

wahren“ (müsse eventuell Rat erteilen)<sup>107</sup>, habe „ihn wohlwollend und gerecht zu behandeln“, dürfe „keine ungerechten und unbilligen dienstlichen Anforderungen an ihn stellen“, müsse „ihm die Erfüllung seiner Dienstpflichten nach Möglichkeit erleichtern und dabei vor allem auf seine Gesundheit bedacht sein“; „nach außen“ könne „sich die Pflicht zu wohlwollender und gerechter Behandlung“ ebenso auswirken“, etwa „dahin“, dass der Dienstherr „auf Anfragen über seine Beamten keine unwahre (...) Auskunft erteilen“ dürfe<sup>108</sup>.

Die Beamtenrechtsliteratur stimmte dem Prinzip und dessen elaborierten Varianten wie bisher zu<sup>109</sup>. Wobei allerdings mancher Autor nun die „nationalsozialistische Auffassung vom Wesen des Staats“, das neue „Wesen des Staats“ etc. berief<sup>110</sup>, eventuell die Vorstellung verwarf, der „Fürsorgepflicht“ des Dienstherrn stehe ein „Anspruch des Beamten“ gegenüber<sup>111</sup>.

Das DBG fixierte dann vorläufig abschließend im Kapitel „Sicherung der rechtlichen Stellung der Beamten“<sup>112</sup> ebenso kurz wie bündig (§ 36): „Der Staat gewährt dem Beamten Fürsorge und Schutz bei seinen amtlichen Verrichtungen und in seiner Stellung als Beamter.“<sup>113</sup> Der generalklauselartige Rechtssatz wurde vom RG zutreffend als Bestätigung seiner Judikatur (wesentlich der Weimarer Zeit) reklamiert (Urteil 1937<sup>114</sup>). Die Norm löste verstärkt literarische Erörterungen aus<sup>115</sup>, nachhaltige Darstellung in den Kommentaren<sup>116</sup>, zuweilen spezifisch mit Akzent auf der „Treupflicht des Dienstherrn“<sup>117</sup>; „Grenzen der Treupflicht“ widmete man sich ebenso<sup>118</sup>.

## V. Resümee

Die frühe, nicht eigens substantiierte Feststellung des BVerfG, der Grundsatz der Fürsorgepflicht des Dienstherrn gegenüber den Beamten sei hergebracht, mag heute intuitiv anmuten. Sie war jedoch erfahrungsfundiert, erschien den damaligen Richtern entsprechend selbstverständlich. Die Tradition der Figur ist mit Hilfe der ebenso reich- wie nachhaltigen Rechtsprechung des RG und des Schrifttums im historisch relevanten Zeitraum belegbar, vor allem dem der Weimarer Republik; die zahlreichen Facetten des Instituts waren (erst, aber immerhin)

gegen Ende jener Phase zu dem heute geläufigen generalklauselartigen Topos zusammengeführt; die Figur als solche war konsentiert, ihre praktischen Varianten hatten schon länger keinen Widerspruch mehr gefunden. Das heißt, die Voraussetzungen des Art. 33 Abs. 5 GG sind erfüllt. Damit erübrigt es sich zu untersuchen, ob die Anerkennung des öffentlich-rechtlichen Treueverhältnisses, des Kerns beiderseitiger Treue, durch Art. 33 Abs. 4 GG in dem Sinne ergänzend ausgelegt werden kann bzw. muss, dass Treue des Dienstherrn selbst ohne die Regelungsleitlinie des Art. 33 Abs. 5 die Fürsorge gegenüber den Beamten umfasst.

107) RGZ 146, 35 (40), auch Hinterbliebenen, Urteil von 1934.

108) RGZ 146, 369 (373 f.), Urteil von 1934. Das RG zog die Grenze: Fürsorge betreffe die gegenwärtige „Dienststellung“, verschaffe keinen „Anspruch auf Beförderung“ (die nur „im Interesse des Gemeinwohls“ erfolge).

109) Z.B. Brand, Anm. zu RGZ 145, 182 ff., in JW 1934, S. 3279; Koenig, BJB 1935, S. 587 ff.; Schack, BJB 1933, S. 217 ff. und 1935, S. 13 ff.; Wagner, RVerwBl 1935, S. 676 f.

110) Etwa Koenig (Fn. 109), S. 588; Wagner (Fn. 109), S. 676.

111) Z.B. Koenig (Fn. 109), S. 590. Übrigens wollte er „Fortbildung und Beförderung“ von der Fürsorge umfasst wissen.

112) Formel, mit der die Kodifikation aus dem inzwischen heftigen ideologischen Streit um die Legitimität subjektiver öffentlicher Rechte im NS-Staat herausgehalten werden sollte.

113) DBG vom 26.1.1937 (RGBl I S. 39); Begründung gedruckt z.B. bei Brand, DBG, 1937, S. 699.

114) RGZ 157, 145 (149). Günther, NVwZ 1989, S. 837 (838).

115) Z.B. Brand, in: FS Hedemann, 1938, S. 125 ff.

116) Nur als Auswahl früher Texte: Brand (Fn. 113), § 23 Anm. 3 B I 1–12, vor § 36 Anm. 1 und § 36; besonders materialreich Nadler/Wittland/Ruppert, DBG I, 1938, § 36. Ebenso: Heyland, Deutsches Beamtenrecht, 1938, S. 307 f., 359 ff.

117) Muster: Nadler/Wittland/Ruppert (Fn. 116), § 36 Rn. 1; politlyrisch Brand (Fn. 115), S. 125.

118) Schack, BJB 1938, S. 488 ff.

# Kompensation verfassungswidriger Alimentationsdefizite durch Ausgleichszahlungen der Universitäten?

Prof. Dr. Christoph Brüning/Juhani M. V. Korn

Mit Urteil vom 14. Februar 2012 erklärte das Bundesverfassungsgericht die Professorenbesoldung gemäß der Besoldungsgruppe W2 im Land Hessen für in verfassungswidriger Weise zu niedrig. In Folge dessen stellt sich die Frage, wie Dienstherren hierauf reagieren können. Insbesondere in Ländern, in denen nicht alsbald mit einer Neuregelung zu rechnen ist, deren Normgefüge demjenigen Hessens aber verdächtig gleicht, stellt sich die Frage, ob einstweilen die Hochschulen mittels einmaliger oder fortlaufender Zahlungen – ggf. vorübergehend bis zu einer rückwirkenden Neuregelung – Abhilfe schaffen können. Dieser Beitrag soll den rechtlichen Rahmen sowie Gestaltungsmöglichkeiten derartiger Leistungen aufzeigen. Exemplarisch wird auf das schleswig-holsteinische Besoldungsrecht zurückgegriffen.

## I. Ausgangslage

### 1. Amtsangemessenheit der Professorenbesoldung

Grundsätzlich kann die Amtsangemessenheit der Besoldung nicht durch Leistungsbezüge hergestellt werden, denn die Alimentationspflicht orientiert sich an der abstrakten Wertigkeit des Amtes und nicht an der individuellen Leistung des Amtsinhabers.<sup>1</sup> Deshalb muss bereits das Grundgehalt angemessen sein; Leistungsbestandteile sind folglich (nur) oberhalb dessen zulässig.<sup>2</sup>

1) BVerfG, Urteil vom 14.2.2012 – 2 BvL 4/10 – NVwZ 2012, 357, 359, m. w. N.

2) BVerfG (Fn. 1), NVwZ 2012, 357, 363 f.

Gleichwohl hat das *Bundesverfassungsgericht* erkannt, dass Leistungsbezüge zur Kompensation evidenter Alimentationsdefizite in Betracht kommen können.<sup>3</sup> Dann müssen diese nach ihrer Dauer und Höhe alimentativen – statt wie derzeit bloß additiven – Charakter haben, also hinreichend bestimmt sowie für jeden Amtsträger zugänglich und verstetigt sein.<sup>4</sup> Mit anderen Worten: Auf die Leistungsbezüge kommt es bei der Frage der amtsangemessenen Alimentation solange nicht an, wie nicht jeder Professor einen Anspruch auf derartige flexible, leistungsbezogene Besoldungsbestandteile hat.<sup>5</sup> Umgekehrt vermag ein bezifferbarer Anspruch dazu zu führen, sie als verfestigte Gehaltsbestandteile anzuerkennen und in die Angemessenheit des Gehalts einzubeziehen.<sup>6</sup>

In Schleswig-Holstein trifft gem. § 38 SHBesG<sup>7</sup> i. V. m. § 4 Abs. 5, 5 Abs. 3 und 6 Abs. 4 LBVO<sup>8</sup> das Präsidium der Hochschule auf Vorschlag des Dekanats die Entscheidung über die Gewährung von Leistungsbezügen. Vor diesem Hintergrund sind die Handlungsoptionen des Präsidiums auszuloten, mit dem Mittel der Leistungsbezüge eine verfassungsgemäße Gesamtbesoldung beamteter Professoren der Besoldungsgruppe W2 herzustellen.

## 2. Vorbehalt des Gesetzes für besoldungsrechtliche Leistungen

Das *Bundesverfassungsgericht* hat in ständiger Rechtsprechung festgestellt, dass die Gewährung von Leistungen im Rahmen der Beamtenbesoldung unter Gesetzesvorbehalt<sup>9</sup> steht.<sup>10</sup> Dies findet seinen einfach-gesetzlichen Niederschlag in § 2 Abs. 2 BBesG,<sup>11</sup> in Schleswig-Holstein nunmehr in § 3 SHBesG.<sup>12</sup> Ob der Vorbehalt des Gesetzes schon als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums gilt oder schlicht aus dem Wortlaut des Art. 33 Abs. 5 GG („ist [...] zu regeln“) folgt, ist akademischer Natur und kann daher als ergebnisirrelevant dahinstehen.<sup>13</sup> Leistungen an Beamte dürfen somit lediglich aufgrund Gesetzes vergeben werden. Soweit eine gewährte Leistung gesetzlich nicht vorgesehen ist, ist diese rechtswidrig.<sup>14</sup>

## 3. Teleologische Reduktion bei verfassungswidrigem Besoldungssystem?

Fraglich ist jedoch, ob der Gesetzesvorbehalt auch im Falle einer Feststellung der Verfassungswidrigkeit der positiv-rechtlichen Ausgestaltung einer Besoldungsordnung gelten kann. Weder der verfassungsrechtliche Grundsatz noch der Wortlaut der einschlägigen Norm des § 3 SHBesG oder der Regelungsauftrag aus Art. 33 Abs. 5 GG als solche führen bei der Beantwortung dieser Frage weiter. Auch das *Bundesverfassungsgericht* stellt in seiner bisherigen Rechtsprechung lediglich fest, dass aus dem Gesetzesvorbehalt im Falle der Verfassungswidrigkeit des Besoldungssystems den Beamten kein Nachteil erwachsen darf.<sup>15</sup>

### a) Auslegung nach Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte

Der Regelungsgehalt der Norm ist daher nach juristischen Auslegungsmethoden zu bestimmen. Bei grammatischer (Wortlaut-) sowie historischer Auslegung lässt § 3 SHBesG keinen Anhaltspunkt für gesetzesunabhängige Besoldungsregelungen erkennen.<sup>16</sup> Die systematische Auslegung gebietet die Betrachtung des Gesetzes und der Rechtsordnung als Ganzes.<sup>17</sup> Auch diese Methode ist nicht zielführend, da andere einfach-gesetzlich kodifizierte Gesetzesvorbehalte – insbesondere § 31 SGB I<sup>18</sup> – keine Regelung zu deren Geltung im Falle verfassungswidriger Ausgestaltungen darauf aufbauender Regelungssysteme enthalten. Auch im Urteil zur Verfassungsmäßigkeit der Rege-

lung der Grundsicherung im SGB II<sup>19</sup> bedurfte es diesbezüglich keiner Entscheidung, da Leistungen weiterhin aufgrund der vorübergehend fortgeltenden Vorschriften des SGB II gewährt werden durften.<sup>20</sup> In der vorliegenden Konstellation geht es indes nicht um die Weitergewährung gesetzlich vorgesehener – wenngleich verfassungswidrig gestalteter – laufender Bezüge, sondern um zunächst nicht speziell geregelte Leistungen.

### b) Teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegung erfordert eine Untersuchung von Sinn und Zweck der Regelung und daraufhin die Feststellung, ob auch in der vorliegenden Sachlage – im Falle einer uneingeschränkten Anwendung der Norm – Sinn und Zweck weiterhin im Sinne des Normgebers verfolgt werden.<sup>21</sup>

Nach Auffassung des *Bundesverfassungsgerichts* entfaltet der in § 3 SHBesG einfachgesetzlich kodifizierte verfassungsrechtliche Gesetzesvorbehalt aus Art. 33 Abs. 5 GG eine Schutzfunktion für den Beamten, denn dieser „muss sich im Interesse der Garantie der Unabhängigkeit des Berufsbeamtentums – und damit der Sicherung der Funktionsfähigkeit der Institution – auf ein Einkommen verlassen können, das seine rechtliche und wirtschaftliche Sicherheit und Unabhängigkeit gewährleistet.“<sup>22</sup> Dieses Telos begründet auch das (bereits oben) zitierte Postulat, aus dem Gesetzesvorbehalt dürfe den Beamten kein

- 3) BVerfG (Fn. 1), NVwZ 2012, 357, 361; zur Absurdität der aktuellen Regelung *Wolff*, ZBR 2012, S. 145, 149.
- 4) *Wolff* (Fn. 3), S. 145, 146.
- 5) Zum Anspruch auf derartige Leistungsbezüge vgl. die Urteilsanmerkung von *Classen*, JZ 2012, S. 465, 465 f.
- 6) BVerfG (Fn. 1), NVwZ 2012, 357, 361.
- 7) Gesetz des Landes Schleswig-Holstein über die Besoldung der Beamtinnen und Beamten sowie Richterinnen und Richter (Besoldungsgesetz Schleswig-Holstein – SHBesG), GVObI. 2012, S. 153.
- 8) Landesverordnung über Leistungsbezüge sowie Forschungs- und Lehrzulagen für Hochschulbedienstete (Hochschul-Leistungsbezüge-Verordnung – LBVO) vom 17.1.2005, GVObI. 2005, S. 46, zuletzt geändert durch Art. 16 des Gesetzes vom 26.1.2012, GVObI. S. 153, 261.
- 9) Landläufig wird verkürzt, wenngleich dogmatisch ungenau der Terminus „Gesetzesvorbehalt“ verwendet; aufgrund des mittlerweile üblichen Sprachgebrauchs werden in diesem Zusammenhang auch in dieser Untersuchung die Termini „Vorbehalt des Gesetzes“ und „Gesetzesvorbehalt“ synonym – letzterer also im untechnischen Sinne – gebraucht; vgl. zum Ganzen *Summer*, ZBR 2006, S. 120, 121.
- 10) BVerfG (Fn. 1), NVwZ 2012, 357, 361; BVerfGE 81, 363, 386 – *Beamtenbaby*; 8, 28, 35 – *Teuerungszulage*.
- 11) *Schinkel/Seifert* in Fürst (Hrsg.), GKÖD, K § 2, Rz. 2 (März 1994).
- 12) BVerfG (Fn. 1), NVwZ 2012, 357, 361, m.w.N. zur st. Rspr. des Gerichts; weitere Begründungsansätze bei *Summer* (Fn. 9), S. 120, 122.
- 13) Insbesondere letzteres favorisierend *Summer* (Fn. 9), S. 120, 122.
- 14) Für unzulässig hohe Berufungszusagen vgl. *Pauly*, SächsVBl. 1995, S. 233, 236.
- 15) BVerfGE 81, 363, 386 – *Beamtenbaby*; kritisch zur lediglich begünstigenden Wirkung *Summer* (Fn. 9), S. 121, 122.
- 16) Vgl. LT-Drs. 17/1267, S. 3 sowie S. 270.
- 17) Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 146 ff.; für die Verfassungsauslegung *Kloepfer*, Verfassungsrecht, 2011, § 1 Rz. 152.
- 18) Sozialgesetzbuch Erstes Buch (SGB I) vom 11.12.1975, BGBl. 1975 I, S. 3015.
- 19) Sozialgesetzbuch Zweites Buch (SGB II) vom 24.12.2003, BGBl. 2003 I, S. 2954.
- 20) BVerfGE 125, 175 – *Hartz-IV-Regelsatz* – zur Kritik an der geringfügigen Würdigung der dortigen Ausführungen *Classen*, (Fn. 5), S. 465, 466.
- 21) Vgl. *Larenz/Canaris* (Fn. 17), S. 154 ff.; *Kloepfer* (Fn. 17), § 1 Rz. 155 f.
- 22) BVerfG (Fn. 1), NVwZ 2012, 357, 361.