

Freibrief für Benachteiligung?

Zum Einstellungsalter von Professoren

| ROLF WANK | Die Altersgrenzen bei der Besetzung von Professuren sind länderspezifisch und schwanken zwischen dem 45. und dem 52. Lebensjahr – jedenfalls weit unter der Pensionsgrenze. Dies wird mit verschiedenen Gründen gerechtfertigt. Doch ist zweifelhaft, ob solche Altersbeschränkungen mit dem aktuell geltenden EG-Recht in Einklang stehen.

Ein deutsches Unternehmen hat eine Stellenanzeige veröffentlicht, die mit folgendem Satz abschließt: „Geeignete Kandidaten über 45 Jahren brauchen sich erst gar nicht zu bewerben. Für diese ist der Tariflohn so hoch, dass wir ihn uns nicht leisten können“. Natürlich ist diese Geschichte frei erfunden. Aber in leicht abgewandelter Form spielt sie sich beim Staat als Arbeitgeber seit Jahr und Tag ab, wenn es um die Einstellung von Professoren geht. Sie ist Ausdruck der seit langem verbreiteten Einstellung, dass der Staat Anforderungen, die er privaten Arbeitgebern auferlegt, selbst als Arbeitgeber nicht zu beachten braucht.

Einbruch des Arbeitsrechts in das Beamtenrecht

Ohne die EG würden in Deutschland auch weiterhin Arbeitsrecht und Beamtenrecht als zwei Parallelwelten nebeneinander bestehen.

Schon mit der *Freizügigkeit der Arbeitnehmer* nach dem EG-Vertrag wurde die bisherige deutsche Schrankenziehung verschoben. Verließ bislang die Trennlinie zwischen allen Beamten auf der einen Seite und Arbeitnehmern auf der anderen Seite, so schlug das EG-Recht nunmehr nicht-hoheitlich tätige Beamte der

Gruppe der Arbeitnehmer zu. Nur noch hoheitlich tätigen Beamten, wie z.B. Polizisten und Richtern, konnte der Arbeitgeber Staat seitdem noch das Freizügigkeitsrecht vorenthalten.

Im *Arbeitsschutzrecht* hatte lange die Überzeugung gegolten, dass man privaten Arbeitgebern nur mit einem dichten Netz von Arbeitsschutzvorschriften beikommen könne. Für den Arbeitgeber Staat galten diese Vorschriften nicht; der Staat in seiner Weisheit – so war der Gedanke – würde auch ohne diese Vorschriften für einen

»Das EG-Recht schlägt nicht-hoheitlich tätige Beamte der Gruppe der Arbeitnehmer zu.«

entsprechenden Schutz sorgen. Dem EG-Recht folgend erstreckt sich der Anwendungsbereich des heutigen Arbeitsschutzgesetzes demgegenüber nicht nur auf Arbeitnehmer, sondern auch auf Beamte. Nunmehr dürfen beispielsweise auch beamtete Lehrer bei sicherheitsgefährdenden Baumängeln in der Schule ihre Arbeit einstellen.

Residuen des alten Denkens sind jedoch noch vorhanden. Private Arbeitgeber, die ihren Arbeitnehmern Leistungen gewähren, zu denen die Arbeitgeber weder nach Gesetz oder Tarifvertrag noch nach dem Arbeitsvertrag verpflichtet sind, wännen sich vielfach zu Unrecht in Sicherheit. Auch ohne dass das BAG bei ihnen das Vorhandensein eines Rechtsbewusstseins voraussetzt, erklärt es sie nach mehrmaliger regel-

hafter Leistungsgewährung kraft *betrieblicher Übung* im Wege eines konstruierten Vertragsschlusses zum Dauerschuldner für die Zukunft. Dem Arbeitgeber Staat kann Derartiges nach der Rechtsprechung nicht passieren. Bei ihm wisse der Arbeitnehmer, dass er nur das leiste und leisten wolle, wozu er verpflichtet sei. Darüber hinausgehende Leistungen könnten also nur auf Rechtsfehlern oder Irrtümern beruhen, woraus sich kein Anspruch der Arbeitnehmer gegen den Staat ergeben könne.

Ein weiteres Beispiel für die überkommene Denkweise findet sich im *Teilzeit- und Befristungsgesetz*. Während private Arbeitgeber Arbeitsverträge nur aus sachlichem Grund befristen dürfen und die Verlagerung des Unternehmerrisikos keinen sachlichen Grund bietet, ist der Staat von diesen Beschränkungen freigestellt. Es genügt für eine Befristung, dass „der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind, und er entsprechend beschäftigt wird“. Mit anderen Worten: wenn der Staat als Arbeitgeber beschließt, dass er einen Arbeitnehmer nur befristet beschäftigen will, so gilt das als sachlicher Grund.

Antidiskriminierungsrecht und Beamtenrecht

Der neueste Einbruch des Arbeitsrechts in das Beamtenrecht vollzog sich, weitgehend unbemerkt, im Antidiskriminierungsrecht. Das u.a. in Vollziehung mehrerer EG-Richtlinien geschaffene Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) gilt zwar nach seinem arbeitsrechtlichen Hauptteil nur für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerähnliche; nach einer siebzehn Paragraphen weiter



AUTOR

Rolf Wank ist Professor für Bürgerliches Recht, Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht an der Ruhr-Universität Bochum

stehenden und damit etwas versteckten Bestimmung jedoch auch für Beamte. Das bedeutet in entsprechender Anwendung: Auch Beamte dürfen danach nicht wegen ihres Alters benachteiligt werden.

Bewerbungen Äterer auf eine Professur

a) Bereits die *Ausschreibung* darf nicht gegen das Gesetz verstoßen. Das bedeutet: Wenn eine Professur ausgeschrieben wird, darf der Ausschreibungstext nicht lauten: „Bewerber, die älter als 45 Jahren sind, werden nicht berücksichtigt.“

Das einschlägige Gesetz schützt nicht nur Arbeitnehmer und Beamte in einem bestehenden Rechtsverhältnis, sondern bereits die Bewerber für ein solches Rechtsverhältnis. Benachteiligungen sind unzulässig in Bezug auf „die Bedingungen, einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen, für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit, unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Position“.

Tatsächlich findet man den oben genannten Ausschreibungstext in der Praxis nicht. Es bestehen auch keine Vorschriften, die die *Bewerbung* auf ein bestimmtes Alter einschränken. Eine Beschränkung tritt im Ergebnis aber auch dann ein, wenn bei der internen Handhabung auf Seiten des Dienstherrn Erschwerungen normiert sind, die eine Berufungskommission davon abhalten, die Bewerbung älterer Personen überhaupt zu berücksichtigen.

In NRW gilt beispielsweise die Verordnung über die Wirtschaftsführung der Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (Hochschulwirtschaftsführungsverordnung – HWFVO) vom 11. Juni 2007. Danach muss die Hochschule bei der Ernennung von Hochschullehrern, die über 45 Jahre alt sind, einen zusätzlichen Betrag an das Land zahlen. Der Versorgungszuschlag beträgt ca. 200 000 Euro und steigt mit jedem Lebensjahr um ca. 6 000 bis 7 000 Euro. Dieser Zuschlag muss häufig von der Fakultät getragen werden. Nur wenn der Bewerber mindestens fünf Jahre in einem anderen Bundesland als Beamter beschäftigt war, tragen der aufnehmende Dienstherr und der abgebende Dienstherr die Versorgungsleistungen anteilig.

Nun kann man sich vorstellen, dass ein kostenbewusster Kanzler einer Berufungskommission nahe legt, der Fa-

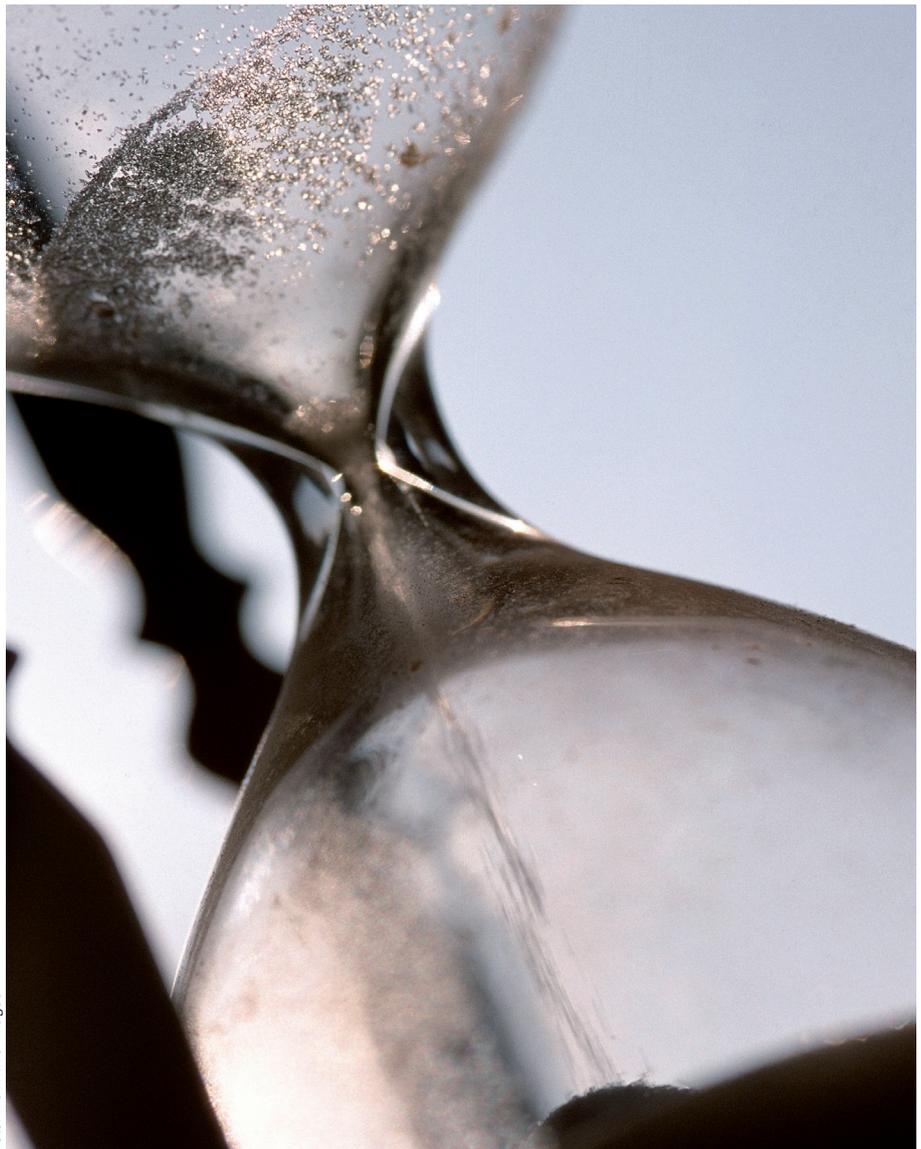


Foto: mauritius-images

kultät und der Universität diese anteilige Zahlung zu ersparen und Bewerber über 45 Jahren nur ganz ausnahmsweise zu berücksichtigen.

Ernennung Äterer auf eine Professur

Wenn der ältere Bewerber trotz alledem in die nähere Auswahl gelangt ist, kann die Altersgrenze für die Ernennung auf ein Lebenszeit-Beamtenverhältnis seiner Ernennung entgegenstehen. Die Altersgrenzen sind länderspezifisch und schwanken zwischen dem 45. und dem 52. Lebensjahr – jedenfalls weit unter der üblichen Pensionsgrenze.

Die Länder machen allerdings Rechtfertigungsgründe geltend.

a) Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz sieht für Benachteiligungen älterer Arbeitnehmer und Beamter Rechtfertigungsmöglichkeiten auf Arbeitgeberseite vor. In Betracht kommt als Rechtfertigung „die Festlegung eines

Höchstalters für die Einstellung auf Grund der *spezifischen Ausbildungsanforderungen* eines bestimmten Arbeitsplatzes“. Dass aber ein 46jähriger Professor, allein auf Grund seines Alters, den Anforderungen seines Arbeitsplatzes nicht genüge, kann nicht ernsthaft vertreten werden. Anderenfalls müsste wohl die Mehrheit der gegenwärtig amtierenden Professoren sofort in den Ruhestand geschickt werden.

b) Eine weitere Rechtfertigung besteht darin, dass ein Höchstalter für die Einstellung gerechtfertigt sein kann, wenn eine *angemessene Beschäftigungszeit* vor dem Eintritt in den *Ruhestand* vorliegen soll. Zu fragen ist also, ob ab einem bestimmten Lebensalter Versorgungslasten entstehen, die im Verhältnis zur Dauer der aktiven Dienstausbildung als unangemessen anzusehen sind.

Das Oberverwaltungsgericht NRW hat in einem Urteil vom 15. März 2007

eine Altersgrenze von 35 Jahren für die Übernahme von Laufbahnbewerbern in das Beamtenverhältnis auf Probe für rechtmäßig gehalten. Allerdings ergibt sich hier die Besonderheit, dass die berufliche Ausbildung für den höheren Dienst im Allgemeinen bis zum 35. Lebensjahr abgeschlossen werden kann.

Legt man die Entscheidung zugrunde, müsste an die Altersgrenze von 45 oder von 50 Jahren für die Einstellung von Professoren angeknüpft werden. Das Oberverwaltungsgericht beruft sich auf den EG-rechtlichen Rechtfertigungsgrund der Beschäftigungspolitik und des Arbeitsmarktes. Hierbei stellt es auf die *Funktionsfähigkeit der beamtenrechtlichen Altersversorgung* ab.

Die Entscheidung des OVG NRW wurde inzwischen vom Bundesverwaltungsgericht aufgehoben (Urteil v. 20.2.2009 – 2 C 18.07 u.a., Pressemitteilung Nr. 8/2009); das Oberverwaltungsgericht wurde zu einer erneuten Entscheidung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Bundesverwaltungsgerichts verpflichtet. Im Grundsatz hielt das Bundesverwaltungsgericht jedoch die Regelung zur Höchstaltersgrenze für rechtmäßig.

Schon im Jahre 2008 hat das Verwaltungsgericht Frankfurt (Beschluss v. 21.4.2008 – 9 E 3856/07, nicht veröffentlicht) die Rechtsfrage dem Europäischen Gerichtshof in Luxemburg zur Vorabentscheidung vorgelegt. Es sieht in der deutschen Regelung einen Verstoß gegen EG-Recht.

Nach der der deutschen Regelung zugrunde liegenden EG-Richtlinie ist an Fälle gedacht, in denen jemand wenige Jahre vor Erreichung der Pensionsaltersgrenze eingestellt wird. Dann wäre die Pensionszahlung im Verhältnis zur Kürze der erbrachten Arbeitsleistung unverhältnismäßig hoch. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs zum AGG liegt der deutschen Regelung „vor allem die Überlegung zu Grunde, dass bei älteren Beschäftigten, deren Rentenalter bereits absehbar ist, einer aufwändigen Einarbeitung am Arbeitsplatz auch eine betriebswirtschaftlich sinnvolle Mindestdauer einer produktiven Arbeitsleistung gegenüber stehen muss.“ Ob die Argumentation betr. Pensionszahlung und Einarbeitung aber auch eingreifen kann, wenn die Sperre für Bewerber auf einen Zeitpunkt von ca.

zwanzig Jahren vor Erreichen der Regelaltersgrenze gelegt wird, ist zweifelhaft.

c) Des Weiteren wird darauf hingewiesen, dass die landesrechtlichen Vorschriften dann, wenn ein *besonderes Gewinnungsinteresse* besteht, die Möglichkeit einer Verbeamtung auf Lebenszeit auch nach Überschreitung der Altersgrenze vorsehen. EG-rechtlich wird jedoch nicht nur ein Bewerber geschützt, an dem ein besonderes Gewinn-

»Die Altersbeschränkung kann bedeuten, dass Professoren nach ihrer Erstberufung nicht mehr wechseln können.«

ungsinteresse besteht, sondern jeder Bewerber.

d) Schließlich wird geltend gemacht, dass bei Überschreitung der Altersgrenze ja ein *Angestelltenverhältnis* begründet werden könne.

Alle diese Überlegungen klammern die Grundsatzfrage aus, ob im Hinblick auf Antidiskriminierungsrecht EG-rechtlich weiterhin an den Besonderheiten des deutschen Beamtenrechts festgehalten werden kann. Das EG-Recht stellt nämlich Arbeitnehmer und nicht-hoheitlich tätige Beamte gleich. Auch wenn die Aufspaltung auf zwei unterschiedliche Paragraphen im deutschen Allgemeinen Gleichbehandlungs-

»Es muss die Frage einer Gleichbehandlung von Angestellten und nicht-hoheitlich tätigen Beamten gestellt werden.«

gesetz die Unterscheidung weiterleben lässt, muss die Frage einer Gleichbehandlung von Angestellten und nicht-hoheitlich tätigen Beamten grundsätzlich gestellt werden.

Wie das Oberverwaltungsgericht NRW zutreffend ausführt: „Die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen für Lehrkräfte im Angestelltenverhältnis unterscheiden sich unter anderem im Hinblick auf das Arbeitsentgelt, die Versorgungsleistungen und die Beendigungsmöglichkeiten maßgeblich von den entsprechenden Regelungen für Lehrkräfte im Beamtenverhältnis.“

e) Zusammenfassend ist zweifelhaft, ob die landesrechtlichen Vorschriften nicht eine nach EG-Recht unzulässige

Benachteiligung älterer Bewerber auf eine Professur enthalten.

- Jüngere Bewerber dürfen auch ohne einen „besonders begründeten Ausnahmefall“ eingestellt werden.
- Die Kosten für Jüngere werden so abgedeckt, dass die Fakultät keine Zusatzkosten zu tragen hat.
- Da nach den Gepflogenheiten des für Hochschullehrer geltenden Rechts Gehaltsverbesserungen in der Regel nicht auf Grund herausragender Arbeit auf dieser Stelle, sondern nur auf Grund eines Universitätswechsels möglich sind, werden durch eine derartige Regelung die Gehälter vieler Professoren im Falle einer entsprechenden Altersgrenze ab 45 festgefroren. Zwar ist es richtig, dass durch die Aufspaltung in eine Grundbesoldung und besondere Leistungszulagen eine Berücksichtigung der Leistungen auf der bisherigen Stelle erfolgen kann. Allerdings entfällt die Berufung auf die Möglichkeit, an eine andere Universität zu wechseln, wenn der Betreffende allein wegen seines Alters an einer anderen Universität gar nicht erst in die nähere Auswahl kommt.

Konkret kann die genannte Altersbeschränkung bedeuten, dass Professoren im Normalfall nach ihrer Erstberufung nicht mehr wechseln können. Typischerweise könnte der Ablauf so aussehen: Der Privatdozent hat mit 41 Jahren eine W 2-Stelle an der Universität Norderdingelskirchen bekommen. Mit

44 Jahren bewirbt sich unser Kandidat an der Einstein-Universität in X auf eine W 3-Stelle. Die Berufungskommission weiß, dass er im Ernennungszeitpunkt älter als 45 Jahre sein wird und

lädt ihn erst gar nicht ein; oder sie lädt ihn zwar zu einem Vorstellungsvortrag ein, legt die Bewerbung aber anschließend aus Kostengründen beiseite. Der Wissenschaftler bleibt an den (nicht ganz so beliebten) Hochschulort Norderdingelskirchen und an seine W 2-Stelle gebunden.

Ergebnis: Es ist zweifelhaft, ob die internen Regelungen und faktischen Beschränkungen für die Besetzung einer Professur mit einem Bewerber, der älter als 45 Jahre ist, mit dem EG-Recht in Einklang stehen. Ist das nicht der Fall, könnten auf die Bundesländer Regressansprüche und zivilrechtliche Schadensersatzansprüche zukommen.