

Personalrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Umgründung öffentlicher Einrichtungen

Verfasser: Willi Müller

Inhaltsübersicht	Seite
Die „Zuweisung“ von Beamten an Einrichtungen in privater Rechtsform und an Kommunalunternehmen – Nachtrag zum Beitrag im Geschäftsbericht 1998, S. 36 ff.	54
1. Zuweisung anstelle von Sonderbeurlaubung oder Dienstleistungsüberlassung	54
2. Zweifelsfragen sowie Rechtsfolgenprobleme bei der Zuweisung	57
2.1 „Einrichtung der öffentlichen Hand“ i.S. des § 123 a Abs. 2 BRRG	57
2.2 Dringende öffentliche Interessen als Voraussetzung der Zuweisung	57
2.3 Dauer der Zuweisung	58
2.4 Beendigung der Zuweisung	58
2.5 Rechtsstellung des zugewiesenen Beamten	59
3. Die Vergütung des im Wege der Zuweisung abgestellten Beamten bei Einsatz als Geschäftsführer oder Vorstand	60
3.1 Bisherige Bewertung als Ausgangspunkt	61
3.2 Änderung der Anforderungen und der Wertigkeit bei Bestellung zum Geschäftsführer	63
3.3 Vergleich mit den Bezahlungsregelungen in der Privatwirtschaft	64

Die „Zuweisung“ von Beamten an Einrichtungen in privater Rechtsform und an Kommunalunternehmen – Nachtrag zum Beitrag im Geschäftsbericht 1998, S. 36 ff.

Seit Inkrafttreten des Dienstrechtsreformgesetzes am 01.07.1997 steht mit dem in § 123 a Beamtenrechtsrahmengesetz (BRRG) eingefügten **Absatz 2** ein Rechtsinstitut zur Verfügung, das im Fall einer sog. Organisationsprivatisierung¹ den dauerhaften Einsatz vorhandener Beamter bei der juristischen Person des Privatrechts ermöglicht. Eine dem § 123 a Abs. 2 BRRG, der nach seinem Wortlaut auf eine Umbildung in eine private Rechtsform abstellt, nachgebildete Zuweisungsmöglichkeit wurde in den Kommunalgesetzen für den Einsatz beim öffentlich-rechtlich geregelten Kommunalunternehmen (KU) geschaffen.

Ergänzend zu den Ausführungen in unserem Geschäftsbericht 1998 wollen wir

- die rechtliche Bedeutung der 1997 eingeführten Zuweisung von Beamten bei Organisationsprivatisierung von Einrichtungen im Vergleich zu anderen Gestaltungsformen (Sonderbeurlaubung, Dienstleistungsüberlassungsvertrag) darstellen,
- deutlich machen, daß die Zuweisung die Sonderbeurlaubung regelmäßig verdrängt und die Dienstleistungsüberlassung abgelöst hat sowie
- auf Zweifelsfragen und Rechtsfolgenprobleme im Zusammenhang mit der „Zuweisung“ von Beamten an privatisierte Einrichtungen eingehen und auf Lösungsmöglichkeiten hinweisen.

Daß es bislang kaum „Zuweisungen“ von Beamten bei Überführung öffentlicher Einrichtungen in private Rechtsform gibt, läßt sich wohl zu einem guten Teil mit der immer noch verbreiteten Unkenntnis und Unsicherheit bei der Anwendung der für Privatisierungszwecke im Jahr 1997 erweiterten Vorschrift des § 123 a BRRG erklären. Auch dürfte die Abstellung von Beamten an eine in privater Rechtsform geführte Einrichtung im Wege einer Sonderbeurlaubung - weil in der staatlichen und kommunalen Praxis seit jeher bekannt - als einfacher angesehen werden; vermutlich sieht man dabei auch größere Spielräume.

1. Zuweisung anstelle von Sonderbeurlaubung oder Dienstleistungsüberlassung

Vor Inkrafttreten der mit der Einfügung des **Absatzes 2** in § 123 a BRRG geschaffenen Zuweisungsregelung waren die Möglichkeiten zur Weiterbeschäftigung von Beamten in Einrichtungen/Betrieben mit privater Rechtsform unzureichend oder rechtlich nicht abgesichert. Ausgangspunkt war die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den hergebrachten

¹ d.h. der Umwandlung einer kommunalen Einrichtung in eine Eigengesellschaft oder eine Beteiligungsgesellschaft, die von der öffentlichen Hand beherrscht wird

Grundsätzen des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 4 und 5 GG) und zur Dienstherrenneigenschaft sowie daran anknüpfend des Bundesverwaltungsgerichts, das eine Zuweisung von Beamten zur Dienstleistung bei juristischen Personen des Privatrechts allgemein als unzulässig erachtete.²

Als Möglichkeiten der Weiterbeschäftigung eines Beamten in einer privatisierten Einrichtung kamen somit zunächst nur in Betracht

- a) die **Entlassung** aus dem Beamtenverhältnis,
- b) die **Sonderbeurlaubung** und
- c) die **Dienstleistungsüberlassung**,

bei den Gestaltungsformen a) und b) jeweils nur auf entsprechenden Antrag des Beamten unter gleichzeitiger Begründung eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses.

Der **Sonderurlaub** (mit der Folge des Ruhens von Rechten und Pflichten aus dem Beamtenverhältnis) war in Fällen einer **auf Dauer** ausgerichteten Verwendung bei der privatisierten Einrichtung ein nicht ausreichend tragfähiges Rechtsinstitut, weil das Wesensmerkmal des Urlaubs (auch des Sonderurlaubs) entsprechend dem gesetzgeberischen Zweck der vorübergehende Charakter, dem Urlaubsbegriff also die zeitlich befristete Dauer immanent ist. In der Praxis wurde dieser rechtliche Mangel freilich - falls überhaupt als solcher erkannt - hingenommen.

Ein Sonderurlaub i.S. des Art. 99 Abs. 2 BayBG i.V. mit § 18 UrlV ist bei einer Dauer von mehr als sechs Monaten nur ausnahmsweise möglich (§ 18 Abs. 1 Satz 2 UrlV), wenn hierfür im konkreten Fall auch gewichtige Belange der Allgemeinheit sprechen. Solche Belange der Allgemeinheit sind seit Einführung des § 123 a Abs. 2 BRRG bei einem Ausschöpfen der Möglichkeiten der „Zuweisung“ nicht mehr zu begründen.

Die Konstruktion der sog. **Dienstleistungsüberlassung** (vertragliche Regelung zwischen abgebendem Dienstherrn und privatisierter Einrichtung) wurde trotz geltend gemachter verfassungs- und beamtenrechtlicher Bedenken³ in Fällen der Organisationsprivatisierung angewendet und vom Bundesverwaltungsgericht angesichts des Fehlens einer entsprechenden gesetzlichen Zuweisungsregelung auch hingenommen; mit Urteil vom 07.06.1984 (BVerwGE 69, 303 ff.; ZBR 1985, 61; NVwZ 1985, 197) hatte dieses Gericht entschieden, daß ein im Bundesdienst stehender beamteter Busfahrer im Fall der vertraglichen Überlassung seiner konkreten Dienstleistungen an eine Regionalverkehrs GmbH (Gesellschafter Bahn, Post und Kommune) in seiner Rechtsstellung nicht beeinträchtigt sei (weil das öffentlich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnis in den verschiedenen Rechtsbeziehungen aufrechterhalten werde und auch das Weisungsrecht der GmbH nur eine vorläufige Befugnis sei), ohne sich mit der Frage der Zulässigkeit eines solchen Dienstleistungsüberlassungsvertrages im Bereich des hoheitlich und abschließend geregelten Beamtenrechtsverhältnisses auseinanderzusetzen. Die Formensstrengung des Beamtenverhältnisses sprach jedoch gegen die Zulässigkeit einer solchen dauerhaften Überlassung der Beamtendienste an privatisierte Einrichtungen.

² BVerfG, NJW 1959, 1171 (1172 ff.), und NJW 1981, 971 (973); BVerwGE 69, 303, 306, ZBR 1985, 61

³ vgl. Harmann, DVBl 1964, 241 ff.; OVG Münster vom 14.04.1980, Az. 1 A 2258/77; Lecheler in NVwZ 1989, 837

Im übrigen wirkte sich bei der sog. Dienstleistungsüberlassung nachteilig aus, daß Dienstherrn- und Weisungsrechte bei dem öffentlich-rechtlichen Dienstherrn verbleiben und das Management der privatisierten Einrichtung umständliche Weisungsregelungen unter Einschaltung des Dienstherrn in Kauf nehmen muß, was insbesondere bei Beteiligung von Privaten als unattraktiv angesehen wird.

Die enumerative Aufzählung und die gesetzliche Ausgestaltung der beamtenrechtlichen Rechtsinstitute wie Versetzung, Abordnung, Beurlaubung, Zuweisung, Nebentätigkeit usw. lassen erkennen, daß es sich hier um eine abschließende Kodifizierung von Regelungsstatbeständen handelt, die nicht durch sonstige frei zu vereinbarende Gestaltungsmöglichkeiten erweitert werden kann. Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz des Beamtenrechts, daß die Ausgestaltung der Dienstverhältnisse zwingend der ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedarf.

Das Rechtsinstitut der Zuweisung nach § 123 a Abs. 2 BRRG (und den vergleichbaren kommunalrechtlichen Vorschriften, z.B. Art. 90 Abs. 5 GO) zur Dienstausübung bei einer privatisierten Einrichtung oder einem selbständigen Kommunalunternehmen unterscheidet sich von den bei der Post- und Bahnreform gewählten Modellen, bei denen wegen der gesetzlichen Übertragung von Dienstherrnbefugnissen bzw. beamtenrechtlichen Entscheidungsbefugnissen auf die privaten Nachfolgeunternehmen (sog. Beleihungsmodelle) mit Blick auf Art. 33 Abs. 4 und 5 GG und die herrschende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur sogar eine verfassungsrechtliche Absicherung für notwendig gehalten wurde (Art. 143 b Abs. 3 Satz 1 GG - Post - und Art. 143 a Abs. 1 Satz 3 GG - Bahn -). Demgegenüber wurde für das Zuweisungsmodell im allgemeinen Beamtenrecht (§ 123 a BRRG) die einfachgesetzliche Verankerung für ausreichend gehalten, weil Dienstherrnbefugnisse nicht übertragen wurden. Die Ausübung der Dienstherrnbefugnisse ist hier nach wie vor voll dem Dienstherrn vorbehalten.

Die - weitergehende - Zuweisungsregelung für die Beschäftigung in den Aktiengesellschaften der Post und der Bahn wurde im Postpersonalrechtsgesetz - PostPersRG - und im Deutsche Bahn Gründungsgesetz - DBGrG - im einzelnen ausgestaltet. Im PostPersRG wurde u.a. auch die Möglichkeit der Beurlaubung innerhalb der mit Dienstherrnfunktionen ausgestatteten privaten Rechtsperson zum Zweck des Abschlusses privater Dienstverträge (sog. „Insichtbeurlaubung“) geschaffen (§ 4 Abs. 3 PostPersRG). An derartigen spezialgesetzlichen Bestimmungen fehlt es im Fall der Zuweisung nach § 123 a BRRG. Die Dienstherrnbefugnisse sind bewußt beim bisherigen Dienstherrn verblieben (§ 123 a Abs. 3 BRRG). Hätte der Bundesgesetzgeber für das allgemeine Beamtenrecht eine der Post- und Bahnreform vergleichbare Regelung gewollt, hätte er bei der Änderung des § 123 a BRRG im Jahr 1997 die Übertragung der Dienstherrnbefugnisse regeln können.

Fazit:

Wenn in einer Einrichtung bzw. einem Regie- oder Eigenbetrieb (als rechtlich unselbständige Einheiten einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft) Beamte beschäftigt waren, die nach einer sog. Organisationsprivatisierung in dem Unternehmen weiterbeschäftigt werden sollen, so ist die Zuweisung das einschlägige Rechtsinstitut; seit Einfügung des **Absatzes 2** in § 123 a BRRG kann u.E. eine Weiterbeschäftigung im privatisierten Unternehmen im Wege einer Sonderbeurlaubung auf Dauer oder auf der Basis eines Dienstleistungsüberlassungsvertrages nicht (mehr) als rechtlich zulässig angesehen werden. Im Fall der Umgründung in ein Kommunalunternehmen gilt das gleiche (eine Versetzung nach Art. 34 Abs. 2 und 4 BayBG ist - sofern die Dienstherrnfähigkeit fehlt - nicht möglich). Eine Sonderbeurlaubung ist nur dann rechtlich unbedenklich, wenn es sich um einen **vorübergehenden** (nicht dauerhaften) Einsatz des Beamten bei einer in privater Rechtsform geführten Einrichtung handelt. Dieser seit 01.07.1997

mit Inkrafttreten des sog. Reformgesetzes gebotenen (strengen) Betrachtung kann nicht mehr mit dem Hinweis auf „praktische Bedürfnisse“ und dem Fehlen einer gesetzlichen Grundlage begegnet werden. Insoweit kann auch nicht mehr von verschiedenen Wahlmöglichkeiten gesprochen werden. Wären Sonderbeurlaubung und Dienstleistungsüberlassungsvertrag allgemein tragfähige Rechtsinstitute gewesen, hätte es der unter verfassungsrechtlichen Aspekten geforderten gesetzlichen Zuweisungsregelung letztlich nicht bedurft.

2. Zweifelsfragen sowie Rechtsfolgenprobleme bei der Zuweisung

Im Zusammenhang mit dem Rechtsinstitut der „Zuweisung“ nach § 123 a Abs. 2 BRRG, mit dem der Gesetzgeber 1997 eine spezielle gesetzliche Grundlage für den Einsatz von Beamten in privatisierten Einrichtungen geschaffen hat, sind Zweifelsfragen und rechtliche Folgeprobleme aufgetreten, auf die in unserem Geschäftsberichtsbeitrag von 1998 zum Teil bereits eingegangen wurde, die aber zum Teil noch klärungsbedürftig sind. Spezialgesetzliche Regelungen wie bei Post und Bahn fehlen insoweit.

2.1 „Einrichtung der öffentlichen Hand“ i.S. des § 123 a Abs. 2 BRRG

Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 13/5057 S. 64) ist diese Voraussetzung einer Zuweisung nach Art. 123 a Abs. 2 BRRG erfüllt, wenn mindestens eine Mehrheitsbeteiligung vorliegt. Damit soll die uneingeschränkte Verantwortlichkeit des Dienstherrn sichergestellt sein. Verantwortlichkeit setzt hinreichende Einflußmöglichkeiten voraus, so daß neben der notwendigen Mehrheitsbeteiligung auch Gesellschaftsvertrag und Satzung so ausgestaltet sein müssen, daß der Dienstherr die ihm gegenüber seinem Beamten obliegende Fürsorgepflicht wahrnehmen kann und Konfliktlagen vermieden werden, etwa bei Beamten, denen die Tätigkeit eines Geschäftsführers übertragen wird.⁴

2.2 Dringende öffentliche Interessen als Voraussetzung der Zuweisung

Der Anwendungsbereich des § 123 a Abs. 2 BRRG ist auf sog. Organisationsprivatisierungen begrenzt, bei denen die Verantwortung der öffentlichen Hand für die Aufgabenerfüllung weiterhin bestehen bleibt. Im Hinblick darauf kann die Weiterbeschäftigung eingearbeiteter - nicht ohne nachteilige Folgen auf die Kontinuität der Arbeitsabwicklung sofort ersetzbarer - Beamter regelmäßig als im **dringenden** öffentlichen Interesse liegend angesehen werden (so auch Battis in Rn. 6 zu § 27 BBG). Dies gilt vor allem dann, wenn der Beamte bei seinem Dienstherrn nicht organisatorisch und wirtschaftlich sinnvoll eingesetzt werden kann und es sich um eine Einrichtung handelt, die der öffentlichen Daseinsvorsorge oder der Wahrnehmung anderer wichtiger öffentlicher Aufgaben dient. Der Gesetzgeber wollte durch den weiteren Einsatz des Personals die zuverlässige Aufgabenerfüllung sichern (Ausschußbericht BT-Drs. 13/5057 S. 64).

⁴ vgl. zur Konfliktproblematik GKÖD K § 67 Rdnr. 4 und zu Gesellschafterweisungen „Beck'sches Handbuch der GmbH“, 2. Auflage 2000, Rdnr. 52 ff. zu § 5

Das **dringende** öffentliche Interesse ist auch dann Voraussetzung der Zuweisung, wenn der Beamte dieser zustimmt; auch in einem solchen Fall ist der Einsatz des Beamten außerhalb eines öffentlich-rechtlichen Dienstherrn eine Ausnahme von elementaren Dienstrechtsprinzipien, die nur unter den strengen gesetzlichen Voraussetzungen als zulässige Durchbrechung angesehen werden kann.

2.3 Dauer der Zuweisung

Es entspricht bei der Organisationsprivatisierung von bislang öffentlichen Einrichtungen dem Sinn und Zweck der Zuweisung, daß die zugewiesenen Beamten nicht nur kurzfristig oder vorübergehend, sondern für längere Zeit oder für die Dauer ihrer weiteren beruflichen Tätigkeit bei der privatisierten Einrichtung eingesetzt werden können. Die Vorschrift des § 123 a Abs. 2 BRRG bildet somit die Grundlage nicht nur für eine vorübergehende, sondern auch für eine dauerhafte Lösung. Diese Auffassung hat sich inzwischen allgemein durchgesetzt.

2.4 Beendigung der Zuweisung

Wird die Beendigung einseitig verfügt, berührt dies die Rechtssphäre des Beamten, weshalb er vor Erlass des betreffenden Verwaltungsakts zu hören ist (Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG).

Die Zustimmung der privatisierten Einrichtung ist im Fall der Aufhebung der Zuweisung durch den Dienstherrn nicht erforderlich. Ein Zustimmungserfordernis kann auch nicht rechtswirksam vereinbart werden, weil der in privater Rechtsform geführten Einrichtung keine derartige beamtenrechtliche Mitwirkungs- bzw. Entscheidungsbefugnis zukommen kann. Da der Beamte auch nach der Zuweisung in die öffentliche Verwaltung eingebunden bleibt, kann aus Verfassungsgründen (Art. 33 Abs. 4 und 5 GG) und wegen der aus dieser Verfassungsnorm abgeleiteten Personalhoheit über die Beamten als Teil der Regierungsgewalt⁵ eine dahingehende vertragliche Vereinbarung nicht getroffen werden. Der Hinweis auf § 12 Abs. 9 DBGrG, wonach die Aufhebung der Zuweisung zur Deutschen Bahn AG von deren Einvernehmen abhängig ist, bleibt im Fall der Zuweisung nach § 123 a BRRG unbeachtlich, weil hier - im Unterschied zum „Beleihungsmodell“ bei der Postreform II und zur „teilweisen Beleihung“ bei der Bahnreform⁶ - Dienstherrnbefugnisse auf die Nachfolgeeinrichtung nicht übertragen sind.

Außer in den in unserem Geschäftsbericht 1998 auf S. 48 (Abschnitt 2.9) aufgeführten Beendigungsgründen ist der Einsatz des nach § 123 a Abs. 2 BRRG zugewiesenen Beamten bei der privatisierten Einrichtung zu beenden, wenn diese nicht mehr als „Einrichtung der öffentlichen Hand“ (s. Abschnitt 2.1) betrachtet werden kann. Das ist der Fall, wenn die öffentliche Hand ihre Mehrheitsbeteiligung oder ihre hinreichenden Einflußmöglichkeiten aufgibt. Damit entfällt die tatbestandliche Voraussetzung „Einrichtung der öffentlichen Hand“ in § 123 a Abs. 2 BRRG, und der Einsatz des Beamten in der privatisierten Einrichtung ist zu beenden. Der Beamte selbst hat einen Anspruch darauf, daß die Zuweisung aufgehoben wird, wenn dieser Fall eintritt.

⁵ BVerfGE 9, 268, 283, 286

⁶ Das DBGrG enthält in den §§ 12 ff., 17, 19 und 21 Regelungen bezüglich der Übertragung von Dienstherrnbefugnissen auf das private Nachfolgeunternehmen.

2.5 Rechtsstellung des zugewiesenen Beamten

Zwar hat der Gesetzgeber mit § 123 a Abs. 2 BRRG für den Fall einer Organisationsprivatisierung eine spezielle gesetzliche Grundlage für die weitere - im Regelfall auf Dauer ausgerichtete - Verwendung von Beamten geschaffen und damit die sich aus dem Verfassungs- und Beamtenrecht ergebenden grundsätzlichen Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der Zulässigkeit des Einsatzes bei juristischen Personen des Privatrechts beseitigt, sofern die folgenden drei Bedingungen - kumulativ - erfüllt sind, daß

- es sich nach Privatisierung noch um eine Einrichtung der öffentlichen Hand (s.o. Abschnitt 2.1) handelt,
- eine dem Amt des Beamten entsprechende Tätigkeit übertragen wird (s. Geschäftsbericht 1998, S. 36 ff., Abschnitt 2.3 Absatz 3 sowie Abschnitte 2.5 und 2.6) und
- dringende öffentliche Interessen die Zuweisung erfordern (s.o. Abschnitt 2.2).

Allerdings bestehen in der Praxis mangels konkreter Aussagen des Gesetzgebers über den Verlust der öffentlichen Amtsausübung, über die Gestaltung und Abgrenzung des Weisungsrechts sowie hinsichtlich der betrieblichen Interessenvertretung einige Unsicherheiten.

- a) Das Amt im **statusrechtlichen** Sinn, das nach der Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG durch Zugehörigkeit zu einer Laufbahn und Laufbahngruppe, Endgrundgehalt und Amtsbezeichnung gekennzeichnet ist, bleibt bei der „Zuweisung“ zwar erhalten (und insoweit der Beamtenstatus unberührt), jedoch nimmt der Beamte bei der privatisierten Einrichtung kein „Amt“ mehr wahr, weder im **abstrakt-funktionellen** Sinn (= ein der Rechtsstellung des Beamten entsprechender Aufgabenkreis bei einer Behörde) noch im **konkret-funktionellen** Sinn (= Dienstposten mit den auf diesem zu erledigenden Aufgaben); seine Tätigkeit ist daher nur noch auf eine vergleichbare („entsprechende“) Verwendung gerichtet. Die vom BVerfG und BVerwG getroffene Unterscheidung zwischen

- Amt im statusrechtlichen Sinn einerseits und
- Amt im funktionellen Sinn andererseits

hat es erst möglich gemacht, bei einem Beamten die Konstruktion der Zuweisung zur Dienstleistung bei einer privatrechtlich organisierten Einrichtung zu normieren und in die Praxis umzusetzen. Hinsichtlich der Art und Weise der zu erbringenden Tätigkeit unterliegt der zugewiesene Beamte dem Direktionsrecht der privatisierten Einrichtung als Arbeitgeber.

- b) Die Überführung einer vormals öffentlichen Einrichtung in eine private Rechtsform führt dazu, daß nicht mehr das Personalvertretungsgesetz, sondern das Betriebsverfassungsgesetz zur Anwendung kommt und ein Betriebsrat zu bilden ist. Nach § 13 Abs. 2 BPersVG verliert der Beamte bei einer Zuweisung, die länger als drei Monate dauert, sein aktives Wahlrecht nach dem Personalvertretungsrecht. Etwas anderes gilt nur, wenn zu diesem Zeitpunkt bereits feststeht, daß er innerhalb weiterer sechs Monate in die alte Dienststelle zurückkehrt. Bei der Zuweisung von Beamten im Rahmen von Privatisierungen sind diese wegen ihres Sonderstatus als öffentlich-rechtliche Bedienstete zu **privatrechtlichen** Interessenvertretungsorganen wie dem Betriebsrat weder wahlberechtigt noch wählbar. Damit ist der zugewiesene Beamte vom gesamten Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes bei der Gesellschaft, der er zugewiesen ist, ausge-

geschlossen. Für die Zuweisungsfälle des § 123 a BRRG fehlt eine Regelung, wie sie bei Bahn und Post getroffen wurde. Bei der Post- und Bahnprivatisierung wurde spezialgesetzlich (in den §§ 24 ff. PostPersRG und §§ 17 und 19 DBGrG) dem Beamten auch ein Wahlrecht zum Betriebsrat der Gesellschaft, der er zugewiesen ist, eingeräumt. Im bayerischen Landesrecht fehlen entsprechende Regelungen; in Art. 13 BayPVG wird nur der Fall der Abordnung erfaßt. Damit bleibt u.E. dem Beamten das aktive und passive Wahlrecht bei seinem Dienstherrn erhalten. Andernfalls hätte der bayerische Gesetzgeber eine dem § 13 Abs. 2 Satz 4 BPersVG entsprechende Regelung erlassen müssen.

- c) Im Fall der Zuweisung ergeben sich bei dem zugewiesenen Beamten zwei unterschiedliche - wenn auch miteinander verzahnte - Pflichtenkreise. Die vom Beamtenstatus getragene beamtenrechtliche Dienstleistungspflicht wird nach der Zuweisung nicht mehr beim Dienstherrn, sondern bei der privatisierten Einrichtung erfüllt. Als Folge der Einordnung in den betrieblichen Arbeitsprozeß unterliegt der zugewiesene Beamte den Weisungen der Unternehmensführung der in privater Rechtsform geführten Einrichtung. Bei der Ausübung seiner Tätigkeit in dieser Einrichtung werden ihm die Pflichten auferlegt, die auch von den Arbeitnehmern der betreffenden Einrichtung - bezogen auf die ordnungsmäßige Erfüllung der konkreten beruflichen Tätigkeit - zu erfüllen sind. Ein Verstoß des zugewiesenen Beamten gegen seine Pflichten kann formal und materiell nur nach den Vorschriften des Disziplinarrechts geahndet werden, selbst wenn der Beamte nach der Zuweisung nicht mehr als Inhaber eines „Amtes“ (der unmittelbaren oder mittelbaren Staatsgewalt) agiert.

3. Die Vergütung des im Wege der Zuweisung abgestellten Beamten bei Einsatz als Geschäftsführer oder Vorstand

In Abschnitt 2.6 des Geschäftsberichtsbeitrags 1998 (S. 43 bis 46) wurde u.a. allgemein ausgeführt, daß

- der zugewiesene Beamte gegenüber seinem Dienstherrn weiterhin Anspruch auf Besoldung hat,
- die Zuweisung an die privatisierte Einrichtung einer Beförderung, die der Beamte aufgrund seiner Beförderungseignung auf seinem bisherigen Dienstposten im Rahmen einer regelmäßigen Laufbahnentwicklung erreicht hätte, nicht entgegensteht,
- die privatisierte Einrichtung dem Beamten eigene Leistungen (zusätzliches Einkommen) gewähren kann, sofern die Zuweisungstätigkeit höhere als die bisherigen Anforderungen stellt.

Bei der zuletzt genannten Konstellation kann der Zuweisungsdienstherr von der grundsätzlich vorgesehenen Anrechnung auf die Besoldung mit Zustimmung des Staatsministeriums der Finanzen absehen.

Es liegt auf der Hand, daß z.B. im Fall eines **Sachbearbeiters** einer bisherigen öffentlichen Einrichtung, bei dem nach der Umgründung keine Änderung seiner Aufgaben, Befugnisse und Verantwortung eintritt, für eine „Aufstockung“ der Besoldung kein Anlaß besteht und deshalb eine etwaige „Zuzahlung“ der privatisierten Einrichtung vom Dienstherrn nicht anrechnungsfrei gestellt werden kann, zumal bei Fehlen einer sachlichen Begründung auch nicht mit der Zustimmung des Finanzministeriums zu rechnen ist.

Anders ist der Fall zu beurteilen, wenn diesem Sachbearbeiter im privatisierten Betrieb/Unternehmen eine Aufgabenstellung übertragen wird, die so anspruchsvoll bzw. verantwortungsvoll ist, daß sie ohne zusätzliche, anrechnungsfrei bleibende Leistung des privatisierten Betriebs nicht entsprechend „besoldet“ wäre, auch wenn etwaige Beförderungsmöglichkeiten durch den Dienstherrn noch berücksichtigt werden.

Es bedarf in diesem Fall nicht etwa einer Sonderbeurlaubung unter Fortfall der Dienstbezüge und einer dienstvertraglichen Vereinbarung, um eine funktions- und anforderungsgerechte Bezahlung zu ermöglichen. Dies ist auch ohne einen solchen Dienstvertrag über die Regelung in § 123 a Abs. 3 i.V. mit § 9 a Abs. 2 Satz 2 BBesG erreichbar. Erhält der Beamte nach der Zuweisung von demselben Dienstherrn Sonderurlaub unter Fortfall der Bezüge (Art. 99 Abs. 2 BayBG, § 18 UrIV), nur um ihm im Rahmen eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses Bezüge zu verschaffen, die auch nach den Zuweisungsregelungen möglich sind, so ist dies im Hinblick auf den Vorrang des Beamtenverhältnisses (Art. 8 Abs. 4 BayBG) rechtlich bedenklich. Ein dienstliches oder öffentliches Interesse an einer solchen Beurlaubung ist hier nicht erkennbar. Soll das im Rahmen einer Sonderbeurlaubung eingegangene Dienstverhältnis nur dem Zweck dienen, überhöhte Leistungen zu gewähren, die über die beamten- und besoldungsrechtlichen Bestimmungen nicht erreicht werden können, steht dem die Vorschrift des § 2 Abs. 2 BBesG entgegen, wonach derartige Vereinbarungen unwirksam sind (vgl. auch Weiß/Niedermaier/Summer, Erl. 13 zu Art. 8 BayBG).

Werden einem zugewiesenen Beamten in einem privatisierten Betrieb die Aufgaben eines **Geschäftsführers** übertragen, handelt es sich in der Regel um den bisherigen Regiebetriebsleiter oder Eigenbetriebsleiter (Werkleiter). Hierzu ist auf folgendes hinzuweisen:

3.1 Bisherige Bewertung als Ausgangspunkt

Ausgangspunkt sollte hier die Bewertung der bisherigen Stelle als Regiebetriebsleiter oder Werkleiter sein. Dabei sind die Unterschiede in der organisatorischen und rechtlichen Stellung eines sog. Regiebetriebsleiters und eines Eigenbetriebsleiters (Werkleiter) bei gleicher Art und Betriebsgröße zu berücksichtigen, die sich aus der kommunalverfassungsrechtlichen Sonderstellung des Eigenbetriebs mit der Werkleitung als eigenem Organ und gesetzlicher Vertretungsmacht für den Bereich der „laufenden Geschäfte“ ergeben.

- a) In dem in die Verwaltung eingegliederten unselbständigen Regiebetrieb unterliegt ein beamteter Leiter den allgemeinen besoldungsrechtlichen Bestimmungen über die sachgerechte, funktions- und anforderungsbezogene Dienstpostenbewertung (§§ 18, 25 BBesG).

Im Unterschied zur Ämterbewertung, die der Besoldungsgesetzgeber in den Besoldungsordnungen getroffen hat (normative Ämterbewertung), ist die Dienstpostenbewertung (sog. nichtnormative Ämterbewertung) Aufgabe des jeweiligen Dienstherrn. Er ist hierzu nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet.

Der Dienstposten kann summarisch-empirisch oder anhand eines analytischen Verfahrens wie dem der Kommunalen Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung - KGSt -, das auf einem Rahmenmodell des Bundesministers des Innern beruht, bewertet werden. Nach oben begrenzt ist

die Dienstpostenbewertung durch die Stellenobergrenzen nach § 26 BBesG i.V. mit der für den kommunalen Bereich erlassenen Kommunal-Stellenobergrenzenverordnung (KommStOV). Die in § 3 KommStOV aufgeführten Betriebe sind allerdings von der Anwendung der Stellenobergrenzen ausgenommen. Dies entbindet die kommunalen Dienstherrn jedoch nicht von der Dienstpostenbewertung nach Maßgabe sachgerechter Beurteilung, die Aufgaben, Befugnisse und Anforderungen auf der betreffenden Planstelle berücksichtigt.

Allgemeine Richtlinien über die Bewertung von Leiterstellen bei organisatorisch unselbständigen Einrichtungen oder Regiebetrieben im kommunalen Bereich, die bei der Dienstpostenbewertung zumindest als Anhalt dienen könnten, gibt es - soweit ersichtlich - bislang noch nicht. Angesichts der Vielfalt sowie unterschiedlichen Größe und Struktur kommunaler Einrichtungen ist mit solchen Bewertungsrichtlinien auch kaum zu rechnen.

Damit bleibt den kommunalen Dienstherrn insoweit eine nicht leichte Aufgabe. Das ist auch der Grund, weshalb der Bayerische Kommunale Prüfungsverband in solchen Fällen immer wieder gutachtlich tätig wird.

Eine überhöhte Bewertung kann als Verstoß gegen § 18 BBesG (Gebot der sachgerechten Bewertung) rechtsaufsichtlich geahndet werden.

Bei der objektiven, sachgerechten Bewertung nach § 18 BBesG bleiben subjektive, den jeweiligen Stelleninhaber betreffende Gesichtspunkte unberücksichtigt. Die Frage, ob und zu welchem Zeitpunkt auf einem mit einer bestimmten Besoldungsgruppe sachgerecht bewerteten Dienstposten (Planstelle) nach den beamten- und laufbahnrechtlichen Vorschriften eine Beförderung in Betracht kommt, ist jeweils gesondert - und ausschließlich örtlich - zu beurteilen.

- b) Im Vergleich zum sog. Regiebetrieb ist der Eigenbetrieb (Art. 88 Abs. 1 GO, Art. 76 Abs. 1 LKrO, Art. 74 Abs. 1 BezO) zwar als Teil der Kommune ebenfalls nicht rechtlich selbständig. Wegen der wirtschaftlichen Selbständigkeit als Sondervermögen und der kommunalverfassungsrechtlichen Ausgestaltung (Werkausschuß und Werkleitung als Organe mit eigenen, gesetzlich übertragenen Zuständigkeiten) hat die Stelle des Leiters des Eigenbetriebs als Werkleiter in jedem Fall eine höhere Wertigkeit als die eines Regiebetriebsleiters. Der Werkleitung sind gesetzlich die „laufenden Geschäfte“ (ohne Möglichkeit der Einschränkung oder einer Rückdelegation) übertragen. Insoweit hat sie auch die Vertretung nach außen; eine darüber hinausgehende Vertretungsbefugnis kann ihr zusätzlich übertragen werden. Der Werkleiter ist Dienstvorgesetzter der im Eigenbetrieb beschäftigten Beamten; ihm obliegt die Dienstaufsicht über das ihm unterstellte Personal. Bei einer mit mehreren Personen besetzten Werkleitung sind in der Regel Aufgaben und Verantwortung aufgeteilt. Ist ein alleiniger Werkleiter bestellt, ergibt sich grundsätzlich jedenfalls eine um eine Besoldungsgruppe höhere Einstufung als bei einem Leiter eines in der Form eines Regiebetriebs geführten gleichartigen Unternehmens. Dies gilt um so mehr, als die Übertragung von Personalbefugnissen auf Werkleiter in der Praxis weit häufiger und meist auch weitergehend anzutreffen ist als auf Regiebetriebsleiter.

Bezüglich der Grundlagen, die bei der Bewertung der Stelle eines Eigenbetriebsleiters (als Mitglied einer kollegialen Werkleitung oder als alleiniger Werkleiter) gelten, kann zunächst auf die grundsätzlichen Ausführungen unter a) verwiesen werden. Auch hier besteht die Verpflichtung zur dienstpostenbezogenen Einzelbewertung. Für beamtete Leiter kommunaler Versorgungs- und Verkehrsbetriebe hat der Besoldungsgesetzgeber allerdings auf der Grundlage des § 22 BBesG eine Rechtsverordnung erlassen, nach der anhand von Abgabemengen bzw. beförderten Personen auf der Basis eines bestimmten Wirtschaftsjahres die Einstufung ermittelt werden konnte. Wegen feh-

lender Fortschreibung durch den Gesetzgeber ist diese Werkleiterbesoldungsverordnung zwar nicht mehr aktuell, jedoch lassen sich bei sinnvoller Anpassung an die eingetretene Entwicklung durchaus brauchbare Orientierungshilfen für eine sachgerechte, funktions- und anforderungsbezogene Bewertung von Werkleiterstellen gewinnen. Bei seinen Bewertungen berücksichtigt der Bayerische Kommunale Prüfungsverband aber auch andere Fakten, Werte, Verhältnis- und Kennzahlen, die ein Bewertungsergebnis in Einrichtungen oder Betriebsbereichen mit unterschiedlichen Aufgaben, Größenverhältnissen und organisatorischen Strukturen stützen oder im Vergleich plausibel machen können.

3.2 Änderung der Anforderungen und der Wertigkeit bei Bestellung zum Geschäftsführer

Wird der zugewiesene Beamte in der privatisierten Einrichtung zum Geschäftsführer bestellt, so entsteht dadurch, wie in Abschnitt 2.5 unter a) ausgeführt, zwar keine statusrechtliche Beziehung im Sinne des Beamten- und Besoldungsrechts, jedoch muß eine „entsprechende“ Tätigkeit im Sinne einer amtsgemäßen Verwendung vorliegen. Ob und in welchem Maße diese „entsprechende“ Tätigkeit im Vergleich zu seiner bisherigen Position als Werkleiter eine höhere Wertigkeit aufweist, hängt von folgenden Punkten - und deren Gewichtung - ab:

- Die Geschäftsführung kann auf weniger als die „laufenden Geschäfte“ beim Werkleiter beschränkt sein, wenn der Gesellschafterversammlung oder dem Aufsichtsrat entsprechende Geschäftsführungsaufgaben (nach Gesellschaftsvertrag/Satzung) vorbehalten oder weitgehende Zustimmungserfordernisse festgelegt werden.
- Die Übertragung solcher Aufgaben kann aber auch weitergehend oder umfassend sein, also die als „nicht laufende Geschäfte“ sonst den Beschlufsorganen Werkausschuß oder Gemeinderat/Kreistag/Bezirkstag/Zweckverbandsversammlung vorbehaltenen Entscheidungen betreffen.
- Personalentscheidungen können mehr oder weniger umfassend übertragen sein.
- Die Vertretung der Gesellschaft im Außenverhältnis liegt voll in der Zuständigkeit der Geschäftsführung nach dem Prinzip der Gesamtvertretung. Die vergleichbare Vertretungsbefugnis beschränkt sich bei der Werkleitung - wie erwähnt - auf die „laufenden Geschäfte“; die volle Übertragung der sonst dem Leiter der Kommunalverwaltung obliegenden Außenvertretung ist nur im Wege der (rücknehmbaren) Delegation möglich.
- Die Geschäftsführungsfunktionen im Innenverhältnis können auf mehrere Geschäftsführer aufgeteilt sein.
- Nach § 43 GmbHG haftet der Geschäftsführer zivilrechtlich bei Verletzung seiner Geschäftsführungsaufgaben (in denen er die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden hat) für den dadurch entstandenen Schaden. Die möglichen Pflichtverletzungen umfassen hier ein breites Spektrum. Pflichtverletzungen im Außenverhältnis werden nach § 31 BGB der Gesellschaft zugerechnet.

Im Falle eines zugewiesenen Beamten können allerdings die zusätzlichen persönlichen Risiken als Folge des besonderen Haftungssystems des Gesellschaftsrechts unter Fürsorgegesichtspunkten wohl durch eine Freistellungsregelung wie bei einer auf Initiative des Dienstherrn übernommenen Nebentätigkeit bei einem Gesellschaftsorgan (Art. 75 BayBG) gemildert werden.

- Die vor der Umgründung beim öffentlichen Dienstherrn zu erbringende Dienstzeit war gesetzlich auf 40 Stunden festgelegt. Die Geschäftsführertätigkeit kann - nachhaltig - auf ein höheres Stundenmaß ausgerichtet sein.
- Im Zusammenhang mit der Umgründung und einer mehr als bisher an betriebswirtschaftlichen Maßstäben orientierten Betriebsführung kann eine Entwicklung in Gang gesetzt sein, die auf der Basis eines neuen Leitbildes und aufgrund von Optimierungs-, Wirtschaftlichkeits- und Organisationsentwicklungsmaßnahmen, verbunden mit einer veränderten Markt- und Wettbewerbssituation, hinsichtlich Leitung und Führung des privatisierten Betriebs höhere Anforderungen stellt als bisher.

Damit sind wohl die wesentlichsten Elemente angesprochen, die bei einem Vergleich zwischen dem bisherigen Aufgaben- und Verantwortungsbereich und dem als Geschäftsführer nach der Umgründung zu berücksichtigen sind. Sie können zusammen ein mehr oder weniger großes Gewicht haben.

Bei einer anhand dieser Faktoren sachlich belegten höheren „Wertigkeit“, die eine oder ggf. auch mehr als eine Besoldungsgruppe ausmachen kann, dürfte weder der Dienstherr noch das StMF die Notwendigkeit der Freistellung von einer Anrechnung auf die vom Dienstherrn weiterzuzahlenden Dienstbezüge verneinen. Nur wenn die Gegenüberstellung der bisherigen und der neuen Situation nicht schlüssig ist und eine „Überalimentierung“ des im Wege der Zuweisung überlassenen Beamten geltend gemacht werden kann, könnte die Zustimmung des StMF versagt werden.

Nach Art. 95 Abs. 1 GO und den vergleichbaren Vorschriften in der LKrO und BezO gilt für die Steuerung und Überwachung von Eigengesellschaften und Beteiligungsgesellschaften, an denen die Kommunen mit mehr als 50 v.H. beteiligt sind, ebenso wie für Eigenbetriebe und selbständige Kommunalunternehmen das Wirtschaftlichkeitsgebot. Wie dem Wirtschaftlichkeitsgebot bei der Festsetzung einer zusätzlichen, anrechnungsfrei bleibenden Vergütung Rechnung getragen werden kann, sollten die vorstehenden Ausführungen aufzeigen. Für den zugewiesenen Beamten würde übrigens eine Vereinbarung eines sachlich nicht zu rechtfertigenden zusätzlichen Einkommens auf eine unzulässige Besoldung nach § 2 Abs. 2 BBesG hinauslaufen, auch wenn nicht der Dienstherr, sondern das privatisierte Unternehmen der Leistende ist.

Im Fall einer Zuweisung eines beamteten Werkleiters an ein rechtlich selbständiges Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts (Art. 90 Abs. 5 GO usw.) und der Bestellung zum Vorstand des Kommunalunternehmens ergeben sich in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht keine anderen Überlegungen.

3.3 Vergleich mit den Bezahlungsregelungen in der Privatwirtschaft

Die durch eine sog. Organisationsprivatisierung geschaffene Eigengesellschaft der öffentlichen Hand oder von ihr beherrschte Beteiligungsgesellschaft oder das selbständige Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts unterscheiden sich von Unternehmen der Privatwirtschaft insofern, als sie auf den öffentlichen Zweck und nicht auf Gewinnmaximierung ausgerichtet sind. Bei Unternehmen der öffentlichen Hand besteht faktisch fast kein Insolvenzrisiko. Zu berücksichtigen bleibt stets, daß diesen Unternehmen öffentliches Geld anvertraut ist. In

der Privatwirtschaft sind befristete Verträge mit einem erheblichen Risiko des Arbeitsplatzverlustes die Regel. Die in den einzelnen Branchen marktüblichen Jahresgehälter sind davon maßgeblich beeinflusst. Nicht selten müssen ihre Bezieher hieraus Aufwendungen für (zusätzliche) Altersvorsorge selbst bestreiten.

Dem steht bei einem Zuweisungsbeamten die Absicherung als Beamter auf Lebenszeit gegenüber. Sofern ein Beamter sich bei einer Umgründung aus dem Beamtenverhältnis beim Dienstherrn auf Antrag entlassen läßt, läßt er sich meist vertraglich ein Rückkehrrecht zusichern. Zu berücksichtigen ist regelmäßig der beamtenrechtliche Versorgungsanspruch (für den Beträge in Höhe von mehr als einem Drittel der Bezüge aufgewendet werden) sowie Beihilfe- und Krankenfürsorgeleistungen.

Aus alledem folgt, daß den immer wieder vorgebrachten Hinweisen auf die Gehälter von Geschäftsführern in der Privatwirtschaft, oft gestützt auf Gutachten, Stellungnahmen oder Gehaltsübersichten privater Beratungsunternehmen, mit Vorsicht begegnet werden muß.