

Aktuelle Probleme der nebetätigkeitsrechtlichen Ablieferungspflicht

von Dr. Klaus Frey, ROVG a.D.

1. Zweck des Nebentätigkeitsrechts

Nebentätigkeitsrecht ist Nebentätigkeitsbegrenzungsrecht (Summer, Rechtes Augenmaß – rechtes Verfassungsmaß, ZBR 1988, 1ff.). Auf andere Weise als durch Beschränkung der Nebentätigkeit lassen sich die Erfordernisse eines funktionsfähigen öffentlichen Dienstes mit den grundrechtlich geschützten Freiheitsentfaltungsinteressen der Beamten zu keinem verhältnismäßigen Ausgleich bringen. Hierbei versteht sich gleichsam von selbst, dass es sich bei der Materie „Nebentätigkeitsrecht“ um Sonderrecht der Angehörigen des öffentlichen Dienstes handelt. Daher eignet sich dieses Rechtsgebiet weder für arbeitsmarkt- noch für wettbewerbspolitische Experimente, wie sie in der jüngeren Vergangenheit seit dem 1. Nebentätigkeitsbegrenzungsgesetz aus dem Jahr 1985 verschiedentlich unternommen werden. Aus der angesprochenen Zwecksetzung folgt überdies, dass die Nebentätigkeitsbeschränkungen nicht gegenüber allen Personengruppen des öffentlichen Dienstes gleich sein können. Vielmehr bedürfen sie einer auf den grundrechtlichen Freiheitsstatus der Betroffenen abgestimmten Differenzierung (so Gärditz, Wissenschaftliche Nebentätigkeiten im Beamtenrecht, ZBR 2009, 1ff.).

2. System der nebetätigkeitsrechtlichen Steuerung

Um der Zielsetzung des Nebentätigkeitsrechts gerecht zu werden, stehen dem Normgeber im Prinzip zwei unterschiedliche Steuerungsvarianten zur Verfügung. Zum einen die dienst- oder beamtenrechtliche Option. Sie strebt den Gesetzeszweck durch

Restriktionen im Bereich des Nebentätigkeitstatbestandes an. Dieser Steuerungsalternative bedient sich das deutsche Nebentätigkeitsrecht schon seit den Zeiten des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 (RGBl. S. 61).

Die zweite Option, um die Aufnahme von Nebentätigkeiten zu begrenzen, eröffnet das Besoldungsrecht über die Reglementierung der Nebentätigkeitsvergütung. Dabei handelt es sich um einen indirekten Steuerungsansatz, durch den die Möglichkeit eines Hinzuverdienstes aus Nebentätigkeit eingeschränkt und dadurch die Nebentätigkeit als solche inattraktiv werden soll. Diesen Weg beschritt der Gesetzgeber erstmals in Zeiten der Wirtschaftskrise ab dem Jahr 1927, als er in § 15 Abs. 2 des Reichsbesoldungsgesetzes vom 16.12.1927 (RGBl. I S. 349) eine Ablieferungspflicht für Nebentätigkeitsvergütungen vorsah. Seit dieser Zeit prägen sowohl die dienst- als auch die besoldungsrechtliche Steuerungsvariante die Rechtswirklichkeit des Nebentätigkeitsrechts.

3. Mittel der nebensächlichkeitsrechtlichen Steuerungsung

Innerhalb dieses zweigleisigen Regulierungssystems bedient sich der Normgeber zur Feinsteuerung auf der Tatbestandsseite des aus der Eingriffsverwaltung bekannten Verbots mit Erlaubnisvorbehalt sowie der Untersagungsermächtigung bei allen genehmigungsfreien Nebentätigkeiten. Beiden Steuerungsinstrumenten lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber Nebentätigkeiten, abgesehen von solchen, zu denen der Beamte verpflichtet werden kann, grundsätzlich skeptisch, wenn nicht sogar ablehnend, gegenüber steht. Man kann daher bei der Tatbestandsgestaltung von einem „Generalverbot“ (so Summer ZBR 1988, 5) sprechen, das durch einen Katalog von Ausnahmen aufgelockert wird, deren Reichweite ihrerseits durch vielfältige GegenAusnahmen eingeschränkt ist.

Bei den Rechtsfolgen der Nebentätigkeitsregulierung greift das Gesetz zu einer tatbestandsanalogen Normierungstechnik. Die Vergütung einer Nebentätigkeit ist daher im Grundsatz gleichfalls verboten. Freilich erfährt dieses Verbot zahlreiche Durchbrechungen, etwa für Gutachtertätigkeiten, schriftstellerische Tätigkeiten oder für Tätigkeiten, deren unentgeltliche Ausübung nicht zumutbar ist. Diese Ausnahmetatbestände stehen ihrerseits unter dem Vorbehalt, dass für die Nebentätigkeit im Hauptamt keine Entlastung gewährt wird oder dass die für die Nebentätigkeiten insgesamt gezahlten Vergütungen bestimmte Höchstbeträge nicht übersteigen. Kommt es gleichwohl dazu, greift das Institut der Ablieferungspflicht ein, es sei denn, dass eine der gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen von der Ablieferungspflicht einschlägig ist. Tatbestand und Rechtsfolge der Nebentätigkeit unterliegen damit jeweils einem dichtmaschigen Netz normativer Restriktionsmaßnahmen.

4. Ablieferungspflicht im System der nebensächlichkeitsrechtlichen Steuerungsmitel

Innerhalb dieses Geflechts der Steuerungsmitel bildet das Rechtsinstitut der Ablieferungspflicht nur eines von mehreren auf der Rechtsfolgenseite. Ihm fällt die Funktion einer Gegenausnahme vom Vergütungsverbot zu, in dem es dem Beamten aufgibt, die ausnahmsweise zugelassenen Nebenverdienste, soweit sie aus öffentlichen Kassen stammen, zum größten Teil an seinen Dienstherrn herauszugeben. Die Rechtmäßigkeit dieses Ansinnens setzt allerdings voraus, dass Nebenverdienste, die regelmäßig aufgrund von vertraglichen Absprachen gewährt werden, überhaupt unter das Rechtsregime des Dienst- und Besoldungsrechts gebracht werden können. Ferner setzt sie voraus, dass in Bezug auf die abzuliefernden

Vergütungsbestandteile eine Besitzlage gegeben ist, deren Aufrechterhaltung mit dem Zuweisungsgehalt des Rechts unvereinbar ist.

Was die Kompetenzförmigkeit der Nebenverdienste anbelangt, bestimmt § 1 Abs. 2 Nr. 5 BBesG, dass die vom Bund gezahlten Vergütungen ein Bestandteil der Besoldung sind. Dass der Gesetzgeber mit dieser Regelung tatsächlich die Nebentätigkeitsvergütungen gemeint hat, kann der salvatorischen Klausel des § 51 Satz 2 BBesG entnommen werden. Hiernach bleiben Vergütungen für Nebentätigkeiten im öffentlichen Dienst von dem Gesetzesvorbehalt des Besoldungsrechts unberührt, d.h. dass sie ohne bundesbesoldungsgesetzliche Sperrwirkung im dienstrechtlichen Sachzusammenhang geregelt werden dürfen (vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 28.10.1997 - 5L1200/93 – KMK - HSchR/NF 42 E Nr. 2). Vertraglich vereinbarte Nebenverdienste unterliegen damit ebenso wie die Ablieferungspflicht dem Regelungszugriff des Nebentätigkeitsgesetzgebers.

Ob bei den herauszugebenden Vergütungsbestandteilen aus Nebentätigkeit der Sache nach eine ablieferungstypische Situation gegeben ist, hängt entscheidend von den dafür maßgeblichen Kriterien ab. Der Rechtsordnung sind ablieferungstypische Lagen außerhalb des Nebentätigkeitsrechts nicht unbekannt. Beispielsweise im Zivilrecht bei der Ablieferung von Fundsachen, denen der Finder sich entledigen will, nach § 967 BGB, bei der Herausgabe von privat verwahrten Urkunden über letztwillige Verfügungen nach Eintritt des Todesfalles an das Nachlassgericht nach §§ 2259, 2300 BGB oder im öffentlichen Recht bei der Ablieferung von Devisen, die unter Missachtung von entsprechenden Bewirtschaftungsbestimmungen erlangt wurden. Allen diesen Tatbeständen ist gemeinsam, dass die Besitzlage bei den ablieferungspflichtigen Gegenständen nur eine vorläufige ist und sich

nachträglich Gründe ergeben haben, die der Aufrechterhaltung dieser Besitzlage entgegenstehen. Eine damit vergleichbare Situation scheint der Verordnunggeber auch im Nebentätigkeitsrecht zu unterstellen, soweit dort Vergütungsbestandteile als ablieferungsbedürftig gekennzeichnet werden. Ob der Verordnunggeber mit dieser Annahme richtig liegt, hängt entscheidend von den die Ablieferungspflicht tragenden Rechtfertigungserwägungen ab.

5. Rechtfertigungsprobleme der Ablieferungspflicht

Sie erschließen sich nicht unmittelbar aus der verordnungsrechtlichen Eingriffsgrundlage. Denn Verordnungstexte werden im Allgemeinen ohne amtliche Begründung verfasst. Auch den Beamtengesetzen, die die Verordnungsermächtigung tragen, lassen sich in Bezug auf die Ablieferungspflicht keine Begründungserwägungen außer dem Hinweis auf § 15 Abs. 2 des Reichsbesoldungsgesetzes vom 16. Dezember 1927 (RGBl I S. 349) entnehmen. Diese Vorschrift rückt die Ablieferungspflicht in einen funktionalen Zusammenhang zum Vergütungsverbot für Nebentätigkeiten im öffentlichen Dienst. Danach entsteht ein Bedürfnis nach Ablieferung von Nebentätigkeitsentgelt, wenn und soweit ein bestehendes Vergütungsverbot missachtet wird. Der Schwerpunkt des Rechtfertigungsinteresses verlagert sich somit auf das Vergütungsverbot als solches, dessen Einführung ganz in die fiskalwirtschaftlichen Zwänge des Jahres 1927 eingebunden war. Folgende gesetzgeberische Überlegungen lassen sich dazu erkennen: Wenn der Dienstherr aufgrund der gegebenen Haushaltslage nicht umhin kommt, in die wohlverworbenen Rechte der Beamten einzugreifen und deren Alimentation abzusenken – dies war in § 39 RBesG ausdrücklich vorgesehen – dann kann er bei den gleichen Bedingungen umso weniger gehalten sein, für eine Nebentätigkeit im öffentlichen Dienst eine

volle leistungsgerechte Vergütung zu zahlen. Diese Überlegungen machen deutlich, dass Vergütungsverbot und Ablieferungspflicht, Reaktionen auf zeitbedingte fiskalwirtschaftliche Zwänge darstellen und dass ihnen zunächst keine weitergehenden beamten- oder besoldungsstrategischen Zielsetzungen zugrunde lagen. Freilich zeigt der weitere Verlauf der Entwicklung, dass diese entstehungsgeschichtlichen Besonderheiten schnell in Vergessenheit gerieten. Denn bei der späteren Übernahme der beiden Rechtsinstitute in das Reichsbeamtengesetz vom 26. Januar 1937 (RGBl. I S. 39) bzw. in die Nebentätigkeitsverordnung vom 6. Juni 1937 (RGBl. I S. 753) wurde die notwendige Verbindung zur Ausgangslage nicht mehr hergestellt. Dies trifft erst recht auf das Nebentätigkeitsrecht der Nachkriegszeit zu, das noch vielfach auf die reichsrechtlichen Vorschriften des Jahres 1937 Bezug nahm. Auf diese Weise entstand der Eindruck, als handele es sich beim Vergütungsverbot und der Ablieferungspflicht um einen traditionell gefestigten Normbestand, dem im Verfassungsgefüge des Grundgesetzes lediglich der ihm gemäße Standort zugewiesen werden müsse. Dieser Aufgabe nahmen sich in der Folgezeit vornehmlich die Gerichte an.

- **Präventionsprinzip**

Für sie stand und steht das Präventionsprinzip im Vordergrund, wenn es darum geht, Vergütungsverbot und Ablieferungspflicht zu legitimieren. Das Präventionsprinzip besagt, dass die oberste Zielsetzung der nebensächlichkeitsrechtlichen Normierung darin besteht, die Ausübung von Nebentätigkeiten im Interesse des Hauptamtes einzudämmen (vgl. BVerfGE 55, 207 [238f.]; BVerwGE 41, 316 [320ff.]). In Anbetracht eines Pflichtenstatus, der vom Beamten die volle Hingabe an sein Hauptamt verlangt, leuchtet dies ohne Weiteres ein. Denn selbst wenn man

berücksichtigt, dass das Hauptamt in der heutigen Zeit keinen Einsatz rund um die Uhr, sondern in aller Regel lediglich nach Maßgabe des Arbeitszeitrechtes gebietet, bleibt es sachgerecht, Nebentätigkeiten wenigstens zu begrenzen. Dieses Begrenzungsinteresse ist freilich ein Allgemeines, d.h. es legitimiert die Beschränkung jeder Art von Nebentätigkeit. Denn bezogen auf den angestrebten Schutz der Belange des Hauptamtes erweist sich jede Nebentätigkeit, und nicht nur eine solche im öffentlichen Dienst, als potentiell nachteilig. Aus der generellen Rechtfertigungseignung des Präventionsgedankens kann jedoch nicht ohne Weiteres auf die Unbedenklichkeit jedes zu diesem Zweck eingesetzten Rechtsinstituts geschlossen werden. Dazu bedarf es vielmehr stets einer speziellen Rechtfertigung. Sie stellt sich in Bezug auf die Ablieferungspflicht gleich mehrfach als problematisch dar.

So leuchtet nicht ein, weswegen der Verordnunggeber, der nach gefestigter Rechtsprechung (vgl. BVerfGE 55, 207 [238f.]; BVerfG, ZBR 2007, 255 [257]) durch die Anordnung einer Ablieferungspflicht die Attraktivität von Nebentätigkeiten unterbinden darf, diesen Steuerungseingriff nur gegenüber Tätigkeiten im öffentlichen Dienst vorgesehen hat. Bezogen auf den Pflichtenkreis des beamtenrechtlichen Hingabegebots macht es nämlich keinen Unterschied, ob das Leistungsvermögen des Beamten durch Nebentätigkeiten innerhalb oder außerhalb des öffentlichen Dienstes in Mitleidenschaft gezogen wird. Nicht weiter führt in diesem Zusammenhang auch der immer wieder vorgebrachte Hinweis auf das weite Gestaltungsermessen (vgl. BVerfG, ZBR 2007, 257; BVerwG, 2004, 53 [54]) des Verordnunggebers. Denn dieses findet seinerseits seine Grenze an dem willkürliche Differenzierungen verbotenden Gleichheitssatz. Das allgemeine Präventionsinteresse, Nebentätigkeiten durch negative Anreize

einzudämmen, wird mithin im Anwendungsbereich der Ablieferungspflicht nicht gleichheitskonform umgesetzt.

Als Rechtfertigungsgrund der Ablieferungspflicht erweist sich der Präventionsgedanke auch in anderer als gleichheitsspezifischer Hinsicht als problematisch. Den Ausgangspunkt für diese Problembetrachtung bildet der in der Rechtsprechung des BVerfG (vgl. Urteil vom 25.11.1980–2 BvL 7/76 – BVerfGE 55,238f.) entwickelte Gedanke, dass dem Verordnungsgeber zur Eindämmung von Nebentätigkeiten der beamtenrechtliche Genehmigungsvorbehalt und das besoldungsrechtliche Ablieferungsgebot gleichermaßen als Steuerungsinstrumente zur Verfügung stehen. Statt durch Versagung der Genehmigung kann der Beamte folglich auch durch Abschöpfung der Nebentätigkeitsvergütung davon abgeschreckt werden, eine Nebentätigkeit auszuüben. Angesichts dieser Zweckidentität kommt es darauf an, die sachliche Kohärenz der unterschiedlichen Gestaltungsmittel im Ordnungsgefüge richtig zur Geltung zu bringen. Ob dies normtechnisch dadurch geglückt ist, dass der Verordnungsgeber die Steuerungsfunktion beider Rechtsinstitute einfach kumuliert hat, erscheint überaus fraglich. Genehmigungsvorbehalt und Ablieferungspflicht wirken nämlich im Hinblick auf den Schutzzweck der Prävention asynchron und potenzierend. Dies zeigt sich u.a. daran, dass unter dem Gesichtspunkt der Nebentätigkeitsrestriktion gegen eine bereits genehmigte Nebentätigkeit nichts zu erinnern ist, sofern bei der Prüfung der Genehmigungsfähigkeit alle schutzwürdigen dienstlichen Belange bedacht werden. Abstrakt vorgeschrieben ist dies spätestens seit dem 1. Nebentätigkeitsbegrenzungsgesetz aus dem Jahre 1985, in dem alle Nebentätigkeiten umfassend unter den Vorbehalt ihrer Vereinbarkeit mit dienstlichen Belangen gestellt worden sind. Selbst in den Fällen, in denen der Verordnungsgeber von einer

Einzelfallgenehmigung abgesehen hat, hat er durch die generelle Freistellung die dienstliche Unbedenklichkeit der Nebentätigkeit implizit attestiert. Von daher ist zu fragen, ob der besoldungsrechtliche Steuerungsansatz unter diesen Umständen überhaupt noch eine präventionsrechtliche Funktion erfüllen kann. Vergütungsverbot und Ablieferungsgebot können nämlich bei schutzzweckidentischer Ausrichtung keine Nebentätigkeiten besoldungsrechtlich in Frage stellen, gegen deren Wahrnehmung aus dienstrechtlicher Sicht nichts einzuwenden ist. Anderenfalls erreichen den Normadressaten aus dem gleichen Regelungskomplex gegenläufige, sich widersprechende Anordnungen, was mit dem rechtsstaatlichen Gebot nach Normklarheit und Widerspruchsfreiheit unvereinbar ist. Genehmigungsvorbehalt und Ablieferungsgebot sind daher unter dem Gesichtspunkt der Nebentätigkeitsprävention nicht kohärenzfähig, sondern eignen sich lediglich als alternative Steuerungsmittel. Die insoweit abweichende verordnungsrechtliche Ausgangslage bedarf daher in Bezug auf die Ablieferungspflicht einer anderweitigen Rechtfertigung.

- **Vermeidung von Doppel- oder Überalimentation**

Einen derartigen Rechtfertigungsansatz liefert eine seit längerer Zeit gefestigte Rechtsprechung (vgl. BVerfGE 55, 207 [239]; BVerwGE 66, 324 f.; BVerwG, NVwZ-RR 2004, 49ff.) unter den Stichworten, Vermeidung von Doppel- bzw. Überalimentation und Einheit des öffentlichen Dienstes bzw. der öffentlichen Kassen. Hinter diesen Begriffen verbergen sich teilweise überholte berufspolitische Leitbilder, teilweise reine Fiktionen. Zu den überholten berufspolitischen Leibildern gehört die Vorstellung, dass dem Beamten wegen der vollen Hingabe an seinen Beruf eine amtsangemessene „Totalversorgung“ gewährt werde, die ihn von jeder Notwendigkeit enthebe, sich etwas hinzuzuverdienen.

Tue er es gleichwohl, insbesondere durch eine gleichfalls dem Alimentsregime unterfallende Nebentätigkeit im öffentlichen Dienst, dann entstehe ein Tatbestand der Überalimentation, der nicht zuletzt aus Gründen der Systemwahrung korrigiert werden müsse. Diese Argumentation verfehlt die rechtliche und soziale Wirklichkeit gleich mehrfach. Denn Bezugsobjekt des Hingabegebotes ist allein der hauptamtliche Pflichtenkreis des Beamten, der gegenständlich von einem Nebenamt oder einer Nebentätigkeit zu unterscheiden ist. Letztere sind spezielle Pflichtenkreise, die selbstständig neben das Hauptamt treten und deshalb auch unabhängig von diesem erfüllt werden müssen. Angesichts dieser klaren Sphärentrennung auf der Seite der Leistungserbringung kann es auch auf der Gegenleistungsseite zwischen der für das Hauptamt gewährten Alimentation und der für die Nebentätigkeit geschuldeten Vergütung keinen zur Doppelalimentation führenden Konnex geben. Weder ist die Nebentätigkeitsvergütung eine Zuwendung, die in Erfüllung der Alimentsverantwortung gewährt wird, noch erübrigt die Gewährung von Alimentation unter dem Aspekt der „Totalversorgung“ die gesonderte leistungsgerechte Abgeltung einer Nebentätigkeit. Auch in Bezug auf den Gesichtspunkt der Amtsangemessenheit der Alimentation liegen die Dinge offensichtlich differenzierter, als sie in der Rechtsprechung gesehen werden. Denn ganz abgesehen davon, dass als Maßstab der Alimentation schon lange nicht mehr der aus der Schichtung der Ämter ableitbare Bedarf des Amtsinhabers, sondern die Tarifabschlüsse des öffentlichen Dienstes dient (vgl. H.P. Bull von der amtsangemessenen Alimentation zur leistungsgerechten Bezahlung, Dokumentation zum 15. Dt. Verwaltungsrichtertag 2007, S. 291ff. [297]) und auch dieser Maßstab verschiedentlich einer gerichtlichen Kontrolle nicht standhielt (vgl. BVerfGE 99, 315; 114, 258 [287f.]), unterliegt seit vielen Jahrzehnten

keinem vernünftigen Zweifel, dass auch im öffentlichen Dienst zusätzliche Leistungen grundsätzlich gesondert honoriert werden müssen. Dies gilt nicht nur für die Vergütung von Mehrarbeit (eingeführt durch das Erste Besoldungs- und Versorgungsneuregelungsgesetz 1971), sondern auch für die von Nebentätigkeiten, sodass nicht zuletzt die Existenz einer normativen Ermächtigungsgrundlage speziell für diese Leistungen die These von der Doppelalimentation ad absurdum führt.

Noch realitätsferner als der Topos der Doppelalimentation ist die immer wieder im Zusammenhang damit gebrauchte Formel von der Einheit des öffentlichen Dienstes und der öffentlichen Kassen (vgl. BVerfGE 33, 44 [52]; BVerfGE 55, 207 [229,234]; BVerfG, NVwZ 2007, 571f. BVerwGE 72, 135 [140]). Bei der Vielgestaltigkeit der mit Dienstherrenfähigkeit ausgestatteten Rechtsträger und der Ausdifferenziertheit des öffentlichen Kassenwesens entpuppt sich die Einheitsthese in jeder ihrer Varianten schnell als reine Fiktion (so mit Recht kritisch Gärditz, ZBR 2009, 1ff. [8f.]). Dabei bleibt es auch, wenn man berücksichtigt, dass sich die Kassen sämtlicher Dienstherren aus dem Aufkommen der öffentlichen Abgaben aller Bürger finanzieren.

- **Analogie zum Anrechnungsprinzip**

Als Rechtfertigungsgrund ähnlich problematisch wie die Doppelalimentation stellt sich auch das langjährige Bemühen der Rechtsprechung (vgl. BVerfGE 27, 364 [374]; BVerfG ZBR 2007, 257; BVerwG, Buchholz 238.41 §53 SVG Nr. 4; BVerwG, NVwZ – RR 2004, 50) dar, die Abschöpfung der Nebentätigkeitsentgelte im öffentlichen Dienst auf eine Analogie zu dem versorgungsrechtlichen Anrechnungsprinzip zu stützen. Der u.a. in § 53 Abs. 1 BeamtVG niedergelegte Grundsatz besagt, dass einem Versorgungsberechtigten, der neben seiner Versorgung ein Erwerbseinkommen aus dem

öffentlichen Dienst bezieht, die Pension nur bis zu einem Höchstbetrag gezahlt wird, der deutlich unterhalb der verdienten Versorgung liegt. Der Differenzbetrag wird zum Ruhen gebracht, d.h. vom Dienstherrn eingespart. Hinter dieser rechtlichen Konstruktion steht das haushaltswirtschaftliche Prinzip der Schonung öffentlicher Kassen. Das geschieht dadurch, dass die Pensionslast des Dienstherrn in dem Umfange reduziert wird, in dem der Beamte seine Versorgungsbedürftigkeit aufgrund seines Erwerbseinkommens selbst mindert. Das Recht, die modifizierte Versorgungsbedürftigkeit des Beamten zu seiner eigenen wirtschaftlichen Entlastung einzusetzen, leitet der Dienstherr aus der Überlegung ab, dass er die Versorgungslasten ohne wirtschaftliche Selbstbeteiligung des Beamten aufbringt und dass das Anrechnungsprinzip, jedenfalls per Saldo, zu keinem Absinken des Versorgungsniveaus führt. Zwei Dinge bleiben dabei jedoch unberücksichtigt. Zum einen, dass die Versorgungslasten anerkanntermaßen bereits in die Kalkulation der Aktivenbezüge der Beamten eingerechnet werden und damit durchaus ein Gegenleistungsbezug vom Dienstherrn hergestellt wird, über den die Anrechnungssystematik sich hinwegsetzt. Zum anderen, dass zwar der Versorgungsbedarf einer typisierenden Festlegung zugänglich ist, dadurch aber kein Höchstmaß an Lebensführungsaufwand für den einzelnen Beamten vorgegeben werden darf, sofern er zu dessen Bestreitung Eigenvorsorge trifft. Bei Übertragung dieser Gedankengänge auf das Nebentätigkeitsrecht wird erkennbar, dass die Analogiefähigkeit, abgesehen von dem Interesse, Haushaltsmittel einzusparen, weitgehend fehlt. Denn anders als im Versorgungsrecht, in dem bei Bezug von Erwerbseinkommen die Pensionskürzung mit dem Hinweis auf deren angeblich gegenleistungsfreie Erbringung zu rechtfertigen versucht wird, fällt dieser Begründungsansatz im Besoldungs- wie im

Nebentätigkeitsrecht aus. Hier korrespondiert nämlich sowohl der Alimentation als der Nebentätigkeitsvergütung eine bestimmte Art von Dienstleistung, so dass jede denkbare Anrechnungsvariante notwendig zu einer Verletzung des Leistungsgrundsatzes – er gehört nach BVerwGE 88, 60 [62] seinerseits zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums - führt. Zwischen dem Anrechnungsprinzip und der Ablieferungspflicht lässt sich deshalb kein tragfähiger normativer Rechtfertigungszusammenhang herstellen.

- **Kompensations- oder Erstattungsprinzip**

Auf den ersten Blick scheint dies aber auf der Grundlage des Kompensations- oder Erstattungsprinzips möglich zu sein, das in der älteren Rspr. des BVerwG (Urteil vom 25. Januar 1973 – II C 27.65 – BVerwGE 41, 316 ff.) entwickelt worden ist, mittlerweile aber in der Judikatur in Vergessenheit geraten zu sein scheint. Hiernach rechtfertigt sich die Pflicht zur Ablieferung von Nebentätigkeitsvergütung aus folgender Erwägung: Eine in der Freizeit geleistete Nebentätigkeit kann erfahrungsgemäß einen Umfang annehmen, der die Aufgaben des Hauptamtes beeinträchtigt. Mithin darf eine Nebentätigkeit nur in beschränktem Umfang und zwar so ausgeübt werden, dass dadurch der Sinn der Freizeit als Erholung nicht verfehlt wird und die darüber hinaus geleistete Nebentätigkeit nicht auf Kosten der Tätigkeit im Hauptamt geht. Anderenfalls hat sich der Beamte mit dieser Art von vergüteter Nebentätigkeit zulasten des Hauptamtes Vorteile verschafft, die wirtschaftlich nicht ihm, sondern seinem Dienstherrn gebühren. Bemessen werden diese kompensationsbedürftigen, ablieferungstypischen Vorteile nach dem Umfang der Nebentätigkeitsentgelte, die jenseits des sog. Höchstbetrages (vgl. § 6 Abs. 2 BNV) liegen. Denn der Höchstbetrag soll nach Auffassung des

BVerwG (vgl. Urteil vom 25.1.1973 – II C 87.65 – BVerwGE 41, 316ff.) die pekuniär definierte Grenze des mit dem Hingabegrundsatz noch konformen Nebentätigkeitseinsatzes markieren. Dies setzt freilich voraus, dass der Höchstbetrag keine mehr oder weniger willkürlich gegriffene Größe verkörpert, sondern eine Kategorie, in der die schwierige Grenzziehung zwischen dem dienstlich Gebotenen und dem grundrechtlich Erlaubten begrifflich bewältigt wird. Es spricht so gut wie nichts dafür, dass die Verordnungsgeber des Nebentätigkeitsrechts mit ihren zum Teil breit streuenden und immer wieder variierenden Höchstbeträgen sich dieser ihr von der Rechtsprechung zugewiesenen Aufgabe überhaupt stellen wollten, geschweige denn, dass sie diese im Sinne des BVerwG logisch stringent gelöst hätten. Es kommt hinzu, dass der weithin unsystematisch agierende Verordnungsgeber die vom BVerwG anvisierte Grenzziehung über die Höchstbeträge mittlerweile selbst durch tatbestandliche Restriktionsmaßnahmen wie die sog. „Fünftelvermutung“ ein Stück weit unterlaufen hat. Von daher drängt sich alles in allem die Frage auf, ob das Kompensationsprinzip nicht obsolet geworden ist. Jedenfalls in der Art und Weise seiner verordnungsrechtlichen Durchführung vermag auch es die Ablieferungspflicht nicht hinreichend zu rechtfertigen.

6. Verhältnismäßigkeitsprobleme der Ablieferungspflicht

Abgesehen von den aufgezeigten Rechtfertigungsschwierigkeiten leidet die Ablieferungspflicht auch unter Verhältnismäßigkeitsproblemen (vgl. dazu BVerfGE 30, 292 [316]; 65, 116 [125]; 94, 372 [390]). Sie sind die Folge von unzureichend reflektierten Zweckkumulationen, die sich in einer unangemessenen Einschränkung der grundrechtlichen Freiheit zur Übernahme von Nebentätigkeiten niederschlagen.

- **Präventionsübermaß**

Besonders anschaulich wird die Verhältnismäßigkeitsproblematik am Beispiel des Präventionszwecks. Ihm hat der Verordnunggeber gleich doppelt und zwar durch einen Genehmigungsvorbehalt und durch die Ablieferungspflicht Geltung verschafft. Damit verursacht er nicht nur die bereits angesprochenen Kohärenzprobleme zwischen tatbestandlicher und rechtsfolgenspezifischer Steuerung, sondern er verdoppelt angesichts der Zweckidentität der Steuerungsmittel die Präventionswirkung. Eine solche Eingriffsdublette verstößt gegen das Übermaßverbot, denn zum Schutz der Belange des Hauptamtes reicht eine zwecktaugliche Steuerungsmaßnahme ohne Weiteres aus. Die Neigung des Verordnunggebers, mit Steuerungsdoubletten zu arbeiten, stellt freilich keinen auf den Präventionszweck beschränkten Einzelfall dar. Dahinter steht vielmehr Methode, wie die neu in das Nebentätigkeitsrecht eingegangene Vergütungsgrenze zur „Wahrung des Ansehens der öffentlichen Verwaltung“ (§ 99 Abs. 3 Satz 3 BBG) zeigt. Nach dieser Regelung sind Nebentätigkeiten, selbst wenn sie als solche dem Ansehen der öffentlichen Verwaltung nicht abträglich sind, gleichwohl ansehensschädlich, wenn sie in ihrer Summe zu jährlichen Nebentätigkeitsentgelten von mehr als 40 % des jährlichen Endgrundgehaltes des Beamten führen. Wie diese in der Rspr. des BVerwG (vgl. Urteil vom 24.11.2005 – 2 C 32.04 – BVerwGE 124, 347ff.) abgesegete Restriktionhypertrophie die Grenzen der Verhältnismäßigkeit wahren, mit dem Leistungsgrundsatz zu vereinbaren und dem grundrechtlichen Freiheitsstatus des Beamten gerecht werden soll, ist nicht mehr nachvollziehbar.

- **Maßstabsgerechtigkeit**

Bei diesem Regelungsübermaß überrascht es allerdings umso mehr, dass es die Verordnunggeber des Nebentätigkeitsrechts, trotz eines entsprechenden Appells des BVerwG aus dem Jahre 1973 (Urteil vom 25. Januar 1973 – II C 87.65 – BVerwGE 41, 316ff.), bis heute nicht geschafft haben, bei der Höhe der Nebentätigkeitsvergütung eine Maßstabsgerechtigkeit zu entwickeln, die auf die angeblichen Zielsetzungen dieses Rechtsgebietes sowie auf den objektiven Wert der Dienstleistung abgestimmt ist. Noch immer finden sich Verordnungen, die für alle Beamtengruppen lediglich einen einzigen Höchstbetrag festsetzen (z.B. die Nebentätigkeitsverordnung des Landes Schleswig-Holstein, die für alle Beamtengruppen einen einheitlichen Höchstbetrag von 10800 € pro Jahr festlegt). Aber selbst soweit die Höchstbeträge in Anlehnung an das System der Laufbahngruppen unterschiedlich gestaltet werden, besteht weiterhin Handlungsbedarf, weil die Differenzierung (vgl. § 6 Abs. 2 Satz 1 BNV) teilweise zu grob – teilweise zu feinmaschig ausfällt. Ein ganz besonderes Ärgernis bildet schließlich der Streuungsgrad der Höchstbeträge. Er geht zurzeit zwischen Bund und fast allen Ländern, trotz einer noch weitgehend einheitlichen Besoldungsstruktur, um mehr als 100 % auseinander (so bewegt sich die Spannweite derzeit zwischen 3681,30 bis 4908,40 € in Sachsen, 3700 bis 6100 € im Bund, 7200 bis 12000 € in den meisten Bundesländern und 10500 bis 15000 € pro Jahr in Rheinland-Pfalz). Diese Übersicht offenbart, dass den für die Ablieferung von Nebeneinkünften maßgeblichen Höchstbeträgen keine am objektiven Wert der Dienstleistung und den Prinzipien des Rechtsgebiets orientierte Kalkulation zugrunde liegt. Damit

unterscheiden sich die abzuliefernden Nebentätigkeitsvergütungen grundlegend von den pauschalierten Entgelten für ärztliche und zahnärztliche Nebentätigkeiten, wie sie in § 12 BNV geregelt sind. Denn deren Höhe ist an den aus dem öffentlichen Abgabenrecht bekannten Prinzipien der Kostendeckung und Äquivalenz ausgerichtet.

7. Vollzugsprobleme der Ablieferungspflicht

Der den verordnungsrechtlichen Höchstbeträgen anhaftende Mangel der Maßstabsgerechtigkeit schlägt auf den Umfang der dem jeweiligen Beamten geschuldeten Nebentätigkeitsvergütung zwangsläufig durch. Sie ist nämlich innerhalb des Höchstbetrages nach dem Umfang und der Bedeutung der Nebentätigkeit abzustufen. Bei defizitärer Maßstäblichkeit muss daher auch das Ergebnis eines hierauf bezogenen Abstufungsprozesses notwendig fehlerhaft werden. Mithin müsste der nebensächlichkeitsrechtliche Belassungsbetrag regelmäßig zu gering ausfallen. Gleichwohl ist ein solcher Mangel, soweit ersichtlich, bei der gerichtlichen Kontrolle der abzuliefernden Nebentätigkeitsvergütung noch nicht gerügt worden.

- Nichtanwendung der Belassungsregel

Dies beruht offenkundig darauf, dass in der nebensächlichkeitsrechtlichen Praxis vom Abstufungsgebot (vgl. § 6 Abs. 2 Satz 2 BNV) so gut wie kein Gebrauch gemacht und bei der Höhe der Nebentätigkeitsvergütung der Spielraum bis zum Höchstbetrag grundsätzlich voll ausgeschöpft wird. Fallen aber Höchstbetrag und Belassungsbetrag in aller Regel normwidrig zusammen, dann enthebt dies den Beamten von jeder gerichtlich rügefähigen Beschwer.

Fazit:

Ich fasse zusammen: Die aktuellen Probleme der nebensätigkeitsrechtlichen Ablieferungspflicht sind weithin identisch mit ihrem traditionellen Grundproblem. Dieses besteht darin, einem aus der Haushaltsnotlage der Weimarer Zeit hervorgegangenen Rechtsinstitut unter veränderten haushaltsrechtlichen Ausgangsbedingungen nachträglich eine sachliche Rechtfertigung zu verleihen. Die in der Rechtsprechung insoweit unternommenen Rechtfertigungsbemühungen vermögen die mit dem Ablieferungsgebot verknüpften Gleichheits-, Kohärenz- und Übermaßprobleme aber nicht überzeugend zu lösen. Dazu hätten die vorgefundenen Rechtfertigungsansätze vom Gesetz- und Verordnunggeber systematisch weiterentwickelt werden müssen. Hierzu ist es aber nicht gekommen, ersichtlich aufgrund der Fehlvorstellung, dass die Rechtsprechung die Probleme bereits hinreichend bewältigt habe. Statt sich ihnen zu widmen, hat der Verordnunggeber in der Folgezeit aufgrund eines offenkundig nebensätigkeitsfeindlichen Affektes die Ablieferungspflicht ständig weiter verschärft und den Normvollzug in nicht mehr vertretbarer Weise verkompliziert. Infolge dessen ist heute das genaue Gegenteil davon richtig, was der frühere Präsident des BVerwG Fürst im Jahre 1982 zum Nebensätigkeitsrecht bemerkt hat: „Das Nebensätigkeitsrecht gehört neben dem Reisekosten- und Trennungsgeldrecht zum kleinen Dienstrecht, das von jedem tüchtigen Verwaltungsinspektor korrekt angewendet werden kann.“

Wie sich doch auch der Präsident eines oberen Bundesgerichtes irren kann...