<sup>470</sup>.

---

<sup>467</sup> BAG, NZA 1998, 838, 839.

<sup>468</sup> BAG, Beschluß vom 25.02.1998 – 7 ABR 11/97, in: NZA 1998, 838, 838.

<sup>469</sup> Trümner, in: Blanke/ Trümner (Hrsg.), Handbuch Privatisierung, 1998, Rn. 721; Blanke, in: Blanke/ Trümner (Hrsg.), Handbuch Privatisierung, 1998, Rn. 982; Blanke/ Sterzel, Privatisierungsrecht für Beamte, 1999, Rn. 156 f.; Blanke, PersR 1999, 197, 211.

<sup>470</sup> Kröll, PersR 1998, 62, 65.



Nach der Auffassung von Kröll<sup>471</sup> spricht auch nicht der verbleibende beamtenrechtliche Status der zugewiesenen Beamten gegen eine Gleichstellung der Beamten mit den übrigen Arbeitnehmern. Denn von der Einbeziehung in die Betriebsverfassung seien nur Beamte betroffen, die einem privaten Arbeitgeber zugewiesen sind und die daher keine hoheitlichen Aufgaben mehr ausüben.

Es stellt sich nun die Frage, ob es sich bei der Arbeitnehmerfiktion um einen allgemeinen Rechtsgedanken handelt, der auch auf die in den privatisierten Einrichtungen tätigen Beamten Anwendung finden sollte.

Zwar ist sowohl im DBGrG als auch im PostPersRG die Arbeitnehmereigenschaft der Beamten für die Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes fingiert worden, jedoch handelt es sich bei diesen Vorschriften um Ausnahmeregelungen, die auf andere Privatisierungsvorhaben nicht ohne weiteres zu übertragen sind.

Das Beamtenrecht ist streng gesetzesgebunden, so daß es im übrigen auch systemfremd ist, Bereiche aus dem privatrechtlichen Arbeitsrecht ohne Gesetzesgrundlage in das öffentliche Dienstrecht zu transferieren.

Weiterhin findet sich auch in den Regelungen der beiden Ausführungsgesetze DBGrG und PostPersRG eine unterschiedliche Ausgestaltung der Interessenvertretung und der Mitbestimmung hinsichtlich der bei den privatisierten Unternehmen beschäftigten Beamten. So hat der Gesetzgeber für die bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost beschäftigten Beamten eine die Mitbestimmung des Betriebsrats einschränkende Regelung dadurch getroffen, daß er in personellen Angelegenheiten der Beamten weiterhin das Personalvertretungsrecht für anwendbar erklärte. Für die bei der DBAG beschäftigten Beamten besteht dagegen ein Mitbestimmungsrecht der zu wählenden besonderen Personalvertretung. Selbst wenn diese unterschiedlichen Konzeptionen in den Ausführungsgesetzen die Mitbestimmung in statusrechtlichen und nicht in den betrieblichen Angelegenheiten der Beamten betreffen, machen sie doch deutlich, daß das gesamte Regelwerk nicht einheitlich auf andere Privatisierungsvorhaben zu übertragen ist. Denn insoweit ist hinsichtlich der Interessenvertretung keine bundeseinheitliche Regelung in der konkreten Ausgestaltung getroffen worden.

Daher handelt es sich bei den für die Post- und Bahnbeamten normierte Arbeitnehmerfiktion in den §§ 19 Abs. 1 Satz 1 DBGrG, 24 Abs. 2 Satz 1 PostPersRG nicht um analogiefähige Vorschriften.

Da es sich bei dem Fehlen einer gesetzlichen Normierung einer Arbeitnehmerfiktion für die gemäß § 123a Abs. 2 BRRG zugewiesenen Beamten weder um eine unbeabsichtigte Regelungslücke des Gesetzgebers, noch bei der für die Post- und Bahnbeamten normierten Arbeitnehmerfiktion um eine analogiefähige Regelung handelt, gelten die gemäß § 123a Abs. 2 BRRG zugewiesenen Beamten nicht als Arbeitnehmer und fallen daher auch nicht in den Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes.

#### 4.2.5.2.3 Ergebnis: Interessenvertretung durch den Personalrat

Wenn das Betriebsverfassungsgesetz hinsichtlich der Wahl und der Wählbarkeit der zugewiesenen Beamten nicht anwendbar ist, stellt sich die Frage, ob und wie die Interessenvertretung der Beamten im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit und der betrieblichen Eingliederung stattfinden soll.

Die ohne Zustimmung des Beamten, also möglicherweise auch gegen seinen Willen getroffene Zuweisung, darf nicht auch zum Verlust kollektiven Interessenschutzes führen, weil für die Beamten in der privatisierten Einrichtung keine Interessenvertretung zuständig ist. Dies entspricht der Fürsorgepflicht, die auch die Pflicht des Dienstherrn umfaßt, sich um die Wahrnehmung der Interessen seiner Beamten zu sorgen. Danach ist seitens des Dienstherrn sicherzustellen, daß die Interessen der zugewiesenen Beamten durch eine Personalvertretung wahrgenommen werden können. Dies kann nach der Lage der Dinge nur der Personalrat der Behörde sein, die die Dienstherrnenfunktion ausübt.

Die Vertretung der zugewiesenen Beamten ausschließlich durch den Personalrat der stellenden Behörde verstößt auch nicht gegen den „grundrechtlichen Schutzbedarf des Privatisierungsbeamten hinsichtlich des arbeitnehmerorientierten Teilaspekts der Berufsfreiheit“<sup>472</sup>. Die Berufsfreiheit gemäß

---

<sup>471</sup> Kröll, PersR 1998, 62, 65.

<sup>472</sup> So aber Blanke, PersR 1999, 197, 207.

Art. 12 Abs. 1 GG erstreckt sich auch auf Berufe, die im öffentlichen Dienst wahrgenommen werden, wird aber modifiziert durch Art. 33 GG<sup>473</sup>. Daher sind auch Einschränkungen hinsichtlich der Mitbestimmung der in den privatisierten Einrichtungen beschäftigten Beamten gegenüber den ebenfalls dort beschäftigten Arbeitnehmern gerechtfertigt. Diese Einschränkungen ergeben sich aus dem Beamtenstatus und sind insoweit auch von den zugewiesenen Beamten hinzunehmen.

Die Interessen der zugewiesenen Beamten werden wegen der fortbestehenden ausschließlichen beamtenrechtlichen Beziehung zu ihrem Dienstherrn vom Personalrat der Entsendebehörde wahrgenommen. Ist die Dienststelle in Folge der Privatisierung aufgelöst worden, tritt an die Stelle des bei ihr gebildeten Personalrats der Personalrat derjenigen Dienststelle, die die Personalangelegenheiten der zugewiesenen Beamten verwaltet. In der Regel ist dies das jeweilige kommunale Personalamt, bei dem die zugewiesenen Beamten planstellenmäßig geführt und ihre Personalakten verwaltet werden.

### *4.2.5.3 Interessenvertretung bei statusbezogenen Entscheidungen*

Einigkeit besteht hinsichtlich der Interessenvertretung der zugewiesenen Beamten bei personalrechtlichen Entscheidungen, die den Status des zugewiesenen Beamten betreffen.

Soweit um Angelegenheiten geht, die den beamtenrechtlichen Status betreffen, ist für die zugewiesenen Beamten der Personalrat der Entsendebehörde zuständig. Dies ist deshalb unproblematisch, weil die zugewiesenen Beamten wegen der unverändert bestehenden beamtenrechtlichen Beziehungen zur Dienstbehörde vom Personalrat der Dienststelle hinsichtlich beamtenrechtlicher Statusfragen weiterbetreut werden müssen<sup>474</sup>.

Ist die Dienststelle infolge der Privatisierung vollständig aufgelöst worden, tritt an die Stelle des bei ihr gebildeten Personalrats der Personalrat derjenigen Behörde, bei der der Beamte „auf der Planstelle“ geführt wird. Bei Entscheidungen, die Personalangelegenheiten der zugewiesenen Beamten betreffen, muß die jeweilige Dienstbehörde daher den bei ihr gewählten Personalrat beteiligen.

---

<sup>473</sup> Statt vieler: BVerfGE 7, 377, 398; BVerfGE 39, 329, 334.

<sup>474</sup> So auch Kröll, PersR 1998, 62, 64 und Blanke/ Sterzel, Privatisierungsrecht für Beamte, 1999, Rn. 157; Blanke, PersR 1999, 197, 201.

## Zusammenfassung: Teil 4

Die Fälle der Organisationsprivatisierung bei der Bahnreform und der auf eine materielle Privatisierung abzielenden Postreform II gingen über eine bloße Strukturreform hinaus. Durch sondergesetzliche Bestimmungen im DBGrG und in dem PostPersRG wurde ein spezieller beamtenrechtlicher Ordnungsrahmen geschaffen, der die Weiterbeschäftigung der Beamten in den privatisierten Unternehmen ausgestaltet und durch welchen insbesondere die Dienstherrenbefugnisse auf die privatisierten Unternehmen übertragen wurden.

Im Fall der formellen Privatisierung im kommunalen Bereich fehlt es sowohl an einer verfassungsrechtlichen Grundlage, die einen Einsatz von Beamten im privatwirtschaftlichen Sektor gegenüber Art. 33 Abs. 4 und 5 GG verfassungsrechtlich absichert, als auch an einfachgesetzlichen Bestimmungen, die sich mit der Rechtslage der in den privatisierten Einrichtungen beschäftigten Beamten befassen.

Jedoch geht es bei der Zuweisung nach § 123a Abs. 2 BRRG anders als bei der Zuweisung gemäß Art. 143a Abs. 1 Satz 3 GG nicht um die Zuweisung der Beamten an ein privates Unternehmen, sondern vielmehr um die Zuweisung der Beamten an eine kommunale Einrichtung in privater Rechtsform, also an eine privatrechtlich organisierte Einrichtung der öffentlichen Hand. Der bisherige Träger zieht sich nicht aus der Verantwortung zurück, sondern behält sich wesentliche Kontroll- und Eingriffsmöglichkeiten vor, indem die privatisierte Einrichtung in der Mehrheitsbeteiligung eines Trägers öffentlicher Verwaltung bleibt. Nur unter diesen Voraussetzungen ist eine Zuweisung gemäß § 123a Abs. 2 BRRG an eine „private Einrichtung der öffentlichen Hand“ möglich. Insofern ist nach dem Gesetz lediglich eine Zuweisung im Rahmen einer formellen Privatisierung möglich.

Durch das Fehlen spezialgesetzlicher Ausgestaltungen der Zuweisung der Beamten an die privatisierten Einrichtungen, die denen für die Post – und Bahnbeamten geschaffenen Vorschriften vergleichbar wären, ergeben sich Fragen hinsichtlich der rechtlichen Konsequenzen der nunmehr bei den privaten Gesellschaften beschäftigten Beamten. Dies gilt umso mehr, da trotz der Ausgestaltung des Personalrechts im DBGrG wie auch im PostPersRG für die bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost und die bei der DBAG tätigen Beamten keine Einigkeit hinsichtlich der rechtlichen Vorgehensweise bei der Weiterbeschäftigung von Beamten in den privatisierten Unternehmen besteht.

Es bleibt sowohl bei den bei der DBAG als auch bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost wie auch bei den gemäß § 123a Abs. 2 BRRG zugewiesenen Beamten der Beamtenstatus erhalten. Dies ergibt sich insbesondere aus der normierten „Wahrung der Rechtsstellung“ in Art. 143a Abs. 3 Satz 3, Art. 143b Abs. 3 Satz 1 GG sowie den Ausführungsgesetzen und in § 123a Abs. 3 BRRG. Denn unter der Wahrung der Rechtsstellung ist nicht lediglich der Beibehalt des Amtes im statusrechtlichen Sinn zu verstehen, sondern vielmehr in weiter Auslegung auch eine Konservierung der bereits erworbenen beamtenrechtlichen Position mit den damit verbundenen Rechten und Pflichten.

Insbesondere verbleibt die Dienstherrenfähigkeit bei dem öffentlichen Dienstherrn und wird nicht auf die privatisierten Unternehmen übertragen. Dies ergibt sich für die bei der DBAG und die bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost beschäftigten Beamten schon aus § 12 Abs. 4 Satz 1 DBGrG und § 2 Abs. 3 Satz 1 PostPersRG, wonach die privatisierten Beamten Bundesbeamte bleiben und ihren Rechtsstatus als unmittelbare Bundesbeamte nicht verlieren. Für die Kommunalbeamten finden sich im Rahmen der Zuweisung gemäß § 123a Abs. 2 BRRG ebenfalls keine Vorschriften, kraft derer die Dienstherrenfähigkeit auf die privatisierten Einrichtungen übertragen werden soll. Insofern wird weder im Bund noch in den Kommunen auf private Arbeitgeber die Dienstherrenfähigkeit übertragen.

Für die bei der DBAG und die bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost beschäftigten Beamten ist in den Ausführungsvorschriften des DBGrG und des PostPersRG die Übertragung von Dienstherrenbefugnissen auf die privatisierten Unternehmen normiert worden

Gemäß § 123a Abs. 2 BRRG werden die Dienstherrenbefugnisse nicht auf die privatisierten Einrichtungen übertragen. Der Wortlaut der Vorschrift ähnelt dem des Art. 143a Abs. 1 Satz 3 GG, wonach die Bahnbeamten einer privatrechtlich organisierten Eisenbahn des Bundes zur Dienstleistung zugewiesen werden können, ohne daß zugleich Dienstherrenbefugnisse verfassungsrechtlich übertragen wurden, bzw. die Übertragung von Dienstherrenbefugnissen an das private Unternehmen verfassungsrechtlich abgesichert und explizit der Ausgestaltung durch einfache

Gesetze anheim gestellt wurde. Im Ansatz ähnelt daher die Zuweisung nach § 123a Abs. 2 BRRG dem Dienstüberlassungsmodell der DBAG. Jedoch ist im Gegensatz zu den Regelungen des Ausführungsgesetzes DBGrG im BRRG keine Übertragung von Dienstherrenbefugnissen normiert worden.

Für die gemäß § 123a Abs. 2 BRRG zugewiesenen Beamten finden sich dagegen keine vergleichbaren Regelungen. Hier handelt es sich jedoch um eine von dem Gesetzgeber bewußte Entscheidung gegen eine Übertragung von Dienstherrenbefugnissen, die die Anbindung des zugewiesenen Beamten an seinen öffentlichen Dienstherrn stärker betonen und diesem sein Direktions- und Weisungsrecht sichern soll. Der privaten Gesellschaft verbleibt insoweit lediglich eine sachbezogene Kontrolle der Arbeitsergebnisse.

Für beide gilt allerdings, daß personalbezogene, also statusrechtliche Entscheidungen, bei dem öffentlichen Dienstherrn verbleiben.

Die das funktionelle Amt betreffende Arbeitgeberfunktion übernehmen für die Post- und Bahnbeamten die Privatunternehmen kraft der ihnen übertragenen Dienstherrenbefugnisse, durch die sie in die Lage versetzt werden, gegenüber den Beamten Weisungsrechte in gleicher Weise wahrzunehmen wie das dem Arbeitgeber gegenüber den anderen Beschäftigten zustehende Direktionsrecht besteht. Zum anderen müssen die privatisierten Beamten ihre Dienstleistungspflicht und ihre gegenüber dem Dienstherrn bestehende Loyalitätspflicht aufspalten, so daß sie einerseits ihrem öffentlich-rechtlichen Dienstherrn, andererseits ihrem privatrechtlichen Arbeitgeber gegenüber verantwortlich sind.

Sowohl für die bei der DBAG und die bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost weiterbeschäftigten Beamten, als auch für die gemäß § 123a Abs. 2 BRRG zugewiesenen Beamten gelten die bisher bestehenden Beamtenpflichten in vollem Umfang weiter. Dies ergibt sich aus dem Beibehalt des Beamtenstatus mit den damit verbundenen rechtlichen Konsequenzen.

Insbesondere ist sowohl für die Beamtenüberleitung bei den Privatisierungsprojekten des Bundes als auch bei der Beamtenzuweisung an die privatisierten Einrichtungen der Kommunen von dem Beibehalt der Rechtsstellung nicht lediglich eine Konservierung des Amtes im statusrechtlichen Sinn umfaßt. Vielmehr ist der Begriff der Rechtsstellung in Art. 143a Abs. 3 Satz 3, Art. 143b Abs. 3 Satz 1 GG wie auch in § 123a Abs. 3 BRRG weit auszulegen, so daß von diesem auch die mit dem Beamtenstatus verbundenen Rechte und der entsprechende Pflichtenkatalog umfaßt werden. Denn wie gegenüber dem Dienstherrn Bund so auch gegenüber dem Dienstherrn Kommune behält der privatisierte Beamte seinen Anspruch auf eine seinem Amt entsprechende Tätigkeit in dem privatisierten Unternehmen und der privatisierten Einrichtung.

Es bleibt aber im Ergebnis festzuhalten, daß sämtliche Pflichten, die den nicht privatisierten Beamten treffen, auch für den im privatisierten Unternehmen beschäftigten Beamten ihre Bedeutung behalten haben und damit das dienstrechtliche Verhältnis zwischen den privatisierten Beamten und dem öffentlichen Dienstherrn prägen.

Auch das beamtenrechtliche Disziplinarrecht findet für die privatisierten Beamten weiterhin Anwendung. Jedoch sind im Rahmen der Ausgestaltung der Personalführung in den privatisierten Bahn- und Postunternehmen konkrete Vorgehensweisen hinsichtlich der Zusammenarbeit zwischen dem öffentlichen Dienstherrn sowie seiner Personalführungsbehörde und der privaten Gesellschaft vorgeschrieben.

Für die gemäß § 123a Abs. 2 BRRG zugewiesenen Beamten finden sich keine vergleichbaren Regelungen. Hier gilt das Disziplinarrecht, ohne daß die Kommunen in der Anwendung gegenüber ihren Beamten Unterstützung seitens der privatisierten Einrichtung erfährt. Dies stellt sich jedoch deshalb unproblematisch dar, weil auf die private Gesellschaft keine Dienstherrenbefugnisse übertragen wurden, so daß sich die Problematik der Doppelstellung des zugewiesenen Beamten zwischen öffentlichem Dienstherrn und privatem Unternehmen nicht in gleicher Weise wie bei dem Bahn- und Postprojekt stellt. Der öffentliche Dienstherr bleibt auch hinsichtlich beschäftigungsbezogener Beamtenpflichten allein weisungsbefugt und hat hier auch die alleinige Disziplinar Gewalt. Eine Zusammenarbeit mit der privaten Gesellschaft bezüglich der Aufklärung und der Überprüfung disziplinarrechtlichen Fehlverhaltens von zugewiesenen Beamten ist nach dem Rahmengesetz nicht vorgesehen, aber auch nicht ausgeschlossen.

Denn nur durch eine konsequente Anwendung des Disziplinarrechts kann die Geltung der Beamtenpflichten disziplinarrechtlich durchgesetzt werden, und nur unter dieser Prämisse rechtfertigt sich ein Beibehalt der Rechtsstellung der zugewiesenen Beamten mit allen Vorteilen, die der

Beamtenstatus mit sich bringt.

Ein Streikrecht steht weder den privatisierten Beamten im Bund noch den zugewiesenen Beamten in den Kommunen zu. Dies ergibt sich aus Art. 33 Abs. 4 und 5 GG und den durch die Überleitungsvorschriften garantierten Beibehalt des Beamtenstatus auch für die Zeit der Weiterbeschäftigung in den privatisierten Unternehmen und Einrichtungen.

Unterschiedliche Regelungen wurden für die betriebsverfassungsrechtliche Struktur der Interessenvertretung der Beamten bei den privatisierten Gesellschaften gefunden. Für die betriebliche Tätigkeit der Beamten in den privatisierten Unternehmen wurden die Beamten durch die Normierung einer Arbeitnehmerfiktion dem Betriebsverfassungsrecht unterstellt.

Für die statusrechtlichen Angelegenheiten sind jedoch bei Post und Bahn unterschiedliche Konstruktionen hinsichtlich der Interessenvertretung gefunden worden. Bei der DBAG besteht in personalrechtlichen Angelegenheiten der Beamten die Zuständigkeit einer besonderen Personalvertretung, die als eine Art Sondervertretung die Interessen der Beamten in dem privaten Unternehmen wahrnimmt. Bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost existiert eine vergleichbare besondere Beamtenvertretung nicht. Insoweit unterscheiden sich die Regelungen für die DBAG grundlegend von denen für die Nachfolgeunternehmen der Bundespost getroffenen, wodurch sich für die in den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost beschäftigten Beamten lediglich eine Interessenvertretung durch den von den Beamten mitgewählten Betriebsrat ergibt.

Aus diesen verschiedenen Bestimmungen folgen für die Mitwirkung des Betriebsrats bei personalrechtlichen Entscheidungen unterschiedliche rechtliche Konsequenzen. Bei der DBAG befaßt sich die besondere Personalvertretung mit den statusrechtlichen Angelegenheiten der Beamten. Da für die übergeleiteten Beamten in den Post-Nachfolgeunternehmen keine besonderen Personalvertretungen gebildet werden, wird das Mitbestimmungsrecht nach den §§ 28 Satz 1 PostPersRG, 76 Abs. 1 BPersVG von Beamten ausgeübt, die dem jeweils zuständigen Betriebsrat angehören. Die in den Angelegenheiten des § 76 Abs. 1 BPersVG zur Beschlußfassung berufenen Beamten stellen insoweit eine der besonderen Personalvertretung vergleichbare „Sondervertretung“ dar. Der Betriebsrat hat insoweit nicht die Möglichkeit, seine Mitwirkungsrechte ein zweites Mal gemäß § 99 BetrVG auszuüben.

Für die gemäß § 123a Abs. 2 BRRG ist in statusrechtlichen Angelegenheiten der Personalrat der Entsendebehörde bzw. bei deren Auflösung der Personalrat derjenigen Personalbehörde zuständig, die den Beamten planstellenmäßig führt. Dies gilt für die bei den privatisierten Einrichtungen der Kommunen auch für die betrieblichen Angelegenheiten. Denn die gemäß § 123 Abs. 2 BRRG zugewiesenen Beamten sind nicht als Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsrechts zu behandeln. Dies scheidet zum einen an dem Fehlen einer entsprechenden gesetzlichen Normierung, die die zugewiesenen Beamten dem Betriebsverfassungsgesetz unterstellt.

Zum anderen ist die für die Post- und Bahnbeamten getroffene Arbeitnehmerfiktion nicht auf die zugewiesenen Beamten in den privatisierten Einrichtungen der öffentlichen Hand analog anwendbar. Denn es handelt sich bei dem Fehlen einer gesetzlichen Arbeitnehmerfiktion weder um eine unbeabsichtigte Regelungslücke seitens des Gesetzgebers, noch handelt es sich bei den für die Vorschriften hinsichtlich der Interessenvertretung der Post- und Bahnbeamten um allgemeine Rechtsgedanken. Festzustellen ist daher, daß das Betriebsverfassungsgesetz für die gemäß § 123a Abs. 2 BRRG zugewiesenen Beamten weder unmittelbar noch analog anwendbar ist.

Im Rahmen der Zuweisungsmöglichkeit des § 123a Abs. 2 BRRG sind weniger weitreichende Regelungen für die Konsequenzen der Weiterbeschäftigung der Beamten in den privatisierten Einrichtungen der öffentlichen Hand getroffen worden. Daraus resultiert eine Kompetenzbeschränkung der privaten Gesellschaft, die gegenüber den bei ihr beschäftigten Beamten mangels Ermächtigung keine Dienstherrenbefugnisse wahrnehmen kann.

Im gleichen Maße wie den privaten Gesellschaften Kompetenzen hinsichtlich des personellen Weisungsrechts in Statusangelegenheiten der bei ihnen beschäftigten Beamten fehlen, wird die Kompetenz der Kommunen gestärkt und ihre Einflußmöglichkeiten gewährleistet. Denn mit der Übertragung öffentlicher Aufgaben auf einen privaten Rechtsträger ist ein Kompetenzverlust verbunden, den es im Interesse der Wahrung der kommunalen Selbstverwaltung möglichst gering zu halten gilt.

Zwar richtet sich die Garantieerklärung des Art. 28 Abs. 2 GG primär gegen den Staat, aber sie sollte

auch eine Schranke gegen ihre „schleichende“ Auflösung durch Privatisierung aus fiskalischen Gründen sein.

### Thesen

1. Außerhalb des Bereiches klassischer Staatsfunktionen stellen die Art. 20 Abs. 2 und 3, Art. 83 ff, Art. 28 Abs. 2 sowie Art. 33 Abs. 4 und 5 GG keine Privatisierungsschranke dar. Daher steht der öffentlichen Hand grundsätzlich ein Wahlrecht zu, ob sie Verwaltungsaufgaben in der Organisationsform des privaten oder des öffentlichen Rechts wahrnimmt.
2. Bei allen drei Pilotprojekten der Privatisierung im Bereich des Bundes, „Flugsicherung, Post und Bahn“, erfolgte zunächst eine formelle Privatisierung. Damit hat sich der Staat bisher nicht vollständig aus seiner öffentlichen Aufgabe zurückgezogen und diese der privaten Gesellschaft übertragen.
3. Für die Privatisierungsprojekte auf kommunaler Ebene existieren keine einheitlichen Regelungen im Rahmen eines einheitlichen kommunalen Wirtschaftsrechts für die Umwandlung kommunaler Eigenbetriebe in private Handelsgesellschaften. Die organisatorische Wahlfreiheit der Kommunen hängt davon ab, ob es sich bei der zu privatisierenden Aufgabe um eine freiwillige oder eine pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe handelt. Bei den pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben kommt lediglich eine formelle Privatisierung in Betracht.
4. Eine ausreichende gesellschaftsvertragliche Absicherung der Einwirkungspflicht der Kommunen ist lediglich in der Rechtsform einer GmbH weitgehend möglich, da sich gemäß § 45 Abs. 1 GmbHG die Rechte der Gesellschafter in erster Linie nach dem Gesellschaftsvertrag richten, durch den sich die Kommune einen bestimmenden Einfluß auf die Geschäftsführung sichern kann. Insbesondere stehen die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen einer Weisungsbefugnis der Gemeinde und Weisungsgebundenheit der Geschäftsführung und der kommunalen Vertreter in den Organen der GmbH nicht entgegen.
5. Die AG ist als Instrument zur Wahrnehmung kommunaler Aufgaben nicht tauglich, da die Kontroll- und Eingriffsmöglichkeiten der Kommunen zu eingeschränkt sind. Den Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern kommt kraft Bundesrechts gemäß § 76 Abs. 1 AktG eine derart hohe Eigenverantwortlichkeit zu, daß Weisungen an den Vorstand und den Aufsichtsrat der AG unzulässig sind. Der Einfluß der Gemeinde ist hier auf die Hauptversammlung beschränkt, die aber keine wesentlichen Entscheidungsbefugnisse innehat.
6. Nach dem geltenden Beamtenrecht können juristische Personen des Privatrechts grundsätzlich nicht Dienstherren von Beamten sein. Wenn daher die öffentliche Hand ihre Unternehmen privatisiert, bedarf es gesetzlicher Grundlagen, kraft derer die Beamten bei den privatisierten Unternehmen weiterbeschäftigt werden.
7. Die Personalüberleitung für die bei den ehemals öffentlich-rechtlichen Unternehmen Bahn und Post beschäftigten Beamten wurde verfassungsrechtlich abgesichert, um die bestehenden Bedenken gegen eine einfachgesetzliche Regelung für die Beamtenüberleitung zu zerstreuen. Aus der verfassungsrechtlichen Neuerung wurden mit dem DBGrG und dem PostPersRG Vorschriften entwickelt, die das Verhältnis zwischen den Beamten und den privaten Unternehmen ausgestalten. Dabei spielen Post und Bahn eine erhebliche Rolle, während bei der DFS-GmbH die Beamten überwiegend in ein Angestelltenverhältnis wechselten und freiwillig auf ihren Beamtenstatus verzichteten.
8. Zur Ermöglichung des Beamteneinsatzes in den privaten Gesellschaften von Bahn und Post wurden im Ergebnis unterschiedliche rechtliche Konstruktionen gewählt: Das Zuweisungsmodell der Bahn als gesetzliche Fortentwicklung der vertraglichen Dienstüberlassung und das Beleihungsmodell bei der Post.
9. Die getroffenen Regelungen für die Zuweisung und Beleihung sind speziell auf die Privatisierungsvorhaben Post und Bahn zugeschnitten. Verallgemeinerungsfähige Rechtsgedanken sind den Beamtenüberleitungsvorschriften im Rahmen dieser Privatisierungsvorhaben nicht zu entnehmen. Daher sind die Vorschriften auf andere Privatisierungsvorhaben beispielsweise in den Kommunen nicht anwendbar.
10. § 123a Abs. 1 BRRG erweist sich nicht als ein geeignetes Instrument zur Beamtenüberleitung bei der Privatisierung öffentlicher Unternehmen und Einrichtungen. Zum einen setzt die Zuweisung die Zustimmung des Beamten voraus und ist daher nicht gegen den Willen des Beamten durchsetzbar. Zum anderen ist nach dieser Vorschrift nur

eine vorübergehende Zuweisung möglich, denn wie auch die Abordnung ist die Zuweisung gemäß § 123a Abs. 1 Satz 1 BRRG eine Maßnahme, die nur der vorübergehenden Tätigkeitsübertragung dient.

11. Da bei der Privatisierung öffentlicher Einrichtungen in der Regel der bisherige von dem Beamten besetzte Dienstposten verloren geht, erscheint jedoch eine dauernde Zuweisung des Beamten an die privatisierte Einrichtung unerlässlich. Dieser wird der durch das Gesetz zur Reform des öffentlichen Dienstrechts vom 24.02.1997 eingefügte § 123a Abs. 2 BRRG gerecht, der die Zuweisung der Beamten an eine privatisierte Einrichtung des öffentlichen Rechts auch ohne Zustimmung des betroffenen Beamten ermöglicht. Jedoch ist hier eine Zuweisung lediglich in Verbindung mit einer formellen Privatisierung denkbar.
12. Der privatisierte Beamte befindet sich in einer ineinander verschränkten beamtenrechtlichen und arbeitsrechtlichen Doppelstellung. Diese beeinflusst sein Verhältnis sowohl zu seinem Dienstherrn als auch zu seinem privaten Arbeitgeber.
13. Die bei den Aktiengesellschaften beschäftigten Beamten bleiben unmittelbare Bundesbeamte, deren Dienstherr weiterhin der Bund ist und deren Arbeitsleistung in den privaten Unternehmen als Dienstausbübung gilt. Auch im Rahmen der Zuweisung gemäß § 123a Abs. 2 BRRG hat kein Dienstherrwechsel stattgefunden, so daß die öffentliche Hand Dienstherrin der zugewiesenen Beamten bleibt.
14. Eine Übertragung von Dienstherrn befugnissen findet lediglich auf die DBAG und auf die Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost statt. Für die privatisierten Einrichtungen der Kommunen finden sich dagegen keine vergleichbaren Regelungen. Hier handelt es sich jedoch um eine von dem Gesetzgeber bewußte Entscheidung gegen eine Übertragung von Dienstherrn befugnissen, die die Anbindung des zugewiesenen Beamten an seinen öffentlichen Dienstherrn stärker betonen und diesem sein Direktions- und Weisungsrecht in statusrechtlichen Angelegenheiten sichern soll.
15. Sowohl die Überleitung der Beamten nach dem Zuweisungsmodell der Bahn und die Zuweisung nach dem Beleihungsmodell der Post, als auch die Zuweisung gemäß § 123a Abs. 2 BRRG ermöglichen den Einsatz von Beamten in einem privatwirtschaftlichen Unternehmen unter Aufrechterhaltung des Beamtenstatus mit den damit verbundenen Rechten und Pflichten. Denn unter der Wahrung der Rechtsstellung ist nicht lediglich der Beibehalt des Amtes im statusrechtlichen Sinn zu verstehen, sondern vielmehr in weiter Auslegung auch eine Konservierung der bereits erworbenen beamtenrechtlichen Position mit den damit verbundenen Rechten und Pflichten.
16. Hinsichtlich der Einteilung der Beamtenpflichten der §§ 52 ff. BBG ist festzustellen, daß sämtliche Pflichten ihren statusbezogenen Gehalt nicht durch die Privatisierung verloren haben. Für die Bewertung, ob die beamtenrechtlichen Pflichten für den privatisierten Beamten weiterhin gelten, ist gerade nicht auf die funktionale Beschäftigung bei den privaten Unternehmen, sondern auf den Beamtenstatus als solchen abzustellen.
17. Auch das Disziplinarrecht bleibt für die privatisierten Beamten anwendbar ohne Einschränkungen. Auch für den beschäftigungsbezogenen Bereich ist eine Anwendung des Arbeitsrechts ausgeschlossen.
18. Ein Streikrecht steht weder den privatisierten Beamten im Bund noch den zugewiesenen Beamten in den Kommunen zu. Dies ergibt sich aus Art. 33 Abs. 4 und 5 GG und dem Beibehalt des Beamtenstatus auch für die Zeit der Weiterbeschäftigung in den privatisierten Unternehmen und Einrichtungen.
19. Für die Mitbestimmung finden sich für die Post- und Bahnbeamten unterschiedliche Regelungen. Einheitlich besteht jedoch für die Wahl zum Betriebsrat eine gesetzliche Arbeitnehmerfiktion.
20. Die für die Post- und Bahnbeamten getroffenen Regelungen zur Mitbestimmung enthalten keinen allgemeinen Rechtsgedanken und sind somit auf die gemäß § 123a Abs. 2 BRRG den privatisierten Einrichtungen der öffentlichen Hand zugewiesenen Beamten nicht analog anwendbar. Die zugewiesenen Beamten gelten nicht als Arbeitnehmer und fallen daher auch nicht in den Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes. Die kommunalen Beamten unterliegen dem Personalvertretungsrecht und der Zuständigkeit des Personalrats der planstellenverwaltenden Behörde.



### Literatur

- 1 Altvater, Lothar: Personalvertretung in den Kommunen, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis. Hrsg.: Püttner, Günter: Band 3. Berlin, 1983 S. 282 ff.
- 2 Altvater, Lothar/ Bacher, Eberhard/ Hörter, Georg/ Peiseler, Manfred/ Sabottig, Giovanni/ Schneider, Wolfgang/ Vohs, Gerhard: BPersVG, Bundespersonalvertretungsgesetz mit Wahlordnung und ergänzenden Vorschriften, Kommentar für die Praxis. Hrsg.: Altvater, Lothar/ Bacher, Eberhard/ Hörter, Georg/ Peiseler, Manfred/ Sabottig, Giovanni/ Schneider, Wolfgang/ Vohs, Gerhard: Band 4. Köln, 1996
- 3 Arnould, Andreas von: Grundrechtsfragen im Bereich von Postwesen und Telekommunikation - Ein Beitrag zur Geltung der Grundrechte für und gegen gemischtwirtschaftliche Unternehmen und staatliche Eigengesellschaften. DÖV. 1998, S. 437 ff.
- 4 Bacher, Eberhard: Die Regelungen über die betriebliche Interessenvertretung nach dem Postneuordnungsgesetz (PTNeuOG). PersR. 1994 S. 489 ff.
- 5 Badura, Peter: Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze. DÖV. 1998 S. 818 ff.
- 6 Badura, Peter: Wirtschaftsverwaltungsrecht, Besonderes Verwaltungsrecht. Hrsg.: Schmidt-Aßmann, Eberhard: 10. Auflage, Berlin u.a., 1995 S. 201 ff.
- 7 Badura, Peter: Kommentierung zu Art. 87f, Kommentar zum Bonner Grundgesetz. 1997
- 8 Bansch, Frank: Zur Beleihung als verfassungsrechtliches Problem. München, 1973
- 9 Bäsler, Uwe: Beamte in der Privatwirtschaft am Beispiel der Deutschen Bahn AG, Privatisierung der deutschen Bahn. PersR. 1996 S. 357 ff.
- 10 Battis, Ulrich: Das Berufsbeamtentum – Hemmklotz für eine leistungsorientierte Verwaltung ? Herrschaft des Marktes - Abschied vom Staat ?. Hrsg.: Butterwege, Christoph/ Kutscha, Martin/ Berghahn, Sabine: 1. Auflage, Baden-Baden, 1999 S. 221 ff.
- 11 Battis, Ulrich: BBG, Bundesbeamtengesetz mit Erläuterungen. 2. Auflage, München, 1997
- 12 Battis, Ulrich: Das Dienstrechtsreformgesetz. NJW. 1997 S. 1033 ff.
- 13 Battis, Ulrich: Kommentierung des Art. 143b, Grundgesetz, Kommentar. Hrsg.: Sachs, Michael: 1996
- 14 Battis, Ulrich: Beleihung anlässlich der Privatisierung der Postunternehmen, Unternehmen, Recht und Wirtschaftsordnung. Hrsg.: Schmidt, Karsten/ Schwark, Eberhard, Festschrift für Peter Raisch: 1995 S. 355 ff.
- 15 Battis, Ulrich/ Schlenga, Hans-Dieter: Die Verbeamtung der Lehrer. ZBR. 1995 S. 253 ff.
- 16 Bauer, Hartmut: Privatisierung von Verwaltungsaufgaben. VVDStRL 54. 1995 S. 245 ff.
- 17 Benz, Hanspeter: Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Beleihung einer AG mit Dienstherrenbefugnissen, dargestellt am Beispiel der Deutschen Post AG, Deutschen Postbank AG, Deutscher Telekom AG sowie der Deutschen Bahn AG. Tübingen, 1995
- 18 Benz, Hanspeter: Postreform II und Bahnreform - Ein Elastizitätstest für die Verfassung - Zu den Folgen der Neuregelungen in Art. 143a und Art. 143b GG -. DÖV. 1995 S. 679 ff.
- 19 Bieler, Frank: Aspekte wirtschaftlicher Mitbestimmung bei der Privatisierung öffentlicher Unternehmen. PersV. 1998 S. 44 ff.
- 20 Bischoff, Detlef/ Nickisch, Karl-Otto: Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Ausweg aus der Finanzkrise des Staates. Berlin, 1977

- 21 Blanke, Thomas: Die betriebsverfassungsrechtliche und personalvertretungsrechtliche Stellung von Privatisierungsbeamten. PersR. 1999 S. 197 ff.
- 22 Blanke, Thomas/ Sterzel, Dieter: Privatisierungsrecht für Beamte. Baden-Baden, 1999
- 23 Blanke, Thomas: Personalrechtliche Aspekte, Handbuch Privatisierung. Hrsg.: Blanke, Thomas/ Trümner, Ralf: Baden-Baden, 1998 S. 559 ff.
- 24 Blanke, Thomas/ Sterzel, Dieter: Privatbeamte der Postnachfolgeunternehmen und Disziplinarrecht. PersR. 1998 S. 265 ff.
- 25 Blanke, Thomas/ Sterzel, Dieter: Probleme der Personalüberleitung im Falle einer Privatisierung der Bundesverwaltung (Flugsicherung, Bahn und Post). ArbuR. 1993 S. 265 ff.
- 26 Blanke, Thomas/ Sterzel, Dieter: Ab die Post? Die Auseinandersetzung um die Privatisierung der Deutschen Bundespost. KJ. 1993 S. 278 ff.
- 27 Böhm, Monika: Einführung in das Beamtenrecht. JA. 1993 S. 171 ff.
- 28 Bolck, Winrich: Personalrechtliche Probleme bei der Ausgliederung von Teilbereichen des öffentlichen Dienstes und Überführung in private Rechtsform. ZTR. 1994 S. 14 ff.
- 29 Bolsenkötter, Heinz: Voraussetzungen für die Privatisierung kommunaler Dienstleistungen. DB. 1993 S. 445 ff.
- 30 Bredendiek, Knut/ Meier, Wolfgang: Die Novelle des öffentlichen Dienstrechts: Reform oder Reförmchen?. NVwZ. 1996 S. 444 ff.
- 31 Bremeier, Wolfram/ Ritschel, Gundula: Rechtsformen städtischer Beteiligungen (Teil 1), Auf eigenen Füßen. Der Gemeinderat. 1998 S. 52 ff.
- 32 Bremeier, Wolfram: Kommunale Wirtschaft vor neuen Herausforderungen. DNV. 1998 S. 15 ff.
- 33 Britz, Gunther: Die personalvertretungsrechtliche Einordnung von Abordnungen und Versetzungen bei den Postunternehmen. PersV. 1998 S. 183 ff.
- 34 Britz, Gunther: Die Rechtsstellung der Beamten bei den Postunternehmen. PersV. 1998 S. 372 ff.
- 35 Bull, Hans-Peter: Privatisierung öffentlicher Aufgaben. VerwArch. 86. 1995 S. 621 ff.
- 36 Butterwegge, Christoph/ Kutscha, Martin/ Berghahn, Sabine: Herrschaft des Marktes - Abschied vom Staat ?. 1. Auflage, Baden-Baden, 1999
- 37 Clemens, Thomas: Kommunale Selbstverwaltung und institutionelle Garantie: Neue verfassungsrechtliche Vorgaben durch das Bundesverfassungsgericht. NVwZ. 1990 S. 834 ff.
- 38 Cronauge, Ulrich: Benötigen die Kommunen ein neues Gemeindefirtschaftsrecht. GHH. 1997 S. 265 ff.
- 39 Cronauge, Ulrich: Kommunale Unternehmen, Eigenbetriebe - Kapitalgesellschaften - Zweckverbände. 2. Auflage, Berlin, 1995
- 40 Däubler, Wolfgang/ Kittner, Michael/ Klebe, Thomas: Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar für die Praxis. 6. Auflage, Frankfurt am Main, 1998
- 41 Däubler, Wolfgang: Privatisierung als Rechtsproblem. Darmstadt, 1980
- 42 Decker, Heinrich: Kommentierung zu § 113 GO NW, Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen. Hrsg.: Held, Friedrich Wilhelm/ Becker, Ernst/ Kirchhof, Roland/ Krämer, Franz/ Wansleben, Rudolf: Wiesbaden, 1995
- 43 Decher, Christian: Loyalitätskonflikte des Repräsentanten der öffentlichen Hand im Aufsichtsrat. ZIP. 1990 S. 277 ff.
- 44 Di Fabio, Udo: Privatisierung und Staatsvorbehalt, Zum dogmatischen Schlüsselbegriff der

- öffentlichen Aufgabe. JZ. 1999 S. 585 ff.
- 45 Ehlers, Dirk: Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft. DVBl. 1998 S. 497 ff.
- 46 Ehlers, Dirk: Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, Allgemeines Verwaltungsrecht. Hrsg.: Erichsen, Hans-Uwe: 11. Auflage, Berlin u.a., 1998 S. 1 ff.
- 47 Ehlers, Dirk: Interkommunale Zusammenarbeit in Gesellschaftsform. DVBl. 1997 S. 137 ff.
- 48 Ehlers, Dirk: Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland. JZ. 1990 S. 1089 ff.
- 49 Ehlers, Dirk: Die Entscheidung der Kommunen für eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisation ihrer Einrichtungen und Unternehmen. DÖV. 1986 S. 897 ff.
- 50 Ehlers, Dirk: Verwaltung in Privatrechtsform. Berlin, 1984
- 51 Engellandt, Frank: Die Einflußnahme der Kommunen auf ihre Kapitalgesellschaften über das Anteilseignerorgan. Kiel, 1994
- 52 Engels, Gerd/ Mauß-Trebinger Yvonne: Aktuelle Fragen der Betriebsverfassung in den privatisierten Unternehmen der Bahn und Post. RdA. 1997 S. 217 ff.
- 53 Engels, Gerd/ Müller Christopher/ Mauß Yvonne: Ausgewählte arbeitsrechtliche Probleme der Privatisierung - aufgezeigt am Beispiel der Bahnstrukturreform -. DB. 1994 S. 473 ff.
- 54 Epping, Volker: Das Ausfertigungsverweigerungsrecht im Selbstverständnis des Bundespräsidenten. JZ. 1991 S. 1102 ff.
- 55 Erbguth, Wilfried: Die Zulässigkeit der funktionalen Privatisierung im Genehmigungsrecht. UPR. 1995 S. 369 ff.
- 56 Erbguth, Wilfried/ Stollmann Frank: Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Rechtssubjekte? – Zu den Kriterien bei der Wahl der Rechtsform. DÖV. 1993 S. 798 ff.
- 57 Erichsen, Hans-Uwe: Das Verwaltungshandeln, Allgemeines Verwaltungsrecht. 11. Auflage, Berlin u.a., 1998 S. 223 ff.
- 58 Erle, Bernd/ Becker Ralph: Der Gemeinderat als Gesellschafterversammlung der GmbH. NZG. 1999 S. 58 ff.
- 59 Ewer, Wolfgang: Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung öffentlicher Aufgaben der Daseinsvorsorge. Die Gemeinde (SH). 1997 S. 191 ff.
- 60 Fahrwinkel-Istel, Petra: Zur Auswirkung der Dienstrechtsreform für die Kommunen in Nordrhein-Westfalen. KommunalPraxis (N). 1997 S. 291 ff.
- 61 Fangmann, Helmut/ Lörcher Klaus/ Scheurle Walter/ Schwemmler Michael/ Wehner, Ewald: Telekommunikation- und Postrecht. 2. Auflage, Berlin, 1996
- 62 Fitting, Karl/ Kaiser Heinrich/ Heither Friedrich/ Engels Gerd: Betriebsverfassungsgesetz-Handkommentar. 19. Auflage, München, 1998
- 63 Frohner, Siegfried: Das Übergangsmandat des Personalrats und die Weitergeltung von Dienstvereinbarungen bei der Privatisierung öffentlicher Einrichtungen, insbesondere im kommunalen Bereich. PersR. 1995 S. 99 ff.
- 64 Fromm, Günter: Die Reorganisation der Deutschen Bahnen – Voraussetzung für eine Neubestimmung des Standorts der Eisenbahnen in der Verkehrspolitik. DVBl. 1994 S. 187 ff.
- 65 Gerke, Jürgen: Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. Jura. 1985 S. 349 ff.
- 66 Gern, Alfons: Kommunalrecht Baden-Württemberg. 7. Auflage, Baden-Baden, 1998

- 67 Gern, Alfons: Deutsches Kommunalrecht. 2. Auflage, Baden-Baden, 1997
- 68 Glauben, Paul: Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen in Privatrechtsform. ZG. 1997 S. 148 ff.
- 69 Görer, Hans/ Schlatmann Arne: Leistungsbezahlung in der Besoldung. 1. Auflage, München u.a., 1998
- 70 Gramlich, Ludwig: Ende gut, alles gut ? - Anmerkungen zum neuen Postgesetz. NJW. 1998 S. 866 ff.
- 71 Gramlich, Ludwig: Von der Postreform zur Postneuordnung, Zur erneuten Novellierung des Post- und Telekommunikationswesens. NJW. 1994 S. 2785 ff.
- 72 Gramm, Christoph: Schranken der Personalprivatisierung bei der inneren Sicherheit - zugleich ein Beitrag zur Rechtsdogmatik des Art. 33 Abs. 4 GG -. VerwArch. 90. 1999 S. 329 ff.
- 73 Großfeld, Bernhard/ Janssen Helmut: Zur Organisation der Deutschen Bundespost. DÖV. 1993 S. 424 ff.
- 74 Gruhn, Thomas: Privatisierung – Beitrag zur Reform des öffentlichen Sektors, Schlanker Staat. Behörden-Spiegel. 1998
- 75 Grupp, Klaus: Eisenbahnaufsicht nach der Bahnreform. DVBl. 1996 S. 591 ff.
- 76 Günther, Hellmuth: Anmerkungen zur Versetzung mit oktroyiertem Dienstherrwechsel. ZBR. 1996 S. 299 ff.
- 77 Günther, Hellmuth: Änderungen des funktionellen Amtes: Versetzung, Abordnung, Umsetzung. ZBR. 1978 S. 73 ff.
- 78 Gusy, Christoph: Privatisierung und parlamentarische Kontrolle. ZBR. 1998 S. 265 ff.
- 79 Gusy, Christoph: Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe. DÖV. 1996 S. 573 ff.
- 80 Hagemeyer, Adrian von: Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben: eine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Abhandlung unter Zugrundelegung des Verfassungs- und Verwaltungsrechts der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland. München, 1992
- 81 Hammer, Ulrich: Privatisierung - Chancen und Risiken für die Mitbestimmung. PersR. 1997 S. 54 ff.
- 82 Hanau, Peter/ Adomeit Klaus: Arbeitsrecht. 11. Auflage, Berlin, 1994
- 83 Hanau, Peter: Arbeitsrechtliche Probleme der Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen, Rechtsgutachten für die ÖTV. 1980
- 84 Haug, Volker: Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum als Privatisierungsschranke. NVwZ. 1999 S. 816 ff.
- 85 Hauser, Werner: Die Wahl der Organisationsform kommunaler Einrichtungen: Kriterien für die Wahl privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Organisationsformen. Köln, 1987
- 86 Hengstschläger, Johannes: Privatisierung von Verwaltungsaufgaben. VVDStRL 54. 1995 S. 166 ff.
- 87 Heinrichs, Friedrich Wilhelm: Allheilmittel Privatisierung, Privatisierung in Städten und Gemeinden. DNV 1995, Nr. 3. S. 4 ff.
- 88 Heinz, Werner: Public Private Partnership, Kommunalpolitik – Politisches Handeln in den Gemeinden. Hrsg.: Wollmann, Hellmut/ Roth, Roland: 2. Auflage, Bonn, 1998 S. 552 ff.
- 89 Heinze, Christian: Rechts- und Funktionsnachfolge bei der Eisenbahnneuordnung. NVwZ. 1994 S. 748 ff.
- 90 Henneke, Hans-Günter: Die Entwicklung des öffentlichen Rechts, Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung – Optimierungspotentiale im Spannungsfeld von Demokratie und Effizienz.

DVBl. 1997 S. 1270 f.

- 91 Herbert, Alexander: Beratung in der Gemeinde. NVwZ. 1995 S. 1056 ff.
- 92 Hill, Hermann: In welchen Grenzen ist kommunalwirtschaftliche Betätigung Daseinsvorsorge?. BB 1997. 1997 S. 425 ff.
- 93 Hill, Hermann: Die verkaufte Stadt. Verwaltung und Management II. 1998 S. 81 ff.
- 94 Hölscher, Frank: Öffentliche und private Abfallentsorgung. ZUR. 1995 S. 176 ff.
- 95 Hoffmann-Riem, Wolfgang: Verfahrensprivatisierung als Modernisierung. DVBl. 1996 S. 225 ff.
- 96 Hofmann, Bernhard: Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen und Beamtenbeschäftigung. ZTR. 1996 S. 493 ff.
- 97 Hummel, Dieter/ Spoo Sybille: Mitbestimmung bei Versetzungen, Umsetzungen, Abordnungen von Beamten in den privatisierten Unternehmen der früheren Deutschen Bundespost. ZTR. 1998 S. 352 ff.
- 98 Hummel, Dieter/ Spoo Sybille: Zur Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Versetzung von Beamten. AiB. 1997 S. 21 ff.
- 99 Hummel, Dieter: Disziplinarrechtliche Probleme bei „privatisierten“ Beamten. PersR. 1996 S. 18 ff.
- 100 Hummel, Dieter: Die Mitbestimmung des Betriebsrates bei „privatisierten“ Postbeamten. PersR. 1996 S. 228 ff.
- 101 Ipsen, Jörn: Niedersächsisches Kommunalrecht. 2. Auflage, Stuttgart u.a., 1998
- 102 Ipsen, Jörn: Grundfragen der kommunalen Verwaltungsreform. DVBl. 1998 S. 801 ff.
- 103 Isensee, Josef: Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, Handbuch des Staatsrechts. Hrsg.: Isensee, Josef/ Kirchhof, Paul: Band 3. 1988 S. 3 ff.
- 104 Jachmann, Monika/ Strauß Thomas: Berufsbeamtentum, Funktionsvorbehalt und der „Kaperbrief für den Landeinsatz“. ZBR. 1999 S. 289 ff.
- 105 Jarass, Hans D.: Kommentierung zu Art. 143a, 143b GG, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar. Hrsg.: Jarass Hans D./ Pieroth, Bodo: 4. Auflage, München, 1997
- 106 Kahl, Wolfgang: Die Privatisierung der Entsorgungsordnung nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz. DVBl. 1995 S. 1327 ff.
- 107 Kathke, Leonhard: Versetzung, Umsetzung, Abordnung und Zuweisung, -Mobilität und Flexibilität im Beamtenverhältnis-. ZBR. 1999 S. 325 ff.
- 108 Kathke, Leonhard: Kommentierung zu § 29 BBG, Beamtenrecht des Bundes und der Länder, Gesamtausgabe A und B, Kommentar. Hrsg.: Schütz, Erwin: 1998.
- 109 Kenntner, Markus: Zehn Jahre nach „Rastede“. DÖV. 1998 S. 701 ff.
- 110 Kittner, Michael: Kommentierung zu § 99 BetrVG, Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar für die Praxis. Hrsg.: Däubler, Wolfgang/ Kittner, Michael / Klebe, Thomas: 6. Auflage, Frankfurt am Main, 1998
- 111 Kleff, Kurt: Dienstrechtsreformgesetz. Die Bundesverwaltung (VBOB). 1997 S. 3 ff.
- 112 Koch, Thorsten: Der rechtliche Status kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform. Baden-Baden, 1994
- 113 König, Klaus: Rückzug des Staates – Privatisierung der öffentlichen Verwaltung. DÖV. 1998 S. 963 ff.
- 114 König, Michael: Die Privatisierung im Landesorganisationsrecht, -Umsetzung, Folgen Alternativen.

- DÖV. 1999 S. 322 ff.
- 115 Kotulla, Michael: Rechtsfragen im Zusammenhang mit der vorübergehenden Zuweisung eines Beamten nach § 123a BRRG. ZBR. 1995 S. 168 ff.
- 116 Kotulla, Michael: Rechtliche Instrumentierung der Personalsteuerung im Brandenburgischen Beamtenengesetz; Implikationen im Zusammenhang mit Versetzung, Abordnung, vorübergehender Zuweisung und Umsetzung. ZBR. 1995 S. 359 ff.
- 117 Krebs, Walter: Verwaltungsorganisation, Handbuch des Staatsrechts. Hrsg.: Isensee, Josef/ Kirchhof, Paul: Band 3. 1988 S. 567 ff.
- 118 Kröger, Peter/ Hollmann Frank: Rechtliche Zulässigkeit des Betriebes von Friedhöfen durch Unternehmen und Einrichtungen der Kommunen in Rechtsformen des Privatrechts. KommunalPraxis. 1997 S. 109 ff.
- 119 Kröll, Michael: Beamtinnen und Beamte in der Betriebsverfassung ? - Zur Neuregelung des § 123a Abs. 2 BRRG. PersR. 1998 S. 62 ff.
- 120 Krölls, Albert: Privatisierung der öffentlichen Sicherheit in Fußgängerzonen ?. NVwZ. 1999 S. 233 ff.
- 121 Krölls, Albert: Rechtliche Grenzen der Privatisierungspolitik. GewArch. 1995 S. 129 ff.
- 122 Kummer, Heinz Joachim/ Giesberts Ludger: Rechtsfragen der Privatisierung kommunaler Abfallentsorgung und Abwasserbeseitigung. NVwZ. 1996 S. 1166 ff.
- 123 Kunig, Philip: Das Recht des öffentlichen Dienstes, Besonderes Verwaltungsrecht. Hrsg.: Schmidt-Aßmann, Eberhard: 11. Auflage, Berlin u.a., 1999 S. 577 ff.
- 124 Kunig, Philip: Kommentierung zu Art. 33 GG, Grundgesetz-Kommentar, Art. 21-69. Hrsg.: Münch, Ingo von/ Kunig, Philip: Band 2. 3. Auflage, München, 1995
- 125 Kutscha, Martin: Die Anpassung des Verfassungsrechts im „schlanken Staat“, Herrschaft des Marktes - Abschied vom Staat ?. Hrsg.: Butterwegge, Christoph/ Kutscha, Martin/ Berghahn, Sabine: 1. Auflage, Baden-Baden, 1999 S. 93 ff.
- 126 Kutscha, Martin: „Schlanker Staat“ mit Januskopf – ein Zwischenruf -. KJ. 1998 S. 399 ff.
- 127 Kutscha, Martin: Verfassungsfragen der Privatisierung von Staatsaufgaben. NJ. 1997 S. 393 ff.
- 128 Landskron, Rolf: Kein wirksamer Vertrauensschutz für Beamte bei Privatisierungen ?. Thür VBl. 1998 S. 241 ff.
- 129 Laux, Eberhard: Unternehmen Stadt ?. DÖV. 1993 S. 523 ff.
- 130 Lecheler, Helmut: Reform oder Deformation ?, Zu den „Februar-Reformen“ des öffentlichen Dienstrechts. ZBR. 1997 S. 206 ff.
- 131 Lee, Won-Woo: Privatisierung als Rechtsproblem. Hamburg, 1997
- 132 Lehngut, Gerold: Die Entwicklung des Funktionsvorbehalts nach Artikel 33 Abs. 4 GG und seine Bedeutung in der heutigen Zeit. ZBR. 1991 S. 266 ff.
- 133 Leisner, Walter: Versetzung und Abordnung im Beamtenrecht. ZBR. 1989 S. 193 ff.
- 134 Lerche, Peter, Kommentar: Kommentierung zu Art. 143b, Grundgesetz. Hrsg.: Maunz, Theodor/ Dürig, Günter: Band 5. 1998
- 135 Lorenz, Sabine/ Wollmann Hellmut: Kommunales Dienstrecht und Personal, Kommunalpolitik – Politisches Handeln in den Kommunen. Hrsg.: Wollmann, Hellmut/ Roth, Roland: 2. Auflage, Bonn, 1998 S. 490 ff.
- 136 Lorenzen, Uwe: Die personalvertretungsrechtlichen Auswirkungen der Privatisierung von Bahn

- und Post. ZfPR. 1995 S. 130 ff.
- 137 Lorenzen, Uwe: Die Postreform II - Dienst- und personalvertretungsrechtliche Regelungen -. PersV. 1995 S. 99 ff.
- 138 Lorenzen, Uwe: Die Bahnreform – Neuland für Dienst- und Personalvertretungsrecht. PersV. 1994 S. 145 ff.
- 139 Lübke-Wolff, Gertrud: Die sechste Novelle zum Wasserhaushaltsgesetz. ZUR. 1997 S. 61 ff.
- 140 Lücke, Tjark: Sonderregelungen für Beamte bei Privatisierungsmaßnahmen. ZfPR. 1999 S. 137 ff.
- 141 Mann, Thomas: Die „Kommunalunternehmen“ - Reformalternative im kommunalen Wirtschaftsrecht. NVwZ. 1996 S. 557 ff.
- 142 Manssen, Gerrit: Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG – Anmerkungen zu einem verfassungsrechtlichen Dauerproblem -. ZBR. 1999 S. 253 ff.
- 143 Maunz, Theodor/ Dürig Günter: Grundgesetz, Kommentar, Art. 20-69. Band 3. 1998
- 144 Maunz, Theodor/ Dürig Günter: Grundgesetz, Kommentar, Art. 92-146. Band 5. 1998
- 145 Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht. 12. Auflage, München, 1999
- 146 Meier, Norbert/ Wieseler Johannes: Ausgewählte Probleme bei kommunal beherrschten Unternehmen in privatrechtlicher Organisationsform. Der Gemeindehaushalt. 1993 S. 174 ff.
- 147 Michaelis, Rüdiger: Der Beliehene. Münster , 1969
- 148 Müller, Jürgen: Die Wahl, Abwahl und Ersatzwahl von gemeindlichen Vertretern in Organen privatrechtlicher Gesellschaften nach nordrhein-westfälischem Kommunalrecht. NWVBI. 1997 S. 172 ff.
- 149 Müller, Martin: Zur verfassungsrechtlichen Problematik kommunaler Unternehmen auf dem Telekommunikationsmarkt. DVBI. 1998 S. 1256 ff.
- 150 Müller, Nikolaus: Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Institutional choice). Köln u.a., 1992
- 151 Müller-Terpitz, Ralf: Die Regulierungsbehörde für den Telekommunikationsmarkt. ZG. 1997 S. 257 ff.
- 152 Münch, Ingo von/ Kunig Philip: Grundgesetz-Kommentar, Art. 21-69. Band 2. 3. Auflage, München, 1995
- 153 Münch, Ingo von/ Kunig Philip: Grundgesetz-Kommentar, Art. 70-146. Band 3. 3. Auflage, München, 1996
- 154 Müssig, Peter: Rechtsprobleme der beamtenrechtlichen Abordnung. ZBR. 1990 S. 109 ff.
- 155 Mutius, Albert von: Kommunalrecht, Ein Lehr- und Lernbuch anhand von Fällen. München, 1996
- 156 Nierhaus, Michael: Kommentierung zu Art. 28 GG, Grundgesetz, Kommentar. Hrsg.: Sachs, Michael: München, 1996
- 157 Nitz, Gerhard: Privatisierung der öffentlichen Sicherheit – Rechtsfragen am Beispiel der Privatisierung von Aufgaben der Verkehrsüberwachung, Herrschaft des Marktes - Abschied vom taat. Hrsg.: Butterwegge, Christoph/ Kutscha, Martin/ Berghahn, Sabine: 1. Auflage, Baden-Baden, 1999 S. 146 ff.
- 158 Nokiel, Werner/ Jasper Ernst: „Insichtbeurlaubung“ gemäß § 4 Abs. 3 PostPersRG, Ein Instrument des Personaleinsatzes. ZTR. 1999 S. 255 ff.
- 159 Ossenbühl, Fritz: Staatshaftungsrecht. 5. Auflage, München, 1998

- 160 Oster, Rudolf: Wirtschaftliche Betätigung der kommunalen Gebietskörperschaften in Rheinland-Pfalz. DNV. 1998 S. 8 ff.
- 161 Osterloh, Lerke: Privatisierung von Verwaltungsaufgaben. VVDStRL 54. 1995 S. 206 ff.
- 162 Otting, Olaf: Öffentlicher Zweck, Finanzhoheit und fairer Wettbewerb – Spielräume kommunaler Erwerbswirtschaft. DVBl. 1997 S. 1258 ff.
- 163 Pabst, Heinz-Joachim/ Schwartzmann Rolf: Privatisierte Staatsverwaltung und staatliche Aufsicht, Ein Beitrag zu den Schranken der Organisationsprivatisierung am Beispiel der 10. Novelle zum LuftVG. DÖV. 1998 S. 315 ff.
- 164 Peine, Franz-Joseph: Grenzen der Privatisierung – verwaltungsrechtliche Aspekte. DÖV. 1997 S. 353 ff.
- 165 Pestalozza, Christian: Neues Deutschland – in bester Verfassung ?. Jura. 1994 S. 561 ff.
- 166 Petersen, Frank/ Rid Urban: Das neue Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz. NJW. 1995 S. 7 ff.
- 167 Pfohl, Gerhard: Arbeitskampf im öffentlichen Dienst. PersV. 1993 S. 193 ff.
- 168 Pielsticker, Wilhelm: Betriebliche Interessenvertretung nach dem Postneuordnungsgesetz. ZTR. 1996 S. 101 ff.
- 169 Pieroth, Bodo: Kommentierung des Art. 28 GG, GG, Kommentar. Hrsg.: Jarass, Hans D./ Pieroth, Bodo: 4. Auflage, München, 1997
- 170 Pieroth, Bodo/ Schlink Bernhard: Grundrechte II. 14. Auflage, Heidelberg, 1998
- 171 Plog, Ernst/ Wiedow Alexander/ Beck Gerhard/ Lemhöfer Bernt: Kommentar zum Bundesbeamtengesetz mit Beamtenversorgungsgesetz. 1998
- 172 Poll, Jens: Die GmbH als Rechtsform für kommunale Krankenhäuser. LKV. 1995 S. 176 ff.
- 173 Püttner, Günter: Kommunale Betriebe und Mixed Economy, Politisches Handeln in den Gemeinden. Hrsg.: Wollmann, Hellmut/ Roth, Roland: 2. Auflage, Bonn, 1998 S. 541 ff.
- 174 Püttner, Günter: Privatisierung. LKV. 1994 S. 193 ff.
- 175 Püttner, Günter (Hrsg.): Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Kommunale Aufgaben und Instrumente der Aufgabenerfüllung. Band 3. Berlin u.a., 1983
- 176 Püttner, Günter (Hrsg.): Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Kommunale Wirtschaft. Band 5. Berlin u.a., 1984
- 177 Püttner, Günter: Die Einwirkungspflicht – Zur Problematik öffentlicher Einrichtungen in Privatrechtsform. DVBl. 1975 S. 353 ff.
- 178 Rehn, Erich/ Cronauge Ulrich/ Lennep Hans Gerd von: Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, Kommentar. Siegburg, 1997
- 179 Reichard, Christoph: Staats- und Verwaltungsmodernisierung im „aktivierenden Staat“. VuF. 1999 S. 177 ff.
- 180 Richardi, Reinhard: Mitbestimmung beim Personaleinsatz von Beamten in den privatisierten Postunternehmen. NZA. 1996 S. 953 ff.
- 181 Riedel, Norbert/ Schmidt Axel: Die Nichtausfertigung des Gesetzes zur Privatisierung der Flugsicherung durch den Bundespräsidenten. DÖV. 1991 S. 371 ff.
- 182 Ronellenfitsch, Michael: Staat und Markt: Rechtliche Grenzen einer Privatisierung kommunaler Aufgaben. DÖV. 1999 S. 705 ff.
- 183 Ronellenfitsch, Michael: Schranken einer Privatisierung der staatlichen Unfalluntersuchung im Bereich der Eisenbahn. NVwZ. 1998 S. 1021 ff.



- 184 Ronellenfitsch, Michael: Privatisierung und Regulierung des Eisenbahnwesens. DÖV. 1996 S. 1028 ff.
- 185 Roßnagel, Alexander/ Wedde Peter: Die Reform der Deutschen Bundespost im Licht des Demokratieprinzips. DVBl. 1988 S. 562 ff.
- 186 Rowedder, Heinz/ Koppensteiner Hans-Georg: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar. 2. Auflage, München, 1990
- 187 Schaub, Günter: Arbeitsrechtliche Fragen der Privatisierung. PersV . 1998 S. 100 ff.
- 188 Scheerbarth, Hans Walter/ Höffken Heinz/ Bauschke Hans-Joachim/ Schmidt Lutz: Beamtenrecht. 6. Auflage, Siegburg, 1992
- 189 Schink, Alexander: Öffentliche und private Entsorgung. NVwZ. 1997 S. 435 ff.
- 190 Schmid, Hansdieter: Vertretung der Gemeinde in Lenkungs- und Überwachungsorganen von Beteiligungsunternehmen. KommunalPraxis (BW). 1998 S. 5 ff.
- 191 Schmid, Hansdieter: Vertretung der Gemeinde in der Eigentümerversammlung von Unternehmen. KommunalPraxis (BW). 1997 S. 327 f.
- 192 Schmidt, Reiner: Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsformen. ZGR. 1996 S. 345 ff.
- 193 Schmidt-Aßmann, Eberhard: Kommunalrecht, Besonderes Verwaltungsrecht. 10. Auflage, Berlin u.a., 1995 S. 1 ff.
- 194 Schmidt-Aßmann, Eberhard/ Röhl Hans C.: Grundpositionen des neuen Eisenbahnverfassungsrechts. DÖV. 1994 S. 577 ff.
- 195 Schmidt-Jortzig, Edzard: Gemeinde- und Kreisaufgaben - Funktionsordnung des Kommunalbereiches nach „Rastede“- . DÖV. 1993 S. 973 ff.
- 196 Schmidt-Jortzig, Edzard: Die Zulässigkeit kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen im einzelnen, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Kommunale Wirtschaft. Hrsg.: Püttner, Günter: Band 5. 2. Auflage, Berlin u.a., 1984 S. 50 ff.
- 197 Schmidt-Jortzig, Edzard: Kommunalrecht. Stuttgart, 1982
- 198 Schnaudigel, Christoph: Der Betrieb nichtwirtschaftlicher kommunaler Unternehmen in Rechtsformen des Privatrechts. Stuttgart, 1995
- 199 Schneider, Wolfgang: Mitbestimmungsaspekte bei Personalangelegenheiten von Beamten in den privatisierten Postunternehmen. PersR. 1998 S. 175 ff.
- 200 Schnellenbach, Helmut: Beamtenrecht in der Praxis. 4. Auflage, München, 1998
- 201 Schnellenbach, Helmut: Öffentliches Dienstrecht im Umbruch. ZBR. 1998 S. 223 ff.
- 202 Schnellenbach, Helmut: Das Gesetz zur Reform des öffentlichen Dienstrechts (Reformgesetz). NVwZ. 1997 S. 521 ff.
- 203 Schoch, Friedrich: Privatisierung von Abwasserbeseitigung und Abfallentsorgung, Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Private Finanzierung kommunaler Investitionen; Symposium des Instituts für Kommunalrecht der Universität Osnabrück am 15. September 1993 / 4. Bad Iburger Gespräche. Hrsg.: Ipsen, Jörn: Köln u.a., 1994
- 204 Schoch, Friedrich: Privatisierung von Verwaltungsaufgaben. DVBl. 1994 S. 962 ff.
- 205 Schoch, Friedrich: Rechtsfragen der Privatisierung von Abwasserbeseitigung und Abfallentsorgung. DVBl. 1994 S. 1 ff.
- 206 Schoch, Friedrich: Der Beitrag des kommunalen Wirtschaftsrechts zur Privatisierung öffentlicher

- Aufgaben. DÖV. 1993 S. 377 ff.
- 207 Schoch, Friedrich: Zur Situation der kommunalen Selbstverwaltung nach der Rastede-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. VerwArch 81. 1990 S. 18 ff.
- 208 Schön, Wolfgang: Der Einfluß öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften der öffentlichen Hand – Gesellschaftsrechtliche Analyse. ZGR. 1996 S. 429 ff.
- 209 Scholz, Rupert: Der Sachverständigenrat Schlanker Staat: Auftrag und Perspektiven. PersV. 1997 S. 200 ff.
- 210 Scholz, Rupert/ Hofmann Hans: Die Sachverständigenrat Schlanker Staat: Vorschläge und Umsetzungsergebnisse. PersV. 1998 S. 326 ff.
- 211 Scholz, Rupert: Verkehrsüberwachung durch Private?. NJW. 1997 S. 14 ff.
- 212 Schützenmeister, Hans-Oskar: Rechtsformen und Rechtsstellungen von kommunalen Unternehmen in der Gemeindeordnung. LKV. 1991 S. 213 ff.
- 213 Schulte, Martin: Gefahrenabwehr durch private Sicherheitskräfte im Lichte des staatlichen Gewaltmonopols. DVBl. 1995 S. 130 ff.
- 214 Schulz, Klaus-Peter: Kein Streikverbot für die Beamten der Deutschen Post AG, der Deutschen Postbank AG und der Deutschen Telekom AG ?. ZTR. 1995 S. 438 ff.
- 215 Schulz, Klaus-Peter: Grundzüge der Postreform II. JA. 1995 S. 417 ff.
- 216 Schuppert, Gunnar Folke: Staatsaufsicht im Wandel. DÖV. 1998 S. 831 ff.
- 217 Schuppert, Gunnar Folke: Rückzug des Staates? – Zur Rolle des Staates zwischen Legitimationskrise und politischer Neubestimmung. DÖV. 1995 S. 761 ff.
- 218 Schuster, Wolfgang/ Beckerle Klaus: Arbeitsrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen. NZA. 1985 S. 16 ff.
- 219 Schwandt, Ernst-Albrecht: Die Schutzfunktion des Beamtendisziplinarrechts. DÖD. 1998 S. 1 ff..
- 220 Seeberg, Hans: Die Möglichkeiten und Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen nach den Regelungen der neuen Kommunalverfassung Brandenburg vom 15.10.1993. LKV. 1995 S. 353 ff.
- 221 Spannowsky, Willy: Der Einfluß öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften in öffentlicher Hand: Öffentlich-rechtliche Vorgaben, insbesondere zur Ingerenzpflicht. ZGR. 1996 S. 400 ff.
- 222 Spoo, Sybille: Anwendung des Disziplinarrechts auf „privatisierte“ Beamte. PersR. 1997 S. 399 ff.
- 223 Stern, Klaus: Postreform zwischen Privatisierung und Infrastrukturgewährleistung. DVBl. 1997 S. 309 ff.
- 224 Stern, Klaus: Kommentierung zu Art. 28 GG, Bonner Kommentar, Grundgesetz. 1998
- 225 Sterzel, Dieter: Verfassungs-, europa- und kommunalrechtliche Rahmenbedingungen für eine Privatisierung kommunaler Aufgaben, Handbuch Privatisierung. Hrsg.: Blanke, Thomas/ Trümner, Ralf: Baden-Baden, 1998 S. 99 ff.
- 226 Sterzel, Dieter: Privatisierung im kommunalen Bereich, Kommunale Krankenhausversorgung im Umbruch - das private Betriebsführungsmodell als Weg zur Teilprivatisierung einer pflichtigen Selbstverwaltungsaufgabe der Gemeinden. PersR. 1997 S. 380 ff.
- 227 Steuck, Jens-Peter: Zur Beschäftigung von Beamten in einer privatisierten Einrichtung -

- Möglichkeiten und Grenzen des neuen § 123a Abs. 2 BRRG -. ZBR. 1999 S. 150 ff.
- 228 Steuck, Jens-Peter: Die privatisierende Umwandlung. NJW. 1995 S. 2887 ff.
- 229 Stober, Rolf: Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland. 3. Auflage, Stuttgart u.a., 1996
- 230 Stober, Rolf: Die privatrechtlich organisierte öffentliche Verwaltung, Zur Problematik privatrechtlicher Gesellschaften und Beteiligungen der öffentlichen Hand. NJW. 1984 S. 449 ff.
- 231 Stür, Bernhard: Die Entwicklung des öffentlichen Rechts – Verkehrswegerecht im Wandel. DVBl. 1993 S. 1300 ff.
- 232 Summer, Rudolph: Das Amt im statusrechtlichen Sinne. ZBR. 1982 S. 321 ff.
- 233 Tegtmeier, Andre/ Otto Raimund: Rechtsformen städtischer Beteiligungen (Teil 3), Vier Organe. Der Gemeinderat. 1998 S. 50 ff.
- 234 Tettinger, Peter: Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership. DÖV. 1996 S. 764 ff.
- 235 Trümner, Ralf: Personalvertretungsrecht und Privatisierung, Handbuch Privatisierung. Hrsg.: Blanke, Thomas/ Trümner, Ralf: Baden-Baden, 1998 S. 437 ff.
- 236 Trümner, Ralf: Probleme beim Wechsel vom öffentlichrechtlichen zum privatrechtlichen Arbeitgeber infolge von Privatisierungen öffentlicher Dienstleistungen. PersR. 1993 S. 473 ff.
- 237 Trute, Hans-Heinrich: Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung. DVBl. 1996 S. 950 ff.
- 238 Uerpmann, Robert: Einsatz von Beamten bei einer Gesellschaft privaten Rechts - BVerwG - Urteil vom 07.06.1984 - 2 C 84.81 = BVerwGE 69, 303. Jura. 1996 S. 79 ff.
- 239 Uerpmann, Robert: Kommentierung zu Art. 143a, 143b GG, Grundgesetz, Art. 70-146. Hrsg.: von Münch/ Kunig: Band 3. 3. Auflage, München, 1996
- 240 Vitzthum, Wolfgang Graf: Gemeinderechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Wirtschaftsunternehmen. AöR. Band 104. 1979 S. 580 ff.
- 241 Waechter, Kay: Kommunalrecht: Ein Lehrbuch. 3. Auflage, Köln u.a., 1997
- 242 Wagner, Fritjof: Reform der Deutschen Bundespost und Auswirkungen auf das Beamtenrecht. DVBl. 1989 S. 277 ff.
- 243 Wahl, Rainer: Die Einschaltung privatrechtlich organisierter Verwaltungseinrichtungen in den Straßenbau. DVBl. 1993 S. 517 ff.
- 244 Wehner, Ewald/ Czaika Hans-J.: Insichbeurlaubung: Beamtenrechtliches Folgerecht. ZTR. 1998 S. 441 ff.
- 245 Wehner, Ewald: Eingeschränkte Mitbestimmungsrechte gefährden Gleichbehandlung in den Post-Aktiengesellschaften. ZTR. 1995 S. 207 ff.
- 246 Weiblen, May: Die Weisungsgebundenheit der Gemeindevertreter in den Organen privatrechtlich geführter Unternehmen. GHJ. 1987 S. 169 ff.
- 247 Weidemann, Clemens: Die materielle Privatisierung der Hausmüllentsorgung nach § 16 Abs. 2 des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes. DVBl. 1998 S. 661 ff.
- 248 Weidemann, Clemens: Übergangsprobleme bei der Privatisierung des Abfallwesens. NJW. 1996 S. 2757 ff.
- 249 Weiß, Hans-Dietrich: Disziplinarrecht bei den privaten Bahn- und Postunternehmen. ZBR. 1996 S. 225 ff.
- 250 Weiß, Hans-Dietrich: Geltungs- und Anwendungsfragen des Disziplinarrechts in Grenzlagen – ein

systematischer Überblick unter Berücksichtigung neuerer Rechtsentwicklungen. PersV. 1995 S. 241 ff., 289 ff.

251 Wernicke, Hartmut: Bundesbahn – wo sind deine Beamten geblieben ?, Teilaspekte der Bahnstrukturreform aus beamtenrechtlicher Sicht. ZBR. 1998 S. 266 ff.

252 Wolff, Hans J./ Bachof Otto/ Stober Rolf: Verwaltungsrecht I. 10. Auflage, München, 1994

253 Wolff, Hans J./ Bachof Otto/ Stober Rolf: Verwaltungsrecht II. 5. Auflage, München, 1987

254 Ziekow, Jan: Veränderungen des Amtes im funktionellen Sinn. DÖD. 1999 S. 7 ff.

255 Zöllner, Wolfgang: Kommentierung zu § 52 GmbHG, GmbH-Gesetz, Kurzkommentar. Hrsg.: Baumbach, Adolf/ Hueck, Alfred: 16. Auflage, München, 1996

## **Selbständigkeitserklärung**

Ich erkläre hiermit, daß die vorliegende Dissertation ohne fremde Hilfe selbständig verfaßt wurde, und nur die angegebenen Quellen und Hilfsmittel benutzt worden sind. Wörtliche oder sinngemäß aus anderen Quellen entnommene Stellen sind unter Angabe der Quelle kenntlich gemacht.

Berlin, den 20. Februar 2000

Sabrina Schönrock

## Lebenslauf

### Persönliche Daten

Name: Sabrina Fee Schönrock  
Geboren am: 04. Mai 1971  
In: Berlin  
Eltern: Jürgen Schönrock, Renate Schönrock, geb. Wanderer

### Schulbildung

Grundschule: 1977-1983 Grundschule am Vierrutenberg, Berlin-Lübars  
Oberschule: 1983-1990 Humboldt-Gymnasium, Berlin-Tegel  
Abitur: 1990 an dem Humboldt-Gymnasium in Berlin-Tegel

### Studium

1990-1993 Grundstudium der Studiengänge Englisch und Französisch für Lehramtskandidaten im Fachbereich Neuere Fremdsprachliche Philologien an der Freien Universität Berlin

1992/93-1996 Studium der Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin

18.07.1997 Abschluß des ersten juristischen Staatsexamens

### Arbeitsverhältnis

15.09.1997-31.10.1998 Tätigkeit als „Warteschleifenreferendarin“ bei der Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben im Direktorat Reprivatisierung

### Referendariat

Seit dem 01.11.1998