

Das Nebentätigkeitsrecht als Hindernis auf dem Weg zu einer modernen Hochschulpersonalstruktur

Professor Dr. Klaus Ferdinand Gärditz, Universität Bonn

I. Problemaufriss

Die Nebentätigkeit zwischen Dienstrecht und Freiheitsentfaltung: Sukzessive Verschärfung des Nebentätigkeitsrechts zu Lasten der Freiheit der Beamten. Exemplarisch zu nennen sind

- die Zweiberufsregelung
- die Bindung einer Einnahmehöchstgrenze an das Grundgehalt (vgl. § 99 Abs. 3 Satz 3 BBG)

Diese Stringenz ließe sich bereits für das allgemeine Dienstrecht kritisieren, stößt aber in besonderem Maße im Bereich des Hochschuldienstrechts auf Probleme, da dieser Sonderbereich des Beamtenrechts schon grundsätzlich nicht auf der entpersonalisierten Objektivität des Amtes gründet, sondern auf der Wahrnehmung grundrechtlicher Freiheit in Forschung und Lehre.

II. Defizite des Hochschullehrernebentätigkeitsrechts

• Eigenständiges Hochschulpersonalrecht als Desiderat

Problem: Mangelnde Differenziertheit

- einheitliches Nebentätigkeitsrecht für alle *Laufbahnen*; Probleme gerade im höheren Dienst, der zu einem nicht unerheblichen Teil mit hoch qualifiziertem, aber nicht notwendigerweise stets durch das jeweilige Amt hinreichend gefordertem Personal besetzt ist.
- fehlendes Hochschullehrernebentätigkeitsrecht; im Prinzip gelten an der Hochschule die gleichen Regelungen über Nebentätigkeiten für den Pförtner wie für den Professor. Die allgemeine (verfassungsrechtlich gebotene) Privilegierung bestimmter (nicht aller!) wissenschaftlicher Tätigkeiten erfolgt wiederum (mit Ausnahme für Hochschullehrergutachten) nach allgemeinen beamtenrechtlichen Kriterien, behandelt also z. B. den wissenschaftlich interessierten Beamten der Kreisverwaltung ebenso wie den im selben Gebiet tätigen Professor oder Wissenschaftlichen Mitarbeiter.
- keine Unterscheidung nach dem institutionellen Kontext der Nebentätigkeit: viele wissenschaftliche Nebentätigkeiten erfüllen erwünschte öffentliche Aufgaben der Wissensgenerierung, etwa Parlamentsberatung, Prozessvertretung der öffentlichen Hand, Rechtsgutachten für die öffentliche Hand; die Differenz zu Tätigkeiten für private Auftraggeber wird nicht sichtbar; teils sogar Diskriminierung der Tätigkeit für die öffentliche Hand (Ablieferungspflicht).

Bsp.: Wer in NRW als Staatsrechtslehrer z. B. das Land in Verfassungsprozessen vor dem VerfGH vertritt, unterliegt bei Überschreiten der Schwelle von insgesamt der Ablieferungspflicht. Wer (in der Regel für eine deutlich bessere Vergütung) etwa einen Pharma- oder Energiekonzern vertritt, fällt ungeachtet des höheren Anreizes nicht unter die Ablieferungspflicht.

- **Flexibilisierung des Besoldungsrechts und Verkrustung des Nebentätigkeitsrechts**

Das rigide und sukzessiv verschärfte Nebentätigkeitsrecht steht in einem deutlichen konzeptionellen Kontrast zum Hochschullehrer-Besoldungsrecht:

- Im Besoldungsrecht wurde der Weg in die *Flexibilisierung* gegangen, um über leistungsbezogene und differenzierte Alimentierung individuelle Lösungen zu ermöglichen. Hier verlässt man die tradierten Strukturen des Beamtenrechts und nähert sich dem Vertragsrecht an (Kontraktualisierung).

Das Hochschullehrerbesoldungsrecht hat die persönliche Besoldung jenseits der gesetzlichen Mindestbeträge weitestgehend flexibilisiert, individualisiert und damit wettbewerblichen Anreizstrukturen sowie horizontalen Verhandlungen unterworfen (vgl. im Einzelnen § 33 BBesG). Dies dient nicht zuletzt auch dazu, die Hochschullehrer zur – nebensächlichkeitsrechtlich mit dem Odium einer potentiellen Gefährdung von Dienstpflichten behafteten – Kooperation mit der Wirtschaft und zur Einwerbung von Drittmitteln (vgl. § 25 HRG) zu motivieren.

- Im Nebentätigkeitsrecht hingegen wird auf eine enge Personalführung durch unflexible bürokratische Kontrollinstrumente vertraut, die

Hinter diesen regelungstechnischen Friktionen stehen konkurrierende **Leitbilder**, die sich nicht ohne Friktionen miteinander kombinieren lassen: Staatsdiener mit wissenschaftlichen Aufgaben versus Unternehmer Professor. Es gibt viele Gründe, das Leitbild der „unternehmerischen Universität“ abzulehnen, wie es die letzte Dekade nachhaltig und zum Schaden der Universität geprägt hat. Wenn man sich indes für entsprechende Konzepte ausspricht, kann dies nicht ohne Konsequenzen für das Nebentätigkeitsrecht bleiben. Gegenwärtig entsteht eher ein Zerrbild:

- Einerseits: unternehmerischer Professor;
- andererseits Kontrast: Das Nebentätigkeitsrecht, das auf das tradierte Leitbild des weisungsabhängigen und grundsätzlich ausschließlich aus seinem Amt alimentierten Staatsdieners zugeschnitten ist, der sich durch einen kleinen Nebenverdienst sein Gehalt aufbessern möchte. Solche pekuniären Interessen müssen vor dem Hintergrund der prinzipiellen Vollalimentation verdächtig erscheinen, da der Beamte auf weitere Erwerbsarbeit nicht angewiesen ist.

Instrumentelle Überalterung (Ablieferungspflicht, überbordende Anzeigepflichten auch für Tätigkeiten, an denen eigentlich ein öffentliches Interesse bestehen sollte).

Befremdlich wirkt es schließlich, wenn angesichts dieses Befundes jüngst in der mündlichen Verhandlung vor dem BVerfG in Sachen W-Besoldung die

kaum mehr amtsangemessene Besoldungshöhe mit dem Argument verteidigt wurde, ein Professor habe ja im Vergleich zu „gewöhnlichen Beamten“ verschiedene Möglichkeiten, durch wissenschaftliche Nebentätigkeit sein Einkommen aufzubessern. Der Beamte wird hier – im Übrigen entgegen der eindeutigen Rechtsprechung des BVerfG – auf Einkünfte neben seiner Alimentation verwiesen, deren Erzielung das geltende Beamtenrecht als grundsätzlich unerwünscht einstuft. Auch hier werden innere Widersprüche des Regelungskonzepts dekuviert.

- **Misstrauen als Basis des Hochschullehrernebentätigkeitsrechts**

Nebentätigkeit wird als prinzipiell unerwünscht angesehen.

„Die Gefahr, dass der Beamte zum ‚Diener zweier Herren‘ wird, besteht insbesondere dann, wenn er seine fachliche Kompetenz und Qualifikation gleichzeitig Privaten gegen Entlohnung zur Verfügung stellt. In dieser Konstellation sind Interessenkonflikte angelegt, die Einsatzbereitschaft, Loyalität und Unparteilichkeit des Beamten gefährden können. Dies liegt insbesondere nahe, wenn die ausgeübte Nebentätigkeit unmittelbare Bezüge zu dem dienstlichen Hauptamt aufweist.“ (BVerfG, NVwZ 2007, 1396 [1399]). Korrespondierend werden in der verwaltungsgerichtlichen Spruchpraxis weite Bewertungs- und Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers bei der Begrenzung unerwünschter Nebentätigkeiten hervorgehoben.

Grundrechtsschutz des Beamten wird zwar anerkannt, aber nicht mit Leben erfüllt; er bleibt in der administrativen Rechtsanwendung und gerichtlichen Spruchpraxis weitgehend bedeutungslos. Dies ist jedoch keine adäquate Basis für ein Dienstrecht, das gerade dem Schutz der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) dient.

- **Rigide Trennung von Hauptamt und Nebentätigkeit**

Das geltende Beamtennebentätigkeitsrecht – entsprechende Regelungen des Hochschuldienstrechts eingeschlossen – gründet auf der kategorialen Unterscheidung von Hauptamt und Nebentätigkeit. Dies ist gerade im Hochschullehrerdienstrecht schon deshalb ein brüchiges Konzept, weil Hochschullehrer den Inhalt ihrer Aufgaben in Forschung und Lehre – ungeachtet bestehender Lehrverpflichtungen und „nach näherer Ausgestaltung ihres Dienstverhältnisses“ (vgl. § 43 Abs. 1 S. 1 HRG) – selbst bestimmen. Dieses prinzipielle Selbstdefinitionsrechts für wissenschaftliche Aufgaben wird in den geltenden Regelungen des Nebentätigkeitsrechts nicht abgebildet.

- **Personalbewirtschaftungsanspruch gegen akademische Freiheit**

Der Beamtenstatus der Hochschullehrer und teils der Wissenschaftlichen Mitarbeiter rechtfertigt sich nicht primär aus hoheitlichen Amtsfunktionen, sondern ist ein Status zur flankierenden Sicherung der Wissenschaftsfreiheit (persönliche Unabhängigkeit). Wir verbeamten also Hochschullehrer, um ihre

Freiheitsentfaltung in Forschung und Lehre statusrechtlich zu optimieren, gerade nicht, um einen verstärkten personalrechtlichen Zugriff auf die Hochschullehrertätigkeit zu erlangen.

Die begrenzte Steuerbarkeit des Personaleinsatzes von Wissenschaftlern kontrastiert dem restriktiven Personalbewirtschaftungsanspruch des Dienstherrn, der das Wissenschaftspersonal primär als volkswirtschaftlich nützliche Personalressource zu Ausbildungszwecken missversteht.

- **Fehlerhafte Parameter: Arbeitszeit und Vergütungshöhe**

Keine Indikatorwirkung der Arbeitszeit, sofern die Nebentätigkeit zugleich Erträge für das Hauptamt liefert, wobei der Hochschullehrer im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG anerkanntermaßen grundsätzlich frei ist, wissenschaftliche Nebentätigkeiten zwischen Hauptamt und Nebentätigkeit zu verschieben.

Vergütungshöhe lässt keine sicheren Aussagen über den Umfang der Tätigkeit zu, da wissenschaftliche Expertise üblicherweise sehr hoch dotiert wird. Dies hängt oft auch damit zusammen, dass entweder bestimmtes Fachwissen sehr knapp ist oder mit einer entsprechenden Begutachtung auf Grund der Bedeutung oder der möglichen Folgen eine besonders hohe Verantwortung verbunden ist.

Resümee:

Dieser Gesamtbefund erweist sich als höchst unbefriedigend. Denn der grundrechtlich gebotenen Differenzierung des Nebentätigkeitsrechts nach amtspezifischen Risiken unter Berücksichtigung der herausgehobenen Stellung verfassungsrechtlich verbürgter Freiheit von Forschung und Lehre (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) wird auf diese Weise nur unzureichend Rechnung getragen.

III. Perspektiven einer Reform

Erforderlich ist eine Gesamtreform des Hochschuldienstrechts, die auch das Nebentätigkeitsrecht einschließen und liberalisieren sollte. Absehbar wird eine solche Reform ohnehin notwendig, da ein Grundlagen-Urteil des BVerfG zum Besoldungsrecht ansteht, das die Konturen der in Schiefelage geratenen Beamtenbesoldung gerade über den Sonderfall der W-Besoldung für Hochschullehrer neu austarieren dürfte.

Stichpunkte einer Reform wären:

- Gewinnung qualifizierten Personals sollte Primärziel sein; das Nebentätigkeitsrecht der Hochschullehrer sollte daher von *Verhinderungs-* zum *Ermöglichungsrecht* werden.
- Nebentätigkeitsrecht an Hochschulen sollte als Instrument der maßgeschneiderten Gestaltung der Tätigkeitsfelder hochqualifizierter Individuen verstanden werden, an deren Gewinnung ein qualifiziertes Interesse besteht. So sollte etwa eine allgemeine Öffnung gegenüber vertraglichen Rahmenvereinbarungen (z. B. in Berufungs- und Bleibeverhandlungen) erfolgen.

- Differenzierung durch problemspezifische Regelungen, die den sehr unterschiedlichen Problemfeldern gerecht werden (Chefarztverträge [hier wohl eigenständiger Status notwendig, um die dysfunktionale Kombination von Beamtenstatus und Dienstvertrag zu vermeiden; Vorbild etwa ein besonderes öffentlich-rechtliches Amtsverhältnis auf vertraglicher Grundlage, wie etwa beim Präsidenten der BNetzA], Rechtsgutachten, Prozessvertretungen, Gutachten im Auftrag öffentlicher Institutionen).
- Rückbesinnung auf die Funktion des Beamtenstatus im Hochschulbereich: Wissenschaftsfreiheitsschutz. Der Beamtenstatus darf nicht weiter dazu missbraucht werden, das Hochschulpersonal in möglichst restriktive und bürokratische Ketten zu legen. Hierbei ist selbstverständlich auch zu berücksichtigen, dass auch die Interessen des steuerfinanzierten Staates, der den Hochschullehrer alimentiert, hinreichend berücksichtigt werden, es also auch um die Verteilung knapper Haushaltsmittel geht; dies rechtfertigt jedoch keine Steuerung des Personaleinsatzes wie im Bereich der allgemeinen Verwaltung.
- Konsequente Dezentralisierung: Verantwortung auf die Hochschulen übertragen, die am besten in der Lage sind, Konflikte sachgerecht und wissenschaftsadäquat aufzulösen: Satzungsermächtigung, und zwar vor allem dort, wo die Hochschulen wie in NRW Dienstherrenfähigkeit besitzen.
- Konsequente Privilegierung von wissenschaftlichen Nebentätigkeiten für die öffentliche Hand: Der Staat muss ein aktives Interesse haben, wissenschaftlich beraten und vertreten zu sein, sodass es bei staatlicher Verantwortung der Auftragserteilung keinen Grund gibt, ein besonderes Nebentätigkeitskontrollregime aufrecht zu erhalten.
- Realistischer Blick auf die Leistungsfähigkeit hoch qualifizierten Personals: das Nebentätigkeitsrecht sollte dem Umstand Rechnung tragen, dass Professoren in der Regel als intrinsisch motivierter Forscher eine hohe Motivation haben, sich in ihrem Gebiet gerade durch Forschung zu verwirklichen. Regelungen des Nebentätigkeitsrechts, die auf dem „Oberinspektorenleitbild“ einer 42-Stunden-Woche beruhen, gehen an der Realität einer Berufsgruppe vorbei, bei denen die 60-Stunden-Woche der Regelfall ist und ein darüber hinausgehendes Engagement nicht selten.

IV. Schlussbetrachtung

Das Recht der Beamten, außerdienstlich Nebentätigkeiten auszuüben, gerät zunehmend unter Druck. Untersagungsgründe und Kontrollinstrumente fransen aus und drohen selbst die qualifiziert geschützte wissenschaftliche Betätigungsfreiheit der Beamten merklich einzuengen. Der Rechtsprechung ist es im Nebentätigkeitsrecht bislang nicht gelungen, den Grundrechtsschutz der Beamten als relevantes Gegengewicht zu den überbordenden dienstlichen Interessen des Dienstherrn zu installieren. Eine grundsätzliche Reform kann nur gelingen, wenn man das Hochschulnebentätigkeitsrecht vom allgemeinen Beamtenrecht ablöst und die besonderen Strukturen wissenschaftlicher Nebentätigkeiten in den Vordergrund rückt.