

Rückzahlungspflicht von Vergütungen für Tätigkeiten im Hauptamt durch kommunale Wahlbeamte und Verjährung von Rückforderungen

A. Auftrag

Die Fraktion BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN hat den Wissenschaftlichen Dienst um eine gutachtliche Stellungnahme gebeten, inwieweit die Landesregierung aufgrund der Kommunal- beziehungsweise Staatsaufsicht oder aufgrund des materiellen Rechts (Disziplinarrecht) verpflichtet ist, gegenüber kommunalen Wahlbeamten eine Ablieferungspflicht von Vergütungen für Tätigkeiten im Hauptamt durchzusetzen. Dem Gutachtauftrag zu Folge soll dabei berücksichtigt werden, dass nach Darstellung des Innenministeriums¹ Anhaltspunkte für Rechtsverstöße in den Kommunen bei der Geltendmachung der Ablieferungspflicht nicht vorlägen, obgleich das Ministerium aber Kenntnis über die dem Hauptamt zuzuordnenden Tätigkeiten kommunaler Wahlbeamte habe und ihm zudem aufgrund der Haushaltsrechnungsstatistik auch die Höhe der abzuführenden Beträge bekannt sei.

Soweit das Gutachten deswegen zu dem Ergebnis gelangen sollte, dass die Landesregierung oder die Aufsichtsbehörde zur Durchsetzung der Ablieferungspflicht verpflichtet seien, ist weiter um Darlegung gebeten worden, welche Möglichkeiten für das Parlament bestehen, die Landesregierung oder Aufsichtsbehörde zur Einhaltung der ihnen obliegenden Pflicht anzuhalten.

Ferner hat die auftraggebende Fraktion um Klärung gebeten, welche Verjährungsfristen für die Ablieferungspflicht von Vergütungen für Tätigkeiten im Hauptamt gelten und ob sich kommunale Wahlbeamte überhaupt auf den Eintritt der Verjährung berufen könnten, soweit sie sich nämlich durch das Unterlassen der Ablieferung pflichtwidrig im Sinne des Landesbeamtengesetzes verhalten haben sollten.

¹ Pressemitteilung vom 10. Oktober 2002, Nr. 285/2002

Abschließend soll noch erörtert werden, ob die Einfügung des §78a in das rheinland-pfälzische Landesbeamtengesetz zu einer Veränderung der Rechtslage bezogen auf die Ablieferungspflicht kommunaler Wahlbeamte geführt hat oder der Vorschrift lediglich deklaratorische Bedeutung beizumessen ist.

B. Stellungnahme

I. Einleitung

Die Frage, ob für kommunale Wahlbeamte eine Ablieferungspflicht für solche Vergütungen besteht, die sie aus einer dem Hauptamt zuzurechnenden Tätigkeit erhalten haben, ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn Gebietskörperschaften (Landkreis, Stadt, Verbandsgemeinde, Gemeinde) in den Gesellschaftsorganen kommunaler Unternehmen vertreten werden. In der Regel erhalten nämlich Landräte, Bürgermeister oder andere Beamte für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben in den jeweiligen kommunalen Unternehmensorganen - zusätzlich zu ihrer durch Gesetz geregelten Besoldung - finanzielle Zuwendungen in Form von Sitzungsgeldern oder sonstigen Aufwandsentschädigungen in zumeist durch Vertrag vereinbarter Höhe.

Ausgangspunkt für die Frage, ob eine Ablieferungspflicht für kommunale Wahlbeamte besteht und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang, ist zunächst die Einordnung der streitigen Tätigkeit in das Hauptamt oder aber ihre Qualifizierung als Nebentätigkeit. Die Zuordnung einer Tätigkeit zum Hauptamt hat dabei weitreichende finanzielle Konsequenzen. Würde es sich nämlich „bloß“ um eine Nebentätigkeit handeln, wäre eine Vergütung nur insoweit an den Dienstherrn abzuliefern, als sie die in der Nebentätigkeitsverordnung (NebVO)² bestimmten und je nach Besoldungsgruppe unterschiedlichen Höchstbeträge übersteigen würde. Anders verhält es sich demgegenüber bei Vergütungen für Tätigkeiten, die dem

² vom 2. Februar 1987 (GVBl. S. 31), BS 2030-1-1

Hauptamt zuzuordnen sind; diese sind im Unterschied zu Nebentätigkeitsvergütungen vollständig an den Dienstherrn abzuliefern.

Die Ablieferungspflicht für Vergütungen, die für eine dem Hauptamt zuzurechnende Tätigkeit gezahlt werden, ist ausdrücklich normiert durch den im Landesbeamtengesetz (LBG)³ neu eingefügten § 78a. Diese Vorschrift gilt jedoch erst ab dem 1. Januar 2001⁴ und lässt im übrigen offen, wie Fälle aus der vorhergehenden Zeit zu behandeln sind. Dies führt zu der Frage, ob auch vor dem Inkrafttreten des § 78a LBG eine Ablieferungspflicht für kommunale Wahlbeamte bestanden hat.

Die Bestimmung des § 78a LBG geht im Wesentlichen zurück auf den Vorschlag einer durch den Ministerpräsidenten in der 13. Wahlperiode eingesetzten Unabhängigen Expertenkommission Nebentätigkeitsrecht (UEN)⁵, deren Empfehlungen durch das Landesgesetz zur Änderung des Ministergesetzes und dienstrechtlicher Vorschriften⁶ umgesetzt wurden. Zu dem Entwurf dieses Artikelgesetzes hatte die auftraggebende Fraktion im übrigen auch einen Entschließungsantrag⁷ eingebracht, mit dem die Landesregierung unter anderem aufgefordert werden sollte, *„bei den kommunalen Wahlbeamten, die sich noch im Amt befinden bzw. in den letzten Jahren in den Ruhestand gegangen bzw. aus dem Wahlamt ausgeschieden sind und die zu Unrecht Einkünfte erhalten bzw. behalten haben, diese zurückzufordern“*⁸. Der Entschließungsantrag ist in der parlamentarischen Beratung allerdings abgelehnt worden⁹.

In diesem Zusammenhang erscheint erwähnenswert, dass es aus Anlass der Einfügung des § 78a in das Landesbeamtengesetz offenbar eine „Mitteilung“ von Seiten

³ in der Fassung vom 14. Juli 1970 (GVBl. S. 241), BS 2030-1

⁴ Art. 5 des Landesgesetzes zur Änderung des Ministergesetzes und dienstrechtlicher Vorschriften (GVBl. 2000, S. 582)

⁵ LT-Drucks. 13/6225, S. 13; Abschlussbericht der UEN, S. 20 f.

⁶ LT-Drucks. 13/6225, GVBl. 2000, S. 582

⁷ LT-Drucks. 13/6590

⁸ LT-Drucks. 13/6590, S. 1, Ziff. 1

⁹ 122. Sitzung am 13. Dezember 2000, PlenProt. S. 9203

des Innenministeriums gegeben hat, die in der Art einer Stichtagsregelung besagt haben soll, dass „Altfälle“, die vor dem 1. Januar 2000 liegen, wegen der bis zu diesem Zeitpunkt bestehenden Rechtsunsicherheit kommunalaufsichtlich nicht aufgegriffen werden sollen. Die näheren Umstände dieses Verwaltungsinternums sind hier nicht bekannt, geht aber mit diesem Inhalt aus den Entscheidungsgründen des Urteils des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz vom 13. Dezember hervor¹⁰.

Zum Aufbau des Gutachtens ist erläuternd darauf hinzuweisen, dass aus Gründen des sachlichen Zusammenhangs die in dem Auftrag zuletzt gestellte Frage nach der Bedeutung der neu eingefügten Vorschrift des § 78a LBG vorgezogen und gemeinsam erörtert wird mit der grundsätzlichen Prüfung, ob eine Ablieferungspflicht für zusätzlich erhaltene Vergütungen besteht (siehe nachfolgend II.). Vor dem Hintergrund des besagten Urteils des Oberverwaltungsgerichts wird bei dieser Darstellung auch darauf einzugehen sein, ob und inwieweit Vertrauensschutzwägungen der Geltendmachung der Ablieferungspflicht entgegenstehen könnten. Dabei wird sich zeigen, dass Vertrauensschutz nur in bestimmten, von dem Oberverwaltungsgericht vorgezeichneten zeitlichen Grenzen besteht, was eine entsprechende Differenzierung gebietet. Anschließend wird die Problematik der Verjährung erörtert, insbesondere wird der Frage nachgegangen, welche Frist insoweit gilt und unter welchen Voraussetzungen die Berufung auf die Einrede der Verjährung möglicherweise treuwidrig sein könnte (siehe nachfolgend III.). Auf der Grundlage der gefundenen Ergebnisse soll sodann aufgezeigt werden, welche Möglichkeiten für das Parlament in Betracht kommen, um die Durchsetzung der Ablieferungspflicht im Verhältnis zur Landesregierung sicherzustellen, wobei auch insoweit nach verschiedenen Zeiträumen zu differenzieren ist (siehe nachfolgend IV.)

¹⁰ Az. A 11104/02.OVG, S. 4 und 17 des Urteilsdruckes unter Bezugnahme auf ein hier nicht vorliegendes Schreiben des Staatssekretärs vom 22. November 2000

II. Pflicht der Landesregierung zur Durchsetzung der für kommunale Wahlbeamte bestehenden Ablieferungspflicht für Vergütungen, die dem Hauptamt zuzurechnen sind

1. Vorbemerkung

Die zur Prüfung eingereichte Frage ist so formuliert, dass sie von einer bestehenden Ablieferungspflicht für kommunale Wahlbeamte ausgeht. Ohne weiteres zutreffend ist diese Annahme zunächst aber nur für solche Sachverhalte, die zeitlich von der neu in das Landesbeamtengesetz eingefügten Vorschrift des § 78a erfasst werden. Diese regelt nämlich explizit, dass Beamte Aufwandsentschädigungen und Sitzungsgelder, die für dem Hauptamt zuzurechnende Tätigkeiten in einem Organ eines Unternehmens gezahlt werden, zwar entgegenzunehmen, jedoch unverzüglich an ihren Dienstherrn abzuliefern haben. Diese am 1. Januar 2001 in Kraft getretene Regelung findet nach ihrem zeitlichen Geltungsbereich Anwendung nur auf Vergütungen, die ab diesem Datum gezahlt werden. Welche Rechtslage für vor diesem Zeitpunkt liegende Sachverhalte gilt, lässt sich § 78a LBG nicht entnehmen. Von daher stellt sich zunächst die Frage, ob auch für diese, zumindest nicht ausdrücklich geregelten Fälle die Annahme einer Ablieferungspflicht gerechtfertigt ist, bevor im Anschluss darauf eingegangen wird, ob die Landesregierung eine - etwaig bestehende - Ablieferungspflicht auch tatsächlich durchzusetzen hat.

2. Bestehen einer Ablieferungspflicht außerhalb des zeitlichen Anwendungsbereichs des § 78a LBG

Außerhalb des zeitlichen Geltungsbereichs des § 78a LBG könnte die Ablieferungspflicht ihre Grundlage in § 78 Satz 1 LBG finden. Danach darf ein Beamter, auch nach Beendigung des Dienstverhältnisses, grundsätzlich keine Belohnungen oder Geschenke in Bezug auf sein Amt annehmen, es sei denn, dies geschieht mit Zustimmung der obersten oder der letzten obersten Dienstbehörde.

a) Das in § 78 Satz 1 LBG geregelte Annahmeverbot wendet sich an „Beamte“. Der in dem Gutachtenauftrag verwandte Begriff der „kommunalen Wahlbeamten“ wird weder in den Bestimmungen des Kommunalrechts noch im Landesbeamtengesetz definiert bzw. konkretisiert¹¹. Das Landesbeamtengesetz enthält in einem Abschnitt (§§ 179 ff.) lediglich besondere Vorschriften über Beamte der kommunalen Gebietskörperschaften („Kommunalbeamte“). Von daher ist zunächst zu erörtern, welcher Personenkreis von dem Begriff der „kommunalen Wahlbeamten“ als erfasst anzusehen ist.

Nach § 3 Abs. 2 Satz 2 LBG ist derjenige, der eine Gemeinde (Gemeindeverband) oder eine sonstige der Aufsicht des Landes unterstehende Körperschaft, Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts zum Dienstherrn hat, mittelbarer Landesbeamter. Gemeinden und Gemeindeverbände sind Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts, die unter Aufsicht des Landes öffentliche Zwecke erfüllen (vgl. Art. 49 Verfassung für Rheinland-Pfalz¹² - LV -). In Rheinland-Pfalz sind dies die Gemeinden, Verbandsgemeinden, die Landkreise und der Bezirksverband Pfalz.

Nach § 54 Abs. 1 Satz 1 Gemeindeordnung (GemO)¹³ sind Bürgermeister und Beigeordnete nach ihrer Wahl gemäß den Bestimmungen des Landesbeamtengesetzes zu Beamten zu ernennen. Gleiches gilt für den Bürgermeister einer Verbandsgemeinde (§ 64 Abs. 2 GemO) sowie für den Landrat und die Kreisbeigeordneten eines Landkreises (§ 48 Abs. 1 Satz 1 Landkreisordnung - LKO -¹⁴).

Der Begriff des kommunalen Wahlbeamten erfasst mithin den soeben beschriebenen Personenkreis, so dass dieser als mittelbare Landesbeamte von den Vorschriften

¹¹ vgl. hierzu das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes vom 10. Februar 2000, Az.: II/52-1373, S. 1 f.

¹² vom 18. Mai 1947 (VOBl. S. 209), BS 100-1

¹³ in der Fassung vom 31. Januar 1994 (GVBl. S. 153), BS 2020-1

¹⁴ in der Fassung vom 31. Januar 1994 (GVBl. S. 188), BS 2020-2

des Landesbeamtengesetzes erfasst wird (§§ 1, 3 Abs. 2 Satz 2 LBG) und folglich auch Adressat der in § 78 Satz 1 LBG normierten Ablieferungspflicht ist¹⁵.

b) Der Tatbestand des § 78 Satz 1 LBG setzt weiter voraus, dass es sich bei den abzuliefernden Vergütungen um Belohnungen oder Geschenke handelt.

aa) Belohnungen und Geschenke nach § 78 Satz 1 LBG sind alle wirtschaftlichen Vorteile, die dem Beamten - von anderer Seite als vom Dienstherrn selbst - unmittelbar oder mittelbar gewährt werden¹⁶. Als Geschenk ist dabei die Zuwendung insbesondere von Geld anzusehen, ohne dass eine gleichwertige Gegenleistung des Beamten gefordert oder erwartet wird¹⁷. Unter Belohnung wird jeder sonstige Vorteil, der nicht in der Übereignung von Sachen besteht, verstanden¹⁸.

(1) Das Verwaltungsgericht Koblenz ist in seiner Entscheidung vom 27. Juni 2002 davon ausgegangen, dass es sich bei den in Frage stehenden Sitzungsgeldern um rechtswidrige Zuwendungen und damit um Belohnungen nach § 78 LBG handelt¹⁹. Bei der Qualifizierung der Zuwendung als Belohnung komme es nicht darauf an, ob das Sitzungsgeld einen Ausgleich für eine Leistung des Beamten darstelle. Finanzielle Zuwendungen für die Wahrnehmung der dem Hauptamt zugehörigen Aufwendungen erhalte der Beamte ausschließlich von seinem Dienstherrn, was es ausschliesse, dass der Beamte anderweitige Zahlungen für seine amtliche Tätigkeit entgegennehme²⁰.

Auch das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz ist dieser - weiten - Auslegung von § 78 Satz 1 LBG - unter Hinweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts

¹⁵ weiterführend hierzu: Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes, a.a.O., S. 2

¹⁶ st. Rspr.: BVerwGE 73, 71, 73; 100, 172, 175 m.w.N. (jeweils zur Vorschrift des § 70 BBG)

¹⁷ BVerwGE 111, 35, 38

¹⁸ Plog/Wiedow/Bayer, BBG/BeamtVG, § 70, Rdnr. 2

¹⁹ Urteil vom 27. Juni 2002, Az. 6 K 2816/01.KO, S. 7 f. des Urteilsendrucks

²⁰ VG Koblenz, a.a.O., S. 7 des Urteilsendrucks

vom 23. April 1998²¹ - gefolgt und sah ebenso wie die Vorinstanz das Sitzungsgeld als abzuliefernden wirtschaftlichen Vorteil an²².

(2) Dieser Standpunkt dürfte sich im Ergebnis als zutreffend erweisen und ließe sich in Anknüpfung an das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz noch damit begründen, dass für eine Tätigkeit, die dem Hauptamt zugerechnet werden muss, aus besoldungsrechtlichen Gründen keine Vergütung gewährt werden darf. Eine zusätzliche Vergütung stünde im Widerspruch zum Alimentationsprinzip als hergebrachtem Grundsatz des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG)²³, nach dem der Beamte im Gegenzug dafür, dass er seine gesamte Arbeitskraft dem Dienstherrn zur Verfügung stellt, seinem statusrechtlichen Amt entsprechend vollständig alimentiert wird²⁴. Der Beamte hat danach Anspruch auf eine amtsangemessene Alimentation, aber eben nur auf diese eine Alimentation. Wird hiervon abweichend dennoch eine Vergütung gewährt, so ist diese grundsätzlich abzuliefern²⁵. § 2 Abs. 1 und 2 Bundesbesoldungsgesetz²⁶ verbieten individuelle Abweichungen, die dem Beamten in Bezug auf das Hauptamt eine höhere als die ihm gesetzlich zustehende Besoldung verschaffen sollen.

Die Pflicht zur Ablieferung einer von dritter Seite empfangenen Vergütung für eine Tätigkeit, die für den Beamten „Dienst“ ist, trägt folglich den Grundsätzen der vollständigen Alimentation durch den Dienstherrn und der Gesetzesbindung der Besoldung Rechnung²⁷, worauf der Wissenschaftliche Dienst im übrigen bereits mit

²¹ BVerwGE 106, 324 ff.

²² OVG Rheinland-Pfalz, a.a.O., S. 8 f. des Urteilsendrucks

²³ Vgl. hierzu: Lübke-Wolff, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 2, 1998, Art. 33 Rdnr. 80 ff.

²⁴ Oster/Gabler, Kommunale Wahlbeamte und Nebentätigkeiten, GStB Beilage 7/2000 zu Heft 5/2000, S. 12

²⁵ Oster/Gabler, a.a.O.; Oster, Entschädigungsregelungen im Kommunalrecht, Kommunalpolitische Texte Band 22, S. 303 f.; ders. in: Praxis der Kommunalverwaltung, Landesausgabe Rheinland-Pfalz, § 88 GemO, S. 8 f.

²⁶ in der Fassung der Bekanntmachung vom 6. August 2002 (BGBl. I S. 3020)

²⁷ BVerwGE 49, 184, 190f.; 102, 29, 32; 106, 324, 324 f.

Gutachten vom 10. Februar 2000 hingewiesen hatte²⁸. Überträgt also der Dienstherr dem Beamten als Teil seines Dienstes eine vergütete Tätigkeit bei einer dritten Stelle, etwa im Aufsichtsrat oder sonstigen Organ einer Gesellschaft, so verbietet § 78 Satz 1 LBG grundsätzlich das Behalten der von dritter Seite geschuldeten und gezahlten Vergütung und gebietet deren vollständige Ablieferung an den Dienstherrn²⁹.

Zu diesem Ergebnis kam auch der Arbeitskreis III „Kommunale Angelegenheiten“ der Innenministerkonferenz³⁰. In dem Bericht des Unterausschusses „Kommunale Personalangelegenheiten“ heißt es hierzu:

„Nur wenn eine sich aus dem Gesamtsystem des Beamtenrechts ergebende Verpflichtung des Beamten angenommen wird, derartige Vergütungen voll an seinen Dienstherrn abzuführen, ergibt sich eine Harmonie zur gesetzlich normierten Ablieferungspflicht eines Beamten für Vergütungen für Nebentätigkeiten, die sich aus dem Hauptamt ergeben, bzw. für andere Nebentätigkeiten im öffentlichen oder diesem gleichstehenden Dienst. Andernfalls müsste ein Beamter Vergütungen für Nebentätigkeiten an seinen Dienstherrn abliefern, er dürfte aber Vergütungen für Tätigkeiten, die seinem Hauptamt zuzurechnen sind, behalten. Das wäre ein nicht zu rechtfertigendes Ergebnis, das vom Gesetzgeber nicht gewollt sein kann. Andererseits ist es nicht unbillig, dass ein Beamter Vergütungen für Nebentätigkeiten nur insoweit abliefern muss, als diese Vergütungen bestimmte Höchstbeträge übersteigen, während er Vergütungen, die er für seinem Hauptamt zuzurechnenden Tätigkeiten erhält, mangels einer entsprechenden Regelung voll an seinen Dienstherrn abliefern muss, denn im erstgenannten Fall übernimmt der Beamte zusätzlich zum Aufgabenkreis seines Hauptamtes noch weitere Tätigkeiten und weitere Verantwortung, im zweitgenannten Fall erhält er Vergütungen für Tätigkeiten,

²⁸ a.a.O., S. 13

²⁹ BVerwGE 106, 324, 324 f.

³⁰ Sitzung vom 11./12. Oktober 1984, zit. bei Oster, a.a.O., S. 9, vgl. hierzu auch das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes, a.a.O., S. 14

die schon in die Überlegungen zur Ermittlung der besoldungsrechtlichen Wertigkeit seines Amtes eingeflossen sein müssen.“

Diese auf die Systematik der Beamtenbesoldung abstellende Argumentation wird auch dem Sinn und Zweck des § 78 LBG gerecht. Die Regelung hebt die Pflicht des Beamten, Belohnungen und Geschenke in Bezug auf sein Amt zurückzuweisen, in besonderer Weise hervor und lässt Ausnahmen hiervon nur mit Zustimmung der (letzten) obersten Dienstbehörde zu. Dem liegt zugrunde, dass Unbestechlichkeit und Uneigennützigkeit des Beamten eine der Grundlagen des Beamtentums bilden, was für alle Beamte in jeder Art des Beamtenverhältnisses gilt³¹. Die allgemeine Pflicht zur unparteiischen und uneigennützigen Amtsführung (§§ 63 Abs. 1 Satz 2, 64 Abs. 1 Satz 2 LBG) verbietet es dem Beamten, eine dienstliche Tätigkeit von der Gewährung irgendwelcher Vorteile abhängig zu machen. Der Vorschrift kommt damit zwar auch eine nicht unerhebliche Rolle bei der vorbeugenden und unmittelbaren Bekämpfung der Korruptionsgefahr zu; darin allein aber den Zweck des in § 78 Satz 1 LBG geregelten Annahmeverbots zu sehen, würde den aufgezeigten besoldungsrechtlichen Zusammenhängen in nicht genügender Weise Rechnung tragen³². Entscheidend dürfte insoweit der andernfalls entstehende und nicht überwindbare Wertungswiderspruch zur Ablieferungspflicht des Beamten für Vergütungen für Nebentätigkeiten sein.

(3) Weitere Anhaltspunkte für die Auslegung des § 78 Satz 1 LBG könnten sich aus der gesetzgeberischen Motivation für die Einfügung des § 78a in das Landesbeamtengesetz ergeben. Der Begründung zu § 78a LBG lässt sich allerdings nicht explizit entnehmen, ob der Gesetzgeber damit eine materielle Änderung der Rechtslage erreichen wollte oder lediglich eine Klarstellung durch die neu eingefügte Bestimmung beabsichtigte. Die Gesetzesbegründung allein gibt hierüber nicht in der gebotenen Deutlichkeit Aufschluss. Greift man aber zurück auf den Abschlussbericht

³¹ BVerwGE 106, 324, 324 f.

³² so auch OVG Rheinland-Pfalz, a.a.O., S. 8 des Urteilsumdrucks

der Unabhängigen Expertenkommission Nebentätigkeitsrecht, auf deren Empfehlung hin § 78a in das Landesbeamten-gesetz eingefügt wurde, ergibt sich ein klareres Bild.

Im Rahmen der Neuordnung des rheinland-pfälzischen Nebentätigkeitsrechts schlug die Unabhängige Expertenkommission vor, nach dem Vorbild des § 84 saarländisches Beamten-gesetzes³³ auch in Rheinland-Pfalz eine Ablieferungspflicht für Vergütungen einzuführen, die Beamte für Tätigkeiten erhalten, die ihrem Hauptamt zuzuordnen sind³⁴. Der neu eingefügte § 78a LBG geht im Wesentlichen auf diesen Vorschlag der Expertenkommission zurück³⁵. Obgleich der Abschlussbericht der Kommission ausdrücklich von der „Einführung einer gesetzlichen Ablieferungspflicht“ spricht, dürfte der Regelung des § 78a LBG - auch nach der Sichtweise der Expertenkommission - im Hinblick auf die Pflicht zur Ablieferung nur klarstellende Bedeutung zukommen. In dem Abschlussbericht wird nämlich Bezug genommen auf die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. April 1998³⁶, an die auch das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz in seiner Entscheidung anknüpfte³⁷ und die sich mit der Bedeutung der Bestimmung des § 84 des saarländischen Beamten-gesetzes auseinandersetzte. Dazu hatte das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt, dass § 84 saarländisches Beamten-gesetzes für den darin vorausgesetzten Fall der Einordnung einer von dritter Seite vergüteten Tätigkeit in ein Hauptamt die Rechts-lage lediglich klarstelle, die ohne diese Vorschrift im Ergebnis aber auch bereits aus dem grundsätzlichen Verbot der Annahme von Belohnungen von dritter Seite für eine zum Amt zugehörige Tätigkeit (§ 85 saarländisches Beamten-gesetz, entsprechend § 70 Bundesbeamten-gesetz) folgen würde³⁸. Durch die Anknüpfung der Experten-kommission an diese Rechtsprechung dürfte die Annahme gerechtfertigt sein, dass

³³ vom 11. Juli 1962 in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. Dezember 1996 (Amtsbl. 1997, S. 310)

³⁴ Abschlussbericht der Unabhängigen Expertenkommission Nebentätigkeitsrecht (UEN) vom 10. Dezember 1999, S. 20

³⁵ Art. 2 Nr. 10 des Landesgesetzes zu Änderung des Ministergesetzes und dienstrechtlicher Vorschriften (LT-Drucks. 13/6225), S. 13 (Begründung)

³⁶ BVerwGE 106, 324 ff.

³⁷ OVG Rheinland-Pfalz, a.a.O., S. 8 des Urteilsumdrucks

³⁸ BVerwGE 106, 324, 324, bestätigt im Urteil vom 31. Januar 2002, abgedruckt in: DVBl. 2002, 1218

die empfohlene Einfügung einer § 84 saarländisches Beamtenengesetz entsprechenden Vorschrift in das rheinland-pfälzische Landesbeamtenengesetz ebenfalls nur der Klarstellung der Rechtslage dienen sollte. Der materielle Unterschied des § 78a LBG zu § 78 Satz 1 LBG besteht demnach allein darin, dass es dem Beamten durch § 78a LBG gestattet wird, Vergütungen für Tätigkeiten in dem Organ eines Unternehmens zunächst entgegenzunehmen, um sie dann unverzüglich an den Dienstherrn weiterzuleiten. Demgegenüber enthält § 78 Satz 1 LBG ein grundsätzliches Verbot bereits der Annahme von Belohnungen und Geschenken.

Auch aus der dargelegten gesetzgeberischen Motivation zur Einfügung des § 78a LBG lässt sich daher der Schluss ziehen, dass die Rechtslage durch die Einfügung § 78a LBG lediglich konkretisiert werden sollte, eine entsprechende Ablieferungspflicht aber auch unabhängig hiervon aus § 78 Satz 1 LBG begründet ist und war.

bb) Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass durch die Einfügung des § 78a in das Landesbeamtenengesetz die nach § 78 Satz 1 LBG bereits bestehende Rechtslage lediglich klargestellt worden ist und dass eine Ablieferungspflicht - jedenfalls im Ergebnis - bereits vor dem Inkrafttreten des § 78a LBG bestanden hat, wobei es insoweit nur von zweitrangiger Bedeutung ist, ob die Ablieferungspflicht mit der Systematik der Beamtenbesoldung, dem gesetzgeberischen Willen bei der Einfügung des § 78a in das Landesbeamtenengesetz oder aber mit der ratio legis des § 78 Satz 1 LBG begründet wird.

c) Der Ablieferungsanspruch setzt weiter voraus, dass die zusätzliche Vergütung für eine Tätigkeit gezahlt wird, die dem Hauptamt des Beamten zuzurechnen ist.

Der Begriff des „Hauptamtes“ wird in den gesetzlichen Bestimmungen nicht näher erläutert. Der Ordnungsgeber hat sich in der Nebentätigkeitsverordnung darauf beschränkt, die Nebentätigkeiten eines Beamten dadurch zu kennzeichnen, dass sie

Tätigkeiten umfassen, die nicht zum Hauptamt gehören (§ 3 NebVO). Im Hinblick auf Inhalt und Abgrenzung des Hauptamtes ist zunächst die organisatorische Ausgestaltung von Bedeutung, die der Dienstherr kraft seiner Organisationsgewalt vorgenommen hat³⁹. Bei Beamten mit Dienstvorgesetzten dürften die Tätigkeiten, die seinem konkreten Aufgabenkreis (Hauptamt) gehören, in der Regel bereits aus der Organisationsentscheidung des Dienstherrn (Geschäftsverteilungsplan, Verwaltungsvorschriften, Einzelanweisungen) bestimmbar sein. Allerdings sind der Organisationsgewalt des Dienstherrn insoweit auch Grenzen gesetzt. So bestimmt etwa § 72 Abs. 3 LBG, dass die Wahrnehmung einer kommunalen Aufgabe im Hauptamt grundsätzlich der Vorrang gebührt.

Schwieriger gestaltet sich die Zuordnung bei Beamten ohne Dienstvorgesetzten, zu denen die Oberbürgermeister der kreisfreien und großen kreisangehörigen Städte, die Bürgermeister der Verbandsgemeinden und verbandsfreien Gemeinden sowie die Landräte zählen. Dieser Personenkreis übt nicht nur nach § 47 Abs. 1 Satz 1 GemO bzw. § 41 Abs. 1 Satz 2 LKO die Organisationsgewalt aus; vielfach sind den Dienstposten dieser Personen die wahrzunehmenden Aufgaben bereits durch Gesetz, Rechtsverordnung oder Satzung unmittelbar zugewiesen⁴⁰. Beispiel für gesetzliche Zuweisungen von Aufgaben zum Hauptamt eines kommunalen Wahlbeamten ist die Vertretung der Kommune in den nach § 87 Abs. 1 Satz 1 GemO, § 57 LKO zugelassenen Unternehmen des privaten Rechts. Dazu gehören die Vertretung der Kommune in der Gesellschafterversammlung oder in dem diesem entsprechenden Organ nach § 88 Abs. 1 Satz 1 GemO (sofern nicht Beigeordnete mit eigenem Geschäftsbereich zuständig sind) und in der Geschäftsführung, im Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Organ nach § 88 Abs. 3 GemO. Zu den Aufgaben des Hauptamtes gehören aber nicht alle Funktionen, die bei einer

³⁹ Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes, a.a.O., S. 3

⁴⁰ vgl. Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes, a.a.O., S. 3 ff.

privatrechtlich organisierten juristischen Person, an welcher der Dienstherr beteiligt ist, ausgeübt werden⁴¹. Die Abgrenzung hängt von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab. Indizielle Bedeutung für die Zuordnung kommt insoweit der Zuweisung durch Gesetz⁴² sowie den üblichen Gestaltungen in den Gesellschaftsverträgen zu, welche die wahrzunehmende Tätigkeit entweder an das Amt (Funktion) oder an die jeweilige Person knüpfen. Ist die Funktion nach dem Gesellschaftsvertrag an das Amt und nicht an die jeweilige Person geknüpft, deutet dies auf eine Zuordnung zum Hauptamt hin. Von vornherein negativ abgrenzen lassen sich aber diejenigen Tätigkeiten, bei denen der Beamte, der die Tätigkeit wahrnehmen soll, durch Wahl bestellt wird, wie dies regelmäßig bei Verwaltungsräten oder sonstigen Beiräten der Fall ist; solche Tätigkeiten sind nicht als zum Hauptamt gehörend anzusehen⁴³. Für die Praxis in den Kommunen ist durch eine von dem Ministerium des Innern und für Sport erstellte Zuordnungsliste ein zumindest handhabbarer Orientierungsrahmen gesteckt worden, um bestehende Unsicherheiten in diesem Bereich zu beseitigen.

d) Anders als § 78a LBG räumt § 78 Satz 2 LBG der (letzten) obersten Dienstbehörde die Möglichkeit ein, Ausnahmen von dem grundsätzlichen Verbot der Annahme von Belohnungen und Geschenke zuzulassen. Insoweit könnte in Erwägung gezogen werden, in der unterbliebenen kommunalaufsichtlichen Beanstandung der Nichtablieferung eine konkludente⁴⁴ Zustimmung der Aufsichtsbehörde⁴⁵ im Sinne des § 78 Satz 2 LBG zu sehen. Eine solche Annahme dürfte im Ergebnis jedoch nicht tragbar sein.

Die Zustimmung des § 78 Satz 2 LBG muss nämlich vorher, das heißt vor Annahme des jeweiligen Vorteils durch den Beamten erklärt werden⁴⁶. Eine nachträgliche

⁴¹ Zu Abgrenzungsbeispielen vgl. Oster/Gabler, a.a.O., S. 7

⁴² Vgl. § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Sparkassengesetz (SpKG) vom 1. April 1982 (GVBl.S. 113), BS 76-3

⁴³ Vgl. hierzu Oster/Gabler, a.a.O., S. 7

⁴⁴ Vgl. BVerwG vom 16. April 1992, Az 2 B 20.92

⁴⁵ Anmerkung: Für Kommunalbeamte ohne Dienstvorgesetzte entscheidet nach § 181 Abs. 1 LBG die Aufsichtsbehörde.

⁴⁶ Grabendorf/Arend, Landesbeamtengesetz Rheinland-Pfalz, § 78 Rz. 3 a m.w.N.

Billigung ist rechtlich unerheblich, weil sie den bereits verwirklichten Verstoß gegen das Annahmeverbot nicht mehr zu beseitigen vermag. Auch wird man - um nicht mit der bundesrechtlich abschließend geregelten Beamtenbesoldung in Konflikt zu geraten - zu fordern haben, dass die Zustimmung nur für einen konkreten Einzelfall, nicht jedoch für gleichartige Sachverhalte generell erteilt werden kann. Daraus also, dass die Aufsichtsbehörde in Kenntnis der Umstände kommunalaufsichtlich nicht tätig geworden ist, kann die Annahme einer konkludenten Zustimmung nicht mit Erfolg hergeleitet werden.

Die Anwendung des § 78 Satz 1 LBG ist demnach nicht infolge einer etwaigen Genehmigung seitens der Aufsichtsbehörde ausgeschlossen.

e) Zwischenergebnis: Außerhalb des zeitlichen Geltungsbereichs des § 78a LBG lässt sich eine Ablieferungspflicht auch auf § 78 Satz 1 LBG stützen. Das dort normierte Verbot der Annahme jedweder Vorteile in Bezug auf das Amt umfasst in der Rechtsfolge ein Behaltensverbot mit der weitergehenden Konsequenz, dass das rechtswidrig Zugewendete dem Beamten nicht verbleiben darf. Das Annahmeverbot setzt sich insoweit als Herausgabegebot fort.

f) Obgleich - wie gezeigt - die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des Rückzahlungsanspruchs nach § 78 Satz 1 LBG gegeben sind, hat das Obergerverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz seine behördlich Geltendmachung aber insoweit für unzulässig gehalten, als Vergütungen betroffen sind, die kommunale Wahlbeamte für ihre Tätigkeiten im Hauptamt vor dem 1. Januar 2000 erhielten⁴⁷. Damit hat das Obergerverwaltungsgericht einen Aspekt in die rechtliche Diskussion eingebracht, dem bisher weder von Literatur noch von der übrigen Rechtsprechung größere Bedeutung beigemessen wurde. Der Senat hält die Geltendmachung des Anspruchs für eine

⁴⁷ OVG Rheinland-Pfalz, a.a.O., S. 12 ff. des Urteilsdruckes

unzulässige Rechtsausübung, weil sie mit den rechtsstaatlichen Anforderungen an Vertrauensschutz und Berechenbarkeit hoheitlichen Handelns unvereinbar sei. Zur Begründung führte das Oberverwaltungsgericht im Wesentlichen aus, eine die Annahme unzulässiger Rechtsausübung rechtfertigende Sondersituation habe hier hinsichtlich der Frage bestanden, ob und in welchem Umfang § 78 Satz 1 LBG in dem durch die neuere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geprägten weiten Verständnis auch auf zurückliegende Sachverhalte angewendet werden könne⁴⁸. Zwar seien die besoldungsrechtlichen Zusammenhänge für auf das Hauptamt bezogene Amtspflichten sicher auch damals bekannt gewesen; jedoch sei hieraus für die Tätigkeit von Wahlbeamten in kommunalen Unternehmen nicht die notwendige Konsequenz gezogen worden. Grund hierfür sei eine weitgehend unklare Rechtslage gewesen. Unklarheit habe insbesondere bei der Zuordnung der Tätigkeiten kommunaler Wahlbeamter zu den Bereichen öffentliches Ehrenamt, Nebentätigkeit und Hauptamt bestanden. Auch der Abschlussbericht der Unabhängigen Expertenkommission Nebentätigkeitsrecht habe schließlich eine „komplizierte Rechtslage“ mit „verwirrender Begriffsvielfalt“ konstatiert⁴⁹, das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes vom 10. Februar 2000 habe in diesem Zusammenhang zahlreiche rechtliche „Grauzonen“ angesprochen⁵⁰ und weiter empfohlen, eine Ablieferungspflicht ausdrücklich in das Gesetz aufzunehmen, um dadurch die bestehende Unsicherheit zu beseitigen⁵¹. Hinzu sei gekommen, dass die Rechtmäßigkeit der langjährigen, in den Kommunen geübten Praxis, weder von der Kommunalaufsicht noch von Seiten des Landesrechnungshofs bestritten worden sei. Für die Praxis in den Kommunen sei erst durch die Zuordnungsliste des Ministeriums des Innern und für Sport ein handhabbarer

⁴⁸ OVG Rheinland-Pfalz, a.a.O., S. 13 des Urteilsendrucks

⁴⁹ OVG Rheinland-Pfalz, a.a.O., S. 15 des Urteilsendrucks unter Hinweis auf S. 12 des Abschlussberichts der Unabhängigen Expertenkommission Nebentätigkeitsrecht

⁵⁰ OVG Rheinland-Pfalz, a.a.O., S. 15 des Urteilsendrucks unter Hinweis auf das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes vom 10. Februar 2000, Az. II/52-1373, S. 5 ff., 14

⁵¹ OVG Rheinland-Pfalz, a.a.O., S. 16 des Urteilsendrucks unter Hinweis auf das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes, a.a.O., S. 13

Orientierungsrahmen gesteckt worden. Soweit kommunale Wahlbeamte vor diesem Hintergrund auf die Rechtmäßigkeit und den Fortbestand der eingetretenen Vermögensverschiebung vertraut hätten, sei dieses Vertrauen unter dem Gesichtspunkt des Rechtsstaatprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 77 Abs. 2 LV) auch schutzwürdig⁵². Zu keiner anderen Beurteilung führe das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. April 1998. Der dort entschiedene Fall habe insofern Besonderheiten aufgewiesen, als der Gemeinderat bei der Beauftragung des Beigeordneten ausdrücklich klargestellt hatte, dass eine Vergütung für diese Tätigkeit nicht erfolgen sollte und dennoch geleistete Zahlungen an die Gemeindekasse abgeführt werden mussten. Damit habe in dem vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Fall von vornherein keine Grundlage mehr für Vertrauensschutzerwägungen bestanden.

Die Schutzwürdigkeit des Vertrauens kommunaler Wahlbeamter in das Behaltendürfen der an sie ausgezahlten Sitzungsgelder ergibt sich nach Ansicht des Senats also aus einem Zusammentreffen einer weitgehend unklaren Rechtslage mit der langjährigen Praxis einer Vielzahl rheinland-pfälzischer Kommunen, die durch die Kommunalaufsichtsbehörde jeweils unbeanstandet blieb⁵³.

g) Zwischenergebnis: Unbeschadet der Verjährungsproblematik, auf die an späterer Stelle noch einzugehen sein wird, kann nach dem vom Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz vertretenen Standpunkt eine Ablieferung der bis Ende 1999 erzielten Zusatzeinkünfte nicht mehr mit Erfolg verlangt werden, weil insoweit von schutzwürdigem Vertrauen der kommunalen Wahlbeamten auszugehen ist. Bis zu dem vom Innenministerium festgelegten Stichtag besteht damit im Ergebnis keine Ablieferungspflicht für kommunale Wahlbeamte. Erst für die sich anschließende Zeit (ab 2000) kann die Herausgabe zusätzlicher Vergütungen nach § 78 Satz 1 LBG und ab dem 1. Januar 2001 auf der Grundlage des § 78a LBG verlangt werden.

⁵² OVG Rheinland-Pfalz, a.a.O., S. 14 und 15 des Urteilsumdrucks

⁵³ OVG Rheinland-Pfalz, a.a.O., S. 15 f. des Urteilsumdrucks

3. Pflicht der Landesregierung zur Durchsetzung der für kommunale Wahlbeamte bestehenden Ablieferungspflicht für Vergütungen, die dem Hauptamt zuzurechnen sind

Vor diesem Hintergrund ist nunmehr auf die Frage einzugehen, inwieweit die Landesregierung aufgrund der Kommunalaufsicht bzw. Staatsaufsicht oder aufgrund der Wahrnehmung materiellen Rechts (Disziplinarrecht) verpflichtet ist bzw. war, gegenüber kommunalen Wahlbeamten die Abführungspflicht von Vergütungen für Tätigkeiten im Hauptamt durchzusetzen.

a) Vorbemerkung

Ausgehend von den Erwägungen des Oberverwaltungsgerichts zum Vertrauensschutz ist auch bei der Frage, ob die Landesregierung aus *Rechtsgründen* die gegenüber kommunalen Wahlbeamten bestehende Pflicht zur Ablieferung durchzusetzen hat, eine zeitliche Differenzierung geboten. In seiner Entscheidung hat das Oberverwaltungsgericht nämlich ausgeführt, dass das Innenministerium vor dem Hintergrund der dargelegten Unklarheiten bei der Beurteilung der Rechtslage zu dem Ergebnis gelangt sei, dass eine Rückabwicklung der bis Ende 1999 erzielten Einkünfte aus dem Hauptamt zuzurechnenden Tätigkeiten kommunalaufsichtlich nicht durchgesetzt werden solle⁵⁴. Nach Auffassung des Senats habe das Ministerium hiermit die gegenläufigen Interessen einschließlich des schutzwürdigen Vertrauens der betroffenen Mandatsträger gerecht abgewogen und mit diesem Stichtag in pauschalisierender Form eine gleichermaßen praktikable wie sachgerechte Grenze für die Geltendmachung von Ablieferungsansprüchen vorgezeichnet⁵⁵. Die Annahme einer gleichwohl bestehenden Pflicht des Innenministeriums zur Einforderung der bis Ende 1999 entstandenen Ablieferungsansprüche stünde somit

⁵⁴ OVG Rheinland-Pfalz, a.a.O., S. 17 des Urteilsdruckes unter Hinweis auf ein Schreiben des Staatssekretärs vom 22. November 2000

⁵⁵ OVG Rheinland-Pfalz, a.a.O., S. 17 des Urteilsdruckes

im Widerspruch zur Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz, die aufgrund der abstrakten Fassung der Urteilsgründe über den entschiedenen Einzelfall hinaus generelle Gültigkeit für sich in Anspruch nehmen kann. Aus heutiger Sicht kann folglich eine Pflicht der Landesregierung zur Geltendmachung von Ablieferungsansprüchen, die vor dem 1. Januar 2000 entstanden sind, nicht mehr angenommen werden.

Unbeanstandet hat das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz aber auch gelassen, dass das Innenministerium nicht bereits seinerzeit erzielte Einkünfte für Tätigkeiten, die dem Hauptamt zuzurechnen sind, zurückgefordert hatte. Für den Senat war insoweit maßgebend, dass bei damaliger Beurteilung der Rechtslage Unklarheiten bestanden, die es rechtfertigten, von einer kommunalaufsichtlichen Durchsetzung dieser Ansprüche abzusehen⁵⁶.

Nach der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts sind folglich drei Zeiträume bei der rechtlichen Erörterung zu unterscheiden: Zunächst der Zeitraum bis Ende 1999, für den der Senat eine Rückforderung aus Gründen des Verrauensschutzes ausgeschlossen hat. Folglich kann für Ablieferungsansprüche aus diesem Zeitraum auch keine Pflicht des Innenministeriums angenommen werden, die auf Durchsetzung der (im Ergebnis verneinten) Abführungspflicht gerichtet wäre. Relevant ist schließlich noch die Zeit ab dem 1. Januar 2000 und diejenige ab dem Inkrafttreten des § 78a LBG (1. Januar 2001). Für die Zeit ab dem 1. Januar 2000 hat das Oberverwaltungsgericht schutzwürdiges Vertrauen nicht mehr angenommen und einen Ablieferungsanspruch auf der Grundlage des § 78 Satz 1 LBG bejaht. Insoweit beschränkt sich die nachfolgende Prüfung allein auf die Frage, ob das Innenministerium für ab dem 1. Januar 2000 entstandene Ablieferungsansprüche (zukünftig) verpflichtet ist, diese kommunalaufsichtlich oder im Wege der Dienstaufsicht durchzusetzen. Bevor auf diese Frage jedoch näher eingegangen wird, soll im Folgenden das Wesen der

⁵⁶ OVG Rheinland-Pfalz, a.a.O., S. 17 des Urteilsumdrucks

Kommunalaufsicht und ihr Verhältnis zur Fach- und Dienstaufsicht kurz dargestellt werden.

Bei der „Kommunalaufsicht“ (§§ 117 ff. GemO, §§ 60 ff. LKO) - verstanden als Staatsaufsicht über Gemeinden und Gemeindeverbände (kommunale Gebietskörperschaften und Zweckverbände) - überwacht der Staat die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Rechtsaufsicht, Art. 49 Abs. 3 Satz 2 LV). Von der staatlichen Rechtsaufsicht ist die Dienstaufsicht zu unterscheiden. Die Dienstaufsicht bezieht sich nicht auf die sachliche Seite der Amtsausübung, sondern auf die dienstliche Stellung einer Person und deren ordnungsgemäßes dienstliches Verhalten. Dienstaufsicht gehört grundsätzlich zur Personalhoheit. Da diese eines der Wesenselemente der kommunalen Selbstverwaltung ist, führt zwar der Bürgermeister als Dienstvorgesetzter die Dienstaufsicht über die Bediensteten der Gemeinde, nicht aber die staatliche Rechtsaufsichtsbehörde die Dienstaufsicht über den Bürgermeister⁵⁷. Hiervon macht § 116 Abs. 2 Landesdisziplinargesetz (LDG)⁵⁸ nur scheinbar eine Ausnahme. Danach tritt bei Kommunalbeamten, die keinen Dienstvorgesetzten haben, an die Stelle des Dienstvorgesetzten und der obersten Dienstbehörde die Aufsichtsbehörde und an die Stelle des höheren Dienstvorgesetzten die obere Aufsichtsbehörde der kommunalen Gebietskörperschaft. Durch diese besonderen Vorschriften wird die Aufsichtsbehörde aber nicht ganz allgemein Dienstvorgesetzter und oberste Dienstbehörde, sie nimmt vielmehr nur in einem Disziplinarverfahren die Aufgaben und Befugnisse dieser Stelle wahr. Fachaufsicht ist demgegenüber die Befugnis der sachlich übergeordneten Behörde, auf einem bestimmten Sachgebiet die Aufgabenerfüllung durch eine nachgeordnete Behörde zu leiten und zu überwachen. Soweit eine Fachaufsicht über kommunale Gebietskörperschaften besteht, kann sie sich nur auf die in Art. 49 Abs. 4 LV bezeichneten staatlichen Aufgaben beziehen.

⁵⁷ Oster, in: Praxis der Kommunalverwaltung, Landesausgabe Rheinland-Pfalz, § 117 GemO, S. 9

⁵⁸ vom 2. März 1998 (GVBl. S. 29), BS 2031-1

b) Kommunalaufsicht

Nach § 118 Abs. 2 und 3 GemO, § 61 Abs. 2 LKO ist das fachlich zuständige Ministerium, hier das Ministerium des Innern und für Sport, für kreisfreie und große kreisangehörige Städte obere Aufsichtsbehörde und im übrigen oberste Aufsichtsbehörde. Eine erstinstanzliche Zuständigkeit des Innenministeriums als oberste Aufsichtsbehörde besteht nur in wenigen Ausnahmefällen (vgl. etwa § 125 GemO). Die oberste Aufsichtsbehörde kann auch nicht, selbst wenn sie es nach pflichtgemäßem Ermessen für erforderlich hält, Befugnisse der ihr nachgeordneten Behörden ausüben. Denn ein solches Selbsteintrittsrecht, das die Aufsichtsbehörde berechtigt, unter Durchbrechung der funktionellen Zuständigkeit an Stelle der nachgeordneten Behörde zu handeln, ist gesetzlich nicht vorgesehen. Für ein solches Selbsteintrittsrecht dürfte praktisch wohl auch kaum ein Bedürfnis bestehen, weil durch die Fachaufsicht, die auf Landesebene dem Innenministerium als oberste Aufsichtsbehörde, auf der Mittelstufe überwiegend der Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion obliegt, sowohl Einzelweisungen als auch allgemein Weisungen ausgesprochen werden können. Die Stellung des Innenministeriums als oberste Aufsichtsbehörde in der Verwaltungsorganisation hindert es demnach nicht, entsprechende Weisungen an die ihm nachgeordneten Behörden zu erteilen.

Wie sich aus den „Kann-Vorschriften“ der §§ 120 bis 125 GemO ergibt, unterliegt die Kommunalaufsicht dem Opportunitätsprinzip. Die Kommunalaufsichtsbehörde entscheidet daher nach pflichtgemäßem Ermessen, ob sie tätig wird und welches Aufsichtsmittel sie anwendet⁵⁹. Ihr steht sowohl ein Entschließungs- als auch ein Auswahlermessen zu, bei deren Ausübung die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des gemeindefreundlichen Verhaltens zu beachten sind. Nur vereinzelt werden

⁵⁹ Oster, in: Praxis der Kommunalverwaltung, Landesausgabe Rheinland-Pfalz, § 117 GemO, S. 14

die einschlägigen „Kann-Vorschriften“ im Sinne einer Interventionspflicht⁶⁰ verstanden oder es wird auf die Rechtsfigur der Ermessenreduzierung auf Null verwiesen⁶¹. Diese Interpretation wird überwiegend damit begründet, dass es nicht dem Ermessen der Aufsichtsbehörde überlassen bleiben kann, ob sie gegen klare Gesetzesverstöße einschreiten will. Aus dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung folge, dass die Aufsichtsaufgabe eine objektive, dem Ermessen der Behörde entzogene Inpflichtnahme begründe, bei Rechtsverstößen immer einzuschreiten⁶². Dem ist aber entgegenzuhalten, dass sich der Zweck der Staatsaufsicht nicht darin erschöpft, lückenlos und automatisch jeden Rechtsverstoß zu ahnden. Vielmehr ist unter sorgfältiger Abwägung im Einzelfall zu berücksichtigen, inwieweit ein Interesse der Allgemeinheit an der Beseitigung einer Rechtsverletzung besteht⁶³.

Ob für die Landesregierung vor diesem Hintergrund eine Pflicht zur kommunalaufsichtlichen Intervention für Sachverhalte ab dem 1. Januar 2000 besteht, kann nicht pauschal beantwortet werden, sondern hängt von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab. Vor dem Hintergrund der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz dürfte allerdings davon auszugehen sein, dass es sich bei der Nichtgeltendmachung von Ablieferungsansprüchen, die nach dem 1. Januar 2000 entstanden sind, um relativ klare und auf der Hand liegende Gesetzesverstöße handelt, die ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde trotz des insoweit bestehenden Ermessens zumindest nahe legt oder gar gebietet. Von einer unklaren Rechtslage kann für diesen Zeitraum ohnehin nicht mehr ausgegangen werden, zumal das Innenministerium bei seiner eigenen Beurteilung zu dem Ergebnis kam, dass eine Rückabwicklung (nur) insoweit kommunalaufsichtlich nicht durchgesetzt werden soll, als sie die bis Ende 1999 erzielten Einkünfte betreffen. Offenbar geht das

⁶⁰ Borchert, DÖV 1978, 721

⁶¹ OVG Rheinland-Pfalz, DVBl. 1998, 796

⁶² Oster, in: Praxis der kommunalen Selbstverwaltung, Landesausgabe Rheinland-Pfalz, § 117, S. 14 f.

⁶³ Oster, in: Praxis der kommunalen Selbstverwaltung, Landesausgabe Rheinland-Pfalz, § 117, S. 15

Innenministerium selbst davon aus, dass für den sich anschließenden Zeitraum die Ablieferungspflicht geltend zu machen ist. Insoweit dürfte die Annahme gerechtfertigt sein, dass aufgrund der ab dem 1. Januar 2000 gegebenen Evidenz der in der Nichtablieferung liegenden Gesetzesverstöße das bestehende Ermessen in einer Weise reduziert ist, dass jede andere Entscheidung als ein kommunalaufsichtliches Einschreiten - vorbehaltlich besonderer Umstände des Einzelfalls - wohl eine fehlerhafte Betätigung des Ermessens darstellen würde. Dies muss umso mehr gelten, als der Gesetzgeber sich veranlasst sah, durch die Einfügung des § 78a in das Landesbeamten-gesetz die gebotene Rechtssicherheit zu schaffen, indem er klarstellte, dass zusätzliche Vergütungen für dem Hauptamt zuzurechnende Tätigkeiten abzuliefern sind. Unter Berücksichtigung der Entscheidung des Obergerichtes, nach der (jedenfalls im konkret entschiedenen Fall) das Rückzahlungsverlangen für die Zeit ab dem 1. Januar 2000 berechtigt gewesen ist, dürfte eine hiervon abweichendes Verhalten der Kommunal-aufsichtsbehörden nur schwer begründbar und für die Allgemeinheit kaum nachvollziehbar sein.

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass ein Anspruch auf Maßnahmen der Kommunal-aufsichtsbehörde oder zumindest auf fehlerfreien Gebrauchs des Ermessens weder einzelnen Gemeindebürgern oder ihren Vereinigungen noch der Gemeinde, ihren Organen oder deren Teilen oder politischen Parteien zusteht⁶⁴. Die Kommunal-aufsicht wird ausschließlich im öffentlichem Interesse, nicht im subjektiven Einzelinteresse ausgeübt. Durch eine Klage dritter Personen kann daher ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde nicht erzwungen werden.

Nach dem Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs wären die Aufsichtsmittel bei Annahme einer Pflicht zum kommunalaufsichtlichem Handeln gestaffelt einzusetzen gewesen. Ausgehend vom schwächsten Mittel, der Auskunft, folgt auf der zweiten

⁶⁴ Beschluss vom 29. Mai 1985, auszugsweise veröffentlicht in: Der Landkreis 1986, 39

Stufe die Beanstandung und Aufforderung zur Änderung, sodann drittens die Ersatzvornahme, als viertes Mittel die Bestellung eines Beauftragten und schließlich als letztes Mittel die Auflösung des Gemeinderats.

Damit ist festzuhalten, dass eine Pflicht der Landesregierung zur Veranlassung der Durchsetzung der Ablieferungspflicht von vornherein nur für die Zeit ab dem 1. Januar 2000 in Betracht kommt. Für diesen Zeitraum ist dann aber von einer weitgehenden Ermessensreduktion auszugehen, welche die Annahme einer Verpflichtung zum kommunalaufsichtlichen Einschreiten - unbeschadet der Würdigung der Einzelfallumstände - rechtfertigen dürfte.

c) Dienstaufsicht

Nach § 22 Abs. 1 LDG hat der Dienstvorgesetzte ein Disziplinarverfahren einzuleiten, sofern konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die den Verdacht eines Dienstvergehens rechtfertigen. Ein Dienstvergehen begeht der Beamte dann, wenn er schuldhaft ihm obliegende Pflichten verletzt (§ 85 Abs. 1 LBG). Soweit es um den zurückliegenden Zeitraum bis Ende 1999 geht, wird der Vorwurf schuldhaften Pflichtverletzung nicht erhoben werden können, da die Rechtslage zu diesem Zeitpunkt noch ungeklärt war, so dass selbst fahrlässiges Verhalten kaum überzeugend begründet werden könnte, insbesondere auch wegen der Zubilligung von Vertrauensschutz. Es wäre wertungswidersprüchlich, die Geltendmachung des Ablieferungsanspruchs aus Gründen schutzwürdigen Vertrauens zu verneinen, gleichzeitig darin aber ein Dienstvergehen zu sehen. Anders wäre der Fall bei Pflichtverstößen in der sich anschließenden Zeit (ab 2000) zu beurteilen, da eine Berufung auf Vertrauensschutz dann nicht mehr möglich ist. Aber auch hier ist letztlich die Bewertung der Einzelfallumstände entscheidend, insbesondere mit Blick auf die Frage des Vorliegens eines schuldhaften Verstoßes. Soweit die Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 LDG vorliegen ist der Dienstvorgesetzte zur Einleitung eines Disziplinarverfahrens verpflichtet. Die in Betracht kommenden Disziplinarmaßnahmen sind in § 3 LDG abschließend aufgezählt und führen jedenfalls nicht unmittelbar zur Rückzahlung der

Aufwandsentschädigung bzw. des Sitzungsgeldes, da es hier um das dienstliche Verhalten des Betroffenen geht.

III. Verjährung des Herausgabeanspruchs, Ausschluss der Berufung auf den Eintritt der Verjährung

Die Verjährung des sich auf die Ablieferungspflicht stützenden Rückzahlungsanspruchs könnte sich nach § 86 Abs. 3 LBG richten. Danach verjähren Schadensersatzansprüche wegen einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Beamten in drei Jahren. Der Schaden besteht hier in der nicht abgelieferten Vergütung⁶⁵. Allerdings setzt die Verjährungsvorschrift eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Pflichtverletzung voraus, was nur einzelfallbezogen zu entscheiden ist.

Soweit diese Voraussetzung nicht vorliegt, kommt § 105a LBG als maßgebliche Verjährungsvorschrift in Betracht. Aus dem Beamtenverhältnis entstandene Ansprüche auf Geldleistungen verjähren danach in vier Jahren, wenn die Tatsachen festgestellt sind, auf denen die Ansprüche beruhen. Die hier streitige, im Landesbeamtengesetz geregelte Abführungspflicht findet - wie von § 105a LBG vorausgesetzt - ihre Grundlage im Beamtenverhältnis, weil die Ablieferung den Grundsatz der vollständigen Alimentation hervorhebt und der Gesetzesbindung der Besoldung Rechnung trägt. § 105a LBG ist damit grundsätzlich anwendbar.

In Erwägung könnte aber gezogen werden, dass wegen der pflichtwidrig nicht erfolgten Ablieferung der Vergütung möglicherweise besondere Umstände vorliegen, die die Erhebung der Einrede der Verjährung als unzulässige Rechtsausübung und

⁶⁵ Anmerkung: Hat der Beamte eine Nebentätigkeit verschwiegen, so liegt der Schaden des Dienstherrn in dem nicht abgeführten Nutzungsentgelt (BGH vom 14. September 1993, DÖV 1994, 217)

damit unbeachtlich erscheinen lassen. Für den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gegenüber der Einrede der Verjährung genügt nicht jede Pflichtverletzung, vielmehr muss ein qualifiziertes Fehlverhalten vorliegen, das zwar nicht zwingend schuldhaft zu sein braucht, das aber unter gebotener Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls die Einrede der Verjährung als gegen Treu und Glauben verstoßend und damit als unzulässig erscheinen lässt. Daraus ergibt sich als regelmäßige Voraussetzung für den Einwand unzulässiger Rechtsausübung, dass der Schuldner eine Tätigkeit entfaltet und Maßnahmen trifft, die den Gläubiger veranlassen, verjährungsunterbrechende Schritte zu unterlassen, sei es auch nur, weil ihm in Folge eines solchen Tuns Ansprüche unbekannt geblieben sind⁶⁶. Allein in der pflichtwidrigen Unterlassung, zusätzliche Vergütungen nicht an den Dienstherrn abgeliefert zu haben, liegt demnach noch kein den Einwand unzulässiger Rechtsausübung begründendes Verhalten. Die Berufung auf den Eintritt der Verjährung wäre somit auch weiterhin möglich.

IV. Möglichkeiten des Parlaments, die Landesregierung bzw. die Aufsichtsbehörde zum Handeln zu verpflichten

Die Beantwortung der Frage ist nur für den Fall erbeten worden, dass das Innenministerium bzw. die Aufsichtsbehörde zum Einschreiten verpflichtet wären, was nach der hier vertretenen Auffassung zeitlich differenziert zu betrachten ist. Für den Zeitraum bis Ende 1999 sind keine Möglichkeiten des Parlaments ersichtlich, die Landesregierung zu einer nachträglichen Geltendmachung der Ablieferungsansprüche anzuhalten. Die Begründung einer solchen Pflicht etwa durch Gesetz stünde im Widerspruch zu der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz, insbesondere den Erwägungen zum Vertrauensschutz, und wäre daher rechtsstaatlich bedenklich. Für die Zukunft, das heißt für die Zeit ab dem 1. Januar 2000 wäre es zumindest denkbar, durch eine Gesetzesinitiative auf eine

⁶⁶ BVerwG, NVwZ 1983, 740, 741

entsprechende Veränderung der Rechtslage hinzuwirken, nach der die Kommunal-
aufsichtsbehörde nicht mehr nach Ermessen, sondern zwingend für die Durch-
setzung der Ablieferungspflicht Sorge zu tragen hätte. Allerdings bestünde auch in
diesem Fall aus Gründen der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 GG, Art. 77 Abs. 1 LV)
kein „Durchgriffsrecht“ des Parlaments in dem Sinne, dass es die Landesregierung
nunmehr zur Einhaltung dieser Pflicht in irgendeiner Weise zwingen könnte. Die
weiter bestehende Möglichkeit der Herbeiführung eines schlichten Parlaments-
beschlusses würde im Ergebnis aus den gleichen Gründen zu keiner durchsetzbaren
Bindung im Verhältnis zur Landesregierung führen.

Der systematisch geeignete Ort für die Einfügung einer die Landesregierung zum
Einschreiten verpflichtenden Norm wäre im übrigen nicht die Gemeinde- oder
Landkreisordnung, sondern das Landesbeamtengesetz, da es sich zum einen bei
kommunalen Wahlbeamten um mittelbare Landesbeamte handelt und zum anderen
um die Einhaltung einer aus dem Beamtenverhältnis resultierenden Pflicht geht.

Wissenschaftlicher Dienst
