

HRK Hochschulrektorenkonferenz, Ahrstraße 39, D-53175 Bonn

Präsidentin des Landtags
Nordrhein-Westfalen
Frau Carina Gödecke

Kontakt:

0228/887-113
praesident@hrk.de

Zeichen:

A2

nur per Email: gutachterdienst@landtag.nrw.de

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
16. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
16/526

Alle Abg

Dienstrechtsanpassungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Gesetzentwurf der Landesregierung, Drucksache 16/1625)
Gemeinsame öffentliche Anhörung des Unterausschusses „Personal“ des Haushalts- und Finanzausschusses sowie des Ausschusses für Innovation, Wissenschaft und Forschung am 26.02.2013

21.02.2013

Hier: vorbereitende schriftliche Stellungnahme

Sehr geehrte Damen und Herren, sehr geehrte Frau Landtagspräsidentin, mit dem von der Landesregierung vorgelegten Entwurf eines Dienstrechtsanpassungsgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen soll ausweislich der Begründung u.a. auch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 14.02.2012 zur Professorenbesoldung auf Landesebene umgesetzt werden. Die vorliegende Stellungnahme bezieht sich auf die damit im Zusammenhang stehenden Teile des Entwurfs.

Die Hochschulrektorenkonferenz beschäftigt sich schon seit den ersten Überlegungen zur Reform der Professorenbesoldung mit den rechtlichen und politischen Implikationen der W-Besoldung.

Konsequenz des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 14.02.2012 ist, dass die bisher in Hessen geltende Regelung verfassungswidrig ist und somit durch eine Neuregelung die Gewährung einer amtsangemessenen Alimentation sichergestellt werden muss. Diese Entscheidung wirkt sich auch auf die Professoren in den anderen Bundesländern aus.

Der Senat der HRK hat sich bereits im Juni 2012 mit der Frage der künftigen Ausgestaltung der W-Besoldung befasst und eine EntschlieÙung verabschiedet (s. **Anlage 1**), wonach folgende Punkte durch die Gesetzgeber berücksichtigt werden sollten:

- Das bisherige Zusammenspiel von Grundgehalt und Leistungszulagen als den beiden zentralen Elementen der W-Besoldung hat sich bewährt und muss beibehalten werden.
- Eine dem Alimentationsprinzip entsprechende Besoldung kann nur durch eine angemessene Anhebung der Grundgehälter realisiert werden.
- Der Vergaberahmen ist nicht mehr zu rechtfertigen, soweit er in den Landesgesetzen noch existiert.
- Die Kosten der durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts notwendigen gesetzlichen Neuregelungen sind von den Ländern, nicht von den Hochschulen zu tragen.
- Eine Harmonisierung der Grundelemente der W-Besoldung in den einzelnen Ländern ist anzustreben.

Die unterschiedlichen Gesetzesentwürfe in den Bundesländern haben das Präsidium der HRK veranlasst, ein Gutachten bei Professor Dr. Battis (HU Berlin) und Professor Dr. Grigoleit (TU Dortmund) in Auftrag zu geben, um die Vereinbarkeit der darin vorgeschlagenen Regelungen mit höherrangigem Recht prüfen zu lassen. Dieses Gutachten (s. **Anlage 2**) kommt unter anderem zu dem Ergebnis, dass die zum Teil vorgesehenen Kürzungen der Leistungsbezüge nicht an Leistungskriterien orientiert sind und einseitig die betroffenen Professorinnen und Professoren ohne hinreichende Rechtfertigung benachteiligen. Sie ist daher wegen Verstoßes gegen das Leistungsprinzip aus Art. 33 GG verfassungswidrig. Darüber hinaus stellen die Gutachter fest, dass die Einführung von Erfahrungsstufen wie die Leistungsbezüge selbst eine Anknüpfung an Leistungsgesichtspunkte darstellt und somit gegen die vom Bundesverfassungsgericht geforderte Systemgerechtigkeit der Ausgestaltung verfassungsrechtlicher Leistungsansprüche verstößt und daher verfassungswidrig ist. Darüber hinaus ist sie unionsrechtswidrig, denn sie stellt eine mittelbare Altersdiskriminierung dar.

Der von der Landesregierung vorgelegte Referentenentwurf trägt dem leider nur unzureichend Rechnung.

Im Einzelnen ist dazu Folgendes zu erläutern:

1. Begrüßt wird die amtsangemessene Anhebung der W2-Grundgehälter in Art. 4 § 1 des Entwurfs um 690 € –, einer Steigerung, die im Vergleich mit der Besoldungsgruppe A15 oberhalb der Stufe 9 angesiedelt ist. Damit wird dem Hinweis des Bundesverfassungsgerichts entsprochen, „dass das dem Professorenamt zugeordnete Grundgehalt nicht im unteren Bereich der Besoldung des höheren Dienstes (Besoldungsordnung A) angesiedelt sein darf.“

2. Schwerwiegende Probleme stellen sich durch die in Art. 4 § 2 des Entwurfs geplante Anrechnung bereits gewährter Berufungs- und Bleibe-Leistungsbezüge und besonderer Leistungsbezüge auf den Erhöhungsbetrag unter Berücksichtigung eines anrechnungsfreien Sockelbetrages in Höhe von 150 €. Dadurch tritt faktisch eine Kürzung der bereits gewährten Leistungsbezüge ein. Soweit der Landesgesetzgeber an dem Zwei-Säulen-Modell der W-Besoldung festhält, stellt die vorgesehene Anrechnungsregelung einen Verstoß gegen das in der W-Besoldung enthaltene Leistungsprinzip dar, der nicht gerechtfertigt ist. Dies gilt ebenfalls, wenn wie in Art. 4 § 2 des Entwurfs ein fester Betrag der grundsätzlich zu verrechnenden Leistungsbezüge anrechnungsfrei bleibt. „Dadurch wird zwar die unsachliche Gleichbehandlung mit den Professoren ohne Leistungsbezüge wesentlich abgemildert. Die Ungleichbehandlung der Bezieher niedriger und mittlerer Leistungsbezüge gegenüber den Beziehern höherer Leistungsbezüge bleibt jedoch der Sache nach genauso bestehen, wie die Ungleichbehandlung der Kürzungsbetroffenen mit zukünftig einzustellenden Professoren.“ (s. Battis/Grigoleit, S. 15, Anlage 2).

In der Hoffnung, dass Sie diese Stellungnahme und das Rechtsgutachten im weiteren Gesetzgebungsverfahren berücksichtigen werden, verbleibe ich

mit freundlichen Grüßen



Professor Dr. Horst Hippler

Anlagen

**Zur künftigen
Ausgestaltung
der W-Besoldung**

**Entscheidung
des Senats der
Hochschulrektorenkonferenz
Bonn, 12.6.2012**

HRK Hochschulrektorenkonferenz

Die Stimme der Hochschulen

Ahrstraße 39 Tel.: 0228/887-0 post@hrk.de
D-53175 Bonn Fax: 0228/887-110 www.hrk.de

I. Einleitung

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat am 14. Februar 2012 entschieden, dass die W2-Besoldung der Professoren in Hessen gegen das Alimentationsprinzip verstößt und damit verfassungswidrig ist. Diese Entscheidung hat Auswirkungen auf alle Bundesländer und vermutlich auf das gesamte System der W-Besoldung.

Grundsätzlich ist durch die Einführung der W-Besoldung ein funktionierendes Gesamtsystem der Professorenbesoldung mit Elementen einer Leistungshonorierung geschaffen worden. Für die Attraktivität und Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Hochschulen ist es unabdingbar, dass das Grundgehalt der W-Besoldung auskömmlich ausgestattet ist und gleichzeitig leistungsabhängige Gehaltskomponenten beibehalten werden.

II. Entschlüsse

1. Das bisherige Zusammenspiel von Grundgehalt und Leistungszulagen als den beiden zentralen Elementen der W-Besoldung hat sich bewährt und muss beibehalten werden.
2. Eine dem Alimentationsprinzip entsprechende Besoldung kann nur durch eine angemessene Anhebung der Grundgehälter realisiert werden.
3. Der Vergaberahmen ist nicht mehr zu rechtfertigen, soweit er in den Landesgesetzen noch existiert.
4. Die Kosten der durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts notwendigen gesetzlichen Neuregelungen sind von den Ländern, nicht von den Hochschulen zu tragen.
5. Eine Harmonisierung der Grundelemente der W-Besoldung in den einzelnen Ländern ist anzustreben.

III. Begründung

1. Der Gesetzgeber muss den bereits eingeschlagenen Weg der W-Besoldung weiter beschreiten, um ein wissenschaftsadäquates Leistungsprinzip an den Hochschulen zu stärken. Die Hochschulen müssen weiterhin über Leistungsbezüge und die zugrunde liegenden Kriterien entscheiden können, um sich optimal in Richtung ihrer selbst gesteckten Ziele und Profile entwickeln zu können. Diese Grundsätze der W-Besoldung hat auch das Bundesverfassungsgericht als grundsätzlich sinnvoll anerkannt.

2. Ziel einer verfassungskonformen Neuregelung muss es sein, die Amtsgemessenheit der Besoldung zu garantieren und gleichzeitig ein adäquates Element der Leistungshonorierung zu sichern. Die teilweise vorgeschlagene Rückkehr zur C-Besoldung oder zu vergleichbaren Elementen wie Erfahrungsstufen ist abzulehnen, da sie leistungsbezogene Anreize weitgehend negiert. Zu bedenken ist, dass eine signifikante Erhöhung der W2-Grundgehälter eine simultane Erhöhung der W3-Grundgehälter notwendig machen könnte, um einen den verschiedenen Ämtern angemessenen Abstand zwischen den Gehaltsstufen sicherzustellen.

Darüber hinaus ist in Betracht zu ziehen, dass jegliche substanzielle Erhöhung der Grundgehälter Auswirkungen auf die Pensionslasten hat. Dies ist insbesondere an Hochschulen, die selbst für die Pensionslasten aufkommen müssen, zu berücksichtigen.

3. Die Beibehaltung des Vergaberahmens ist insbesondere für Hochschulen mit Globalhaushalten ein Anachronismus. Insbesondere sind außergewöhnlich hohe Leistungsbezüge (z. B. Funktionsleistungsbezüge der Hochschulleitungen, Leistungsbezüge bei Gewinnung von Wissenschaftler/inn/en aus dem Ausland oder aus der Privatwirtschaft) bei der Berechnung eines möglichen Besoldungsdurchschnitts außer Acht zu lassen, wie dies in außeruniversitären Forschungseinrichtungen bereits üblich ist. Insgesamt hat sich in der Vergangenheit gezeigt, dass ausgehend von dem Stichtag 2001 zu niedrige Volumina für Leistungsbezüge zur Verfügung stehen.

4. Wie aus der Urteilsbegründung deutlich wird, handelt es sich bei der fehlenden Amtsgemessenheit in der W2-Besoldung in Hessen um einen gesetzgeberischen Fehler, der mit dem Verstoß gegen das Alimentationsprinzip Grundelemente des Beamtenrechts außer Acht gelassen hat. Die finanziellen Folgen des gesetzgeberischen Fehlers sind daher systematisch der Sphäre des Gesetzgebers und folglich dem Land zuzuordnen. Angesichts einer bereits heute nicht ausreichenden Grundfinanzierung sind die Hochschulen nicht in der Lage, zusätzliche finanzielle Belastungen zu schultern.

5. Angesichts der nahezu identischen Anforderungen und Aufgaben an bzw. von Professor/inn/en sind substantielle Unterschiede in der Besoldung zwischen den Bundesländern und Insellösungen einzelner Bundesländer nicht zu rechtfertigen. Dem sollte durch eine Harmonisierung der Besoldungsstruktur aller Bundesländer Rechnung getragen werden.

**Zur Vereinbarkeit der Entwürfe für eine Professorenbesoldungsreform zur
Umsetzung der Entscheidung des BVerfG vom 14.02.2012, 2 BvL 4/10 mit
höherrangigem Recht**

Rechtsgutachten

im Auftrag der Hochschulrektorenkonferenz

vorgelegt von

**Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Battis
Humboldt Universität zu Berlin**

und

**Prof. Dr. Klaus Joachim Grigoleit
Technische Universität Dortmund**

November 2012

Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Das BVerfG hat mit seiner Entscheidung vom 14.02.2012 die Besoldung der W2-Professoren für evident unzureichend und deshalb verfassungswidrig erklärt. Alle Länder – möglicherweise mit Ausnahme Baden-Württembergs – sind deshalb zur Nachbesserung gezwungen.
2. Die bislang vorliegenden Regelungsentwürfe halten an dem bisherigen Zwei-Säulen-Modell der Professorenbesoldung (alimentatives Grundgehalt einerseits, Leistungsbezüge andererseits) fest. Sie sehen vor, das Grundgehalt der Besoldungsgruppe W2 anzuheben, gleichzeitig aber die bereits gewährten Leistungsbezüge bis zur Höhe der Besoldungserhöhung ganz oder teilweise zu kürzen. Zudem werden teilweise in das Grundgehalt Dienstaltersstufen eingearbeitet.
3. Soweit die Gesetzentwürfe statt der Grundgehaltserhöhung garantierte Mindestleistungsbezüge vorsehen, liegt darin nur eine nominelle Abweichung, weil garantierte Leistungsbezüge keine Leistungsdifferenzierung enthalten und deshalb wie Grundgehalt zu bewerten sind.
4. Bei der gesetzlichen Ausgestaltung der Leistungsbezüge ist der Gesetzgeber an das Leistungsprinzip als besonderem Gleichheitssatz gebunden. Die vorgesehene Kürzung der Leistungsbezüge ist nicht an Leistungskriterien orientiert und benachteiligt einseitig die betroffenen Professoren ohne hinreichende Rechtfertigung. Sie ist deshalb wegen Verstoßes gegen das Leistungsprinzip verfassungswidrig.
5. Durch die Wiedereinführung von Dienstaltersstufen versuchen die Gesetzgeber die Kosten für die Besoldungserhöhung zu minimieren. Soweit sie sich hierfür auf Leistungsgesichtspunkte (Erfahrung) berufen, widerspricht die Einführung bei gleichzeitigem Festhalten an dem Zwei-

Säulen-Modell der Professorenbesoldung den Anforderungen, die das BVerfG an die Systemgerechtigkeit der Ausgestaltung verfassungsrechtlicher Leistungsansprüche stellt und ist deshalb verfassungswidrig.

6. Die Einführung der Dienstaltersstufen verletzt zudem jedoch das unionsrechtlich durch den EuGH zunehmend differenzierend ausgestaltete Verbot mittelbarer Altersdiskriminierung. Denn zum einen weisen alle Indizien der Rechtsentwicklung darauf hin, dass der Gesetzgeber letztlich nicht auf die Honorierung von Leistungszuwachs sondern auf die Absenkung der Besoldung jüngerer Hochschullehrer abzielt. Zum anderen ist ein Leistungszuwachs primär durch Erfahrung gerade im Bereich der Wissenschaft nicht plausibel.

I. Sachverhalt und Fragestellung

Mit Entscheidung vom 14.02.2012¹ hat das BVerfG auf Vorlage des VG Gießen die Besoldung der in die Besoldungsgruppe W 2 eingestuften Professoren des Landes Hessen als evident unzureichend für verfassungswidrig erklärt und dem Gesetzgeber die Neuregelung bis zum 1. Januar 2013 aufgegeben.

Zwar hat die Entscheidung unmittelbar nur die Besoldungsregelung in Hessen zum Gegenstand. Auf der Basis des Professorenbesoldungsreformgesetzes vom 22. Februar 2002² unterscheidet sich die Rechtslage in Hessen aber nicht wesentlich von derjenigen in anderen Ländern, die teilweise von ihrer durch die Föderalismusreform eingeräumten Gesetzgebungsbefugnis durch eigene Besoldungsregelungen Gebrauch gemacht haben. Dementsprechend sind alle Länder aufgefordert, bis zum 1. Januar 2013 die Besoldung der nach W 2 eingestuften Professoren verfassungskonform zu regeln.³

Für die Neuregelung enthält die verfassungsgerichtliche Entscheidung einige Vorgaben, ohne jedoch eine konkrete Besoldungshöhe oder auch nur einen bestimmten Weg für die Umsetzung der Vorgaben vorzuschreiben.

Das BVerfG geht in der Entscheidung davon aus, dass der mit dem Professorenbesoldungsreformgesetz eingeleitete Systemwechsel zur Betonung des Leistungsprinzips als hergebrachtem Grundsatz des Berufsbeamtentums (Art. 33

¹ 2 BvL 4/10; zu dieser Entscheidung etwa Budjarek, DÖV 2012, 465; Epping, F&L 2012, 180; Hartmer, F&L 2012, 184; Grigat, F&L 2012, 188; Classen, JZ 2012, 465; Knopp, LKV 2012, 145; Schwabe, NVwZ 2012, 610; Wolff, ZBR 2012, 145; Quapp, DVBl 2012, 427; Battis, PR 2012, 197.

² BGBl I S. 686

³ Eine Ausnahme bildet insoweit wohl nur Baden-Württemberg, weil und soweit hier alle Universitätsprofessoren nach W 3 besoldet werden. Ob die Entscheidung des BVerfG ohne Einschränkung auch die Verfassungswidrigkeit der W 2-Besoldung für Professoren an Fachhochschulen begründet, bedürfte weiterer Prüfung.

Abs. 5 GG) zwar grundsätzlich zulässig sei.⁴ Die Ausgestaltung habe aber den Grundsatz amtsangemessener Alimentation zu beachten. Zur Kompensation eines für sich genommen unzureichenden Grundgehalts seien Leistungsbezüge deshalb nur dann zu berücksichtigen, wenn sie für jeden Amtsträger zugänglich und hinreichend verstetigt, insbesondere wissenschaftsadäquate Vergabekriterien vom Gesetzgeber hinreichend bestimmt seien und dem Amtsträger ein einklagbarer Rechtsanspruch auf Gewährung von Leistungsbezügen zugestanden werde.⁵

Da die gesetzlichen Vorschriften diese Anforderungen nicht erfüllen,⁶ bezog das Gericht die Leistungsbezüge bei der Bewertung der Amtsangemessenheit der Alimentation nicht mit ein. Das danach allein maßgebliche Grundgehalt der Besoldungsgruppe W2 erklärte das Gericht auf der Grundlage eines Quervergleichs mit den Besoldungsgruppen des höheren Dienstes der Besoldungsordnung A für evident unangemessen.⁷ Angesichts der Einstellungsvoraussetzungen und dem zu ihrer Erfüllung notwendige langen Qualifikationsweg, der Aufgabenstellung und der Beanspruchung der Hochschullehrer dürfe die Besoldung nicht „im unteren Bereich der Besoldung des höheren Dienstes“ angesiedelt sein.⁸

Für die Beseitigung des Alimentationsdefizits weist das BVerfG dem Gesetzgeber einenn weiten Gestaltungsspielraum zu, der etwa die Rückkehr zur früheren C-Besoldung, die Erhöhung der Grundgehaltssätze oder die alimentationsgerechte Ausgestaltung der Leistungsbezüge umfasse.⁹

Bisher liegen konkretisierte Neuregelungsabsichten aus den Ländern Bayern,¹⁰ Berlin, Brandenburg,¹¹ Bremen,¹² Nordrhein-Westfalen,¹³ Hessen,¹⁴ Rheinland-

⁴ BVerfG, a.a.O., Rn. 154 ff.

⁵ BVerfG, a.a.O., Rn. 162.

⁶ BVerfG, a.a.O., Rn. 178 ff.

⁷ BVerfG, a.a.O., Rn. 167 ff.

⁸ BVerfG, a.a.O., Rn. 174.

⁹ BVerfG, a.a.O., Rn. 184.

¹⁰ Gesetzentwurf der Staatsregierung zur Änderung der Professorenbesoldung vom 09.10.2012, LT-Drs. 16/13863

¹¹ Gesetzentwurf zur Änderung der Professorenbesoldung, April 2012.

¹² Gesetzentwurf zur Änderung der Professorenbesoldung.

¹³ Entwurf eines Dienstrechtsanpassungsgesetzes, Kabinettsbefassung v. 18.09.2012.

Pfalz, Saarland, Sachsen¹⁵ und Schleswig-Holstein¹⁶ vor, die sich teilweise überschneiden, teilweise aber auch höchst unterschiedlich gestaltet sind.¹⁷

Allen bislang vorgelegten Entwürfen ist gemeinsam, dass sie auf eine alimentative Ausgestaltung von echten Leistungsbezügen verzichten und das System der Leistungsbezüge sehr weitgehend nach dem bisherigen Muster beibehalten. Dementsprechend sieht die große Mehrzahl der Entwürfe eine prozentuale oder in Beträgen ausgedrückte Erhöhung der Grundgehälter der Besoldungsgruppe W2 vor, die sich im Wesentlichen an der Besoldungsgruppe A 15 orientiert, teilweise flankiert durch die Wiedereinführung von Dienstaltersstufen. Parallel dazu wird eine Erhöhung der Besoldung aus W3, überwiegend aber in geringerem Maße, gewährt.

Einige Länder (Brandenburg, Bremen) weichen stattdessen auf „garantierte Mindestleistungsbezüge“ aus. Da diese allen Amtsträgern gewährleistet werden und von ihnen deshalb keinerlei leistungsdifferenzierende Wirkung ausgeht, handelt es sich dabei jedoch nicht nominell, wohl aber der Sache nach ebenfalls um eine Erhöhung der Grundgehälter.

Die Erhöhung der Besoldung soll zum großen Teil durch eine als „Verrechnung“ oder „Umwidmung“ bezeichnete Kürzung individuell vereinbarter Leistungsbezüge der bereits im Amt befindlichen Professoren gegenfinanziert werden, soweit diese die vorgesehene Besoldungserhöhung nicht übersteigen. Dabei ist teilweise vorgesehen, dass ein bestimmter Prozentsatz dieser Leistungsbezüge „anrechnungsfrei“ bleibt (Bayern: 50 %, Sachsen: 30 %), teilweise bleibt ein Sockelbetrag erhalten (Nordrhein-Westfalen: 150,- €). Auf eine entsprechende Gegenfinanzierung verzichten nur die Länder, die einen garantierten Mindestleistungsbezug vorsehen, was der Sache nach aber ebenfalls

¹⁴ Gesetzentwurf der Hessischen Landesregierung für ein Gesetz zur Ersetzung von Bundesrecht auf dem Gebiet der Hochschullehrerbesoldung und zur Änderung des Hessischen Besoldungsgesetzes vom 28.08.2012, LT-Drs. 18/6074.

¹⁵ Referentenentwurf zur Professorenbesoldung, implementiert in Art. 2 eines Dienstrechtsneuordnungsgesetzes

¹⁶ Gesetzentwurf der Landesregierung zur Änderung des Besoldungsgesetzes Schleswig-Holstein – strukturelle Änderung der Besoldung von Professorinnen und Professoren.

¹⁷ Vgl. dazu auch die Übersicht in F&L, 2012, 894.

die komplette „Verrechnung“ bisheriger Leistungsbezüge in entsprechender Höhe bedeutet.

Ob durch die vorgeschlagenen Besoldungserhöhungen das Mindestniveau amtsangemessener Alimentation erreicht wird, dürfte in vielerlei Hinsicht noch klärungsbedürftig sein. Ebenso wird die Frage, inwieweit von der Besoldungserhöhung auch die übrigen Besoldungsgruppen der Besoldungsordnung W umfasst sein sollten, Gegenstand der (besoldungs-)politischen Debatte sein. Gleiches dürfte für die Frage gelten, ob an den bisherigen Vergaberahmen festzuhalten ist.

Die nachfolgende Untersuchung konzentriert sich demgegenüber auf zwei Kernelemente der vorliegenden Regelungsvorschläge: Zum einen die Frage der Zulässigkeit der Kürzung bereits vereinbarter Leistungsbezüge, zum anderen die Vereinbarkeit der zum Teil vorgesehenen Wiedereinführung von Dienstaltersstufen in die Besoldungsordnung W.

I. Zulässigkeit der Kürzung bereits vereinbarter Leistungsbezüge

1. Besoldungssystematische Einordnung der Kürzung

Mit den vorliegenden Regelungsentwürfen versuchen die Länder den vom BVerfG festgestellten verfassungswidrigen Einbruch in den Alimentationsanspruch der nach W2 besoldeten Professoren zu beseitigen. Dafür ergreifen sie von der Mehrzahl der hierfür zur Verfügung stehenden Alternativen ausnahmslos die Variante, die den Alimentationsanspruch über eine Erhöhung der Grundgehälter befriedigt. Dies gilt letztlich auch für die Vorhaben in Bremen und Brandenburg, weil der dort vorgesehene voraussetzungslose Anspruch auf garantierte Leistungsbezüge in einer bestimmten Höhe sich letztlich nur nominal von der Kategorie des Grundgehalts unterscheiden lässt.

Daneben sehen die Entwürfe weiterhin und im Grundsatz unverändert vor, dass die Amtsträger neben den alimentativen Grundgehältern Leistungsbezüge in unbestimmter, jeweils zu vereinbarenden oder auf Antrag festzusetzender Höhe erhalten können. Die Regelungsentwürfe halten also an dem seit dem Reformgesetz bestehenden Zwei-Säulen-Modell der Professorenbesoldung fest.

Allerdings enthalten die Regelungsentwürfe durchweg Sonderbestimmungen für einen Teil der leistungsbezogenen Besoldungsbestandteile. Soweit Leistungsbezüge bereits in der Vergangenheit vereinbart oder festgesetzt wurden und in ihrer Höhe nicht über die Erhöhung der alimentativen Besoldungsbestandteile hinausreichen, sollen sie auf die Erhöhung der Grundgehälter „angerechnet“, mit dieser „verrechnet“ oder für die Erhöhung „umgewidmet“ werden.

Mit dieser Begrifflichkeit wird der zugrundeliegende Sachverhalt offensichtlich verunklart. Grundlage des beibehaltenen Zwei-Säulen-Modells ist die rechtliche Unabhängigkeit der alimentativen Besoldung einerseits und der Leistungsbezüge andererseits voneinander. Die Leistungsbezüge sind weder dem Grunde noch der Höhe nach von der Eingruppierung des Stelleninhabers nach W2 oder W3 abhängig, noch unterliegen sie bei der Anpassung der alimentativen Besoldung einer kompensatorischen Minderung oder – soweit nicht besonders bestimmt – einer parallelen Erhöhung. Sowohl in ihren Zielsetzungen, als auch in ihren Voraussetzungen und in ihrer rechtlichen Ausgestaltung unterscheiden sich die Bestandteile der Besoldung grundlegend voneinander.

Während die Alimentation der generalisierten amtsangemessenen Lebenshaltung der Amtsträger dient, sollen die Leistungsbezüge zusätzliche individuelle Leistungsmerkmale berücksichtigen. Dementsprechend knüpfen sie an eine besondere Profilierung des Hochschullehrers an, setzen die Erreichung vereinbarter Ziele voraus oder honorieren besondere Leistungen.

Anders als die alimentativen Leistungen können Leistungsbezüge als einmalige Leistungen, als befristete oder unbefristete, als ruhegehalttsfähige oder nicht ruhegehalttsfähige Zulagen ausgestaltet werden. Gerade wegen dieser grundlegend

unterschiedlichen Zielsetzung und Ausgestaltung hat das BVerfG davon abgesehen, die Leistungsbezüge auf den Alimentationsanspruch der Hochschullehrer anzurechnen und ausdrücklich festgehalten, dass zwischen den (ungenügenden) Grundgehaltssätzen und den Leistungsbezügen bei dieser Ausgestaltung eben kein kompensatorisches Verhältnis bestehe.¹⁸ Dementsprechend besteht zwischen den Besoldungsbestandteilen der Sache nach kein Verrechnungsverhältnis sondern ist zu konstatieren, dass mit den vorgelegten Entwürfen versucht wird, die verfassungsrechtlich erforderliche Alimentationsverbesserung durch Kürzung an anderer Stelle, nämlich bei bereits zugesagten Leistungsbezügen zu refinanzieren.

2. Vereinbarkeit mit dem Alimentationsprinzip (Art. 33 Abs. 5 GG)

Da die Leistungsbezüge als Besoldungsbestandteile ausgestaltet sind, handelt es sich bei den Kürzungsregelungen um Besoldungskürzungen und könnte insoweit das in Art. 33 Abs. 5 GG geschützte Alimentationsprinzip betroffen sein.

Voraussetzung dafür wäre jedoch, dass die Leistungsbezüge als Teil der Alimentation geschützt sind. Gerade dies wird man aber angesichts der Entscheidung des BVerfG verneinen müssen: Mangels hinreichenden, gesetzlich geregeltem Leistungsanspruch berücksichtigte das BVerfG die Leistungsbezüge gerade nicht bei der Bewertung der Alimentation aus dem Professorenamt. Die Leistungsbezüge gehören also nicht zu den alimentativen Besoldungsbestandteilen und nehmen deshalb nicht an deren verfassungsrechtlichem Schutz teil.

Unabhängig davon nimmt das BVerwG¹⁹ in ständiger, auch vom BVerfG²⁰ zugrundegelegter Rechtsprechung an, dass die Kürzung einzelner alimentativer Leistungen verfassungsrechtlich nur dann relevant ist, wenn geltend gemacht wird, dass gerade durch die Kürzung das alimentative Minimum der Gesamtbesoldung aus dem Amt unterschritten wird. Vorliegend müsste also argumentiert werden, dass die Leistungsbesoldung erforderlich ist, um alimentative Defizite des Grundgehalts zu kompensieren. Auch diese

¹⁸ BVerfG, Rn. 166.

¹⁹ B. vom 15. April 2010 - BVerwG 2 B 81.09 - m.w.N.; Urteil vom 20. März 2008 - BVerwG 2 C 49.07 - BVerwGE 131, 20.

²⁰ BVerfG, Beschluss vom 14. Oktober 2009 - 2 BvL 13/08.

Argumentation ist vorliegend ausgeschlossen, weil die Leistungsbezüge aus den genannten Gründen von vornherein nicht geeignet sind, alimentative Defizite des Grundgehalts zu kompensieren. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Höhe der Professorenbesoldung können sich danach nur auf die Gestaltung des Grundgehalts, nicht auf die Gestaltung, Kürzung oder den Wegfall von Leistungsbezügen beziehen.

3. Verstoß gegen das Leistungsprinzip

Das Leistungsprinzip ist der einzige, im Grundgesetz selbst aufgeführte „hergebrachte Grundsatz des Berufsbeamtentums“. In § 33 Abs. 2 GG wird seine Bedeutung für den Zugang zu öffentlichen Ämtern besonders hervorgehoben, ohne dass sich das Leistungsprinzip darin erschöpfen würde. Insbesondere im Bereich der Besoldung sollte etwa durch das DienstrechtsreformG²¹ die Bedeutung des Leistungsprinzips im Überschneidungsbereich mit dem Alimentationsprinzip gestärkt werden.²² Auch in seiner jüngsten Entscheidung hat das BVerfG die Bedeutung des Leistungsprinzips als hergebrachtem Grundsatz des Berufsbeamtentums bei der Ausgestaltung des Dienstrechts auch im Bereich der Besoldungsregelungen ausdrücklich betont.²³

Die Leistungsbezüge der Professoren sollen gerade dazu dienen, dem Leistungsprinzip auch im Bereich der Professorenbesoldung über die Voraussetzungen für den Zugang zu den Professorenämtern hinaus Geltung zu verschaffen. Da die Länder ausnahmslos an dem Zwei-Säulen-Modell der Professorenbesoldung mit alimentativen Grundgehältern einerseits und Leistungsbezügen andererseits festhalten, ist das Leistungsprinzip die maßgebliche Bezugsgröße bei der Ausgestaltung der Leistungsbezüge. Auch die vorliegende Kürzungsmaßnahme muss sich also am Leistungsprinzip messen lassen.

²¹ V. 24.02.1997, BGBl I, 322; dazu etwa Beus/Bredendiek, ZBR 1997, 201.

²² Vgl. dazu Battis, in: Sachs (Hg.), GG, Art. 33 Rn. 41a.

²³ BVerfG, a.a.O., Rn 153 f.

Dabei ist jedoch zu beachten, dass dem Gesetzgeber bei der Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze, also auch bei der Berücksichtigung des Leistungsprinzips ein weiter Gestaltungsspielraum zusteht. Insbesondere wäre es etwa zulässig, bei der Besoldung auf leistungsdifferenzierende Bestandteile innerhalb der Besoldung einer Besoldungsgruppe ganz zu verzichten. Dementsprechend ist soweit erkennbar unbestritten, dass der Gesetzgeber vorliegend auf Leistungsbezüge ganz verzichten könnte und etwa zum System der C-Besoldung zurückkehren könnte. Soweit der Gesetzgeber aber an einem System leistungsdifferenzierender Besoldungsbestandteile festhält, muss dieses System insgesamt nach Leistungsgesichtspunkten differenzierende Ergebnisse bewirken oder zumindest anstreben. Insofern entfaltet das Leistungsprinzip hier wie beim Zugang zu öffentlichen Ämtern nach Art. 33 Abs. 2 GG die Wirkungen eines speziellen Gleichheitssatzes. Daraus ergibt sich, dass die Kürzung der Besoldungsbezüge so auszugestalten ist, dass sie nach Leistungskriterien Gleiches im wesentlichen gleich, Ungleiches aber unterschiedlich zu regeln hat.

Es bestehen durchgreifende Bedenken dagegen, dass sich die Gesetzgeber von diesen Grundsätzen haben leiten lassen:

- a) Soweit die Regelungen die Leistungsbezüge mit der Erhöhung der alimentativen Bezüge „verrechnen“, werden die bereits im Amt befindlichen Professoren mit Leistungsbezügen im Ergebnis bereits im Amt befindlichen Professoren ohne Leistungsbezüge gleichgestellt. Die für diese Vergleichsgruppen bisher bestehende Ungleichheit der Besoldungshöhe beruht auf der differenzierenden Leistungsbewertung der jeweiligen Dienstherren. Dass sich an dieser differenzierenden Bewertung durch die Neuregelung irgendetwas geändert haben könnte, ist nicht ersichtlich. Auszuschließen ist auch, dass die differenzierende Bewertung im neuen System ihre Bedeutung verloren haben könnte, da die Regelungsentwürfe nach wie vor gerade die Differenzierungen vorsehen, auf deren Grundlage die nun eingeebneten Besoldungsunterschiede bestehen.

An diesen selbst für relevant gehaltenen Differenzierungen muss sich der Gesetzgeber innerhalb des Systems der Leistungsbezüge festhalten lassen. Daraus ergibt sich, dass die Ausgestaltung der Kürzung eine wesentliche

Leistungsdifferenz nicht beachtet und deshalb wesentlich Ungleiches gleich behandelt.

- b) Eine Ungleichbehandlung erfolgt, soweit die Kürzung Leistungsbezüge bis zu einer bestimmten, durch die Erhöhung der Grundbesoldung gekennzeichneten Höhe betrifft, darüber hinaus festgesetzte Leistungsbezüge aber ungeschmälert belässt. Dadurch tritt bei geringen und mittleren Leistungsbezügen ein vollständiger Verlust ein, bei höheren Leistungsbezügen nur eine mit zunehmender Höhe anteilig immer geringer werdende Minderung. Eine an Leistungsgesichtspunkten orientierte Rechtfertigung für die ungleiche Belastung der Bezieher niedriger und mittlerer Leistungsbezüge einerseits und der Bezieher höherer Leistungsbezüge andererseits ist nicht erkennbar.
- c) Von der Kürzung sind ausschließlich die Amtsinhaber betroffen, deren Leistungsbezüge bereits vor der beabsichtigten Neuregelung vereinbart bzw. festgesetzt wurden. Die Regelungsvorschläge lassen demgegenüber die Zulässigkeit der Gewährung von Leistungsbezügen in der Zukunft unberührt. Dies führt dazu, dass die Honorierung von Leistungen in der Vergangenheit gestrichen wird, die gleiche Leistung in der Zukunft aber honoriert werden kann. Leistungszulagen, die etwa zur Abwendung eines Rufs in der Vergangenheit gewährt wurden, werden gestrichen, während der gleiche Sachverhalt in der Zukunft zur Gewährung von Leistungsbezügen führen kann. Gleiche Sachverhalte werden also ausschließlich aufgrund ihrer Ungleichzeitigkeit und damit ohne leistungsorientierte Begründung ungleich behandelt. Insofern lässt sich die Ungleichbehandlung auch nicht mit der bei Stichtagsregelungen unabweislichen Relativierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes rechtfertigen. Denn diese Unabweislichkeit besteht nur dann, wenn zu einem Stichtag Leistungsansprüche, die bisher nicht bestanden für die Zukunft entstehen oder umgekehrt bisher bestehende Leistungsansprüche für die Zukunft entfallen, nicht dagegen, wenn wie hier zu einem Stichtag Leistungsansprüche beseitigt werden, die aber in der Zukunft unter gleichen Umständen wieder begründet werden können.

- d) Die durch das „Verrechnungsmodell“ bewirkte Kürzung der Leistungsbezüge bewirkt danach Einbrüche in den vom Leistungsprinzip konstituierten besonderen Gleichheitssatz, ohne dass hierfür eine hinreichende Rechtfertigung erkennbar wäre.

Zur Begründung verweisen die vorliegenden Regelungsentwürfe insbesondere auf das Ziel, eine Überalimentation zu vermeiden. Diese Begründung geht schon im Ansatz ins Leere, weil die Leistungsbezüge aus den in der Entscheidung des BVerfG genannten Gründen nicht zur Alimentation der Professoren gehören und ihre Belassung deshalb auch nicht zu einer Überalimentation führen kann.

Die Begründung ist aber auch deshalb fadenscheinig, weil der Gesetzgeber seit jeher davon ausging, dass die Leistungsbezüge zusätzlich zu der amtsangemessenen Alimentation geleistet werden sollten. Wie sich aus dem Gesetzgebungsverfahren zum Professorenbesoldungsreformgesetz ergibt waren sich Bundesregierung und Bundesrat ausdrücklich darüber einig, dass bereits mit dem Grundgehalt nach W2 bzw. W3 eine amtsangemessene Alimentation gewährleistet werden sollte und deshalb kein Rechtsanspruch auf die Gewährung von Leistungsbezügen bestehe.²⁴ War danach von vornherein eine Besoldung der Professoren über das Minimum amtsangemessener Bezüge hinaus beabsichtigt, so kann in der Beibehaltung der bereits bislang vorgesehenen Leistungsbezüge keine vom Gesetzgeber unbeabsichtigte „Überalimentaion“ erblickt werden.

Offensichtlich hat der Gesetzgeber seine Einschätzung über die Angemessenheit der die Grundalimentation überschießenden Leistungsbezüge auch nicht revidiert, da auch in Zukunft die Gewährung von Leistungsbezügen zusätzlich zur Alimentation vorgesehen bleibt. Schließlich wäre gerade deshalb die „Verrechnung“ auch nicht geeignet um eine „Überalimentation“ zu vermeiden, weil mit dem vom Gesetzgeber gewählten Verfahren der „Verrechnung“ gerade nicht eine höhenmäßige Begrenzung der Professorenbesoldung verbunden ist.

²⁴ Vgl. BT-Drs. 14, 6852, S. 21 (Stellungnahme d. Bundesrats) und S. 25 (Gegenäußerung der Bundesregierung).

Nicht tragfähig ist auch die Begründung der Kürzung mit den andernfalls eintretenden Haushaltsfolgen. Es liegt in der Natur der Sache, dass eine Haushaltsbelastung eintritt, wenn sich der Gesetzgeber vom BVerfG gezwungen sieht, eine verfassungswidrig zu niedrig festgesetzte Alimentation der Beamten anzuheben. Da nicht unbeschränkt Haushaltsmittel zur Verfügung stehen, ist es legitim, wenn der Gesetzgeber an anderer Stelle durch die Verminderung von Ausgaben nach Kompensationsmöglichkeiten sucht. Zumindest begründungsbedürftig erscheint es hingegen, wenn der Gesetzgeber die Kompensation dann gerade ausschließlich zu Lasten der Beamtengruppe sucht, die bislang unter der verfassungswidrig zu niedrigen Besoldung zu leiden hatte.

Schon gar nicht rechtfertigt es das Kompensationsbedürfnis aber, gezielt auf eine Teilgruppe der Professoren zuzugreifen und deren Besoldung unter punktueller Durchbrechung der selbst aufgestellten Verteilungsmaßstäbe, die im übrigen uneingeschränkt aufrechterhalten werden, zu kürzen. Für eine angemessene haushälterische Kompensation der Mehrbelastungen hätte der Gesetzgeber vielmehr eine in sich widerspruchsfreie, die selbst gesetzten Gleichheitsmaßstäbe nicht verletzende Lösung finden können und müssen.

An dieser Beurteilung ändert sich nichts, wenn zur Begründung der Kürzung zusätzlich auf die Konsequenzen für einen gesetzlich vorgesehenen Vergaberahmen und in diesem Zusammenhang auf das Gebot intertemporärer Gerechtigkeit verwiesen wird. Aus der gesetzlichen Budgetierung der Professorenbesoldung lässt sich keinerlei Rechtfertigung für die vorgesehene Kürzung entnehmen. Bei einer verfassungsrechtlich erzwungenen Anhebung der Alimentation liegt es nahe, auch den für die Besoldung vorgesehenen Budgetrahmen entsprechend anzuheben. Dagegen kann sich der Gesetzgeber möglicherweise auf die allgemeine Begrenzung der Haushaltsmittel, nicht aber zusätzlich im Sinne einer Selbstbindung auf den von ihm selbst für die Professorenbesoldung gebildeten Budgetrahmen berufen.

Dementsprechend verfängt auch nicht der Verweis auf die Tatsache, dass eine Erhöhung der Besoldung bereits sich im Amt befindender Professoren Mittel bindet, die dann bei der Einstellung von Professoren in der Zukunft fehlen. Selbst wenn der Gesetzgeber in Ausübung seiner Budgethoheit entscheiden würde, dass die verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Erhöhung der Professorenalimentation nicht zu einer Erhöhung des für die Professorenbesoldung zur Verfügung gestellten Budgets führen soll, könnte dies nicht die vorgesehene Kürzung rechtfertigen. Denn es ist kein sachlicher Grund dafür erkennbar, warum den bereits eingestellten Professoren ein bereits gewährter Bestandteil ihrer Besoldung gestrichen werden dürfte, um genau diese Leistung zukünftig einzustellenden Professoren versprechen zu können.

- e) Die dargelegten Bedenken gegen die Kürzung der Leistungsbezüge werden durch die in einigen Regelungsentwürfen vorgesehenen Einschränkungen der „Verrechnung“ quantitativ abgemildert aber in der Sache nicht beseitigt. Dies ist ohne weiteres deutlich, wenn die Entwürfe – wie in Nordrhein-Westfalen – einen Sockelbetrag (€ 150,-) anrechnungsfreier Leistungsbezüge vorsehen. Ein solcher Sockelbetrag führt dazu, dass Professoren mit Leistungsbezügen bis € 150,- von der Kürzung ausgenommen werden, sich die Kürzung also auf einen kleineren Personenkreis bezieht und in der Höhe um den Sockelbetrag reduziert ist. Die oben dargelegte, an Leistungskriterien gemessene Gleichheitswidrigkeit bleibt im übrigen aber voll bestehen.

Letztlich gilt nichts anderes, wenn etwa in Bayern oder Sachsen ein Prozentanteil (50 bzw. 30 %) der grundsätzlich zu verrechnenden Leistungsbezüge anrechnungsfrei bleibt. Dadurch wird zwar die unsachliche Gleichbehandlung mit den Professoren ohne Leistungsbezüge wesentlich abgemildert. Die Ungleichbehandlung der Bezieher niedriger und mittlerer Leistungsbezüge gegenüber den Beziehern höherer Leistungsbezüge bleibt jedoch der Sache nach genauso bestehen, wie die Ungleichbehandlung der Kürzungsbetroffenen mit zukünftig einzustellenden Professoren.

- f) Weiterer Rechtfertigungsbedarf entsteht, wenn der Gesetzgeber die Kürzung auf bestimmte Leistungsbezüge beschränkt und andere Leistungsbezüge von der Kürzung freistellt. Ausweislich der Regelung in Art. 33 Abs. 2 GG sind Eignung, Befähigung und fachliche Leistung die im Rahmen des Leistungsprinzips relevanten Kriterien. Werden etwa die auf Berufungs- oder Bleibvereinbarungen beruhenden Leistungsbezüge gekürzt, so wird damit die Bedeutung des im jeweiligen Berufungsverfahren zugrundegelegten Eignungsprofils des Betroffenen für die Professur entwertet, das in aller Regel auf seinen über Jahre gezeigten wissenschaftlichen Leistungen beruht. Warum dies vor dem Leistungsprinzip eher hinnehmbar erscheinen sollte, als die Entwertung einer erst im Amt gezeigten Leistung, die sich (noch) nicht in einem weiteren Ruf niederschlagen konnte, ist nicht nachvollziehbar.

Abweichendes kann allenfalls für Funktionszulagen gelten, weil diese eher auf der Übernahme von Aufgaben beruhen, die über das Professorenamt hinausgehen und möglicherweise einen davon ausgehenden zusätzlichen Aufwand oder die Übernahme einer zusätzlichen Verantwortung honorieren.

III. Die Einführung von Dienstaltersstufen

1. Ausgangspunkte

Die bisherige Festbesoldung in den Besoldungsgruppen W2 und W3 diente nach den Vorstellungen des Gesetzgebers dazu, den besoldungsrechtlichen Spielraum und damit die Leistungsorientierung der Professorenbesoldung zu erweitern.²⁵ Die bis zur Besoldungsreform auch in der Besoldungsordnung C vorgesehenen Altersstufen wurden als leistungsblinde „Verkalkungsprämie“ diffamiert, deren Kosten die Finanzierung von leistungsbezogenen Besoldungsbestandteilen in Frage stellen musste. Die Abschaffung der Dienstaltersstufen und die damit freigesetzten Mittel bildeten deshalb den zentralen Baustein für die leistungsorientierte „zweite Säule“ der Hochschullehrerbesoldung.

²⁵ Vgl. Bericht der Expertenkommission „Reform des Hochschuldienstrechts“, S. 4 ; Begr. RegE, BT-Drs. 14/6852, S. 12

Gegen dieses Vorgehen bestanden von vornherein beamtenverfassungsrechtliche Bedenken. Diese Bedenken bezogen sich jedoch nicht gegen die Abschaffung der Dienstaltersstufen als solcher. Wie insbesondere die Festbesoldung in der Besoldungsordnung B schon seit jeher ausweist, gehört die Einrichtung von Dienstaltersstufen und damit der Besoldungsanstieg durch Zeitablauf keineswegs zu den verfassungsrechtlich geschützten hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums.²⁶ Das Alimentationsprinzip verlangt vielmehr die amtsangemessene Besoldung, also die Orientierung der Besoldungshöhe an dem durch die Besoldungsgruppe markierten Amt. Da die Dienstaltersstufen eine erhebliche Besoldungsdifferenzierung innerhalb einer Besoldungsgruppe bewirken, stehen sie damit zunächst in einem rechtfertigungsbedürftigen Spannungsverhältnis zum Alimentationsprinzip. Dieses Spannungsverhältnis manifestiert sich besonders deutlich, wenn durch den Dienstaltersanstieg die Grenzen der Besoldungsgruppen überschritten werden, der dienstältere Inhaber eines niedrigeren Amtes also eine höhere Besoldung erhält als der dienstjüngere Inhaber eines höheren Amtes.

Die gegen die Dienstaltersstufung von daher bestehenden Bedenken werden in der Rechtsprechung des BVerfG dadurch gemildert, dass das Gericht bei der Überprüfung der Amtsangemessenheit der Besoldung an dem Endgrundgehalt ansetzt und grundsätzlich nur diesen Endgrundgehalt bei einem Quervergleich der verschiedenen Besoldungsgruppen berücksichtigt. Diese Perspektive kann sich insbesondere auf die Bedeutung des Lebenszeitprinzips für die Alimentation stützen. Die Besoldung des Beamten ist eben nicht Entgelt für die in einem bestimmten Zeitabschnitt geleistete Arbeit sondern Gegenleistung dafür, dass der Beamte seine Arbeitskraft grundsätzlich über den gesamten Zeitraum seiner Berufstätigkeit dem Dienstherrn zur Verfügung stellt. Dementsprechend können die durch Dienstaltersstufen hervorgerufenen Ungleichheiten über die Lebensarbeitszeit hinweg ausgeglichen werden.

Diese zur Rechtfertigung von Dienstaltersstufen erforderliche Betrachtung begrenzt jedoch die besoldungsrechtlichen Gestaltungsspielräume, wenn nebeneinander Besoldungsgruppen mit Dienstaltersstufen und

²⁶ Verfehlt deshalb Budjarek, DÖV 2012, 465/468 ff.

Besoldungsgruppen mit Festbesoldungen vorgesehen werden. Den insoweit entstehenden Schwierigkeiten begegnete der Gesetzgeber bislang dadurch, dass Festbesoldungen nur für Beförderungsämtner der Besoldungsordnungen B und R vorgesehen waren und deren Festbesoldung immer über der Höhe des Endgrundgehalts des nächst niedrigeren Amtes mit Dienstaltersstufen festgesetzt wurde.

Bei der Einführung von Festbesoldungen in der Besoldungsordnung W konnte der Gesetzgeber wegen der Laufbahnfreiheit der betroffenen Ämter nicht ohne weiteres auf diese Grundsätze zurückgreifen. Die notwendige Orientierung der W-Besoldung an den übrigen Besoldungsordnungen hätte es nahegelegt, an die bisherige Praxis dadurch anzuknüpfen, dass die Besoldungshöhe an dem Endgrundgehalt eines Amtes mit Dienstaltersstufen ansetzt. Angesichts der Eingangsvoraussetzungen für das Professorenamt wären jedenfalls für die Besoldungsgruppen W2 und W3 hierfür nur die Endgrundgehälter von Beförderungsämtner der Besoldungsordnungen A oder R in Betracht gekommen. Festgehälter hätten dann zumindest die Endgrundgehälter der Besoldungsgruppen A15 – A16 bzw. R2 entsprechen müssen, was die mit der Einführung der Festbesoldung verbundene Zwecksetzung bei weitem verfehlt hätte.

Alternativ kam die Orientierung der Festbesoldung an der Lebensbesoldung in Ämtern mit Dienstaltersstufen in Betracht. Dazu wäre das Lebenseinkommen etwa in den Besoldungsgruppen A15 und A16 zugrundegelegt gewesen. Dieses Vorgehen war jedoch mit der Schwierigkeit verbunden, die abweichenden „Erwerbsbiographien“ von Hochschullehrern (lange Qualifikationsphase in unterschiedlichen Beschäftigungsverhältnissen, relativ späte Berufung) angemessen berücksichtigen zu müssen und hätte dann zu einer Festbesoldung führen müssen, die ebenfalls die Spielräume für eine zusätzliche, gegenüber der bisherigen C-Besoldung kostenneutrale Leistungsbesoldung aufgezehrt hätte.

Vor dem Hintergrund der Schaffung von Spielräumen für zusätzliche substanzielle Leistungsbezüge einerseits bei Kostenneutralität andererseits sieht sich die

Einführung der Festbesoldung von Professorenämtern ihrer Höhe nach deshalb von vornherein dem Vorwurf der Willkürlichkeit ausgesetzt.

2. Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Systemgerechtigkeit

Mit den nun vorgelegten Entwürfen zur Einführung von Dienstaltersstufen in die W-Besoldung versucht der Gesetzgeber den gekennzeichneten Friktionen mit dem Alimentationsprinzip zu begegnen. Mit den Dienstaltersstufen soll die Anlehnung an die vom BVerfG nahegelegten Vergleichsmaßstäbe (W2 – A 15) bei Minimierung der dafür aufzuwendenden Mittel ermöglicht werden.²⁷ Diese Problemlösung setzt sich aber im Gesamtkontext der Hochschullehrerbesoldung wiederum dem Vorwurf der Widersprüchlichkeit aus und erscheint vor dem Hintergrund des Unionsrechts in besonderem Maße zweifelhaft.

- a) Die Gesetzgeber wollen grundsätzlich an dem Zwei-Säulen-Modell der Hochschullehrer festhalten. Danach beruht die Besoldung zum einen auf einer Grundbesoldung, die – der zugrundeliegenden Entscheidung des BVerfG zufolge – den Alimentationsanspruch der Amtsträger erfüllen muss und Leistungsbezügen, die den vom BVerfG aufgestellten Anforderungen an die gesetzliche Alimentation nicht entspricht und – wegen der hinreichenden Grundbesoldung – nicht entsprechen muss.

Die vom BVerfG zugrundegelegten Mindeststandards der amtsangemessenen Alimentation stellen auf die Bedeutung des Amtes des Hochschullehrers ab, die sich insbesondere in den Qualifikationsanforderungen und der Verantwortung des Amtes sowie seinem Ansehen in der Öffentlichkeit ausdrückt. Über diese, der Einstellung zugrundeliegenden Kriterien hinausgehende, auf besondere persönliche Qualifikationsmerkmale des Amtsträgers zurückführbare Leistungsbestandteile finden insoweit keine Berücksichtigung. Soweit der Gesetzgeber sich bei der Ausgestaltung der alimentativen Besoldung am unteren Rand dessen bewegt, was nach der Entscheidung des BVerfG als noch amtsangemessen gelten kann, darf er sich zur Begründung nicht auf Merkmale berufen, die dem Leistungsprinzip folgend letztlich eine

²⁷ So Ausdrücklich die Begr. des SächsRegE

Besoldungsdifferenzierung begründen müssten. Schon allein deshalb erscheint es rechtlich ausgeschlossen, individuelle Leistungsaspekte in die amtsnotwendige Minimalbesoldung einzustellen.

- b) Dies entspricht dem Grunde nach auch dem Zwei-Stufen-Modell der Hochschullehrerbesoldung, der genau diese Unterscheidung zugrunde liegt: Das Grundgehalt honoriert die allgemeinen amtsbezogenen Merkmale, zu denen auch die rechtlich erforderliche Qualifikation des Bewerbers gehört, darüber hinausgehende, individuelle Leistungsmerkmale werden durch die variablen Leistungsbezüge honoriert.

Auf dieser Grundlage wäre es systemwidrig, wenn durch Stufenbildung im Grundgehalt ein Leistungszuwachs bei den Amtsträgern honoriert werden sollte. Dieser individuellen, über die Einstellungsqualifikation hinausgehenden und deshalb nicht in der amtsangemessenen Alimentation bereits notwendig berücksichtigten Leistungsentwicklung wäre im Zwei-Säulen-Modell vielmehr in der Höhe der Leistungsbezüge angemessen Rechnung zu tragen.

- c) Diese Systemwidrigkeit stellt die betroffenen Neuregelungen grundlegend in Frage: In der zugrundeliegenden Entscheidung knüpft das BVerfG ausdrücklich an seine Hartz IV-Entscheidung (BVerfGE 125, 175) an. Mit dieser Entscheidung hat das Gericht den Gesetzgeber deutlich strenger als in seiner bisherigen Rechtsprechung an den Grundsatz der Systemgerechtigkeit gebunden. Bei der Ausgestaltung nicht von Verfassungs wegen quantifizierbarer aber grundrechtsgeforderter Leistungsansprüche sind danach die fehlenden materiellen Verfassungsvorgaben durch verfassungsrechtliche Vorgaben an die Konsistenz und Folgerichtigkeit der gesetzgeberischen Entscheidungsbildung, also durch prozedurale Maßstäbe zu kompensieren.²⁸ Diesen Maßstäben folgend genießt der Besoldungsgesetzgeber zwar weite Spielräume, die er – in den Grenzen der verfassungsrechtlichen Vorgaben – auch zu einem selbstgewählten Systemwechsel nutzen kann. Das System muss aber in sich folgerichtig und

²⁸ Rn. 163 f.; anknüpfend an BVerfG, U. v. 09.02.2010, 1 BvL 1/09, Rn. 139 ff.

nachvollziehbar sein. Hat sich der Gesetzgeber dazu entschieden, dem Alimentationsanspruch durch die Ausweisung eines Grundgehalts zu entsprechen und das Leistungsprinzip besoldungsrechtlich durch ein System von variablen Leistungsbezügen zu berücksichtigen, dann führt die Einarbeitung von Leistungskriterien in das Grundgehalt dazu, dass die gesetzgeberische Entscheidung über die amtsangemessene Alimentation in sich widersprüchlich wird und nicht mehr nachvollziehbar ist. Eine mit Leistungsaspekten begründete Stufenbildung des Grundgehalts bei gleichzeitigem Festhalten an dem Zwei-Säulen-Modell genügt deshalb nicht den prozeduralen Anforderungen an die gesetzliche Ausgestaltung des Alimentationsprinzips aus Art. 33 Abs. 5 GG.

3. Vereinbarkeit mit dem Verbot der Altersdiskriminierung

Aus dem Gesamtzusammenhang der Regelungsentwürfe ergeben sich aber auch aus anderer Perspektive Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Stufenbildung:

- a) Der überkommene „Altersaufstieg“ bei der Entlohnung in Beschäftigungsverhältnissen stellt nach den Vorgaben des Europäischen Rechts²⁹ wie des Antidiskriminierungsgesetzes (§§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 2, 3 Abs. 1 AGG) eine unzulässige Alterdiskriminierung dar.³⁰ Dementsprechend wurden unmittelbar an das Alter anknüpfende Regelungen durch solche ersetzt, die an die Dauer der Betriebszugehörigkeit anknüpfen. Diese Regelungen verstoßen zwar nicht mehr, wie ihre Vorgängerregelung, gegen das Verbot unmittelbarer Altersdiskriminierung (§ 3 Abs. 1 AGG). Sie knüpfen an Erfahrung, Leistung und Betriebszugehörigkeit an, die den Arbeitnehmer befähigen können, seine Arbeit besser zu verrichten.³¹ Sie können aber Maßnahmen mittelbarer Alterdiskriminierung (§ 3 Abs. 2 AGG) darstellen, wenn Indizien dafür vorliegen, dass der Erfahrungsgewinn

²⁹ RL 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.

³⁰ BAG, 10.11.2011, 6 AZR 481/09.

³¹ BAG, 13.10.2010, 5 AZR 378/09)

als Differenzierungskriterium ungeeignet ist oder die Regelung sachlich nicht trägt.³²

Dabei sind für die Entscheidung, ob eine Alterdiskriminierung vorliegt, jeweils die Umstände des geregelten Sachverhalts und ihr jeweiliger Regelungskontext mit einzubeziehen um sicherzustellen, dass die Regelung ein legitimes Ziel verfolgt. Dies belegt anschaulich die von Fall zu Fall unterschiedliche Bewertung von Altersgrenzen durch den EuGH.³³

- b) Im vorliegenden Regelungskontext weist bereits die geschilderte Besoldungssystematik darauf hin, dass die Berücksichtigung von Leistungsgesichtspunkten im Rahmen des Grundgehalts einen Fremdkörper darstellt und schon deshalb nicht ohne weitere Prüfung der Dienstaltersstufeneinrichtung zugrundegelegt werden kann. Zudem weist die Entstehungsgeschichte sehr deutlich darauf hin, dass es den jeweiligen Gesetzgebern in Wirklichkeit nicht um Leistungsdifferenzierung ging. Insoweit ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit dem Professorenbesoldungsreformgesetz zur Festbesoldung übergegangen war und die Berücksichtigung des Dienstalters auch bei der Gewährung von variablen Leistungsbezügen nicht vorgesehen war. Daraus ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber einen Leistungszuwachs durch Erfahrung gerade nicht für relevant hielt.

Wenn er nun Dienstaltersstufen wieder einführen will, bedarf es dafür einer Begründung, die die Änderung seiner Einschätzung plausibel erscheinen lässt. Diese lässt sich dem Kontext der nun vorbereiteten Rechtsänderung gerade nicht entnehmen. Die Regelungsentwürfe nehmen Bezug auf die Entscheidung des BVerfG vom 14.02.2012 und tragen dieser durch eine Erhöhung der Grundgehälter Rechnung. Die Grundgehälter dienen aber

³² EuGH, 3.10.2006, - C17/05 (Cadman); BAG, 27.01.2011, 6 AZR 578/09.

³³ Vgl. etwa EuGH 12.10.2010 – C-45/09 (Altersgrenze Reinigungskräfte; Rosenbladt) EuGH 18.11.2010 – C-250/09 (Altersgrenze Professoren); EuGH 21.07.2011 – C-159/10 (Altersgrenze Staatsanwälte) EuGH 13.09.2011 – C-447/09 (Altersgrenze Piloten).

angesichts der dargestellten Besoldungssystematik gerade nicht der Leistungsdifferenzierung. Die Einführung der Dienstaltersstufen steht ihrerseits in untrennbarem Zusammenhang mit dieser alimentativen Regelungsabsicht des Gesetzgebers. Auch wenn in den Begründungen pauschal auf die Honorierung von Erfahrungszuwächsen verwiesen wird, ergibt sich aus dem Regelungszusammenhang offensichtlich, dass durch die Dienstaltersstufen die Anlehnung an die Vergleichsbesoldungsgruppen der Besoldungsordnung A auf einem niedrigeren Niveau als es bei einer Festbesoldung erforderlich wäre, ermöglicht werden soll. Unter diesen Umständen stellt die Einführung von Dienstaltersstufen eine Absenkung der amtsangemessenen Alimentation für jüngere Amtsträger und damit eine (mittelbare) Altersdiskriminierung dar.

- c) Ein deutliches Indiz für den nur vorgeschobenen Leistungsbezug der Dienstaltersstufen ist im Übrigen auch die Ausgestaltung der Dienstaltersmitnahme: Nach der Rechtsprechung des BAG³⁴ ist der Dienstaltersaufstieg gerade deshalb gerechtfertigt, weil er die Erfahrung der Tätigkeit in einer bestimmten Entgeltgruppe honoriert. „Die Berücksichtigung von Zeiten für den Stufenaufstieg, die in einer niedrigeren Entgeltgruppe zurückgelegt worden sind, würde diesem Zweck der Honorierung von Berufserfahrung widersprechen.“³⁵

Die vorliegenden Regelungsentwürfe sehen jedoch vor, dass die Dienstzeit in allen Professorenämtern berücksichtigt wird und damit ein bisher nach W2 besoldeter Professor sein Dienstalter, auch wenn er in ein Amt der Besoldungsgruppe W3 berufen wird, mitnimmt. Zwar ließe sich auf die Besonderheit verweisen, dass zwischen den Ämtern der nach W2 und W3 eingruppierten Universitätsprofessoren keinerlei Tätigkeitsunterschied besteht und deshalb die im W2-Amt gewonnenen Erfahrungen gleichermaßen auch im W3-Amt genutzt werden können. Dabei würde aber außer Acht gelassen, dass angesichts der Tätigkeitsidentität nur der Erfahrungszuwachs die höhere Besoldung nach W3 rechtfertigt und die

³⁴ BAG, 27.01.2011, 6 AZR 578/09

³⁵ Ebenda, Rn. 27.

Mitnahme des Dienstalters dann notwendigerweise zu einer doppelten Berücksichtigung führen würde.

- d) Aber auch unabhängig von dem dargestellten Regelungskontext ist die Annahme eines Leistungszuwachses durch Berufserfahrung im Professorenamt nicht plausibel. Gerade das Wissenschaftssystem ist nicht auf die Einübung von Routinen angelegt, bei deren Abarbeitung der Erfahrungsgewinn leistungssteigernd wirkt. Wissenschaft ist vielmehr auf Innovation, auf die Gewinnung neuer Erkenntnisse, die permanente Infragestellung von Überliefertem Wissen ausgerichtet. Dem wissenschaftlichen Erkenntnisgewinn stehen deshalb langjährige Erfahrung und Routine eher im Weg. Bahnbrechende wissenschaftliche Erkenntnisse werden etwa in den Naturwissenschaften wohl eher überwiegend von jüngeren Wissenschaftlern als von Hochschullehrern an der Pensionierungsgrenze zu erwarten sein. Auch im Bereich der wissenschaftlichen Lehre wird man nicht davon ausgehen können, dass dienstältere Hochschullehrer bessere Vorlesungen halten als dienstjüngere. Eher weist die Lebenserfahrung darauf hin, dass das Lehrengagement bei jüngeren Hochschullehrern ausgeprägter ist, die neu Konzipierte Veranstaltung den aktuellen Stand der Disziplin besser vermittelt als die bereits über viele Semester allenfalls aktualisierte Veranstaltung eines erfahrenen Professors. Dementsprechend hat der EuGH sogar entschieden, dass die „Schaffung einer hochwertigen Lehre“ einen angemessenen Grund für die Höchstaltersgrenze von Professoren darstellen kann.³⁶
- e) Zusammenfassend ist deshalb zu konstatieren, dass alle Indizien darauf hinweisen, dass die Honorierung von Erfahrungszuwächsen nur pauschal vorgeschoben ist und die Einrichtung von Dienstaltersstufen vielmehr darauf ausgerichtet ist, die Besoldungshöhe jüngerer Hochschullehrer aus

³⁶ EuGH, 18.11.2010 – C-250/09 (Georgiev), Tenor und Rn. 46.

fiskalischen Gründen gegenüber der amtsangemessenen Alimentation dienstälterer Kollegen abzusenken. Da fiskalische Ziele die mit den Dienstaltersstufen einhergehende mittelbare Altersdiskriminierung nicht rechtfertigen können, stellt ihre Einrichtung im konkreten Fall einen Verstoß gegen das AGG sowie das Europäische Recht dar.

19. November 2012

