

zichtbaren Stellen müssen selbstverständlich nachbesetzt werden. Und zwar nach der Konzeption des Stellenpools möglichst nicht durch externe Bewerber, sondern durch die Stellenpool-Bewerber, die hierfür in jedem Einzelfall gegebenenfalls weitergebildet und –qualifiziert werden können und müssen. Die Nachbesetzung dieser Stellen aus dem Stellenpool durch geeignete, gegebenenfalls weiterqualifizierte Personalüberhangkräfte ist vorrangiges Ziel des Stellenpools. Von den als unverzichtbar und daher unbedingt nachzubesetzenden Stellen gibt es und wird es aufgrund der natürlichen Fluktuation auch in Berlin auf Dauer genügend geben.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Versetzung als Personalüberhangkraft zum Stellenpool zwar den Anspruch des Beamten auf Übertragung eines dem beamtenrechtlichen Status entsprechenden abstrakt-funktionellen Amtes beeinträchtigt. Die Vorenthaltung eines Funktionsamts ist jedoch nach Konzeption und Sinn und Zweck des Vermittlungs-Modells nur als vorübergehend und keineswegs als dauerhaft angelegt. Die dem Stellenpool zugewiesenen Beamten können daher entgegen der Ansicht des vierten Senats des BVerwG schon im Zeitpunkt ihrer Versetzung zum Stellenpool davon ausgehen, dass ihre Zugehörigkeit zum Stellenpool durch eine Versetzung und die Zuweisung eines Funktionsamts enden wird. Den Beamten wird daher – bei der erforderlichen Betrachtung des Gesamtvorganges – mit der nach dem Versetzungs-Modell bezweckten späteren Versetzung zu einer anderen Dienststelle ein abstrakt-funktionelles Amt nicht dauerhaft vorenthalten. Eine dauerhafte Entkoppelung von Amt und Funktion und damit ein Verstoß gegen Art. 33 Abs. 5 GG liegt beim Versetzungs-Modell daher entgegen der Ansicht des vierten Senats des BVerwG und mit den überzeugenden Ausführungen des OVG Berlin-Brandenburg nicht vor. Eine Klage allein aus dem Grund eines möglichen Verstoßes einer Versetzung in den Stellenpool gegen Art. 33 Abs. 5 GG wäre demnach nach diesseitiger Ansicht nicht begründet.

cc) *Begründetheit einer Klage gegen die Versetzung aus sonstigen Gründen*

Nach der dargelegten Meinung ist die Versetzung zum Stellenpool nicht wegen Verstoßes gegen die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums gemäß Art. 33 Abs. 5 GG anfechtbar. Sie muss jedoch den üblichen Voraussetzungen einer Versetzung genügen, d. h. vom Dienstherrn muss ein dienstliches Bedürfnis an der Versetzung des Beamten in jedem Einzelfall nachvollziehbar dargelegt und nachgewiesen werden. Auf die entsprechenden Ausführungen beim Verpflichtungs-Modell wird verwiesen.

VII. Zusammenfassung der Rechtsschutzmöglichkeiten

Die Rechtsschutzmöglichkeiten der Beschäftigten sind sowohl im Verpflichtungs-Modell als auch im Versetzungs-Modell in der Regel auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit der späteren Versetzung oder Abordnung auf die neuen Stellen beschränkt. Hier erst werden bei der Prüfung, ob ein dienstliches Bedürfnis an der Versetzung des jeweiligen Beschäftigten vorliegt, inzident auch Fehler bei der Auswahl als Personalüberhangkraft und Meldung in den Stellenpool geprüft. Lediglich beim Versetzungs-Modell kann bereits die Versetzung zur zentralen Personalvermittlungsstelle (Stellenpool) angefochten werden – entgegen den beiden Urteilen des BVerwG vom 18.9.2009⁴⁴ allerdings nicht mit der Begründung eines Verstoßes gegen Art. 33 Abs. 5 GG, sondern wiederum nur wegen eines eventuellen Verstoßes bei der vorhergehenden Auswahlentscheidung.

44) Fn. 38

Altersdiskriminierung durch befristete Erstberufung eines Professors: Gemeinschaftsprivatrecht schlägt Fehlerfolgenlehre für Verwaltungsakte?

Prof. Dr. Boris Schinkels, LL.M. (Cambridge)¹

Der Beitrag entwickelt zunächst, dass die Ernennung eines Hochschullehrers zum Beamten auf Zeit aus Anlass der Erstberufung ebenso wie die Begründung eines befristeten Angestelltenverhältnisses mit den Vorgaben der „Rahmenrichtlinie“ 2000/78/EG und des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) unvereinbar ist. Sodann werden die Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes einerseits auf Vorschriften der Landeshochschulrechte, die solche Befristungen vorgeben, und andererseits auf die einzelnen Ernennungsakte beleuchtet. Dabei geht es insbesondere um die Frage, ob kraft der Anordnung in §§ 7 Abs. 2, 24 Nr. 1 AGG Ernennungen in das Beamtenverhältnis, die unter diskriminierender Befristung ausgesprochen worden sind, als unbefristete wirksam bleiben.

I. Einleitung

Vorbildlich für eine Reihe von Bundesländern ordnete Baden-Württemberg zuletzt mit § 50 Abs. 1 S. 1 des Landeshochschulgesetzes in der bis 2007 geltenden Fassung² an, dass bei einer

- 1) Der Verfasser ist auf Lebenszeit verbeamtet und daher nicht persönlich von der Beantwortung der Rechtsfrage betroffen.
- 2) § 50 Abs. 1 des Landeshochschulgesetzes Baden-Württemberg in der Fassung des 2. Hochschulrechtsänderungsgesetzes vom 1.1.2005, GBl. Baden-Württemberg, Nr. 1 2005, S. 1 ff. lautet: „Professoren auf Zeit (1) Bei der ersten Berufung in ein Professorenamt ist das Dienstverhältnis grundsätzlich auf höchstens vier Jahre zu befristen. Ausnah-

ersten Berufung in ein Professorenamt das Dienstverhältnis grundsätzlich auf höchstens vier Jahre zu befristen ist. Entsprechend erfolgten Erstberufungen regelmäßig befristet. Das VG Stuttgart hat § 50 Abs. 1 S. 1 LHG Baden-Württemberg erstmals in einer Entscheidung vom März 2007 für verfassungskonform gehalten, dabei allerdings die Härte einer Befristung kurzerhand dadurch beseitigt, dass es die streitgegenständliche Berufungsvereinbarung als Zusicherung einer Einstellung nach Maßgabe der Kriterien für die Fortsetzung eines Beamtenverhältnisses auf Probe bewertet hat³. Darob sind wohl dem Gesetzgeber erste Zweifel am Gerechtigkeitsgehalt der Norm gekommen: In der Fassung des Gesetzes zur Umsetzung der Föderalismusreform im Hochschulbereich⁴ ordnet § 50 Abs. 1 LHG Baden-Württemberg an, dass bei Erstberufung eine Einstellung regelmäßig *auf Probe* zu erfolgen hat. Nach wie vor sehen freilich diverse Landesgesetze, etwa § 40 Abs. 1 S. 4 f. BbgHG⁵, § 63 Abs. 1 S. 2 HG SH⁶, und § 70 Abs. 6 HHG⁷, die Befristung aus Anlass der Erstberufung vor.

Im Folgenden soll nicht zur Debatte um die Unvereinbarkeit solcher Regelungen mit Art 33 Abs. 5 GG⁸ beigetragen werden. Zwar dürfte seit der Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Befristung von Führungsämtern nach 25b LBG NRW wegen Verstoßes gegen das Lebenszeitprinzip durch das BVerfG⁹ das Damoklesschwert auch über den aktuellen Regelungen zu Lasten junger Hochschullehrer schweben¹⁰. Dennoch soll hier viel-

mehr die Europarechtswidrigkeit der Befristung aus Anlass der Erstberufung dargetan werden. Denn selbst bei Annahme einer Verfassungswidrigkeit der landesrechtlichen Befristungsvorgaben kann der Akt der Ernennung auf Zeit nicht verfassungskonform als unbefristeter ausgelegt werden¹¹ (vgl. vielmehr § 79 Abs. 2 BVerfGG). Demgegenüber zielt das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz mit den §§ 7, 24 Nr. 1 AGG in der AGB-Inhaltskontrolle (§ 306 BGB) nicht ganz unähnlicher Weise sogar auf eine *isolierte Kassation rechtswidriger Bedingungen von Ernennungsakten* gerade ungeachtet aller Auslegungsgrenzen. Außerdem erfassen die europäisch determinierten Vorgaben der „Antidiskriminierung“ im Gegensatz zu Art. 33 Abs. 5 GG auch die Befristung von Angestelltenverhältnissen. Es geht also auch um die Frage, ob den Landesgesetzgebern die Alternative bleibt, für die Erstberufung regelmäßig ein befristetes Angestelltenverhältnis vorzusehen.

II. Befristung als Benachteiligung nach dem Maßstab des § 7 AGG

§ 7 Abs. 1 AGG statuiert ein Verbot der Benachteiligung von Beschäftigten. Diese dürfen nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt werden; nach § 7 Abs. 2 AGG sind Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen, unwirksam; eine entsprechende Benachteiligung durch den Arbeitgeber stellt gemäß § 7 Abs. 3 AGG eine Verletzung vertraglicher Pflichten dar.

1. Persönlicher Anwendungsbereich

Nun mag man sich fragen, ob die Berufung von Professoren in ein Beamtenverhältnis überhaupt in den persönlichen Anwendungsbereich des Benachteiligungsverbotes fällt. Dieses ist immerhin für private Arbeitsverträge konzipiert, weshalb § 6 Abs. 2 AGG hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs den Arbeitgeber als natürliche oder juristische Person beschreibt, welche Personen im Sinne von § 6 Abs. 1 AGG beschäftigt. Solche Beschäftigte sind gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 AGG insbesondere Arbeitnehmer. Indessen gelten nach § 24 Nr. 1 AGG die Vorschriften dieses Gesetzes entsprechend auch für Beamtinnen und Beamte der Länder und der unter Länderaufsicht stehenden Körperschaften des öffentlichen Rechts. Hinsichtlich dieser Erstreckung war der nationale Gesetzgeber auch nicht frei. Vielmehr liegt den umzusetzenden Richtlinien keine Trennung nach öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnissen zugrunde. Die hier besonders berührte Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf¹² („Rahmenrichtlinie“) ordnet in ihrem Art. 3 Abs. 1 ausdrücklich an, dass sie für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen einschließlich öffentlicher Stellen gilt¹³, und zwar nach Buchstabe c) insbesondere für die Beschäftigungsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen. Zwar spricht § 24 AGG von der „Berücksichtigung der besonderen Rechtsstellung der Beamten“; in richtlinienkonformer Auslegung dürfte diesem Passus allerdings kaum Relevanz zukommen¹⁴. § 7 AGG gilt daher nach § 24 Nr. 1 AGG entsprechend. Allerdings erwägt *Kämmerer*¹⁵ eine Abschwächung dieser „entsprechenden Anwendung“ mit Blick darauf, dass § 9 des künftigen BeamtStG¹⁶ das Alter als verbotenes Differenzierungsmerkmal nicht aufführt. Dagegen dürfte freilich das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung streiten, welches mit einem bloßen *Verdacht*, dass der Gesetzgeber sich vielleicht bewusst in Widerspruch zu den europarechtlich gebotenen Inhalten des AGG habe setzen wollen¹⁷, noch nicht vom Tisch gewischt werden kann. Jedenfalls konstatiert

men von Satz 1 sind insbesondere möglich, wenn Bewerber aus dem Ausland oder aus dem Bereich außerhalb der Hochschulen für ein Professorenamt sonst nicht gewonnen werden können oder wenn ein Juniorprofessor der eigenen Hochschule berufen wird“.

- 3) VG Stuttgart, Beschluss vom 27.3.2007 – 18 K 2223/07, Kurzwiedergabe in FuL 2007, S. 616, abrufbar bei Beck online, BeckRS 2007, 22695, Rn. 4; die Vereinbarkeit der Regel mit den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums hat das Gericht im April 2008 noch einmal bestätigt, vgl. VG Stuttgart, Urteil vom 16.4.2008 – 3 K 2222/07, Rn. 21; abrufbar unter BeckRS 2008, 34900.
- 4) Vom 20.11.2007, GBl. Baden-Württemberg 2007, S. 505.
- 5) Gesetz über die Hochschulen des Landes Brandenburg (Brandenburgisches Hochschulgesetz – BbgHG), in der Fassung der Bekanntmachung vom 14.5.2007, GVBl. 2007 I, S. 94 ff.
- 6) Gesetz über die Hochschulen und das Universitätsklinikum Schleswig-Holstein (Hochschulgesetz – HSG) vom 28.2.2007, GVOBl. 2007, S. 184 ff.
- 7) Hessisches Hochschulgesetz (HHG) vom 3.11.1998, GVBl. I S. 431, 559, in der Fassung vom 5.11.2007, GVBl. I S. 710.
- 8) Grundlegende Bedenken gegen die Übertragung von Ämtern auf Zeit äußern etwa *Ladau/Steinkühler*, DVBl. 2007, S. 133, 142; vgl. eingehend zum Rechtsrahmen des Art. 33 Abs. 5 GG etwa *Löwisch/Wertheimer/Zimmermann*, WissR 34 (2001), S. 28 (32 ff.).
- 9) BVerfG, Beschluss vom 28.5.2008 – 2 BvL 11/07, ZBR 2008, S. 310 ff.=NVwZ 2008, S. 873=DVBl. 2008, S. 974 mit Besprechungsaufsätzen von *Wichmann*, ZBR 2008, S. 289 ff.; *Grigoleit*, ZBR 2008, S. 296 ff.; *Lorse*, ZBR 2008, S. 300 ff.; *Hebeler*, ZBR 2008, S. 304 ff.
- 10) Fundamentalkritik am Beschluss des BVerfG übt allerdings *Wichmann*, ZBR 2008, S. 289 (291 ff.).
- 11) *Löwisch/Wertheimer/Zimmermann*, Fn. 8, S. 28 (42); vgl. zur Parallelproblematik bei den auf der Grundlage des für verfassungswidrig erklärten § 25b LBG NRW bereits auf Zeit ernannten Ernannten *Wichmann*, Fn. 9, S. 289 (295).
- 12) Vom 27.11.2000, Abl. L 303/16 vom 2.12.2000.
- 13) Dies erfasst insbesondere Beamte, vgl. nur *Baßlsperger*, ZBR 2008, S. 339 (340).
- 14) Vgl. nur *Otte*, ZBR 2007, S. 401 (402).
- 15) *Kämmerer*, ZBR 2008, S. 325 (328 f.).
- 16) Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern (Beamtenstatusgesetz – BeamtStG) vom 17.6.2008, BGBl. I 2008, S. 110.
- 17) Fn. 15, S. 325 (329).