

V. Zusammenfassung

Dienstreisen kommt nach der gesetzgeberischen Leitidee ein konzeptioneller Ausnahmecharakter dienstlicher Aufgabenerfüllung zu. Dem Reisekostenrecht liegt die Vorstellung zugrunde, dass der Dienstreisende Dienstgeschäfte als atypische Form der Dienstleistung am Zielort der Dienstreise erbringt. Ob das nur ein typischer und möglicher, nicht aber ein zwingender Weg ist, eine Dienstreise durchzuführen, hatten die Verwaltungsgerichte jüngst zu entscheiden. Der Wortlaut der Reisekostengesetze schließt nicht aus, dass Reisezeit und Dienstgeschäft zusammenfallen können. Wie das BAG hat nun auch das BVerwG (für das hessische Landesreisekostenrecht) eine teleologische Reduktion des über seinen inneren Sinngehalt hinauschießenden Gesetzeswortlauts vorgenommen. Einsatzwechsel – und Fahrtätigkeit sind danach keine Dienstreisen. Der Ersatz der damit verbundenen Mehraufwendungen ist systematisch Aufgabe des Besoldungs-, nicht des Reisekostenrechts. Mag man das – insbesondere je nach spezifischer Landesreisekostenrechtlicher Ausgestaltung und historischer Regelungsinention des jeweiligen Gesetzgebers – auch anders sehen, sind die Verpflegungsmehraufwendungen von Polizeivollzugsbeamten und

Beamten der Feuerwehr jedenfalls bereits durch die pauschalierende Abgeltungswirkung der für sie eigens vorgesehenen Polizei- bzw. Feuerwehrzulage abgedeckt. Diese sollen nach ihrer Funktion Begehrlichkeiten entgegenreten, die auf einen über die Pauschalierungsfunktion hinausgehenden reisekostenrechtlichen Ersatz von Mehraufwendungen für die Dienstaufübung gerichtet sind. Ein weitergehender Anspruch auf Tagegeld besteht neben der Stellenzulage nicht.

Dienstreisezeiten sind Arbeitszeiten, soweit sie, wie z. B. bei dem Chauffeur oder Busfahrer, originärer Teil der dienstlichen Leistungspflicht sind oder der Dienstherr den Beschäftigten während dieser Zeit dienstlich in Anspruch nimmt. Auch soweit das nicht der Fall ist, braucht der Beschäftigte während der üblichen Dienstzeit zugebrachte Reisezeit nicht nachzuholen. Er kann für überschüssige Zeit indes keinen Anspruch auf dienstlichen Mehrbelastungsausgleich erheben. Auch insoweit unterscheidet sich, wie *Johann Wolfgang von Goethe* gleichfalls treffend bemerkt hat, die Dienstreise in ihrem normativen Anspruch von der privaten Reise. Denn nur für Letztere gilt: „Die Reise gleicht einem Spiel; es ist immer Gewinn und Verlust dabei und meist von der unerwarteten Seite.“

Aspekte der Fünftelvermutung des Nebentätigkeitsrechts

Dr. Hellmuth Günther

Obwohl der Bundesgesetzgeber die Fünftelklausel vor einigen Jahren nachgebessert hat, enthält die Regelvermutung weitere Aspekte, deren landläufige Interpretation schwerlich vollends befriedigt. Die hiesige Skizze bringt eine systematische Darstellung der Vorschrift des BBG.

I. Einführung

Die Fünftelvermutung (§ 99 Abs. 3, S. 1, 2, 4, 5 BBG), die den „Versagungsgrund der drohenden Gesamtüberlastung aus Hauptamt und Nebentätigkeit“¹ (§ 99 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BBG) arroundiert, hat, als sie fixiert wurde (§ 65 Abs. 2 S. 3 BBG [F 1985]), praxisbezogene Bedenken geweckt.² Vor allem hat sie normtheoretische Fragen aufgeworfen, zum Tatbestand und zur Rechtsfolge, ohnehin wegen ihrer Verfassungsimplikationen. Die praktischen Bedenken scheinen eher abgeklungen, werden jedenfalls seit längerem nicht mehr erörtert. Die theoretischen Fragen aber hat der nachjustierende Gesetzgeber (des DNeuG [2009]) nur teilweise behoben. Nicht einhellig geklärt ist nach wie vor das Konzept der Figur. Zudem erscheint die übliche Interpretation ihres Tatbestandes gegen den klaren Wortlaut problematisch. Ebenso problematisch mutet die gängige Interpretation der Ausnahmen von der Regel an, die ein Textverständnis favorisiert, das dem Dienstherrn Ermessen beim Eingriff in Grundrechte der Beamten zubilligt, obwohl der Normwortlaut eine Deutung ermöglicht, die der Verfassungsrelation Rechnung trägt. Die folgende Skizze systematisiert und gibt zugleich eine bilanzierende Übersicht, die neben den Literaturresultaten das knappe publizierte Judikaturmaterial umfasst. Sie legt prinzipiell für Bundesbeamte geltendes Recht zugrunde.³

II. Fünftelvermutung

1. Geschichte der Figur, Absichten des Normgebers

Die Fünftelvermutung ist im Rahmen des ersten NebentätigkeitsbegrenzungsG (1985),⁴ der umfassendsten Novellierung

des damals betont unter „Pflichten“ der Beamten (§§ 52 ff. BBG aF) rubrizierten Regelungskomplexes, normiert worden. Sie ergänzte (§ 65 Abs. 2 S. 3 BBG [F 1985]) eine der exemplarischen Negativalternativen (§ 65 Abs. 2 S. 2 Nr. 1–6 BBG [F 1985]), mit denen die Generalklausel der Nebentätigkeitsversagung (§ 65 Abs. 2 S. 1 BBG [F 1985])⁵ typisiert wurde, nämlich die Untersagung einer Nebentätigkeit, die „nach Art und Umfang die Arbeitskraft so stark in Anspruch nimmt, dass die ordnungsgemäße Erfüllung der dienstlichen Pflichten behindert werden kann“ (Nr. 1).⁶ Zur Begründung hieß es: „Das Genehmigungsermessen“ (sic) „des Dienstvorgesetzten wird stärker als bisher an konkrete Voraussetzungen gebunden und damit sachbezogen eingeeengt ... Die Neuregelung stellt klar, daß bei Überschreiten der Nebentätigkeit über ein Fünftel der regelmäßigen wöchent-

1) *Summer*, ZBR 1988, S. 1 (6).

2) Vgl., mit unterschiedlicher Tendenz und Intensität: *NN*, DÖD 1985, S. 57 (58, 61); *Thieme*, JZ 1985, S. 1024 (1026). Ferner etwa: *Scheuring*, *PersV* 1985, S. 89 (91); *Summer*, ZBR 1988, S. 1 (7).

3) Das BeamtStG ist zur Nebentätigkeit bewusst aussagearm (§ 40). Die Länder haben die rahmenrechtlich vorgegeben gewesene (§ 42 Abs. 2 S. 3 BRRG) Fünftelklausel beibehalten, zum Teil unter Präzisierung des Maßes. Statt anderer (Texte versammelt z. B. bei *von Zwehl*, *Nebentätigkeitsrecht im öffentlichen Dienst*, 3. Aufl. 2011, S. 259 ff.) § 83 Abs. 2 S. 3 LBG BW; Art. 81 Abs. 3 S. 3 LBG Bayern; § 73 Abs. 1 S. 3 LBG Nds; § 49 Abs. 2 S. 3 LBG NRW; § 82 Abs. 2 S. 3 LBG Sachsen.

4) *NebentätigkeitsbegrenzungsG* vom 21.2.1985, BGBl I S. 371.

5) Die Generalklausel war bis dahin weniger konzentriert gefasst, enthielt jedoch Topoi (§ 65 Abs. 2 BBG vom 14.7.1953 [BGBl I S. 551]): „Die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn zu besorgen ist, daß die Nebentätigkeit die dienstlichen Leistungen, die Unparteilichkeit oder die Unbefangenheit des Beamten oder andere dienstliche Interessen beeinträchtigen würde“.

6) Ähnlich bereits § 5 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BNV i. d. F. vom 28.8.1974 (BGBl I S. 2118). Es ging, es geht um die Gewähr der „Dienstleistung in Frische“: *Summer*, ZBR 1988, S. 1 (3, 6).