

VI. Freiwilligkeit der Versetzung

Versetzungen in einen anderen Rechtsbereich²¹ sind gegen den Willen des Beamten nur zulässig, wenn der **Status erhalten bleibt** (§ 15 Abs. 2 BeamStG, § 28 Abs. 2 BBG n. F.). Der Normalfall ist die Versetzung in den Bereich eines anderen Rechtskreises (in anderes Bundesland, vom Bund zum Land und umgekehrt) auf Wunsch des Beamten oder wenigstens auf der Basis seiner Zustimmung. Damit stellt sich das Problem von Ausgleichszulagen nach der jetzigen Rechtslage nicht mehr, da dem Beamten eine Rechtsverschlechterung gegen seinen Willen nicht mehr zugemutet wird. Diese Konstellation ist damit auch in der Realität sehr nahe am zustimmungsbedürftigen Ernennungsakt und hat sich von der Ursprungsvorstellung der Versetzung als eines Vorgangs, dem der Beamte Folge zu leisten hat, sehr entfernt. Die Konstruktion der statusverändernden Versetzung hat letztlich bei den Versetzungen über den Bereich des Rechtskreises hinaus ihren Hintergrund verloren. Man muss neue Wege gehen.

VII. Ausweitung der Problematik durch weitere Änderungen des Statusrechts

Die bisherigen Gedanken hatten das Auseinanderlaufen des Besoldungsrechts bezüglich der Grundgehälter in Bund und Ländern sowie zwischen den Ländern im Visier. Man muss aber auch sehen, dass die Rechtsstellung der Beamten auch noch aus anderen Gründen divergieren könnte und dann beim Wechsel in den anderen Rechtskreis eine Notwendigkeit der Anpassung durch Ernennung besteht. Der Beamtenstatus wird auch durch die Laufbahnzugehörigkeit bestimmt und mit Inhalt der Laufbahnzugehörigkeit ist die Laufbahngruppenzugehörigkeit²². Systemveränderungen zum Laufbahnsystem und zum Laufbahngruppensystem führen beim Wechsel in einen anderen Rechtsbereich selbst dann zu einer Statusänderung auf Seite des betroffenen Beamten, wenn die Bezahlung unverändert bliebe. Man muss auch noch an die Möglichkeit denken, dass ein Landesgesetzgeber die Amtsbezeichnungen „modernisieren“ will. Es könnte von der politischen Seite die Idee kommen, als Amtsbezeichnungen Ausdrücke in englischer oder halbenglischer Sprache zu übernehmen, um das Beamtentum an „Management“ heranzuführen²³. Aber es kann auch allein das Bedürfnis, etwas anders zu machen als bisher zu Veränderungen im System der Amtsbezeichnungen führen.

VIII. Schlussfolgerungen

Als Ergebnis dieser Gedanken ist festzuhalten, dass trotz der unterschiedlichen Strukturen des Beamtenstatusgesetzes und

des Bundesbeamtengesetzes zur Ernennung bei der Versetzung zu einem anderen Dienstherrn, der einem **anderen Rechtskreis** angehört (anderer Landesbereich oder Bundesbereich an Stelle des bisherigen Landesbereichs oder jeweils umgekehrt) die Versetzung mit einer **Ernennung durch den neuen Dienstherrn verbunden** sein muss. Solange die Systeme nach Amtsbezeichnungen, Laufbahnsystem und Grundgehältern identisch sind, wäre zwar die Ernennung nicht erforderlich, wenn keine Veränderung des Grundgehalts mit der Versetzung verbunden ist. Es wäre aber viel zu verwaltungsaufwändig, die fortbestehende Identität zu prüfen. Die sicherste Lösung bei der rechtskreisüberschreitenden Versetzung ist die Ernennung durch den neuen Dienstherrn.

IX. Möglichkeiten einer neuen und einheitlichen Struktur nach Beamtenstatusgesetz und Bundesbeamtengesetz

Nach Auffassung des Verfassers wäre es möglich, die Versetzungen in einen anderen Rechtsbereich ohne ergänzende Ernennung zu gestalten, wenn man die Versetzungen als nur äußerlich gemeinsame Verwaltungsakte gesetzlich definiert, bei denen der versetzende Dienstherr nur den Transfer des Dienstverhältnisses zu einem anderen Dienstherrn verfügt und der aufnehmende Dienstherr in dem von ihm verantworteten Teil die neue Rechtsstellung beschreibt und bestimmt. Die Rechtsstreitigkeiten würden sich je nach dem Begehren des versetzten Beamten entweder gegen den früheren Dienstherrn oder gegen den neuen Dienstherrn richten. Dieser Weg hätte den Vorteil, dass man nicht Ernennungen nur wegen des Wechsels aus einem Rechtssystem in ein anderes Rechtssystem unter Benennung von Stufen und vielleicht auch anderen Elementen vornehmen müsste, also mit einem Inhalt, der sich vom ursprünglichen Ernennungsinhalt sehr entfernt hat. Der aufnehmende Dienstherr hätte dann Amtsbezeichnung, Besoldungsgruppe und Stufe zu bestimmen und der Rechtsstreit könnte mit ihm ausgetragen werden. Voraussetzung für diesen Weg wären kongruente Normen im Beamtenstatusgesetz und im Bundesbeamtengesetz.

- 21) Aus dem Bereich eines Bundeslandes in den Bereich eines anderen Bundeslandes oder des Bundes und umgekehrt.
- 22) Vgl. Pechstein, Das Laufbahnrecht in der Gesetzgebungskompetenz der Länder, ZBR 2008, S. 73/74.; Wolff in: Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2009, Art. 95, Rn. 36.
- 23) Bei Ideen in dieser Richtung sollte man den Politikern auch sagen, dass dies gefährlich sei, weil die Beamten dann auch Managergehälter erwarten.

Sonderurlaub und Nebentätigkeit im Spannungsfeld zwischen Berufsfreiheit und Dienstrecht

Guido Kämmerling

Das Beamtenverhältnis ist seit jeher als öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis ausgeprägt und unterliegt den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums. Dies gewährleistet und vielen Bereichen zwar eine besondere Rechtsstellung, ist aber auch mit Restriktionen und Einschränkungen verbunden, die aus der Natur dieses Dienstverhältnisses resultieren. Diese Abhandlung befasst sich auf Grundlage der der-

zeitigen Rechtslage in Nordrhein-Westfalen kritisch mit der Fragestellung, ob Beamte die Möglichkeiten (unbezahlten) Sonderurlaubs in Anspruch nehmen können, um sich sodann im Rahmen des Nebentätigkeitsrechts einen Zweiterberuf aufbauen zu können. Hierbei wird im Hinblick auf den Sonderurlaub aus wichtigem Grund das Spannungsverhältnis zwischen den verfassungs- und dienstrechtlichen Grundnormen und den Mög-

lichkeiten des Urlaubs- und Nebentätigkeitsrechts unter Einbeziehung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung dargestellt.

I. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Nach Art. 33 Abs. 5 GG ist das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln. Diese Vorschrift enthält unmittelbar geltendes objektives Recht¹, gilt aber nur für Beamte². Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums werden definiert als Kernbestand von Grundprinzipien, die sich während eines längeren, traditionsbildenden Zeitraums entwickelt und bewährt haben und als verbindlich anerkannt und gewährt worden sind³. Diese Grundsätze sind ausgerichtet auf den Typus des Lebenszeitbeamten. In materieller Hinsicht zählt hierzu u. a. die Hauptberuflichkeit⁴, aber auch die Einschränkung von Nebentätigkeiten⁵. Ebenso werden hierunter als Beamtenpflichten die volle Dienstleistungspflicht unter Einsatz der ganzen Persönlichkeit für den Dienstherrn gefasst⁶. In Ausfluss dessen bestimmt § 3 BeamStG, dass der Beamte in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis zu seinem Dienstherrn steht. Das BeamStG normiert, dass sich der Beamte (neben anderen Verpflichtungen) mit *vollem persönlichem Einsatz* seinem Beruf zu widmen hat (§ 34 BeamStG). Das Beamtenverhältnis beruht daher nicht auf arbeitsvertraglichen (tariflichen) Grundlagen, sondern erfährt seine besondere Ausgestaltung durch die o. g. verfassungsrechtlichen Normen. Die Alimentation des Beamten stellt – anders als der Lohn aus einem privatrechtlichen Dienstvertrag – kein Entgelt für eine konkrete Dienstleistung dar, sondern vielmehr eine Gegenleistung dafür, dass sich der Beamte dem Dienstherrn mit seiner ganzen Persönlichkeit zur Verfügung stellt und gemäß den jeweiligen Anforderungen seine Dienstpflicht nach Kräften erfüllt. Hierbei hat er grundsätzlich seine volle Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Die hauptberufliche Beschäftigung auf Lebenszeit ist hierbei ein prägendes Merkmal des Berufsbeamtentums⁷. Das Recht der Beamten und das der Arbeitnehmer unterscheiden sich daher grundlegend voneinander⁸. Die auch Beamten zustehenden Grundrechte aus Art. 2 und 12 GG finden durch Art. 33 Abs. 5 GG ihre zulässigen Einschränkungen⁹.

II. Dienstrechtliche Aspekte

1. Urlaubs- und Arbeitszeitrecht

Die Möglichkeiten des geltenden Dienstrechts, zu arbeitszeitflexiblen Modellen greifen zu können, sind in den letzten Jahren ständig erweitert und zum Teil in den urlaubs-, arbeitszeit-

und/oder nebensätigkeitsrechtlichen Vorgaben implementiert worden. Hierbei werden den Beamten zwar verschiedene Möglichkeiten und Modelle „angeboten“, diese sind jedoch stets an den Grundnormen des Beamtenrechts auszurichten und werden im Hinblick auf das Nebentätigkeitsrecht z. T. wiederum eingeschränkt. Dies wird auch im Rahmen der Neuordnung des Beamtenrechts durch Verabschiedung des BeamStG sowie der erforderlichen landesrechtlichen Anpassungen anzunehmen sein.

Als Ausfluss der allgemeinen Fürsorgepflicht des Dienstherrn (§ 45 BeamStG) normiert das Gesetz zunächst Ansprüche auf Erholungsurlaub und Sonderurlaub (§ 73, 74 LBG NRW), die in Rechtsverordnungen entsprechend konkretisiert werden. Das LBG NRW lässt bereits neben Formen von Teilzeitbeschäftigung, Altersteilzeit, Mutterschutz und Elternzeit vor allem Urlaub aus arbeitsmarktpolitischen Gründen oder Urlaub aus familiären Gründen zu. Wie aber § 70 LBG NRW normiert, darf der Beamte während der Dauer des Bewilligungszeitraums *keine* genehmigungspflichtigen Nebentätigkeiten gegen Vergütung ausüben. Die nebensätigkeitsrechtliche Norm des § 50 LBG NRW greift auf, dass bei Freistellungen vom Dienst nur solche Nebentätigkeiten genehmigt werden können, die dem Zweck der Freistellung nicht zuwiderlaufen. Auch in arbeits(zeit)rechtlicher Hinsicht hat der Gesetzgeber Regelungen erlassen, die sowohl die Teilzeitarbeit, als auch die Möglichkeiten der Nebentätigkeit umfassen¹⁰. Es ist aber Intention des Gesetzgebers, dass eine in diesem Rahmen ausgeübte Nebenbeschäftigung ebenfalls nur *untergeordnete* Rolle spielen darf.

2. Sonderurlaub

Auf Grundlage des § 101 (neu: 74) LBG NRW regelt die Sonderurlaubsverordnung des Landes NRW (SUrIV) die weiteren Voraussetzungen und Möglichkeiten zur Inanspruchnahme des Sonderurlaubs. Wie aus der Diktion der Verordnung und aus den einzelnen Tatbeständen zu entnehmen ist, handelt es sich um eine besondere Form des Urlaubs aus *besonderen* Gründen. Die einzelnen abgrenzbaren Tatbestände gehen grundsätzlich von einer zeitlich beschränkten Inanspruchnahme aus. § 11 SurIV NRW regelt zunächst den wichtigen Bereich des Urlaubs aus *persönlichen* Gründen. Dieser ist auf das notwendige Maß zu reduzieren. Auch dürfen dienstliche Gründe nicht entgegenstehen. Ein hierzu ergangener Runderlass des IM NRW vom 03.01.1997 konkretisiert die Ermessensentscheidungen des Dienstherrn und begrenzt die Ansprüche grundsätzlich auf eine *tageweise* Betrachtung. Soweit eine Beurlaubung *nicht* nach § 11 SurIV NRW (persönliche Gründe) erteilt werden kann, lässt der Erlass zu, dass eine solche nach § 12 SurIV NRW, jedoch nur *kurzfristig* und unter Verzicht auf die Bezüge erteilt werden kann. Hierfür müssen *wichtige Gründe* vorliegen. Auch hier dürfen dienstliche Gründe nicht entgegenstehen. Darüber hinaus muss eine ordnungsgemäße Erledigung der Dienstgeschäfte auch während des Urlaubs gewährleistet sein (§ 13 Abs. 2 SurIV NRW). Der Freistellungsanspruch aus diesen Normen ist als Ausnahme vom Grundsatz der vollen Dienstleistungspflicht eng auszulegen¹¹.

Die Möglichkeiten, die das geltende Dienstrecht auf den ersten Blick eröffnet, könnten nahe legen, den Dienst in Form eines *unbezahlten Sonderurlaubs* unterbrechen zu können und so dann im Wege des Nebentätigkeitsrechts einen privaten Beruf zu ergreifen, ohne auf den sicheren Rechtsstatus des Beamten verzichten zu müssen. Es können dann besondere Konstellationen entstehen, wenn der Beamte sowohl in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis zu seinem Dienstherrn wie auch in einem *vollzeitlichen* Arbeitsverhältnis zu einem pri-

1) BVerfG, Beschluss vom 28.5.2008, 2 BvL 11/07; BVerfGE 8,1/11ff; 9, 268; 11,203; Beschluss vom 19.7.2007, 2 BvF 3/02.

2) BVerfGE 3, 162; 9, 268.

3) BVerfG, Beschluss vom 28.5.2008, 2 BvL 11/07; Beschluss vom 07.11.2002, 2 BvR 1053/98; BVerwG, Beschluss vom 27.9.2007, 2 C 21/06 u. a..

4) BVerfGE 9, 268.

5) BVerfGE 52, 303; 55, 207; BVerwGE 67, 287; 84, 299; 124, 347.

6) BVerfGE 16, 94; 76, 256; BVerwG, DVBl 92, S. 101.

7) BVerfG, Beschluss vom 19.7.2007, 2 BvF 3/02; Beschluss vom 28.5.2008, 2 BvL 11/07.

8) BVerwG, Beschluss vom 30.01.2008, 2 BvR 398/07; BVerfGE 21, 329; 55, 207; 99, 300.

9) St. Rspr. BVerfG und BVerwG.

10) Das BeamStG regelt in seinem § 43, dass Teilzeitbeschäftigung zu ermöglichen ist.

11) BVerwGE 72, 289, ZBR 86, S. 269; *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 6. Auflage, Rn. 242.