

S. 2 BeamtVG zu beachten, wonach als ruhegehaltfähige Dienstbezüge die dem letzten Amt entsprechenden vollen ruhegehaltfähigen Dienstbezüge gelten. Im Hinblick auf die ruhegehaltfähige Dienstzeit ist auf § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 BeamtVG hinzuweisen, wonach die Zeit einer Beurlaubung ohne Dienstbezüge berücksichtigt werden kann, wenn spätestens bei Beendigung des Urlaubs schriftlich oder elektronisch anerkannt worden ist, dass der Urlaub dienstlichen Interessen oder öffentlichen Belangen dient und der Beamte für die Dauer der Beurlaubung einen Versorgungszuschlag zahlt.

### VIII. Zusammenfassung

Unter Twinning versteht man die Entsendung von Beschäftigten des öffentlichen Dienstes eines EU-Mitgliedstaates zu dem öffentlichen Dienst in Partnerländern der Europäischen Union, um dort den Aufbau rechtsstaatlicher Strukturen in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung zu fördern und dieses Partnerland auf diesem Wege an die Standards der Europäischen Union heranzuführen (Abschnitt I.). Werden Beamte als Kurz- oder Langzeit-Experten im Wege der Zuweisung eingesetzt, werden alle Zweifelsfragen vermieden, ob die Aufgabe der Unterstützung einer supra- oder internationalen Organisation oder eines Partnerlandes auch zum Pflichtenkreis des Hauptamts gehört und die Probleme der Vereinbarkeit des Hauptamts mit den sich aus einer entsprechenden Nebentätigkeit ergebenden Verpflichtungen entfallen (Abschnitt II.). Hinsichtlich der Projektleiter stellt es den geringsten Aufwand dar, diese im Wege des Hauptamtes zu beschäftigen. Werden sie hingegen zugewiesen oder erfolgt eine Nebenbeschäftigung, können besondere auch finanzielle Anreize für das Engagement geschaffen werden (Abschnitt III.). Es empfiehlt sich für die twinnende Behörde, in den Fällen einer Zuweisung oder Nebenbeschäftigung ausdrücklich einen Dienstvertrag mit dem twinnenden Beamten zu schließen und darin dessen Aufgabenfeld und die ihm dafür zu erbringenden Gegenleistungen festzulegen. Zu diesem Zweck kann die twinnende Behörde die Entsendebehörde oder einen anderen

Dritten als Stellvertreterin oder Botin einschalten (Abschnitt IV.). Unter dem Gesichtspunkt des europarechtlichen effet utile sprechen insbesondere der Wortlaut des Anhangs A 7 des Twinning-Handbuchs und der mit der flat daily allowance verfolgte Zweck, besondere Belastungen pauschal auszugleichen, dafür, die Möglichkeit der vollständigen oder teilweisen Weiterleitung der flat daily allowance an den Kurzeitexperten zuzulassen. Auf diese Weise können die europarechtlichen Regelungen besondere Wirksamkeit entfalten. Nach deutschem öffentlichen Dienstrecht kann allerdings bei einer Entsendung des Kurzeitexperten im Hauptamt die flat daily allowance weder als Besoldungsbestandteil noch als Teil der Reisekosten an ihn weitergeleitet werden. Vielmehr empfiehlt es sich, den Experten durch die Entsendebehörde zuweisen zu lassen und im Rahmen des Dienstvertrages über das Twinning auch eine Regelung über die Weiterleitung der flat daily allowance aufzunehmen. Zusätzlich ist sicherzustellen, dass die oberste Dienstbehörde, gegebenenfalls im Einvernehmen mit dem Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, von der Anrechnung der auf diese Weise erlangten anderweitigen Bezüge auf die Besoldung gemäß § 9a Abs. 2 BBesG absieht. Auch im Hinblick auf die Auszahlung der Reisetagegelder an den Beamten, sollte dieser nicht im Rahmen seines Hauptamtes twinnen, sondern unter Abschluss eines zusätzlichen Vertrages über die Umstände des Twinning zugewiesen werden. Auch eine Nebenbeschäftigung auf vertraglicher Grundlage kommt in Betracht, wobei ihm dann allerdings keine gesetzlichen Ansprüche auf Gewährung von Tagegeld, Auslandstagegeld und Auslandstrennungsgeld zustehen (Abschnitt V.). Um einen optimalen Versicherungsschutz des twinnenden Beamten zu gewährleisten, empfiehlt es sich, ihn im Haupt- oder Nebenamt oder im Wege der Zuweisung für das Twinning einzusetzen (Abschnitt VI.). Pensionsrechtliche Nachteile für den twinnenden Beamten werden vermieden, sofern dieser für das Twinning nicht beurlaubt, sondern im Hauptamt oder im Wege der Zuweisung entsandt wird. Auch eine Nebenbeschäftigung ist insoweit unschädlich (Abschnitt VII.).

## Beamtenrecht in Dienst- und Arbeitsverträgen?

### Regelungsbedürfnisse bei der Integration beamtenrechtlicher Bezüge in privatrechtliche Beschäftigungsverhältnisse

Dr. Eberhard Baden

*Immer wieder wird der Versuch unternommen, Dienst- und Arbeitsverträge insbesondere höher qualifizierter Beschäftigter dergestalt abzuschließen, dass darin auf beamtenrechtliche Regelungen insbesondere im Bereich der Besoldung und Versorgung Bezug genommen wird. Allerdings laufen derartige Versuche in der Praxis darauf hinaus, die im Grunde nur*

*schwer miteinander zu vereinbarenden Rechtssysteme des strikt gesetzgebundenen, öffentlich-rechtlich strukturierten Beamtenrechts auf der einen Seite mit den weitgehenden Freiheiten des Privatrechts ohne nennenswerte Reibungsverluste zu verquicken. Dass solches nicht ohne Weiteres gelingen kann leuchtet unmittelbar ein, und in der Tat erweisen sich*

*derartige Verträge als komplex, risikobehaftet und leider oft in der Durchführung auch streitträchtig. Der vorliegende Beitrag versucht, die Brennpunkte der solcherart zu Tage tretenden Probleme zu beleuchten und Hinweise dafür zu geben, welche Punkte besondere Beachtung erheischen. An der Staatshaftigkeit derartiger Verträge besteht kein Zweifel; im Privatrecht herrscht Vertragsfreiheit. Daher ist vom Grundsatz nichts dagegen einzuwenden, Verträge auch derart zu gestalten, dass fremde Regelungsinhalte durch Verweisung oder Bezugnahme inkorporiert werden.*

## I. Anwendungsbereiche

Welche Überlegungen im Einzelnen angestellt werden, überhaupt derartige Verträge mit Bezug auf beamtenrechtliche Regelungen abzuschließen, sei angesichts der Vielgestaltigkeit der Ausgangssituationen einmal dahingestellt; mangels rechtstatsächlicher Erhebungen müssten wir bei Spekulationen verharren. Praktischer Befund ist jedoch, dass es im Wesentlichen zwei Felder gibt, in denen es offensichtlich ein Bedürfnis für derartige Vertragsgestaltungen zu geben scheint. Gemeinsame Schnittstelle ist, dass es um Bereiche geht, die in irgendeiner Form dem Öffentlichen Dienst zuzurechnen sind oder zumindest nahestehen.

Zum einen geht es regelmäßig um Fälle der Übertragung von hochdotierten<sup>1</sup> Führungsfunktionen bei Einrichtungen der Zusammenarbeit von Trägern des Öffentlichen Dienstes, die privatrechtlich organisiert sind und mangels Dienstherrenfähigkeit keine Beamtenverhältnisse unterhalten können, jedoch für ihre Leitungsorgane Wert auf Menschen mit besonderem Erfahrungshintergrund im Öffentlichen Dienst legen; dies findet sich beispielsweise bei der Leitung von (Interessen- und Dach-) Verbänden, bei Einrichtungen der Religionsgesellschaften oder dergleichen mehr, aber auch bei Einrichtungen, die trotz bestehender Dienstherrenfähigkeit aus anderen Gründen die Leitungsfunktion nicht in der Form eines Beamtenverhältnisses besetzen mögen; dies findet man beispielsweise bei Vorständen und Geschäftsführungen von öffentlich-rechtlich organisierten Kammern, deren Spitzenämter nicht auf Lebenszeit, sondern (ggf. auf der Grundlage von Wahlen oder im Hinblick auf eine notwendige Zusammenarbeit mit Ehrenamtlern) nur auf Zeit besetzt werden sollen.

Der andere große Bereich betrifft ausgegliederte kommunale Einrichtungen in Form einer AöR oder auch einer privatrechtlichen Gesellschaft. Hier werden häufig vorhandene kommunale Beamte<sup>2</sup> eingesetzt, die Geschäftsführung zu übernehmen, sei es mit einem Teil ihrer Arbeitskraft, sei es unter Entbindung von ihren eigentlichen Amtsaufgaben in Vollzeit.

Der Wunsch, derartige Beschäftigungsverhältnisse beamtenrechtsähnlich zu gestalten, kann durchaus unterschiedliche Anlässe haben. Da gibt es zu einen die bereits angesprochene rechtliche Unmöglichkeit, ein Beamtenverhältnis zu begründen, weil dem Dienstherrn oder Arbeitgeber die sog. Dienstherrenfähigkeit fehlt, wie z. B. bei privatrechtlich strukturierten Verbänden (Vereine, Stiftungen) oder bei Gesellschaften des Privatrechts. Unter der Dienstherrenfähigkeit versteht das Gesetz die (rechtliche) Kompetenz, überhaupt „Beamte zu haben“, § 2 BBG/BeamStG<sup>3</sup>. Diese Befugnis haben originär nur der Bund, die Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände sowie hiervon abgeleitet diejenigen Anstalten, Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts, denen die Dienstherrenfähigkeit gesetzlich verliehen wurde. Damit scheidet zunächst bereits alle diejenigen Anstalten, Körperschaften und Stiftungen aus, die über eine solche Verleihung nicht verfügen,

und alsdann insbesondere alle Einrichtungen des privaten Rechts, beginnend bei privatrechtlichen Gesellschaften über Vereine bis hin zu beispielsweise Stiftungen des privaten Rechts. Diese alle können als nicht dienstherrenfähige Arbeitgeber keine eigenen Beamtenverhältnisse begründen und auch keine bereits vorhandenen Beamten aus dem originären Verwaltungsbereich übernehmen.

Bei bereits vorhandenen Beamten besteht allenfalls die Möglichkeit, diese statusrechtlich bei ihrem bisherigen Rechtsträger zu belassen, sie aber zur Dienstleistung einem anderen – auch privatrechtlichen – Träger zuzuweisen (§§ 29 BBG, 20 BeamStG), jedoch nur unter besonderen Voraussetzungen und grundsätzlich nur „vorübergehend“; der Beamte bleibt an seinen originären Dienstherrn gebunden, und dem neuen Träger, der von den Fähigkeiten und Leistungen des Beamten nutzen soll, wird lediglich ein Teil der Weisungsrechte übertragen. Dies widerspricht häufig der gehegten Intention.

Ein anderes Modell ist das der sog. In-sich-Beurlaubung: Der Beamte wird bei fortbestehendem Beamtenverhältnis ohne Dienstbezüge beurlaubt, um anschließend mit dem (neuen) Arbeitgeber in Ausnutzung der dort bestehenden Vertragsfreiheit eine Vereinbarung mit regelmäßig höherer Vergütung abzuschließen. Dies geschieht regelmäßig mit sog. Gewährleistungsbescheid, der die Mitberücksichtigung der Beschäftigungszeiten bei der späteren Ermittlung der Beamtenversorgung sichern soll. Aber auch hier bleibt der Beschäftigte letztlich an seinen bisherigen Dienstherrn gebunden.

Aber selbst dann, wenn der Träger selbst durchaus dienstherrenfähig ist, also eigene Beamtenverhältnisse begründen oder fremde übernehmen könnte (so regelmäßig bei Kammern, teilweise auch bei ausgegliederten AöR), besteht häufig die Vorstellung, insbesondere Führungskräfte auf der Grundlage eines Dienst- oder Arbeitsvertrages zu beschäftigen, gleichwohl aber Rahmenbedingungen eines Beamtenverhältnisses zum Tragen kommen zu lassen. Eine wesentliche Besonderheit von regulären Beamtenverhältnissen besteht nämlich darin, dass diese – nach erfolgreichem Absolvieren einer Probezeit – „auf Lebenszeit“ begründet werden; die sprichwörtliche Sicherheit des Arbeitsplatzes macht gerade deswegen ein wichtiges Element der Attraktivität dieses Rechtsstatus aus. Andererseits sollen bestimmte, insbesondere wahlabhängige Führungspositionen ganz bewusst nur „auf Zeit“ übertragen werden. Zeitbeamtenverhältnisse sind aber wegen des entgegenstehenden Lebenszeitprinzips nur in besonderen, stets rechtfertigungsbedürftigen Fallkonstellationen statthaft.<sup>4</sup> Als Instrument der Wahl wird dann der Abschluss eines Dienstvertrages mit beamtenrechtlichen Komponenten angesehen.

Schließlich mag auch der Umstand eine Rolle spielen, dass eine Beamtenbesoldung kraft jeder gesetzlich verfügbaren Besoldungserhöhung automatisch dynamisiert ist; aufwändige, insbesondere vielleicht gremienabhängige oder funktionsbedingt unerwünschte Tarif- oder Gehaltsverhandlungen werden damit obsolet.

- 1) Regelmäßig geht es um den Bereich mittlerer oder höherer B-Besoldungen.
- 2) In diesen Fällen können auch – je nach Gemeindegröße – mittlere bis höhere A-Besoldungen (ab A 12 aufwärts) betroffen sein.
- 3) Da der Beitrag nicht auf alle etwaigen landesrechtlichen Besonderheiten eingehen kann, werden im Folgenden nur die jeweiligen bundesrechtlichen Bestimmungen zugrunde gelegt.
- 4) Vgl. zuletzt BVerfG vom 24.4.2018 – 2 BvL 10/16, ZBR 2018, 304 m. w. N.