



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 2 C 12.09
OVG 1 A 2938/07

Verkündet
am 31. März 2011
Stowasser
Obersekretär
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 31. März 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Herbert, den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Heitz, die Richterinnen am Bundesverwaltungsgericht Thomsen, Dr. Eppelt und den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Fleuß

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 17. Dezember 2008 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger ist hauptamtlicher Bürgermeister der Stadt 2001 wurde er zum Mitglied eines Regionalbeirates einer Tochtergesellschaft der RWE AG berufen. ... ist an der RWE AG beteiligt und Gesellschafterin des Verbandes der Kommunalen RWE - Aktionäre GmbH. Nach den Berufungsgrundsätzen des Vorstandes der RWE - Tochtergesellschaft werden in die Regionalbeiräte, die auch dem Dialog zwischen der Gesellschaft und ihren kommunalen Aktionären dienen, u.a. Bürgermeister berufen, deren Kommunen mehr als 10.000 RWE Aktien halten und Mitglieder in einem Verband kommunaler Aktionäre sind. Durch Leistungsbescheid verpflichtete die Beklagte den Kläger zur Abführung der Vergütung für die Beiratstätigkeit in den Jahren 2004 und 2005.
- 2 Nach erfolglosem Widerspruch hat das Verwaltungsgericht der auf Aufhebung der Bescheide und auf Rückzahlung des unter Vorbehalt gezahlten Betrages gerichteten Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen:

- 3 Dahinstehen könne, ob die Beiratstätigkeit zu den Pflichten des Hauptamtes des Klägers zähle. Jedenfalls sei sie durch § 3 Abs. 2 Nr. 3 der Verordnung über die Nebentätigkeit der Beamten und Richter im Lande Nordrhein-Westfalen vom 21. September 1982 (NtV NRW) einer Tätigkeit im öffentlichen Dienst gleichgestellt, so dass § 13 Abs. 2 Satz 1 NtV NRW die Abführung verlange. Wegen der Funktion der Regionalbeiräte als Gremien des Dialogs mit den kommunalen Aktionären werde die Beiratstätigkeit im Hinblick auf die dienstliche Stellung als Hauptverwaltungsbeamter ausgeübt. Die Berufung von Vertretern der Kommunen erfolge wegen ihrer kommunalrechtlichen Stellung. Bei der Wahrnehmung dieser Aufgabe sei der Bürgermeister zur Wahrung kommunaler Belange verpflichtet. Die Gleichstellung mit dem öffentlichen Dienst dürfe als dem Nebentätigkeitsrecht immanentes Ziel den Aspekt der Verwertung dienstlich erworbenen Wissens berücksichtigen. Zwischen der Funktion als Bürgermeister und der Tätigkeit im Regionalbeirat bestehe ein unmittelbarer Zusammenhang. Das Nebentätigkeitsrecht erlaube, dem Beamten die aus der Verwertung von dienstlich erworbenem Wissen erlangte Vergütung nur begrenzt zu belassen. Dass der Alimentationsgrundsatz nur einmal einen Anspruch auf angemessenen Unterhalt gebe, sei bei Tätigkeiten mit spezifischem Bezug zum Hauptamt zu berücksichtigen.
- 4 Der Kläger rügt die Verletzung von Landesbeamtenrecht.
- 5 Er beantragt,

das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 17. Dezember 2008 aufzuheben und die Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 24. August 2007 zurückzuweisen.
- 6 Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

II

- 7 Die Revision ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zutreffend entschieden, dass die Verpflichtung des Klägers zur Abführung der Vergütungen aus der Beiratstätigkeit für die RWE - Tochtergesellschaft in den Jahren 2004 und 2005 durch Leistungsbescheid rechtmäßig war.
- 8 1. Handelte es sich bei der Beiratstätigkeit des Klägers um eine Nebentätigkeit im Sinne des § 2 Abs. 1 NtV NRW, so unterläge er keiner Pflicht zur Ablieferung der Vergütung aus § 13 Abs. 2 Satz 1 1. Alt. in Verbindung mit § 3 Abs. 2 Nr. 3 NtV NRW.
- 9 Hiernach hat ein Beamter Vergütungen für Nebentätigkeiten im öffentlichen Dienst insoweit an den Dienstherrn im Hauptamt abzuführen, als sie für die in einem Kalenderjahr ausgeübten Tätigkeiten zusammengerechnet die Höchstgrenze des Absatzes 1 in Höhe von 6.000 € übersteigen. Der Nebentätigkeit im öffentlichen Dienst steht nach § 3 Abs. 2 Nr. 3 NtV NRW eine Nebentätigkeit für eine juristische Person gleich, die der Wahrung von Belangen einer Gemeinde dient oder die der Beamte im Hinblick auf seine dienstliche Stellung ausübt.
- 10 Das Berufungsgericht sieht beide Alternativen des § 3 Abs. 2 Nr. 3 NtV NRW erfüllt. Seiner Auslegung nach dient eine Tätigkeit im Regionalbeirat einer Aktiengesellschaft in überwiegend privater Hand jedenfalls dann der Wahrung von Belangen einer Gemeinde (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 1. Alt. NtV NRW), wenn der Hauptverwaltungsbeamte sie als gesetzlicher Vertreter der Gemeinde für die Aktionärin ausübt und dabei auch kommunalrechtlichen Bindungen an gemeindliche Interessen und Beschlüsse unterliegt. Zudem wird nach Auslegung des Berufungsgerichts eine Tätigkeit dann im Hinblick auf die dienstliche Stellung eines Beamten ausgeübt (§ 3 Abs. 2 Nr. 3 2. Alt. NtV NRW), wenn die Stellung eines Hauptverwaltungsbeamten der Kommune notwendige Bedingung für die Übertragung der Tätigkeit durch den Unternehmensvorstand gewesen ist.

- 11 Es kann dahin stehen, ob § 3 Abs. 2 Nr. 3 NtV NRW unwirksam ist, weil er den dem Ordnungsgeber durch § 75 Satz 2 Nr. 1 des Landesbeamtengesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Mai 1981 (LBG NRW a.F.) eingeräumten Regelungsspielraum überschreitet, oder ob eine den Rahmen der Ordnungsermächtigung wahrende, einschränkende Auslegung möglich wäre. Jedenfalls steht die Auslegung des § 3 Abs. 2 Nr. 3 NtV NRW durch das Berufungsgericht nicht in Einklang mit § 75 Satz 2 Nr. 1 LBG NRW a.F., der dem Ordnungsgeber in wesentlichen Konturen vorgegeben hat, welche Tätigkeiten im Regelungsbereich des Nebentätigkeitsrechts dem öffentlichen Dienst gleichgestellt werden dürfen.

- 12 Mit Beschluss vom 25. November 1980 (2 BvL 7, 8, 9/76 - BVerfGE 55, 207) hat das Bundesverfassungsgericht die Verfassungskonformität der Vorgängerregelung des § 75 Satz 2 Nr. 1 LBG NRW a.F. festgestellt (BVerfG, a.a.O., BVerfGE 55, 207 <225>). Hiernach genügt die Norm rechtsstaatlichen Anforderungen an die hinreichende Bestimmtheit deshalb, weil der dem Ordnungsgeber eröffnete Regelungsbereich in seinen wesentlichen Konturen vorgezeichnet ist. Die Zusammenhänge, die dem Gesetzgeber für eine Gleichstellung mit einer Nebentätigkeit im öffentlichen Dienst wesentlich sind, leitet das Bundesverfassungsgericht aus dem systematischen Zusammenhang mit verschiedenen Normen des Landesbeamtenrechts ab und konkretisiert sie in einer „Tendenzvorgabe“. Die Gleichstellung mit dem öffentlichen Dienst soll demzufolge Tätigkeiten auf Arbeitsstellen erfassen, die zum einen bei einer von der öffentlichen Hand faktisch, sei es auch bloß wirtschaftlich, beherrschten Einrichtung bestehen, und für die zum anderen die Vergütung zumindest mittelbar aus Beiträgen der öffentlichen Haushalte finanziert wird (BVerfG, a.a.O., BVerfGE 55, 207 <235>).

- 13 Da der hier anwendbare Halbsatz der Ordnungsermächtigung mit dem Wortlaut der vom Bundesverfassungsgericht geprüften Vorgängernorm identisch ist und in derselben Regelungstradition steht, gelten die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts auch für die Auslegung und Anwendung der Nebentätigkeitsverordnung vom 21. September 1982.

- 14 Der vom Bundesverfassungsgericht aus dem Regelungszusammenhang der Verordnungsermächtigung abgeleiteten Vorgabe für den Ordnungsgeber nach § 75 Satz 2 Nr. 1 LBG NRW a.F. liegt der Grundsatz der Einheit der öffentlichen Kassen zugrunde. Dass gegen die Ablieferungspflicht für Vergütungen aus Nebentätigkeiten im öffentlichen Dienst verfassungsrechtliche Bedenken nicht bestehen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. Januar 2007 - 2 BvR 1188/05 - BVerfGK 10, 186 <191-193>), folgt aus dem Zweck der Ablieferungspflicht: Sie dient innerhalb der Grenzen des Verhältnismäßigkeitsprinzips dem legitimen Ziel der Vermeidung einer Doppelalimentation aus öffentlichen Kassen: Der Dienstherr genügt seiner Alimentationspflicht gegenüber dem Beamten, wenn er diesem die ihm zustehende Besoldung in der vollen, durch Gesetz festgesetzten Höhe zahlt und andere Bezüge, die die öffentliche Hand aufgrund eines weiteren Beschäftigungsverhältnisses leistet, bis zu den Höchstgrenzen der Nebentätigkeitsverordnung zur Entlastung seines öffentlichen Haushaltes einfordert (vgl. Beschluss vom 3. Juli 2003 - BVerwG 2 C 17.02 - Buchholz 237.8 § 72 RhPIBG Nr. 1 - Rn. 15). Dagegen ist das Recht auf entgeltliche Verwertung der eigenen Arbeitskraft des Beamten durch eine Nebentätigkeit außerhalb des öffentlichen Dienstes durch Art. 2 Abs. 1 GG bzw. Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Der Beamte darf diese Nebentätigkeiten gegen Entgelt ausüben, wenn und soweit öffentliche Belange nicht beeinträchtigt werden (vgl. Urteile vom 26. Juni 1980 - BVerwG 2 C 37.78 - BVerwGE 60, 254 <255>; vom 6. Dezember 1989 - BVerwG 6 C 52.87 - BVerwGE 84, 194 <197> und vom 24. November 2005 - BVerwGE 2 C 32.04 - BVerwGE 124, 347 <353>). Die Gleichstellung einer Nebentätigkeit mit einer solchen im öffentlichen Dienst durch § 3 Abs. 2 NtV NRW greift in das Grundrecht des betroffenen Beamten ein, weil sie eine Ablieferungspflicht aus § 13 Abs. 2 Satz 1 NtV NRW begründet. Dies schließt aus, eine Pflicht zur Ablieferung der Vergütung für eine erlaubte Nebentätigkeit außerhalb des öffentlichen Dienstes zu begründen, wenn die Vergütung auch nicht mittelbar aus öffentlichen Kassen stammt. Eine derartige Pflicht würde gegen Art. 2 Abs. 1 bzw. Art. 12 Abs. 1 GG und als Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem auch gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen.

- 15 Hiernach setzt § 75 Satz 2 Nr. 1 LBG NRW a.F. für die Gleichstellung einer Tätigkeit eines Beamten für ein privates Unternehmen mit einer Nebentätigkeit im öffentlichen Dienst voraus, dass das private Unternehmen faktisch, zumindest wirtschaftlich von der öffentlichen Hand beherrscht wird und Vergütungen für die Nebentätigkeit jedenfalls mittelbar aus Beiträgen der öffentlichen Hand finanziert. Die Auslegung und Anwendung des § 3 Abs. 2 Nr. 3 NtV NRW durch das Berufungsgericht stellt aber nicht darauf ab, dass und ob die RWE AG bzw. eine ihrer Tochtergesellschaften zumindest wirtschaftlich von der öffentlichen Hand beherrscht wird und Vergütungen für Mitglieder ihrer Regionalbeiräte zumindest mittelbar aus öffentlichen Kassen finanziert. Dem Berufungsgericht geht es bei Auslegung und Anwendung der Nebentätigkeitsverordnung ausdrücklich nicht um die Vermeidung von Doppelzahlungen aus öffentlichen Haushalten. Vielmehr stellt es fest, dass die Vergütung der Regionalbeiratstätigkeit aus Mitteln der RWE Tochtergesellschaft und also nicht aus einem öffentlichen Haushalt aufgebracht wird. Damit trägt die Auslegung und Anwendung von § 3 Abs. 2 Nr. 3 NtV NRW durch das Berufungsgericht dem Grundsatz der Einheit der öffentlichen Kassen als tragendem Aspekt der Gleichstellung nicht Rechnung und überschreitet deshalb den gesetzlichen Rahmen der Verordnungsermächtigung.
- 16 2. Das angegriffene Urteil ist aber aus anderen Gründen im Ergebnis zutreffend (§ 144 Abs. 4 VwGO). Denn aus den Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt sich, dass die von ihm offen gelassene Frage nach der Zuordnung der Regionalbeiratstätigkeit zum Hauptamt des Klägers mit der Folge zu bejahen ist, dass eine Ablieferungspflicht mindestens in der durch den Leistungsbescheid festgesetzten Höhe besteht. Ist die Tätigkeit Teil der Aufgaben des Hauptamtes, so kann sie sie entgegen der Annahme des Berufungsgerichts keine Nebentätigkeit darstellen (vgl. § 2 Abs. 2 NtV NRW).
- 17 Es kann dahinstehen, ob sich diese Rechtsfolge auch aus dem vom Berufungsgericht angeführten § 76 Abs. 2 Satz 1 2. Halbsatz LBG NRW a.F. in Verbindung mit §§ 73 ff StGB ergibt. Jedenfalls greift hier § 75a LBG NRW a.F. (nunmehr § 58 LBG NRW) ein. Hiernach hat ein Beamter eine Vergütung an den Dienstherrn abzuführen, wenn er sie für eine Tätigkeit erhält, die er wie

eine Nebenbeschäftigung ausübt, die aber zu seinen dienstlichen Aufgaben im Haupt- oder Nebenamt gehört. Die Norm konkretisiert das allgemeine Verbot, Belohnungen für eine zum Hauptamt gehörende Tätigkeit anzunehmen (vgl. Urteil vom 23. April 1998 – BVerwG 2 C 19.97 – BVerwGE 106, 324 zu § 84 des Saarländischen Beamtengesetzes). Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass der Beamte für die Ausübung seines Amtes angemessen bereits durch seine gesetzlich festgesetzte Besoldung alimentiert wird und stellt sicher, dass der Beamte für die Wahrnehmung der Aufgaben seines Dienstpostens nicht dadurch ein gesetzlich nicht vorgesehenes Entgelt erhält, dass Teile seines Pflichtenkreises unter Umgehung der strikten Gesetzesbindung des Besoldungsrechts als Nebenbeschäftigung behandelt werden.

- 18 Zwar nimmt die Zuordnung einer Aufgabe zu einem Hauptamt oder ihre Ausgestaltung als Nebenamt oder Nebentätigkeit grundsätzlich der Dienstherr kraft seiner Organisationsgewalt vor (Urteile vom 17. Dezember 1981 - BVerwG 2 C 3.81 - Buchholz 237.6 § 80 LBG Niedersachsen Nr. 1 S. 2 m.w.N. und vom 23. April 1998 - BVerwG 2 C 19.97 - BVerwGE 106, 324 <326>). Hier ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Kläger als Bürgermeister Hauptverwaltungsbeamter und nicht Laufbahnbeamter, sondern kommunaler Wahlbeamter ist. Damit nimmt er eine besondere Stellung im demokratischen Gefüge ein (vgl. Urteil vom 25. Juni 2009 - BVerwG 2 C 47.07 - Buchholz 239.1 § 66 BeamtVG Nr. 2 m.w.N.), ist er doch unmittelbar demokratisch legitimiert und Organ der Gemeinde. Dieser besondere Status schließt es aus, die Zuordnung einer einzelnen Tätigkeit zum Hauptamt des Bürgermeisters stets von einer Organisationsentscheidung des Gemeinderates abhängig zu machen. Vielmehr bestimmt der Amtsträger innerhalb der durch das Kommunalverfassungsrecht gezogenen Grenzen selbst, welche konkreten Aufgaben mit kommunalem Bezug er in seiner Amtszeit übernimmt und damit zum Teil seines Hauptamtes macht. Wird einem Hauptverwaltungsbeamten die Übernahme eines an seine Amtsstellung gebundenen Mandates im Beirat eines privaten Unternehmens, an dem die Gemeinde beteiligt ist und dessen Leistungen zudem im Zusammenhang mit der gemeindlichen Aufgabe der Daseinsvorsorge stehen, angeboten, so nimmt er mit der Annahme dieses Angebotes seine Befugnis wahr, den Pflichtenkreis seines Hauptamtes zu konkretisieren. Jedenfalls dann, wenn die Amtsträger-

schaft notwendige Voraussetzung der Berufung in einen Beirat eines Unternehmens mit kommunaler Beteiligung ist, ist die Übernahme der Tätigkeit durch einen Bürgermeister nicht mehr dem privaten Bereich und der Freizeit des Beamten zuzuordnen, in der er seine Arbeitskraft ohne Ablieferungspflichten entgeltlich verwerten darf.

- 19 Hier ergibt sich aus den die Anwendung von § 3 Abs. 2 Nr. 3 NtV NRW durch das Berufungsgericht tragenden tatsächlichen Feststellungen des Berufungsurteils, dass die Regionalbeiratstätigkeit des Klägers seinem Hauptamt zuzuordnen ist:
- 20 Das Berufungsgericht legt seiner Entscheidung die Feststellung zugrunde, dass die Position als Hauptverwaltungsbeamter notwendige Bedingung für die Berufung in den Regionalbeirat durch den Unternehmensvorstand ist. Es schließt dies aus dem Inhalt eines Schreibens des Unternehmensvorstandes an den Kläger und aus den für die Berufung maßgeblichen Satzungsbestimmungen des Unternehmens zur Funktion der Beiräte und zu den Anforderungen an ihre Mitglieder. Die tatsächlichen Feststellungen zum Inhalt des Schreibens und der Satzungen bzw. Berufungsgrundsätze des Unternehmens sind vom Kläger nicht mit Verfahrensrügen angegriffen worden. Ihre Würdigung verstößt nicht gegen Denkgesetze, Erfahrungssätze und allgemeine Auslegungsgrundsätze und ist daher nach § 137 Abs. 2 VwGO für das Revisionsgericht bindend. Dass die Amtsträgerschaft notwendige Bedingung der Berufung war, stellt die Revision im Übrigen nicht in Abrede. Ob weitere personenbezogene Auswahlkriterien für die Berufung konkreter Personen hinzutreten, ist für die Amtsbezogenheit der Berufung und damit der Tätigkeit unerheblich.
- 21 Ist der Kläger hiernach gerade in seiner Eigenschaft als Hauptverwaltungsbeamter und gesetzlicher Vertreter einer Gemeinde als Aktionärin in den Beirat berufen worden, so geht das Berufungsgericht weiter zutreffend davon aus, dass die Tätigkeit nicht als privat einzustufen ist. Dass die Wahrnehmung der Beiratstätigkeit einen kommunalen Bezug aufweist, ergibt sich schon daraus, dass die Kommune Gesellschafterin des fraglichen Unternehmens ist und dass

dieses im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit Leistungen im Bereich der Daseinsvorsorge für Gemeindegewohner erbringt.

- 22 Das Berufungsgericht hat das nicht reversible Kommunalverfassungsrecht, insbesondere die §§ 63, 113 GemO NRW, in dem Sinne ausgelegt, dass es einer Berufung des Klägers in den Beirat eines privaten Unternehmens und der Wahrnehmung der Aufgabe durch ihn nicht entgegen steht. Die von der Revision aufgeworfene Frage nach dem Vorrang des Aktiengesetzes als Bundesrecht vor landesrechtlichem Kommunalverfassungsrecht stellt sich im Zusammenhang mit der Frage nach der Zuordnung der Tätigkeit zum Hauptamt eines Bürgermeisters nicht. Das Berufungsgericht geht jedenfalls ohne Verletzung revisiblen Rechts davon aus, dass allein die Möglichkeit des Entstehens einzelner Kollisionen von Pflichten aus unterschiedlichen Rechtskreisen nicht schon für sich genommen die Wahrnehmung der Beiratstätigkeit durch einen Hauptverwaltungsbeamten ausschließt.
- 23 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Herbert

Dr. Heitz

Thomsen

Dr. Eppelt

Dr. Fleuß

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Beamtenrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

LBG NRW a.F.	§ 75 Satz 2 Nr. 1
	§ 75a
	§ 76 Abs. 2
NtV NRW	§ 2
	§ 3 Abs. 2 Nr. 3
	§ 13 Abs. 2 Satz 1 1. Alt.

Stichworte:

Abführung; Ablieferung; Nebentätigkeit; Vergütung; Aktiengesellschaft; Regionalbeirat; Beirat; Gesellschaft; privates Unternehmen; kommunale Beteiligung; kommunale Aktionäre; Bürgermeister; Hauptverwaltungsbeamter; öffentlicher Dienst; Gleichstellung; öffentliche Hand; öffentliche Kassen; Hauptamt; Alimentation; Besoldung; kommunaler Wahlbeamter; Organisationsentscheidung; kommunaler Bezug.

Leitsätze:

1. Die Tätigkeit eines Beamten im Beirat eines privaten Unternehmens darf einer Nebentätigkeit im öffentlichen Dienst nach § 75 Satz 2 Nr. 1 LBG NW a.F. nur dann gleichgestellt werden, wenn das Unternehmen von der öffentlichen Hand zumindest wirtschaftlich beherrscht wird und Vergütungen jedenfalls mittelbar aus Beiträgen der öffentlichen Hand finanziert.

2. Ist das Amt eines Bürgermeisters notwendige Bedingung für die Berufung in den Beirat eines privaten Unternehmens mit kommunaler Beteiligung, so ordnet die Übernahme des Beiratsmandats durch den Bürgermeister diese Tätigkeit seinem Hauptamt zu. Eine für die Beiratstätigkeit von dem privaten Unternehmen gezahlte Vergütung ist nach § 75a LBG NW a.F. an den Dienstherrn abzuführen.

Urteil des 2. Senats vom 31. März 2011 - BVerwG 2 C 12.09

I. VG Düsseldorf Urteil vom 24.08.2007 - Az.: 26 K 1055/07 -

II. OVG Münster Urteil vom 17.12.2008 - Az.: 1 A 2938/07 -