Gutachten

zur Verfassungskonformität
der Vergabe des Amtes eines Hochschulkanzlers
im Beamtenverhältnis auf Zeit

auf Ansuchen des Sprechers der Kanzlerinnen und Kanzler
der Universitäten der Bundesrepublik Deutschland

zum 30. Juni 2010

erstellt von

Prof. Dr. Matthias Ruffert

Naumannstraße 12

07743 Jena

Inhaltsübersicht

I. Fragestellung	1
II. Verfassungsrechtlicher Maßstab	2
1. Normative Verankerung und Methode	2
2. Zentrale Aussagen des Urteils vom 28. Mai 2008 und ihre Bewertung im Schrifttum	4
a) Lebenszeitprinzip als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums	4
b) Berücksichtigung: Beachtung und Ausnahmen	5
c) Verletzung des Lebenszeitprinzips	5
III. Das Amt des Hochschulkanzlers im Licht der Maßstäbe des Bundesverfas- sungsgerichts	7
1. Verfassungsrechtliche Regel	7
2. Ausnahmen für die Beamtenstellung auf Zeit	9
a) Regel-Ausnahme-Verhältnis und Amt des Hochschulkanzlers	9
b) Referenzgruppe: Politische Beamte und kommunale Wahlbeamte	10
c) Referenzgruppe: Spitze der Hochschulleitung	11
d) Landesrechtliche Kompensation	14
aa) Kompensationsmöglichkeiten im Regel-Ausnahme-Verhältnis?	14
bb) Übernahme in den Landesdienst	15
cc) Versetzung in den Ruhestand	15
3. Alternative: Begründung eines Beamtenverhältnisses auf Probe	16
IV. Ergebnisse	18

Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena. Dieses Gutachten ist allerdings eine persönliche Leistung i.S.v. § 2 Abs. 6 S. 1 ThürHNVO.

I. Fragestellung

1. Nach nahezu allen neueren Hochschulgesetzen der Länder wird das Amt des Hochschulkanzlers¹ im Beamtenverhältnis auf Zeit übertragen². Mit Urteil vom 28. Mai 2008 hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) die im nordrhein-westfälischen Landesrecht angeordnete Übertragung von Ämtern mit leitender Funktion im Beamtenverhältnis auf Zeit für unvereinbar mit Art. 33 Abs. 5 GG erklärt³. Die Entscheidung auf Vorlage des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG)⁴ bezieht sich nach dem Ausgangssachverhalt nicht explizit auf das Amt eines Hochschulkanzlers. Angesichts der klaren Aussage des Bundesverfassungsgerichts, die auch zu einem zuvor im Schrifttum mit einiger Vehemenz ausgetragenen Streit über die Verfassungskonformität der Vergabe von Führungsämtern auf Zeit Position bezieht⁵, drängt sich aber

¹ Das Gutachten verwendet durchweg die männliche Form und verzichtet dabei bewußt auf verzerrende, das Verständnis erschwerende Formulierungen. Selbstverständlich gelten die Ausführungen auch für Kanzlerinnen bzw. Rektorinnen und (Vize-)Präsidentinnen.

² § 17 Abs. 2 bwLHG (Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg [Landeshochschulgesetz – LHG] vom 1.1.2005, GBl. 2005, 1); § 58 Abs. 3, 1. HS BerlHG (Gesetz über die Hochschulen im Land Berlin [Berliner Hochschulgesetz – BerlHG] i.d.F. vom 13.2.2003, GVBl. 2003, 82); § 65 Abs. 2 S. 3 BbgHG (Gesetz über die Hochschulen des Landes Brandenburg [Brandenburgisches Hochschulgesetz – BbgHG] vom 18.12.2008, GVBl. II 2008, 318); § 41 Abs. 2 S. 2 HessHG (Hessisches Hochschulgesetz i.d.F. vom 14.12.2009, GVBl. I 2009, 666); § 87 Abs. 4 LHG M-V (Gesetz über die Hochschulen des Landes Mecklenburg-Vorpommern [Landeshochschulgesetz – LHG M-V], GVBl. M-V 2002, 398); § 38 Abs. 4 S. 1 i.V.m. § 39 Abs. 1 NHG (Niedersächsisches Hochschulgesetz i.d.F. vom 26.2.2007, Nds.GVBl. 2007, 69); § 20 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 NWHG (Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen [Hochschulgesetz – HG] vom 31.10.2006, GV.NRW 2006, 474); § 83 Abs. 3 S. 1 HochSchG RhPf (Hochschulgesetz – HochSchG vom 21.7.2003, GVBl. 2003, 167); § 25 Abs. 4 S. 1 s.-h. HSG (Gesetz über die Hochschulen und das Universitätsklinikum Schleswig-Holstein [Hochschulgesetz – HSG] vom 28.2.2007, GVBl. 2007, 184); § 85 Abs. 6 S. 1 SächsHSG (Gesetz über die Hochschulen im Freistaat Sachsen [Sächsisches Hochschulgesetz – SächsHSG]), vom 10.12.2008, SächsGVBl. 2008, 900); § 71 Abs. 3 S. 1 HSG LSA (Hochschulgesetz des Landes Sachsen Anhalt vom 5.5.2004, GVBl. LSA 2004, 256); § 31 Abs. 4, 1. HS ThürHG (Thüringer Hochschulgesetz vom 21.12.2006, GVBl. 2006, 601). Ähnlich § 85 Abs. 3 S. 1 und 3 BremHG (Bremisches Hochschulgesetz i.d.F. vom 9.5.2007, Brem.GBl. 2007, 339); § 83 Abs. 2 S. 2 und Abs. 5 HmbHG (Hamburgisches Hochschulgesetz – HmbHG – vom 8.7.2001, HmbGVBl 2001, 171); § 15 Abs. 3 S. 3 saarlUG (Gesetz Nr. 1556 über die Universität des Saarlandes [Universitätsgesetz – UG] Amtsblatt 2004, 1782). Anders Art. 23 Abs. 2 S. 3, 1. HS BayHSchG (Bayerisches Hochschulgesetz vom 23.5.2006, GVBl. 2006, 245): Beamtenverhältnis auf Probe.

³ BVerfG, 2. Senat, Beschl. v. 28.5.2008, 2 BvL 11/07, BVerfGE 121, 205, abrufbar auf der Internetseite des BVerfG unter http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20080528_2bvlf001107.html sowie unter juris. Im folgenden beziehen sich Seitenzahlangaben auf die Amtliche Sammlung, Angaben von Randziffern auf die Zählung in juris.

⁴ BVerwG, Beschl. v. 27.9.2007, 2 C 21/06, 2 C 26/06, 2 C 29/07, BVerwGE 129, 272.

⁵ Dokumentation der Literaturstimmen bei *Manfred Wichmann*, Führungsfunktionen auf Zeit – Ende einer unendlichen Geschichte?, ZBR 2008, 289 (289 f., Fn. 8), sowie *Monika Jachmann*,

die Frage nach der Vereinbarkeit der Vergabe des Amtes des Hochschulkanzlers im Beamtenverhältnis auf Zeit mit Art. 33 Abs. 5 GG auf.

II. Verfassungsrechtlicher Maßstab

1. Normative Verankerung und Methode

2. Art. 33 Abs. 5 GG schreibt die Regelung und Fortentwicklung des Rechts des öffentlichen Dienstes „unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ vor. Der verfassungsrechtliche Maßstab bedarf der Konkretisierung in dreifacher Hinsicht.

3. *Erstens* legt das Grundgesetz nicht selbst fest, was „hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums“ sind, sondern verweist auf diese. In Rechtsprechung und Schrifttum ist anerkannt, daß die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums durch das kumulative Vorliegen der Merkmale Fundamentalität und Traditionalität charakterisiert werden⁶. Nur ein Kernbestand von Strukturprinzipien ist geschützt, und dies nur insoweit, als ein Prinzip während eines langen traditionsbildenden Zeitraums anerkannt und gewahrt wurde, mindestens seit der Weimarer Republik⁷.

4. *Zweitens* fordert Art. 33 Abs. 5 GG die „Berücksichtigung“ dieser Grundsätze. Dem Wortlaut nach ist also die bewußte gesetzgeberische Entscheidung gegen einen solchen Grundsatz denkbar, sofern in der Abwägung mit anderen verfassungsrechtlichen Prinzipien (auch gegenläufigen Prinzipien innerhalb des Art. 33 Abs. 5 GG) eine Abweichung begründet werden kann⁸. Allerdings tendiert die verfassungsrechtliche, insbesondere verfassungsgerichtliche Praxis in Richtung einer strikten Beachtungspflicht, wenn ein das Berufsbeamtentum prägender hergebrachter

in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG II, 5. Aufl. 2005, Art. 33 Abs. 5, Rn. 52, und im Überblick *Philip Kunig*, Das Recht des öffentlichen Dienstes, in: Eberhard Schmidt-Abmann/Friedrich Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2008, 6. Kap., Rn. 63.

⁶ S. nur *Bodo Pieroth*, in: ders./Hans D. Jarass, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 33, Rn. 47.

⁷ S. nur BVerfGE 8, 332 (343); 117, 330 (344 f.); 117, 372 (379); BVerfGE 121, 205 (219; Ziff. 31).

⁸ *Pieroth* (Fn. 6), Rn. 48.

Grundsatz identifiziert worden ist⁹. Hier können sich *drittens* Gewichtsverschiebungen durch die am Rande der Föderalismusreform I erfolgte Änderung des Textes von Art. 33 Abs. 5 GG ergeben, wonach das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums fortzuentwickeln ist.¹⁰

5. Der Bedarf der Konkretisierung unbestimmter verfassungsrechtlicher Begriffe ist keinesfalls außergewöhnlich¹¹. Bei Art. 33 Abs. 5 GG ist er aber wegen der geschilderten Konstruktion dieser Norm, die gleichermaßen eine Institutsgarantie, ein grundrechtsgleiches Recht und einen Regelungsauftrag an den Gesetzgeber (Bundes- und Landesgesetzgeber je nach Kompetenz) enthält¹², besonders hoch. Daher ist die Interpretation von Art. 33 Abs. 5 GG durch das Bundesverfassungsgericht von zentraler Bedeutung. Die tragenden Gründe des eingangs erwähnten Urteils bieten daher die methodische Grundlage für die Beurteilung der landesrechtlichen Normen zur befristeten dienstrechtlichen Stellung der Hochschulkanzler in verfassungsrechtlicher Hinsicht.

⁹ Berichtend und erläuternd *Klaus Joachim Grigoleit*, in: Klaus Stern/Florian Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, Art. 33, Rn. 72 f.; *Pieroth* (Fn. 6), Rn. 48.

¹⁰ Dazu differenzierend *Ansgar Hense*, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), GG, Art. 33, Rn. 36; *Ulrich Battis*, in: Michael Sachs (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2009, Art. 33, Rn. 68, sowie *Pieroth* (Fn. 6), Rn. 48. S. auch u. Ziff. 12.

¹¹ Klassisch: *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 60.

¹² BVerfGE 9, 268 (286); 107, 218 (236 f.); 117, 330 (344); 119, 247 (260). Zur Struktur der Vorschrift anschaulich *Grigoleit* (Fn. 9), Rn. 67

2. Zentrale Aussagen des Urteils vom 28. Mai 2008 und ihre Bewertung im Schrifttum

6. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. Mai 2008 trifft zur Übertragung von Führungsämtern im Beamtenverhältnis auf Zeit drei zentrale Aussagen in der Interpretation von Art. 33 Abs. 5 GG.

a) *Lebenszeitprinzip als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums*

7. Erstens setzt das Gericht seine Rechtsprechung fort, wonach das Lebenszeitprinzip ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums ist¹³. Dabei unterstreicht es die Bedeutung hergebrachter Grundsätze des Berufsbeamtentums generell dafür, daß „... eine im politischen Kräftespiel stabile und gesetzestreue Verwaltung...“ gesichert werden kann¹⁴. Lebenszeitprinzip und damit einhergehend Alimentationsprinzip dienen der Gewährleistung der „...Unabhängigkeit der Beamten im Interesse einer rechtsstaatlichen Verwaltung...“¹⁵. Diese Unabhängigkeit würde durch eine Absetzbarkeit nach freiem Ermessen gefährdet. Das Lebenszeitprinzip sei kein Privileg des Beamten, sondern fördere den unparteiischen Dienst des Beamten am Gemeinwohl. Auf dieser Grundlage hat nicht nur die Ernennung in das Eingangsamts auf Lebenszeit zu erfolgen, sondern die „grundsätzlich lebenszeitige Übertragung des seinen Funktionen entsprechenden Amtes seiner Laufbahn“ gehört zur Garantie des Art. 33 Abs. 5 GG, damit die Unabhängigkeit des Beamten im Interesse des Gemeinwohls gewahrt bleibt¹⁶.

8. Ganz überwiegend teilt das Schrifttum diese grundsätzliche Zuordnung des Lebenszeitprinzips zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums¹⁷.

¹³ BVerfGE 121, 205 (220 ff., Ziff. 34 ff.), unter Rückgriff auf BVerfGE 9, 268 (286); 44, 249 (265); 70, 251 (266); 71, 255 (268).

¹⁴ BVerfGE 121, 205 (221, Ziff. 35), unter Rückgriff auf BVerfGE 7, 155 (162); 44, 249 (265); 64, 367 (379); 99, 300 (315); 119, 247 (260 f.).

¹⁵ BVerfGE 121, 205 (221, Ziff. 35).

¹⁶ BVerfGE 121, 205 (222; Ziff. 36); s. schon deutlich BVerfGE 70, 251 (266 und 267).

¹⁷ *Günter Bochmann*, Führungsfunktionen auf Zeit im Beamtenrecht nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 25 b LBG Nordrhein-Westfalen, DÖD 2009, 49 (57 f.); *Yvonne Dorf*, Führungspositionen auf Zeit, DÖV 2009, 14; *Heinrich Amadeus Wolff*, Stellungnahme, JA 2008, 908 (909 f.); besonders deutlich *Jürgen Lorse*, Führungsfunktionen auf Zeit aus verfas-

b) *Berücksichtigung: Beachtung und Ausnahmen*

9. Zweitens positioniert sich das Bundesverfassungsgericht zu den zulässigen Ausnahmen vom Lebenszeitprinzip, das als verfassungsrechtliche Regel verstanden wird. Damit das Lebenszeitprinzip durch Ausnahmen durchbrochen werden kann, müssen die besondere Sachgesetzlichkeit und die Natur der wahrgenommenen Aufgaben dies erfordern; anders gewendet: „Die Regelung muß geeignet und erforderlich sein, um den besonderen Sachgesetzlichkeiten Rechnung zu tragen.“¹⁸ Es ist mithin nicht möglich, Beamtenverhältnisse auf Zeit entgegen den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums ohne besonderen Rechtfertigungsgrund auszudehnen¹⁹.

c) *Verletzung des Lebenszeitprinzips*

10. Die konkrete vom Bundesverfassungsgericht überprüfte nordrhein-westfälische Regelung, nach der Führungsämter im höheren Dienst nur im Beamtenverhältnis auf Zeit übertragen wurden, verletzt nach dem Urteil das Lebenszeitprinzip in seinem Kernbereich²⁰. Dies gründe darin, daß dem Beamten über einen Zeitraum von zehn Jahren (im höheren Dienst regelmäßig etwa ein Viertel bis ein Drittel der Lebensdienstzeit) die für seine Unabhängigkeit in der Amtsführung notwendige Sicherheit fehlt²¹. Während der ersten Amtsperiode drohe eine Zurücksetzung wie sonst nur als zweitschärfste Sanktion im Disziplinarrecht mit den entsprechenden negativen Folgen für Besoldung und Versorgung, aber auch Ansehen²².

11. Für die Durchbrechung des Lebenszeitprinzips sieht das Bundesverfassungsgericht im konkret von ihm entschiedenen Fall keine „ausreichend gewichtige Rechtfertigung“. Insbesondere könne das Leistungsprinzip sie nicht tra-

sungsrechtlicher Sicht – *alea iacta est*, ZBR 2008, 300 (302): „Das BVerfG schiebt den rechtspolitischen Schleier der landesgesetzlichen Begründungsversuche beiseite, der auf ein Fortbestehen des vor der Übertragung der Führungsposition erreichten Statusamtes verweist und damit eine Unantastbarkeit des Strukturprinzips der lebenszeitigen Beschäftigung suggeriert.“

¹⁸ BVerfGE 121, 205 (223 f.; Ziff. 41).

¹⁹ S. auch BVerfGE 121, 205 (222 f.; Ziff. 38), unter zutreffendem Rückgriff auf BVerfGE 7, 155 (163 f.). S. daher § 4 Abs. 2 lit. b BeamtStG: „Das Beamtenverhältnis auf Zeit dient ... der *zunächst* befristeten Übertragung eines Amtes mit leitender Funktion.“ (Hervorhebung vom Verfasser).

²⁰ BVerfGE 121, 205 (224 ff.; Ziff. 42 ff.)

²¹ BVerfGE 121, 205 (224 f.; Ziff. 43-45).

gen. Es sei zwar ebenfalls im Beamtenrecht verankert (Bestenauslese – Art. 33 Abs. 2 GG), doch setze Leistungsbegriff auch die Bereitschaft des Beamten „... zu rechtsstaatlich gebundener, neutraler und unabhängiger Amtsführung und damit seine persönliche Integrität voraus.“ Insbesondere öffne die konkrete Regelung die Ämtervergabe gerade nicht nur für Leistungsanreize, sondern auch für „leistungsfremde politische Gesichtspunkte“ bis hin zum Mißbrauch durch Ämterpatronage.²³ Weder bestehe ein Anspruch auf lebenszeitige Übertragung bei hervorragender Bewährung, noch sei das Ende des Amtes an das Ausbleiben entsprechender Leistungen gekoppelt oder die Verlängerung der Amtszeit mit dem Wettbewerbsprinzip verknüpft. Ferner könne durch die Begründung eines Beamtenverhältnisses auf Probe dem Leistungsprinzip Rechnung getragen werden, so daß die Übertragung im Beamtenverhältnis auf Zeit nicht erforderlich im Sinne der unter Ziff. 9 beschriebenen Kriterien sei. Entsprechende Fehlprognosen gerade bei Führungskräften seien offenkundig nicht häufig zu erwarten²⁴.

12. Schließlich komme Führungspositionen kein Ausnahmecharakter mit Blick auf das Lebenszeitprinzip zu. Sie seien mit der Position eines politischen Beamten und kommunalen Wahlbeamten nicht vergleichbar, zumal der Gesetzgeber diese Sonderkategorien nicht beliebig ausdehnen könne²⁵. Das Fortentwicklungsgebot des Art. 33 Abs. 5 GG n.F. führe zu keiner anderen Beurteilung, denn fortentwickelt würde nach dem Wortlaut das Recht des öffentlichen Dienstes, nicht die Grundsätze des Berufsbeamtentums²⁶.

13. Die Feststellungen des Bundesverfassungsgericht zur Unvereinbarkeit der Vergabe von Führungspositionen auf Zeit mit Art. 33 Abs. 5 GG sind im Schrifttum

²² BVerfGE 121, 205 (225; Ziff. 45).

²³ BVerfGE 121, 205 (226 f.; Ziff. 48 ff.).

²⁴ Zum vorstehenden BVerfGE 121, 205 (227 ff.; Ziff. 51 ff.).

²⁵ BVerfGE 121, 205 (230 f.; Ziff. 57 ff.).

²⁶ BVerfGE 121, 205 (232; Ziff. 61). Zu diesem Aspekt *Dorf* (Fn. 17), 16. Kritisch *Pieroth* (Fn. 6), Rn. 48. Generell anders, aber ohne weitere Gefolgschaft im Schrifttum, *Klaus Köpp*, Öffentliches Dienstrecht, in: Udo Steiner (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 7. Aufl. 2003, Kapitel III, Rn. 14.

nicht unumstritten²⁷. Sie waren es auch im Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts nicht, wie die Mitteilung des Abstimmungsergebnisses (5 : 2) zeigt. Eine rasche Abweichung von den erst 2008 argumentativ stark formulierten Maßstäben ist jedoch nicht zu erwarten.

III. Das Amt des Hochschulkanzlers im Licht der Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts

1. Verfassungsrechtliche Regel

14. Nach den dargestellten Kernaussagen des Urteils vom 28. Mai 2008 ist die Verbeamtung auf Lebenszeit der Regelfall zur Wahrung der Unabhängigkeit des Beamten gerade auch in Führungspositionen. Die gesetzliche Stellung der Hochschulkanzler nach dem Landesrecht bestätigt die Notwendigkeit der Lebenszeitverbeamtung:

15. Dem Kanzler ist nach den Landeshochschulgesetzen – mit Differenzierungen im einzelnen – die Unterstützung des Leiters der Hochschule übertragen. Er führt nach der Mehrzahl der landesgesetzlichen Bestimmungen die Geschäfte der laufenden Verwaltung und nimmt insoweit auch Personal- und Rechtsangelegenheiten wahr²⁸. Er steht nach einigen Hochschulgesetzen explizit an der Spitze der Hochschulverwaltung mit entsprechenden Befugnissen für die Dienstaufsicht²⁹. Vor allem aber ist er Beauftragter für den Haushalt³⁰. Dies hat haushaltsrechtlich zur

²⁷ Zu den befürwortenden Stimmen s.o. Fn. 17. Kritisch mit Blick auf das Leistungsprinzip *Timo Hebler*, Die Verfassungswidrigkeit der Vergabe von Führungsämtern auf Zeit, ZBR 2008, 304 (308); *Andreas Voßkuhle*, Personal, in: Wolfgang Hofmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/ders. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band III, 2009, § 43, Rn. 121; *Wichmann* (Fn. 5), 292 f. Undifferenziert kritisch *Klaus-Joachim Grigoleit*, Das Ende eines „Reformprojektes“ – Die Vergabe von Führungsämtern auf Zeit ist verfassungswidrig, ZBR 2008, 296 (299).

²⁸ § 58 Abs. 1 S. 2 BerlHG; § 65 Abs. 1 S. 1 BbgHG; § 85 Abs. 1 BremHG; § 83 Abs. 1 S. 1 HmbHG; § 41 Abs. 1 S. 1 HessHG; § 87 Abs. 1 S. 1 LHG M-V; § 19 Abs. 1 NWHG; § 83 Abs. 1 S. 1 HochSchG RhPf; § 25 Abs. 1 S. 1 s.-h. HSG; § 15 Abs. 3 S. 7 saarlUG; § 85 Abs. 1 SächsHSG; § 71 Abs. 1 S. 1 HSG LSA; § 30 S. 1 ThürHG.

²⁹ Art. 23 Abs. 3 S. 1 BayHSchG; § 85 Abs. 1 S. 2 BremHG; § 71 Abs. 1 S. 4 HSG LSA.

³⁰ Art. 23 Abs. 3 S. 1 BayHSchG (mit ausdrücklicher Regelung der Weisungsfreiheit in Haushaltsangelegenheiten in S. 2); § 58 Abs. 1 S. 3 BerlHG; § 65 Abs. 1 S. 2 BbgHG; § 85 Abs. 2 BremHG; § 83 Abs. 1 S. 2-5 HmbHG (mit ausführlicher Regelung des Widerspruchsrechts in Haushaltsangelegenheiten); § 41 Abs. 1 S. 2 HessHG; § 87 Abs. 1 S. 2 LHG M-V; § 37 Abs. 4 S. 4 NHG; § 19 NWHG (mit Widerspruchsrecht); § 83 Abs. 1 S. 1, 2. HS HochSchG

Folge, daß er die Unterlagen für den Haushalt aufstellt und den Haushaltsplan ausführt sowie bei allen Maßnahmen von finanzieller Bedeutung zu beteiligen ist³¹.

16. Es steht außer Frage, daß die Unabhängigkeit des Kanzlers in diesen Funktionen von herausragender Bedeutung ist. Rechtsstaatliche Bindung, Neutralität und unabhängige Amtsführung, mithin persönliche Integrität im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts³², sind bei Erfüllung der beschriebenen Aufgaben unverzichtbar. Schwierige Entscheidungen in Personalfragen und die Ausübung dienstaufsichtlicher Befugnisse, vor allem aber die Wahrnehmung der haushaltsrechtlichen Kompetenzen mit ihrem hohen Konfliktpotential – und dem stets hohen Risiko, auch „unbeliebte“ Entscheidungen zu treffen, ja treffen zu müssen – würden nicht mit der gleichen neutralen Sachlichkeit und rechtsstaatlich gebotenen Objektivität getroffen bzw. erfüllt werden können, wenn sie auch nur mittelbar davon abhängen, daß der Kanzler seine Amtstätigkeit (und sei es lediglich partiell) im Hinblick auf seinen weiteren Verbleib im Beamtenverhältnis als Kanzler an den Interessen der für diesen Verbleib maßgeblichen Entscheidungsträger ausrichtet.

17. Am Rande sei vermerkt, daß es sich aufdrängt, die Erkenntnisse zum Amt des Hochschulkanzlers auch auf andere Ämter im Hochschulbereich zu übertragen. Kaum überraschend ist es daher, daß die überwiegende Auffassung im Schrifttum in der regelmäßigen Übertragung von Professorenämtern bei der Ersternennung auf Zeit einen Verstoß gegen Art. 33 Abs. 5 GG sieht³³. Soweit diese Befristung von den Landeshochschulgesetzen „probezeitähnlich“ verstanden wird, weil im Anschluß an

RhPf; § 25 Abs. 1 S. 2-5 s.-h. HSG (mit ausführlicher Regelung des Widerspruchsrechts in Haushaltsangelegenheiten); § 15 Abs. 3 S. 9 und 10 saarlUG (suspensives Veto in Haushaltsangelegenheiten); § 85 Abs. 2-4 SächsHSG (mit suspensivem Veto in Angelegenheiten seiner Zuständigkeit); § 71 Abs. 1 S. 2 HSG LSA; § 30 S. 2 ThürHG (mit suspensivem Veto in Haushaltsangelegenheiten S. 3-5).

³¹ Nach den landesrechtlichen Regelungen entsprechend § 9 BHO.

³² BVerfGE 121, 205 (226; Ziff. 48).

³³ *Max-Emanuel Geis*, Der „Professor auf Zeit“ – ein rechtlicher und politischer Problemfall, in: Ingeborg Franke (Hrsg.), *Öffentliches Dienstrecht im Wandel: Festschrift für Walther Fürst*, Präsident des Bundesverwaltungsgerichts zum 90. Geburtstag am 10. Februar 2002, 2002, S. 121 ff.; *Dorf* (Fn. 17), 20 f. Das Gutachten von *Ulrich Battis/Klaus-Joachim Grigoleit*, Zulässigkeit und Grenzen der Ausbringung von Professorenämtern auf Zeit, 1996, entstand lange vor der BVerfGRspr., ebenso der Beitrag von *Manfred Löwisch/Wolfgang Zimmermann*, Die Befristung der Dienst- und Arbeitsverhältnisse von Professoren im Fall der Erstberufung, *WissR* 34 (2001), 28.

die Ersternennung regelmäßig die Übernahme in ein Professorenamt auf Lebenszeit erfolgt³⁴, dürfte dies die Verfassungswidrigkeit kaum beseitigen. Bei den landesrechtlichen Regelungen über die Übertragung des Amtes des Hochschulkanzlers auf Zeit fehlt es jedoch bereits an einer solchen Ausgestaltung (näher zu Kompensationsmöglichkeiten u. Ziff. 31 f.).

2. Ausnahmen für die Beamtenstellung auf Zeit

a) Regel-Ausnahme-Verhältnis und Amt des Hochschulkanzlers

18. Ist mithin die Verbeamtung auf Lebenszeit verfassungsrechtlicher Regelfall im Allgemeinen sowie auch im Besonderen für Hochschulkanzler, muß eine der vom Bundesverfassungsgericht zugelassenen Ausnahmen greifen, damit die Befristung des Amtes des Hochschulkanzlers vor den Anforderungen des Verfassungsrechts bestehen kann. Dies setzt voraus, daß

- Hochschulkanzler nach der besonderen Sachgesetzlichkeit ihres Amtes und der Natur der Aufgaben auf Zeit verbeamtet werden müssen *und*
- daß die Befristung geeignet und erforderlich ist, um den Sachgesetzlichkeiten des Amtes des Hochschulkanzlers sowie der Natur seiner Aufgaben Rechnung zu tragen³⁵.

19. Die Konformität mit Art. 33 Abs. 5 GG kann also nur hergestellt werden, wenn das Amt des Hochschulkanzlers einem anderen Amt vergleichbar ist („... wie in den historisch hergebrachten Fällen“), das nach seinen Sachgesetzlichkeiten und der Natur der Aufgaben eine Begründung von Beamtenverhältnissen auf Zeit erfordert.

Höchst bedenklich auch die Kumulation von Befristung und Beurlaubung in § 23 Abs. 11 S. 1, 2. HS s.-h. HSG.

³⁴ Beispiel: § 79 Abs. 3 ThürHG.

³⁵ S. dazu BVerfGE 121, 205 (223 f.; Ziff. 41).

b) *Referenzgruppe: Politische Beamte und kommunale Wahlbeamte*

20. Zu diskutieren, aber bereits im gedanklichen Ansatz eher fernliegend, ist der Vergleich mit der Referenzgruppe der politischen Beamten. Dies gilt sowohl für die Voraussetzungen als auch für die Rechtsfolgen:

21. Politische Beamte sind nach § 30 BeamtStG solche Beamte, die „... ein Amt bekleiden, bei dessen Ausübung sie in fortdauernder Übereinstimmung mit den grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen der Regierung stehen müssen“³⁶. Es ist einerseits unbestreitbar, daß die Ausübung des Amtes des Kanzlers nur dann Erfolg zeitigen kann, wenn er sich in Übereinstimmung mit den grundlegenden Zielen der Spitze der Hochschulleitung (Rektor, Präsident) sowie ggf. auch mit derjenigen kollegialer Gremien befindet (Senat, Hochschulrat). Eine Kanzlerschaft in ständigem Konflikt mit den Selbstverwaltungsinstanzen der Hochschule ist von der Gesetzeslage nicht intendiert. Andererseits geht es beim Amt des Kanzlers nicht um die Mitwirkung an politischer Führung³⁷. Die Selbstverwaltung der Hochschule ist eine funktionale. Sie wurzelt in der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) und ist nicht auf allgemeine politische Fragen ausgerichtet³⁸. Daß Hochschulkanzler keine politischen Beamten i.S.v. § 30 BeamtStG sind, steht außer Frage; ihre Position ist den politischen Beamten im Sinne dieser Vorschrift jedoch nicht einmal ähnlich³⁹. Eine Befristung aus der gleichsam politischen Natur der Aufgaben des Kanzlers kann nicht angenommen werden.

22. Seine Rechtsstellung ist auch nicht mit derjenigen kommunaler Wahlbeamter vergleichbar, die die Erfüllung kommunaler Aufgaben im Einvernehmen mit der im Rahmen des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG allzuständigen Gemeindevertretung anleiten und

³⁶ S. BVerfGE 121, 205 (223; Ziff. 40), unter Rückgriff auf BVerfGE 7, 155 (166).

³⁷ Zur Politiknähe der politischen Beamten *Hans Günter Steinkemper*, Amtsträger im Grenzbereich zwischen Regierung und Verwaltung, 1980, S. 190 ff.

³⁸ Instruktiv *Ute Mager*, Die Universität im Zeichen von Ökonomisierung und Internationalisierung, VVDStRL 65 (2006), S. 274 (281 ff.).

³⁹ Zumal § 30 BeamtStG eng auszulegen ist: *Bernt Lemhöfer*, in: Ernst Plog/Alexander Wiedow (Begr.), BBG, § 30 BeamtStG (2008), Rn. 2.

vollziehen⁴⁰. Gerade in den beschriebenen haushalts-, personal-, dienst- und aufsichtsrechtlichen Aufgaben (s. Ziff. 15) ist der Kanzler nicht in der Aufgabenerfüllung frei, sondern an die Einhaltung und Überwachung strikter gesetzlicher Vorgaben gebunden. Hinzu kommt ergänzend die fehlende Vergleichbarkeit in den Rechtsfolgen. Kein Landeshochschulgesetz sieht vor, daß der Kanzler nach dem Ausscheiden aus seinem Amt in den *einstweiligen* Ruhestand versetzt wird; die Ruhestandsregelungen sind anderen Inhalts (s.u. Ziff. 33).

c) *Referenzgruppe: Spitze der Hochschulleitung*

23. Näher liegt es, das Amt des Kanzlers mit demjenigen der Spitze der Hochschulleitung zu vergleichen, also mit demjenigen des Rektors oder Präsidenten. Auch Rektor bzw. Präsident sind Beamte auf Zeit, auch bei ihnen bedarf die Begrenzung der Dauer des Beamtenverhältnisses einer besonderen Rechtfertigung im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Sie zu formulieren ist nur insoweit Anliegen dieses Gutachtens, als dadurch die Unterschiede zum Amt des Kanzlers deutlich werden.

24. Insoweit gilt, daß die gewählte Spitze einer Selbstverwaltungskörperschaft nach der Natur des Amtes und den Sachgesetzlichkeiten der Selbstverwaltung nur auf Zeit gewählt sein kann. Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkennt – mit großer Zustimmung des Schrifttums⁴¹ – in der Selbstverwaltung eine eigenständige Quelle demokratischer Legitimation⁴²; demokratisch legitimierte Herrschaft kann aber immer nur Herrschaft auf Zeit sein⁴³. Daß dies auf das Amt des Präsidenten/Rektors Anwendung findet, ist zu Recht unbestritten. Es ist – in der

⁴⁰ BVerfGE 121, 205 (231; Ziff. 59). S. allgemein *Johannes Masing*, in: Horst Dreier (Hrsg.), GG II, 2. Aufl. 2006, Art. 33, Rn. 88. In der Rspr. werden zudem die Kautelen des Kommunalverfassungsrechts hervorgehoben (z.B. strenge Voraussetzungen bei Abwahl), die die Ausnahme vom Lebenszeitprinzip abfedern sollen: BVerwGE 56, 163 (165); 81, 318 (322 ff.). Nur vereinzelt ist die Literatur weniger sensibel hinsichtlich Art. 33 Abs. 5 GG (*Christoph Priebe*, Die vorzeitige Beendigung des aktiven Beamtenstatus bei politischen Beamten und kommunalen Wahlbeamten, 1997, S. 221 ff.). Die genannten Kautelen fehlen beim Beamten auf Zeit.

⁴¹ S. *Hans-Heinrich Trute*, Die demokratische Legitimation der öffentlichen Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2006, § 6, Rn. 82 ff. m.w.N.

⁴² BVerfGE 107, 59.

⁴³ S. nur *Michael Sachs*, in: ders. (Fn. 10), Art. 20 GG, Rn. 34.

Diktion des Bundesverfassungsgerichts – für die demokratische Organisation der Universität als Selbstverwaltungskörperschaft erforderlich, das Amt des Rektors/Präsidenten zu befristen.

25. Die Annäherung des Amtes des Kanzlers an dasjenige des Rektors/Präsidenten könnte es nahelegen, auch insoweit eine Befristung für geeignet und erforderlich zu halten, um die demokratische Struktur der Selbstverwaltung an Hochschulen sicherzustellen⁴⁴. In einigen Hochschulgesetzen der Länder wird der Kanzler explizit als Vizepräsident bezeichnet und als solcher in die kollegiale Hochschulleitung eingeordnet⁴⁵. Drei Gründe sprechen indes dagegen, eine Vergleichbarkeit mit dem Rektor/Präsidenten anzunehmen und aus diesem Grund eine Befristung auf der gleichen Basis zu rechtfertigen:

26. Erstens sind die Befristungsverhältnisse unterschiedlich ausgestaltet, was wiederum Rückschlüsse auf das gesetzliche Leitbild des jeweiligen Amtes zuläßt. Der Rektor/Präsident wird nach einer Vielzahl von Landeshochschulgesetzen, sofern er vor seiner Ernennung beamteter Hochschullehrer war, in diesem ursprünglichen Beamtenverhältnis ohne Bezüge beurlaubt; das Amt des Rektors/Präsidenten wird also als eines ausgestaltet, das von vornherein auf Zeit angelegt ist und gewissermaßen aus der üblichen Beamtenlaufbahn ausschert⁴⁶. Demgegenüber verliert der Kanzler sein vorheriges Amt (sofern er Beamter war) und kann lediglich – nach den Regelungen einiger Länder – anschließend auf Antrag wieder in ein seinem vorigen

⁴⁴ S. auch BVerwG, Urt. v. 17.12.2009, 2 C 71/08 (juris), Ziff. 18, wonach „bestimmte Hochschulämter“ befristet übertragen werden können.

⁴⁵ § 37 Abs. 4 NHG, § 19 NWHG, § 15 Abs. 3 saarLUG. Ähnlich § 17 Abs. 6 bw LHG: Hauptamtliches Vorstandsmitglied für den Bereich der Wirtschafts- und Personalverwaltung.

⁴⁶ Art. 21 Abs. 5 BayHSchG (für Professoren); § 55 Abs. 3 S. 2 BerlHG (mit Übernahmemöglichkeit für auswärtige Hochschullehrer in Abs. 4); § 82 Abs. 2 BremHG; § 39 Abs. 3 S. 2 HessHG; § 38 Abs. 5 LHG M-V (für alle Beamten des Landes); § 20 Abs. 2 S. 1 NWHG (für alle Beamten von Hochschulen des Landes); § 81 Abs. 2 HochSchG RhPf; § 23 Abs. 11 S. 1 s.-h. HSG; § 82 Abs. 4 S. 2 SächsHSG; Sinngemäß § 17 Abs. 4 bwLHG, § 80 Abs. 5 HmbHG; § 18 Abs. 3 saarLUG; § 31 Abs. 7 ThürHG (für alle Beamten des Landes); wohl auch § 69 Abs. 7 S. 2 HSG LSA. S. auch § 60 des Landesgesetzes über die Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer (Verwaltungshochschulgesetz – DHVG –) vom 2.3.2004 in der Fassung des Gesetzes vom 19.12.2006 (rh.-pf. GVBl. 2004, S. 439).

Amt vergleichbares Amt übernommen werden⁴⁷. Untechnisch gesprochen wird der Kanzler also befristet befördert und kann nur auf Antrag eine anschließende Absicherung im Landesdienst erhalten. Trotz der von vielen Gesetzen intendierten Eingliederung des Kanzlers in die Hochschulleitung bis hin zur veränderten Amtsbezeichnung wird das Amt des Kanzlers also nicht als ein solches behandelt, das der Mitausübung von Herrschaft auf Zeit im Sinne demokratischer Legitimation dient. Dies wird auch daran deutlich, daß es – wenn überhaupt – nur hinsichtlich des Rektors/Präsidenten Beschränkungen in der Wiederwahl gibt⁴⁸ bzw. daß nur die Wiederernennung des Rektors/Präsidenten (wenn auch ohne Beschränkung) für regelungsbedürftig gehalten wird⁴⁹.

27. Zweitens steht die besondere Aufgabenstruktur des Amtes des Kanzlers einer Gleichbehandlung mit der Natur der Aufgaben des Amtes des Rektors/Präsidenten entgegen⁵⁰. Dem Kanzler obliegt vor allem die Leitung der Verwaltung, und er ist Beauftragter für den Haushalt (s.o. Ziff. 15), ersteres teilweise unter der Verantwortung des Rektors/Rektorats bzw. Präsidenten/Präsidiums⁵¹. Eine solche Leitungsposition in der konventionellen Beamtenhierarchie ist nicht ihrer Natur nach auf Zeit angelegt, und auch die Sachgesetzlichkeiten der Aufgabenerledigung erfordern eher eine kontinuierliche Betrauung mit dem Amt als eine Befristung zur Sicherung demokratischer Legitimation.

28. Drittens betont sowohl der Wortlaut des Art. 33 Abs. 5 GG („hergebrachte Grundsätze“) als auch die Formulierung der Ausnahmemöglichkeiten durch das Bundesverfassungsgericht („... wie in den historisch hergebrachten Fällen“) den traditionellen Aspekt bei der Beschreibung des Leitbildes des jeweiligen Amtes. Wenn

⁴⁷ § 17 Abs. 9 S. 1 bwLHG; § 41 Abs. 3 HessHG; § 83 Abs. 3 S. 2 HochSchG RhPf; § 85 Abs. 7 SächsHSG; § 17 Abs. 3 S. 4 HSG LSA; § 31 Abs. 8 S. 1 ThürHG. Schwächer § 65 Abs. 4 S. 2 BbgLHG, sowie § 20 Abs. 4 NWHG (näher u. Ziff. 31 f.).

⁴⁸ Art. 21 Abs. 2 S. 3 BayHSchG; § 82 Abs. 6 SächsHSG.

⁴⁹ So in § 83 Abs. 2 S. 2 BremHG; § 80 Abs. 3 S. 2, 1. HS HmbHG; § 17 Abs. 5 S. 2 NHG; § 80 Abs. 4 S. 1 HochSchG RhPf; § 23 Abs. 7 S. 2 s.-h. HSG.

⁵⁰ Diese Aufgabenstruktur beschreibt *Ulrich Battis*, Das Amt des Universitätskanzlers, DÖV 2009, 518 (321 f.).

⁵¹ § 83 Abs. 1 S. 1 HmbHG; § 41 Abs. 1 S. 1 HessHG; § 83 Abs. 1 S. 1 HochSchG RhPf; § 25 Abs. 1 S. 1 s.-h. HSG; § 25 Abs. 1 S. 1 SächsHSG; § 30 S. 1 ThürHG. Sinngemäß § 58

auch gesetzlich weder stets zwingend das Amt des Rektors/Präsidenten von einem Hochschullehrer bekleidet werden muß, noch ausgeschlossen ist, daß ein Hochschullehrer Kanzler wird, so ist doch das traditionale Leitbild der beiden Ämter anders geprägt: Der Rektor (oder Präsident) ist der auf Zeit aus dem Kollegium der Hochschullehrer an die Spitze gewählte Kollege, der Kanzler der Verwaltungsspezialist ohne eigene wissenschaftliche Laufbahn⁵².

29. Im Ergebnis *erfordert* also die in vielerlei Hinsicht dem Präsidenten/Rektor angenäherte Stellung des Kanzlers gerade nicht (im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts), daß das Amt des Kanzlers nur im Beamtenverhältnis auf Zeit übertragen wird⁵³.

d) Landesrechtliche Kompensation

aa) Kompensationsmöglichkeiten im Regel-Ausnahme-Verhältnis?

30. Nach der beschriebenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dient die Verankerung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses von Verbeamtung auf Lebenszeit und auf Zeit in Art. 33 Abs. 5 GG in erster Linie der Sicherung der Unabhängigkeit des Berufsbeamten (s.o. Ziff. 7). Es soll verhindert werden, daß der betroffene Beamte mit Blick auf eine Verlängerung des Zeitbeamtenverhältnisses Entscheidungen inhaltlich anders oder sogar in Abhängigkeit von politischer Einflußnahme trifft. Dies bezogen auf das Amt des Hochschulkanzlers zu vermeiden, könnte eine landesrechtliche Kompensation der befristeten Verbeamtung bewirken. In den Ländern gibt es zwei Ansätze, die zu einer solchen Kompensation führen könnten, zum einen die Übernahme in den Landesdienst nach dem Ende der Amtszeit, zum anderen die Versetzung in den Ruhestand. Eine gänzlich abweichende Regelung wird schließlich in Bayern getroffen, wo der Hochschulkanzler in das Beamtenverhältnis auf Probe eingestellt wird.

Abs. 1 BerIHG. S. zu den landesrechtlichen Differenzierungen, die vorliegend nicht entscheidend sind, *Michael Hartmer/Hubert Detmer*, Hochschulrecht, 2004, IV., Rn. 139 ff.

⁵² Wenig differenzierend die Kritik von *Battis* (Fn. 50), *passim*.

⁵³ Die vom BVerfG im konkreten Fall geprüften Rechtfertigungsansätze Leistungsprinzip und Mobilität/Flexibilität des Personaleinsatzes (BVerfGE 121, 205 (225 ff.; Ziff. 46 ff.) sollen hier die Befristung offensichtlich nicht tragen und sind daher für die Gutachtenfrage irrelevant.

bb) Übernahme in den Landesdienst

31. Nach einer Reihe von Landeshochschulgesetzen ist der Hochschulkanzler nach Ablauf der Amtszeit auf seinen Antrag in den Landesdienst zu übernehmen, und zwar mindestens mit einer vergleichbaren Rechtsstellung, die er im Zeitpunkt seiner Ernennung zum Kanzler hatte⁵⁴. Andere Hochschulgesetze sehen nur die Möglichkeit der Übernahme in den Landesdienst vor⁵⁵.

32. Eine kompensatorische Wirkung dieser Regelungen ist indes zu verneinen. Dies liegt nicht am Antragserfordernis, denn die Entscheidung des Dienstherrn ist in den genannten Regelungen als gebundene ausgestaltet. Der Kanzler fällt nach Ende der Amtszeit in sein ursprüngliches Amt zurück – mit den entsprechenden status-, besoldungs- und versorgungsrechtlichen Folgen. Dadurch tritt die gleiche Rechtsfolge ein, die das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung als verfassungsrechtlich nicht haltbar gekennzeichnet hat⁵⁶.

cc) Versetzung in den Ruhestand

33. Möglicherweise kompensiert die Versetzung in den Ruhestand die geschilderten Nachteile der lediglich befristeten Verbeamtung. Hierfür gibt es in den landesrechtlichen Regelungen zwei Modelle. Im ersten Modell – Baden-Württemberg und Hessen – erfolgt die Versetzung in den Ruhestand in dem Amt, das der Beamte bei der Ernennung innehatte⁵⁷. Im zweiten Modell – Hamburg, Niedersachsen, Saarland und Thüringen – ist vorgesehen, daß ein Kanzler, der sich vorher in einem Beamtenverhältnis auf Lebenszeit befand, nach Ablauf der Amtszeit in den Ruhestand tritt⁵⁸.

⁵⁴ § 17 Abs. 9 S. 1 bwLHG; § 41 Abs. 3 HessHG; § 83 Abs. 3 S. 2 HochSchG RhPf; § 85 Abs. 7 SächsHSG; § 17 Abs. 3 S. 4 HSG LSA; § 31 Abs. 8 S. 1 ThürHG.

⁵⁵ Ausdrücklich § 65 Abs. 4 S. 2 BbgLHG: „Die Übernahme in den Landesdienst kann vereinbart werden.“, sowie § 20 Abs. 4 NWHG: „Die Hochschule kann insbesondere diejenigen, die als hauptberufliche Präsidiumsmitglieder nicht zugleich in einem Beamtenverhältnis auf Lebenszeit oder einem unbefristeten privatrechtlichen Dienstverhältnis gemäß Abs. 2 stehen, nach Beendigung der Amtszeit in den Hochschuldienst übernehmen. Dies kann auch Gegenstand einer Zusage vor Amtsantritt sein.“

⁵⁶ BVerfGE 121, 205 (221 f.; Ziff. 35 f.)

⁵⁷ § 17 Abs. 4 S. 5, Abs. 9 S. 5 bwLHG. Für Hessen arg e § 39 Abs. 4 S. 2 HessHG.

⁵⁸ § 83 Abs. 5 i.V.m. Abs. 6 S. 1 Nr. 2 HmbHG; § 38 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 i.V.m. § 29 Abs. 1 NHG; § 15 Abs. 3 S. 4 i.V.m. § 18 Abs. 2 S. 1 saarlUG; § 31 Abs. 8 S. 4 i.V.m. Abs. 7 S. 3 ThürHG.

34. Beide Kompensationsmodelle genügen indes den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen nicht. Das erste Modell widerspricht bereits dem anerkannten, unumstritten in Art. 33 Abs. 5 GG wurzelnden und daher hier nicht näher problematisierten Grundsatz, daß der Beamte nach einer Dienstzeit von zwei Jahren im letzten in seiner Laufbahn innegehabten Amt in den Ruhestand versetzt wird⁵⁹. Auch das zweite Modell ist nur auf den ersten Blick verfassungskonform. Immerhin erfolgt die Versetzung in den Ruhestand im aktuell bekleideten Amt, d.h. als Kanzler. Dies kann aber nichts an den übrigen versorgungsrechtlichen Voraussetzungen ändern, vor allem nicht daran, daß bis zum Ende der ersten Amtsperiode als Kanzler in der Regel nur eine verhältnismäßig kurze ruhegehaltstfähige Dienstzeit absolviert sein wird⁶⁰. Gerade für einen jüngeren Kanzler wird die Versetzung in den Ruhestand (und mögliche Anrechnung der Dienstzeit als Kanzler) keine Alternative zur Fortsetzung des Beamtenverhältnisses als Kanzler sein, was wiederum – wie vom Bundesverfassungsgericht seiner Konkretisierung des Art. 33 Abs. 5 GG zugrundegelegt – die Einschränkung der Unabhängigkeit, Neutralität und persönlichen Integrität des Kanzlers zur Folge haben kann⁶¹.

3. Alternative: Begründung eines Beamtenverhältnisses auf Probe

35. Das Bundesverfassungsgericht hat die Erforderlichkeit der Einrichtung eines Beamtenverhältnisses auf Zeit schließlich auch deswegen verneint, weil geeignetere, mit dem Lebenszeitprinzip kompatible Instrumente zur Verfügung stünden, um Leistungsfähigkeit und –bereitschaft eines Beamten im Sinne des Leistungsprinzips zu prüfen, im konkreten Fall eine obligatorische Erprobungszeit auf dem höher bewerteten Dienstposten oder die Vergabe von Führungsämtern auf Probe, bei denen nach erfolgreichem Ablauf der (zweijährigen) Probezeit ein verwaltungsgerichtlich überprüfbarer Anspruch auf Lebenszeiternennung im angestrebten Amt entsteht⁶². Das

⁵⁹ S. nur BVerfGE 117, 372 (385), wonach bereits eine zweijährige Wartezeit den gerade noch akzeptablen Ausnahmefall darstellt, sowie bereits BVerfGE 11, 203 (210); 14, 30 (31); 61, 43 (58); 76, 256 (324 f.).

⁶⁰ Gemäß der Regelung in §§ 6 ff., 14 Abs. 1 S. 1 BeamtVG bzw. etwaiger landesrechtlicher Nachfolgeregelungen.

⁶¹ S. auch die versorgungsrechtliche Folgeentscheidung zu BVerfGE 121, 205 durch BVerwG, Urt. v. 17.12.2009, 2 C 71/08 (juris), die auch die versorgungsrechtliche Annexregelung zum „Führungsamt auf Zeit“ für grundgesetzwidrig hält.

⁶² BVerfGE 121, 205 (228 f., Ziff. 53),

Gericht nennt alternativ auch die kommissarische Verwendung in Führungspositionen und die Abordnung und Versetzung zu Erprobungszwecken⁶³. Bei der Vergabe des Kanzleramtes auf Probe wäre die Gefahr der Beeinträchtigung von Unabhängigkeit und Neutralität erheblich gemindert, weil am Ende der Probezeit keine von gerichtlich nachprüfbaren Kriterien losgelöste Entscheidung über die Fortsetzung des Amtsverhältnisses fiele. Keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet daher im Ergebnis die bayerische Regelung, da hier der Kanzler als Beamter auf Probe ernannt wird und nach Bewährung in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zu ernennen ist⁶⁴. Die Tragfähigkeit des rechtspolitischen Arguments, wonach ein Lebenszeitbeamter, der zum Kanzler ernannt wird, ohnehin seine Leistungsfähigkeit und –bereitschaft in vorherigen Ämtern bereits unter Beweis gestellt haben muß⁶⁵, ist kaum von der Hand zu weisen, so daß die Vergabe des Kanzleramtes im Beamtenverhältnis auf Probe rechtspolitisch fragwürdig bleibt.

⁶³ BVerfGE 121, 205 (229, Ziff. 53 a.E.),

⁶⁴ § 23 Abs. 2 S. 3 BayHSchG mit § 46 Abs. 3 S. 1 BayBG (Bayerisches Beamtengesetz v. 29.7.2008, GVBl 2008, 500). *Torsten von Roetteken*, jurisPR-ArbR 38/2008 Anm. 4, unter D., wohl auch *Bochmann* (Fn. 17), 58.

⁶⁵ Wörtlich (und sehr illustrativ) BVerfGE 121, 205 (229 ff.; Ziff. 54 f.): „Es ist nicht erkennbar, dass die Vergabe von Ämtern auf Zeit speziell im Bereich der Führungspositionen erforderlich wäre, um eine bessere Auswahl von Führungskräften zu ermöglichen und deren Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft zu erhöhen. Es besteht kein Grund für die Annahme, gerade bei den Beamten, die für Führungspositionen in Frage kommen, seien Fehlprognosen bezüglich der Eignung des Beamten für die Ausübung des Führungsamts oder erheblich nachlassende Leistungen im Führungsamt zu erwarten. Diese Beamten haben in der Regel bereits eine Reihe von Ämtern erfolgreich ausgeübt und sind in einer längeren Laufbahn durch häufige Regel- und Anlaßbeurteilungen auf ihre künftige Verwendbarkeit geprüft und positiv beurteilt worden. Um eine Führungsposition zu erhalten, müssen sie sich bereits als in besonderem Maße leistungsfähig und leistungsbereit erwiesen haben. ... Zwar ist nie auszuschließen, daß sich die auf Grundlage der bisherigen Amtstätigkeit und Beurteilung des Beamten angestellte Prognose im Hinblick auf besondere Anforderungen des neu zu übertragenden Führungsamts nachträglich als unzutreffend erweist. Es wird sich bei langjährig bewährten Beamten jedoch um Ausnahmen handeln. ...“.

IV. Ergebnisse

- (1) Regelungen in den landesrechtlichen Hochschulgesetzen, denen zufolge das Amt des Hochschulkanzlers (bzw. hauptamtlichen Vizekanzlers oder „Hauptamtlichen Vorstandsmitglieds für den Bereich der Wirtschafts- und Personalverwaltung“) im Beamtenverhältnis auf Zeit vergeben wird, sind mit Art. 33 Abs. 5 GG unvereinbar. Sie verstoßen gegen das Lebenszeitprinzip als hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums, dessen Durchbrechung nicht aufgrund der Sachgesetzlichkeiten des Amtes des Hochschulkanzlers im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erforderlich ist.
- (2) Landesrechtliche Regelungen, wonach der Hochschulkanzler nach Ende der Amtszeit in den Landesdienst übernommen wird oder übernommen werden kann, vermeiden den Verstoß nicht, da die Übernahme (wenn überhaupt) höchstens in das Amt (oder ein vergleichbares Amt) erfolgt, das der Kanzler zum Beginn seiner Amtszeit innehatte.
- (3) Landesrechtliche Regelungen, wonach der Hochschulkanzler nach Ende der Amtszeit in den Ruhestand versetzt wird, vermeiden den Verstoß ebensowenig, da – je nach Regelungsmodell – entweder der verfassungsrechtlich abgesicherte Grundsatz verletzt wird, daß der Beamte nach mindestens zweijährigem Dienst in dem zuletzt bekleideten Amt in den Ruhestand versetzt werden muß, oder weil die Versetzung in den Ruhestand angesichts der dienstzeitenabhängigen Bemessung des Ruhegehalts keine Alternative gegenüber einer Fortsetzung des Beamtenverhältnisses ist.
- (4) Die Vergabe des Amtes eines Hochschulkanzlers im Beamtenverhältnis auf Probe ist mit Art. 33 Abs. 5 GG vereinbar, bleibt jedoch rechtspolitisch fragwürdig.

Jura, 28. Juni 2010

Müller Reppel