

# Die Verbeamtung von Professorinnen und Professoren in Nordrhein-Westfalen

Von Prof. Dr. Klaus Herrmann, Rechtsanwalt, Potsdam\*

*Der Beitrag stellt die Entwicklung der Altersgrenze für die Einstellung und Übernahme von Professorinnen und Professoren in ein Beamtenverhältnis dar. Außerdem beschreibt der Autor den Entscheidungsspielraum der Hochschulen bei der Verbeamtungsentscheidung.*

## I. Einleitung

Fachhochschulen in Nordrhein-Westfalen sind mit zahlreichen Anträgen auf Verbeamtung konfrontiert. Antragsteller sind Professorinnen und Professoren, die bereits in einem privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnis an diesen Hochschulen tätig sind. Die Hochschulgesetze in Nordrhein-Westfalen sehen und sahen in der Vergangenheit vor, dass Professorinnen und Professoren in ein Beamtenverhältnis berufen werden können (vgl. § 49 Abs. 1 HG 2000; § 39 Abs. 1 HG 2006 und HG 2014).<sup>1</sup>

Über die Frage, ob dies der Regelfall sei und von der Verbeamtung der berufenen Bewerber nur bei Vorliegen sachlicher Gründe abgesehen werden dürfe, besteht ein jahrelanger und noch immer unentschiedener Streit.<sup>2</sup>

In vielen Fällen sind die berufenen Bewerberinnen und Bewerber vom Wissenschaftsministerium und später den Hochschulen mit einem privatrechtlichen Dienstvertrag angestellt,

\* Der Autor ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Partner der Dombert Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Potsdam, sowie Honorarprofessor für Verwaltungsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht an der BTU Cottbus-Senftenberg. Als Prozessvertreter ist er für mehrere Hochschulen in Verwaltungsgerichtsverfahren tätig.

1 HG 2000 – Hochschulgesetz vom 14.03.2000 (GV.NRW 2000, 190); HG 2006 – Hochschulgesetz vom 31.10.2006, Art. 1 des Hochschulfreiheitsgesetzes (GV.NRW 2006, 474); HG 2014 – Hochschulgesetz vom 16.09.2014, Art. 1 des Hochschulzukunftsgesetzes (GV.NRW 2014, 557).

2 Vgl. Reich, Hochschulrahmengesetz, 11. Aufl. 2012, § 46 HRG, Anm. 1 S. 462 m. w. N.

d. h. nicht in ein Beamtenverhältnis berufen worden, obwohl eine Verbeamtung zum Teil ausdrücklich nachgefragt wurde. Spätestens nach der Presseberichterstattung zum Urteil des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen (OVG NRW) vom 22.01.2013<sup>3</sup> griffen viele angestellte Hochschullehrer die Verbeamtungsfrage wieder auf. Den inzwischen etablierten und zum Teil kurz vor dem Renteneintritt stehenden Professorinnen und Professoren wird jede Hochschule eine Verbeamtung gegönnt haben – allein die bei einer Ernennung lebensälterer Bewerber fällige Versorgungsabschlagszahlung an das Land (von bis zu 400.000 €) ließ viele Hochschulen zurückschrecken. Erst als einzelne Klagen gegen Ablehnungsbescheide der Hochschulen Erfolg hatten, wurden die normativen Grundlagen für rechtsbeständige Ablehnungen vom Gesetz- und Verordnungsgeber – mit mehreren Jahren Verspätung – geschaffen. Nachdem schließlich im Dezember 2014 eine Einstellungshöchstaltersgrenze definiert wurde, muss den meisten Anträgen und Klagen gegen die Ablehnungsentscheidungen – gem. § 104 Abs. 1 Satz 1 LBG findet kein Vorverfahren statt – der Erfolg und vielen Bewerbern die Berufung in ein Beamtenverhältnis verwehrt bleiben.

## II. Altersgrenze für die Übernahme in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit

Die Ablehnung der Verbeamtungsanträge kann als Anschauungsbeispiel für die „Prinzipienfestigkeit“ des Verwaltungs- und insbesondere des Beamtenrechts herhalten.

### 1. Ablehnungsentscheidungen ohne Rechtsgrundlage

Praktisch war die Entscheidung zwischen Beamtenverhältnis und Dienstvertrag für die meisten Professorinnen und Professoren – ebenso wenig wie für die Hochschulen – kein „großes“ Thema. Nicht selten hatten z. B. die Bewerberinnen und Bewerber um Professorenstellen an Fachhochschulen wegen der Berufungsvoraussetzung einer mehrjährigen praktischen Tätigkeit außerhalb des Hochschulbereichs das 45. Lebensjahr überschritten, als sie den Wechsel in die Wissenschaft vollziehen konnten. Die Hochschulen waren regelmäßig nicht bereit oder in der Lage, Versorgungsabschläge zu zahlen. Nach § 7 Abs. 4 der Hochschulwirtschaftsführungsverordnung (HWFVO)<sup>4</sup> in der bis Dezember 2014 geltenden Fassung mussten die Hochschulen (zur Abgeltung der späteren Ersatzzahlungen für Versorgungsleistungen) einen einmaligen und nach dem Lebensalter der Bewerber gestaffelten Betrag an das Land zahlen, wenn sie eine Hochschullehrerin oder einen Hochschullehrer ernennen oder in das Beamtenverhältnis übernehmen, die das 45. Lebensjahr überschritten hatten. Die Bewerber gaben bei dieser Frage sehr schnell nach, weil sie – anders als die Hochschulen – keine Wahl zwischen alternativen Angeboten hatten, ihre Zukunft an der Hochschule nicht gefährden und das Verhältnis zur jeweiligen Leitung nicht strapazieren wollten. Nach Unterzeichnung des Dienstvertrags kamen die Professorinnen und Professoren nur in ganz wenigen Einzelfällen auf die Statusfrage zurück und beantragten ausdrücklich die Verbeamtung.

Rechtlich waren die mit der Abschlagszahlungspflicht begründeten Ablehnungsentscheidungen rechtswidrig – was freilich noch nicht besagt, dass die von den Bewerbern begehrte Verbeamtung jeweils die allein rechtmäßige Maßnahme darstellte. Eine Hochschule, die die Verbeamtung einer Professorin unter Berufung auf die anfallende Zahlung eines Versorgungsabschlags abgelehnt hatte, wurde vom Verwaltungsgericht (VG) Köln<sup>5</sup> sowie vom OVG NRW<sup>6</sup> zur erneuten Entscheidung über das Verbeamtungsbegehren verurteilt. Die Gerichte stellten darauf ab, dass es in Nordrhein-Westfalen

keine gesetzlich geregelte oder auf eine gesetzliche Regelung zurückgehende Altersgrenze für die Einstellung und Übernahme von Hochschullehrern in ein Beamtenverhältnis gibt. Allein die Folge, dass bei der Verbeamtung ein Versorgungsabschlag an das Land zu zahlen ist, dürfe nicht als abwägungsrelevanter Belang in die Verbeamtungsentscheidung eingestellt werden. Praktisch wirke sich die Berücksichtigung der Zahlungspflicht im Rahmen der Ermessensentscheidung wie eine Höchstaltersgrenze aus, für die es jedoch keine normative Grundlage gab. Die gegen die Nichtzulassung der Revision gerichtete Beschwerde blieb erfolglos.<sup>7</sup>

### 2. Altersgrenze bedarf gesetzlicher Ausgestaltung

Erst durch das Gesetz vom 03.12.2013<sup>8</sup> wurde eine Verordnungsermächtigung geschaffen, wonach das Wissenschaftsministerium im Einvernehmen mit dem Finanzministerium und dem Ministerium für Inneres und Kommunales durch Rechtsverordnung Regelungen hinsichtlich einer Altersgrenze für die Einstellung oder Übernahme von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern in ein Beamtenverhältnis treffen konnte. Der Gesetzentwurf der Landesregierung datierte vom 02.10.2013<sup>9</sup>, der Landtag brauchte keine 2 Monate bis zur Zweiten Lesung und Verabschiedung am 27.11.2013.<sup>10</sup> Die Verordnungsermächtigung wurde schließlich an gleicher Stelle in § 39 Abs. 7 HG 2014 übernommen.

Warum sich die Landesregierung und der Landtag trotz der seit 2009 laufenden Klageverfahren zuvor nicht zu einer Klarstellung veranlasst sahen, bleibt rätselhaft. Schon mit seinem Urteil vom 19.02.2009<sup>11</sup> forderte das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) zur Bestimmung einer Altersgrenze für die Übernahme von Laufbahnbewerbern in ein öffentliches Amt ausnahmslos eine gesetzliche Grundlage. Nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung schränken Altersgrenzen den Leistungsgrundsatz (Art. 33 Abs. 2 GG) ein, der den Zugang zu jedem öffentlichen Amt unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistet. Die Einschränkung sei zwar grundsätzlich im Hinblick auf das Lebenszeitprinzip möglich, das zu den durch Art. 33 Abs. 5 GG gewährleisteten hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums zähle. Die Herstellung der praktischen Konkordanz zwischen beiden Prinzipien, das heißt die Gewichtung der gegenläufigen Verfassungsgrundsätze, wie sie in der Festsetzung von Altersgrenzen zum Ausdruck komme, erfordere aber eine einfachgesetzliche Regelung und dürfe nicht der Verwaltungspraxis überlassen werden. Jüngst wurde diese Rechtsprechung durch den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 21.04.2015<sup>12</sup> dahingehend präzisiert, dass eine hinreichend bestimmte Verordnungsermächtigung des Gesetzgebers nach ihrem Wortlaut oder dem systematischen Zusammenhang erkennen lassen muss, dass der Gesetzgeber selbst eine Einstellungshöchstaltersgrenze wollte und sich deren grundrechtliche Eingriffsrelevanz bewusst gemacht hat. Auch wenn es darauf nicht mehr ankam, bestätigte

3 OVG NRW, Urt. v. 22.01.2013 – 6 A 1171/11, NWVBl 2013, 287 = juris.

4 GV. NRW 2007, 246.

5 VG Köln, Urt. v. 04.04.2011 – 3 K 1244/10, n.v.

6 OVG NRW, Urt. v. 22.01.2013 – 6 A 1171/11, NWVBl 2013, 287 = juris.

7 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 25.07.2014 – 2 B 40.13, juris.

8 Gesetz zur Einführung einer Altersgrenze für die Verbeamtung von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern vom 03.12.2013 (GV. NRW 2013, 723) in § 39 Abs. 7 HG 2006 sowie § 32 Abs. 6 des Kunsthochschulgesetzes.

9 LT-Drucks. 16/4138.

10 PPr 16/43 v. 27.11.2013, S. 4148 ff.

11 BVerwG, Urt. v. 19.02.2009 – 2 C 18/07, BVerwGE 133, 143 ff. = NWVBl 2009, 300 ff. = juris, Rn. 9.

12 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12 und 1989/12, juris, Rn. 67 ff.

das BVerfG die Rechtsprechung des BVerwG dem Grunde nach, wonach das Lebenszeitprinzip und das Alimentationsprinzip Eingriffe in Art. 33 Abs. 2 GG durch Altersgrenzen rechtfertigen können.<sup>13</sup> Für das BVerwG stellt das Lebensalter für die Tätigkeit als Professor jedenfalls kein vom Leistungsprinzip (Art. 33 Abs. 2 GG) gedecktes Kriterium dar.<sup>14</sup>

### 3. Ausfüllung der Verordnungsermächtigung

Eine bestimmte Altersgrenze, wonach die Einstellung von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern zeitlich – insbesondere anknüpfend an das Lebensalter der Bewerber – beschränkt wird, gibt es schließlich erst seit der Vierten Novelle zur Verordnung über die Wirtschaftsführung der Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (vgl. § 7 Abs. 5 HWFVO in der Fassung vom 24.11.2014).<sup>15</sup> Gegenüber der früheren Ermittlung des Versorgungsabschlags (§ 7 Abs. 4 HWFVO 2007) wurde die allgemeine Altersgrenze angehoben, Einstellung und Übernahme in eine Beamtenverhältnis sind jetzt noch bis zur Vollendung des 50. Lebensjahres zulässig. Zudem kann die Altersgrenze nach § 7 Abs. 5 Satz 2 HWFVO individuell um bis zu sechs Jahre aufgeschoben werden durch Zeiten für die Ableistung einer Dienstpflicht nach Art. 12 a GG, die Teilnahme an bestimmten Freiwilligendiensten, die Geburt eines Kindes oder die tatsächliche Betreuung minderjähriger Kinder bzw. die tatsächliche Pflege eines nahen Angehörigen. Bei Vorliegen einer Schwerbehinderung besteht das Ermessen zur Übernahme oder Einstellung in ein Beamtenverhältnis generell bis zur Vollendung des 53. Lebensjahres.

Rechtstechnisch beschränkt § 7 Abs. 5 HWFVO 2014 das Ermessen der Hochschulen ausdrücklich dahingehend, dass (nur) als Hochschullehrerin oder Hochschullehrer in ein Beamtenverhältnis eingestellt oder übernommen werden darf, wer das 50. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Zwar wird es den Hochschulen nicht ausdrücklich untersagt, eine Hochschullehrerin oder einen Hochschullehrer auch nach Vollendung des 50. Lebensjahres in ein Beamtenverhältnis einzustellen oder zu übernehmen. Aus dem Wortlaut und aus der Systematik der Vorschrift ergibt sich aber, dass für die Einstellung eines Bewerbers nach Vollendung des 50. Lebensjahres zusätzliche, in § 7 Abs. 5 Satz 2 f. HWFVO 2014 aufgezählte Voraussetzungen vorliegen müssen. Fehlt es an diesen Voraussetzungen, besteht nach der Systematik der Regelung kein Ermessenspielraum der Hochschule mehr, eine Bewerberin oder einen Bewerber nach Vollendung des 50. Lebensjahres einzustellen oder in ein Beamtenverhältnis zu übernehmen.

Dieses Verständnis wird ferner bestätigt durch die Regelung in § 7 Abs. 6 HWFVO 2014. Für die Einstellung oder Übernahme in ein Beamtenverhältnis können demnach im Einzelfall Ausnahmen von dem Höchstalter nach § 7 Abs. 5 Satz 1 HWFVO 2014 zugelassen werden, wenn der Dienstherr ein erhebliches dienstliches Interesse (insbesondere wissenschaftliches oder künstlerisches Interesse) daran hat, Bewerberinnen oder Bewerber zu gewinnen oder zu behalten, oder wenn sich nachweislich der berufliche Werdegang aus von der Bewerberin oder den Bewerber nicht zu vertretenden Gründen in einem Maße verzögert hat, das die Anwendung der Höchstaltersgrenze unbillig erscheinen ließe. Fehlt es an diesen „Ausnahmeveraussetzungen“, insbesondere dem genannten „erheblichen dienstlichen Interesse“, hat eine Verbeamtung zu unterbleiben. Im Übrigen besteht auch weiterhin die Pflicht der Hochschule, bei Einstellung oder Übernahme von Bewerberinnen und Bewerbern in ein Beamtenverhältnis, die die Höchstaltersgrenze bereits überschritten hatten, einen zusätzlichen einmaligen und nach Lebensalter gestaffelten Betrag an das Land zu zahlen. Einzelheiten zur Ermittlung des Versorgungsabschlags regelt nunmehr § 7 Abs. 7 HWFVO 2014.

## III. Reichweite der Personalautonomie der Hochschulen

Einige der Klägerinnen und Kläger übersehen in den Klageverfahren, dass allein die Hochschulen die Entscheidung über die Verbeamtung treffen und zu verantworten haben. Neben der Altersproblematik konnte und kann die Ablehnung der Verbeamtung von der Hochschule durch verschiedene (andere) Gründe gerechtfertigt werden. Die Verselbständigung als Körperschaften des öffentlichen Rechts und die Übertragung der ehemals staatlichen Aufgaben der Personalverwaltung haben dazu geführt, dass die Hochschulen selbst über die Verwendung der Beamtenplanstellen und der hierfür notwendigen Personalmittel entscheiden.

### 1. Verselbständigung der Hochschulen und Dienstherrnfähigkeit

Ein wesentliches Anliegen des Hochschulfreiheitsgesetzes vom 31.10.2006<sup>16</sup> war die Auflösung des Doppelcharakters der Hochschulen als Körperschaften und zugleich staatliche Einrichtungen sowie die Verselbständigung als Körperschaften des öffentlichen Rechts einschließlich der Verleihung der beamtenrechtlichen Dienstherrnfähigkeit (vgl. § 2 Abs. 3 HG 2006). Die Dienstherrnfähigkeit beschreibt nicht nur die Befugnis der Körperschaft, Beamtenverhältnisse zu begründen und halten zu dürfen<sup>17</sup>, sondern umfasst mit der Ämterhoheit auch die Befugnis der Hochschulen, beamtenrechtliche Funktionsämter einzurichten, an Beamte zu übertragen und deren Aufgabenbereich zu bestimmen.<sup>18</sup> Die Dienstverhältnisse der bisher als Landesbeamte tätigen Professorinnen und Professoren gingen gem. § 128 ff. BRRG unmittelbar auf die Hochschulen als neue Dienstherrn über.<sup>19</sup> Nach § 2 Abs. 3 Satz 3 HG 2006<sup>20</sup>/HG 2014 hat das Land die Mittel zur Durchführung der Aufgaben der Hochschulen nach Maßgabe des Landeshaushalts bereitzustellen, insbesondere die laufenden Personalausgaben für die Beamten und Angestellten.

Nach § 4 Abs. 1 und 2 des Gesetzes über die weiteren dienstrechtlichen und sonstigen Regelungen im Hochschulbereich vom 31.10.2006<sup>21</sup> hat das Land den Hochschulen auch alle Versorgungszahlungen zu erstatten, einschließlich der Nachversicherung und der Beihilfeleistungen. Diese Regelung wurde in § 83 Abs. 3 HG 2014 übernommen, als das Gesetz über die weiteren dienstrechtlichen und sonstigen Regelungen im Hochschulbereich vom 31.10.2016 durch Art. 17 des Hochschulzukunftsgesetzes vom 16.09.2014 außer Kraft gesetzt worden ist. In § 5 Abs. 3 HG 2006 und in der von § 5 Abs. 9 HG 2006 vorbehaltenen Rechtsverordnung wurde ferner bestimmt (§ 6 Abs. 1 HWFVO 2006), dass für den Umfang der den Hochschulen erstatteten Versorgungs- und Beihilfeaufwendungen die im Haushalt für das Kalenderjahr 2007 ausgewiesenen Stellenübersichten für Beamtinnen und Beamte (Nominalstellen) maßgeblich sind.

13 BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015, a. a. O., juris, Rn. 80.

14 BVerwG; Beschl. v. 25.07.2014 – 2 B 40.13, juris, Rn. 6 m. w. N.

15 GV. NRW 2014, 865, in Kraft getreten am 09.12.2014.

16 GV. NRW 2006, S. 474.

17 Rieger, in: Metzler-Müller/Seeck/Zentgraf, Beamtenstatusgesetz, § 2 BeamStG, Anm. 1.

18 Kugele, Kommentar zum Beamtenstatusgesetz, § 2 BeamStG, Rn. 2.

19 Zum Dienstherrnwechsel durch das Hochschulfreiheitsgesetz 2006 vgl. Epping, ZBR 2008, 181; Peters, ZBR 2007, 115; Lohkamp, NWVBl 2007, 325; OVG NRW, Beschl. v. 13.08.2010 – 6 A 815/09, NWVBl 2010, 475 = juris, Rn. 29 ff.; Beschl. v. 16.10.2014 – 6 A 2306/10, juris.

20 Art. 1 des Hochschulfreiheitsgesetzes, GV.NRW 2006, 474.

21 Art. 7 des Hochschulfreiheitsgesetzes vom 31.10.2006 – GV.NRW 2006, 474.

## 2. Eigene Ermessensbefugnis der Hochschulen

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers üben die Hochschulen als Dienstherrn ihre Befugnis zur Ernennung von Beamten autonom aus. Im Hinblick auf die Wahrnehmung dieser Personalaufgaben unterliegen sie lediglich der Rechtsaufsicht des Wissenschaftsministeriums (§ 76 a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, § 76 Abs. 2 HG 2014).

Vor allem hinsichtlich der Zweckmäßigkeit einer Verbeamtung wird den Hochschulen damit ein erheblicher Ermessensspielraum zugestanden. Sofern sich die Hochschulen entscheiden, eine Professorenstelle im Beamtenverhältnis zu besetzen, sind der Grundsatz der Bestenauslese gem. Art. 33 Abs. 2 GG und die Eignungskriterien des § 9 BeamtStG zu beachten. Für die Neubesetzung einer Professur sind zudem die Verfahrensbedingungen der §§ 36 – 38 HG 2014 einschlägig, u. a. die Ausschreibungspflicht für freie Professuren. Ist die Professur unter Beachtung dieser Anforderungen mit einer Professorin oder einem Professor im befristeten Anstellungsverhältnis oder im Beamtenverhältnis auf Zeit besetzt worden, sieht § 38 Abs. 1 Satz 3 HG 2014 eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht vor, wenn diese Hochschullehrer in ein unbefristetes Anstellungs- oder Beamtenverhältnis übernommen werden sollen. Zielt die Vorschrift demnach auf eine Qualitätssicherung bei Neuberufungen ab, greift die Ausschreibungspflicht auch nicht ein, wenn ein unbefristetes Anstellungsverhältnis einer Professorin oder eines Professors in ein Beamtenverhältnis umgewandelt werden soll.<sup>22</sup>

Dieses Ermessen steht den Hochschulen nicht nur bei (Nach-)Besetzung der im Stellenplan 2007 ausgewiesenen Nominalstellen für Beamte zu, sondern auch bei der im Vorfeld einer Besetzung liegenden Bewirtschaftung dieser Stellen, d. h. hinsichtlich der Frage, ob, wann und wie sie nachbesetzt werden. Es schließt auch die Verfügung über die im Stellenplan der Hochschule auszuweisenden Beamtenstellen ein, d. h. die Entscheidung, ob Beamtenplanstellen geschaffen oder diese Stellen für angestellte Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer verwendet werden.<sup>23</sup> Bisher verwehrt das Wissenschaftsministerium freilich eine dort für notwendig gehaltene Genehmigung zur Ausbringung neuer Professorenstellen, die Hochschulen aus vorhandenen anderen Stellen oder einsetzbaren Personalmitteln neu bilden wollen. Die spätere Übernahme eines auf der Beamtenstelle geführten Professors in ein Beamtenverhältnis stieß bisher nicht auf Widerstand des Ministeriums.

## 3. Ermessen zur Übernahme angestellter Professoren in ein Beamtenverhältnis

Die Versuche einzelner Professorinnen und Professoren, ihre eigene Hochschule zur Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit verurteilen zu lassen, verkennen schon im Ansatz, dass ein Anspruch auf Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit und Ernennung zum Professor nur in Betracht kommt, wenn die Hochschule eine hierauf gerichtete Zusicherung abgegeben oder sich das Ermessen soweit reduziert hat, dass alle anderen Entscheidungen rechtswidrig wären. Allgemein dient die Schaffung und Besetzung von Planstellen im öffentlichen Dienst allein dem öffentlichen Interesse an einer bestmöglichen Erfüllung der Aufgaben. Die Stellen werden im Haushaltsgesetz bzw. durch den Haushaltsgesetzgeber aufgrund der organisatorischen Gestaltungsfreiheit und entsprechend den Bedürfnissen des Dienstherrn ausgebracht. Die gleiche Dispositionsfreiheit kommt den Hochschulen – soweit nicht bereits durch den Haushaltsgesetzgeber vorgeprägt – im Rahmen der Stellenplanbewirtschaftung zu. Auch die Bewertung von Dienstposten und ihre Zuordnung zu statusrechtlichen Ämtern einer bestimmten Besoldungsgruppe erfolgt im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben des Besoldungs- und des Haushaltsrechts durch den Dienstherrn aufgrund seiner organisatorischen Gestal-

tungsfreiheit. Die Beamten haben in diesem Stadium der Stellenbewirtschaftung keine Ansprüche auf eine bestimmte Bewertung der ihnen übertragenen Dienstposten oder auf eine Beförderung – ihre Rechte werden in dieser Phase grundsätzlich nicht berührt.<sup>24</sup> Auch für Einstellungsbewerber hat das BVerwG das organisatorische Ermessen des Dienstherrn anerkannt, nach welchen Kriterien er Stellen beschreibt und besetzt. Nur wenn der Dienstherr entsprechende Haushaltsmittel in Gestalt einer freien und besetzbaren Planstelle bereitgestellt habe und die Stelle besetzen wolle, besteht der in Art. 33 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich verankerte Anspruch des Bewerbers, dass über seinen Antrag auf Einstellung in ein Beamtenverhältnis allein nach den Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung ermessensfehlerfrei entschieden wird.<sup>25</sup>

Ohne eine ausdrückliche Zusicherung der Übernahme in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit und ohne die seltene, alle anderen Entscheidungsvarianten ausschließende Ermessensreduzierung sind Anträge und Klagen auf Vornahme einer Verbeamtung aussichtslos. Dass es solche Zusicherungen auf Übernahme in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit gibt, sieht § 20 Abs. 4 HG 2014 ausdrücklich für hauptberufliche Rektoratsmitglieder vor. Im Übrigen können solche Zusicherungen im Rahmen von schriftlichen Berufungsvereinbarungen festgehalten werden. Auch im oben genannten Rechtsstreit um die Ablehnung einer Verbeamtung mit dem fehlerhaften Verweis auf die Zahlungspflicht für einen Versorgungsabschlag gem. § 7 Abs. 4 HWFVO 2007 wurde die Hochschule jedenfalls nicht zur Verbeamtung der Klägerin verurteilt, sondern zur Neubescheidung des Verbeamtungsantrags unter Beachtung der Rechtsauffassung des Oberverwaltungsgerichts.

Grundsätzlich ist die Hochschule frei darin festzulegen, für welche Professuren und Fachgebiete sie eine Verbeamtung der Hochschullehrer vorsieht. In das Organisationsermessen der Hochschule fällt die Entscheidung, welche Aufgaben auf der Professur wahrzunehmen sind und inwieweit deswegen die Besetzung der Stelle dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG unterliegt, wonach die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Beamten zu übertragen ist.<sup>26</sup> Art. 33 Abs. 4 GG beinhaltet eine objektiv-rechtliche Verfassungsregelung und kein Recht eines einzelnen Bewerbers. Die Vorschrift vermittelt einzelnen Bewerbern keinen Rechtsschutz, sondern stellt das Strukturprinzip sicher, dass hoheitsrechtliche Befugnisse in der Regel durch Beamte wahrgenommen werden.<sup>27</sup>

Darüber hinaus kann die Hochschule die Verbeamtung insgesamt (nicht nur die Verbeamtung lebenslanger Bewerber im Rahmen der Ausnahmeentscheidung nach § 7 Abs. 6 Satz 1 HWFVO 2014) vom Vorliegen eines besonderen Personalgewinnungsinteresses abhängig machen. Das OVG NRW wies in seinem Urteil vom 22.01.2013<sup>28</sup> darauf hin, dass ein Personalgewinnungsinteresse der Hochschule, trotz Versorgungsabschlagszahlung lebenslanger Bewerber wegen ihrer besonderen Befähigung in ein Beamtenverhältnis zu übernehmen, nur selten vorliegen dürfte. Dieses Personalgewinnungsinteresse kann sich – wie in § 7 Abs. 6 Satz 1 HWFVO 2014 in Bezug genommen –

22 Siehe auch Zentgraf, in: Metzler-Müller/Rieger/Seeck/Zentgraf, Beamtenstatusgesetz, 2010, § 9 BeamtStG, Anm. 4.1.

23 Vgl. Ziff. 4.1 VV § 49 LHO.

24 Vgl. BVerwG, Urt. v. 22.07.1999 – 2 C 14/98, NVwZ-RR 2000, 172 = juris, Rn. 24 m. w. N.

25 BVerwG, Urt. v. 25.02.2010 – 2 C 22/09, BVerfGE 136, 140 = NWVBl 2010, 388 = juris, Rn. 16 f.

26 BVerfG, Beschl. v. 25.11.2011 – 2 BvR 2305/11, juris, Rn. 13; VG Magdeburg, Urt. v. 13.12.2011 – 5 A 235/10, juris, zu Verbeamtungen im Schulbereich.

27 BVerfG, Beschl. v. 18.02.1988 – 2 BvR 1324/87, juris, Rn. 9.

28 OVG NRW, Urt. v. 22.01.2013 – 6 A 1171/11, juris, Rn. 48.

etwa daraus ergeben, dass ein besonders befähigter Bewerber für die Hochschule gewonnen oder ein an der Hochschule lehrender Bewerber von der Annahme eines anderweitigen Rufs, der tatsächlich vorliegt, abgehalten werden soll.

#### 4. Auswirkungen des § 7 Abs. 5 HWFVO 2014

Bei der Ausübung der den Hochschulen übertragenen Personalautonomie sind freilich die Beschränkungen in § 7 Abs. 5 HWFVO zu beachten. Eine Hochschule handelt rechtswidrig, und muss mit einer Beanstandung der Rechtsaufsicht (vgl. § 76 Abs. 2 HG 2014) rechnen, wenn sie eine Professorin oder einen Professor in ein Beamtenverhältnis übernimmt, der die – nach § 7 Abs. 5 Satz 2 f. HWFVO personalisierte – Höchstaltersgrenze überschritten hat, ohne dass die hierfür nach § 7 Abs. 6 HWFVO 2014 erforderliche Ausnahmeentscheidung der Hochschule vorliegt. Nach § 7 Abs. 6 Satz 2 HWFVO 2014 entscheidet über die Ausnahmen die jeweilige Hochschule (autonom), im Bereich der Kunsthochschulen die Hochschule mit Zustimmung des Wissenschaftsministeriums.

Dass bei diesen Ermessensentscheidungen, insbesondere bei der Handhabung von § 7 Abs. 5 Satz 2 HWFVO 2014 auch zukünftig Fehler auftreten können, wird sich nicht vermeiden lassen. Zugunsten des Beamten können die Hochschulen ohnehin nur die biografischen Umstände berücksichtigen, die sich aus den Bewerbungsunterlagen, der Personalakte und den Angaben im Verbeamtungsantrag ergeben. Wenn etwa erstmals im Klageverfahren die Umstände einer tatsächlichen Kinderbetreuung vorgetragen werden, kann die Hochschule die Ermessensentscheidung ggf. nicht mehr nachholen, weil inzwischen auch die individuelle aufgeschobene Altersgrenze überschritten worden ist. Sollte die Hochschule aufgrund der erstmals im Prozess gemachten Angaben den Ablehnungsbescheid aufheben und neu über die Verbeamtung entscheiden, müssten die Verfahrenskosten nach § 155 Abs. 4 VwGO dem säumigen Kläger auferlegt werden, wenn er zu diesen Angaben schon im Verwaltungsverfahren aufgefordert worden ist. Sofern die Bewerberinnen und Bewerber rügen, dass die Hochschule die durch § 7 Abs. 5 Satz 2 HWFVO 2014 erweiterten Grenzen verkannt hat, käme jedenfalls nur eine Verurteilung zur Neubescheidung des Antrags auf Übernahme bzw. Einstellung in ein Beamtenverhältnis in Betracht.

Das Hindernis gegen die Verbeamtung von Professorinnen und Professoren, die das 50. Lebensjahr erst vor kurzem überschritten haben, sollte deshalb besonders sorgfältig geprüft werden. So setzt § 7 Abs. 5 Satz 2 HWFVO 2014 zwar voraus, dass die Verzögerung der Berufung in das Beamtenverhältnis ursächlich auf die genannten Tatbestände zurückzuführen ist: Wird die geltend gemachte Verzögerung hinweggedacht, muss die Überschreitung der Altershöchstgrenze entfallen. Eine konkrete Kausalität des zeitlichen Hindernisses ist jedoch nicht erforderlich, insbesondere muss der Bewerber nicht nachweisen, dass eine frühere Bewerbung bereits zur Berufung in ein Beamtenverhältnis geführt hätte. Ob die Einstellungsvoraussetzungen des § 36 HG 2014 im Zeitpunkt der Berufung vorliegen, beurteilt die Hochschule ohnehin aufgrund eines eigenen fachlichen Einschätzungsspielraums, der nicht durch Kausalitätserwägungen hinsichtlich von Berufsausübungshindernissen überlagert wird.<sup>29</sup>

#### IV. Härtefallregelung

In seine Novelle vom 24.11.2014 nahm der Ordnungsgeber auch eine Härtefallregelung auf. Dadurch sind die Hochschulen gezwungen, die vor Januar 2013 gestellten Verbeamtungsanträge besonders genau zu prüfen und diesen regelmäßig stattgeben:

#### 1. Weitere Ausnahmefugnis

Nach § 7 Abs. 6 Satz 1 HWFVO 2014 kann die Hochschule im Wege der Ausnahmeentscheidung auch Bewerber in ein Beamtenverhältnis übernehmen oder einstellen, bei denen sie kein „erhebliches dienstliches Interesse“ an der Gewinnung oder dem Behalten hat. Verbunden durch das gleichstellende „oder“ kommt die Ausnahmeentscheidung auch bei Bewerberinnen und Bewerbern in Betracht, deren beruflicher Werdegang sich aus von ihnen nicht zu vertretenden Gründen in einem Maß nachweislich verzögert hat, dass die Anwendung der Höchstaltersgrenze unbillig erscheinen ließe. Der Gebrauch dieser Ausnahmefugnis wird zwar durch die Kumulation von gleich drei unbestimmten Rechtsbegriffen für die Hochschulpraxis erschwert (nachweislich, in besonderem Maße verzögert, Unbilligkeit der Anwendung der Höchstaltersgrenze). Auf Erläuterungen hat der Ordnungsgeber verzichtet. Gleichwohl besteht mit dieser Ausnahmemöglichkeit eine Übergangsregelung, Professorinnen und Professoren in ein Beamtenverhältnis zu übernehmen, deren Verbeamtungsanträge unter Berufung auf die Versorgungsabschlagszahlung rechtswidrig (wenn auch nicht bestandskräftig) zurückgewiesen wurden oder noch unbeschieden sind. Bei der Auslegung dieser Vorschrift muss nach der im Folgenden dargestellten Rechtsprechung die sog. Folgenbeseitigungslast der Behörde berücksichtigt werden.

Der gesetzlich nicht geregelte Folgenbeseitigungsanspruch ist seit Jahrzehnten mit folgenden Voraussetzungen anerkannt: „Es muss ein hoheitlicher Eingriff vorliegen, der ein subjektives Recht des Betroffenen verletzt. Für den Betroffenen muss dadurch ein rechtswidriger Zustand entstanden sein, der andauert.“<sup>30</sup> Der Anspruch ist auf die Beseitigung der unmittelbaren rechtswidrigen Folgen eines Tuns oder Unterlassens der vollziehenden Gewalt<sup>31</sup> und die Wiederherstellung des ursprünglichen rechtmäßigen Zustandes gerichtet.<sup>32</sup> Gegenstand eines Folgenbeseitigungsanspruchs ist allerdings nicht die Einräumung derjenigen Rechtsposition, die der Betroffene bei rechtsfehlerfreiem Verwaltungshandeln erlangt haben würde.<sup>33</sup> Insofern ist der Folgenbeseitigungsanspruch von einem Herstellungsanspruch dadurch abzugrenzen, dass er mangels gesetzlicher Vorschriften nicht zu einem über den früheren Zustand hinausgehenden Erfolg führen kann.<sup>34</sup> Ein Herstellungsanspruch steht den von rechtswidrigen Eingriffen Betroffenen deshalb auch nicht zu, soweit in Rechtsprechung<sup>35</sup> und Literatur<sup>36</sup> anerkannt ist, dass die Ermessensdirektive, Entscheidungsspielräume im Sinne einer Kompensation zu nutzen, durch die „Folgenbeseitigungslast“ zu einer Reduzierung des Ermessensspielraums „auf null“ führen kann. Insofern bleibt es bei dem o. g. Grundsatz, dass kein Anspruch auf Berufung in ein Beamtenverhältnis besteht.

29 Diese Begründung gab das Wissenschaftsministerium jedenfalls im Rahmen der Verbändebeteiligung mit Schreiben vom 01.09.2014 bekannt.

30 BVerwG, Urt. v. 26.08.1993 – 4 C 24/91, BVerwGE 94, 100, 103 f. = NVwZ 1994, 275, siehe auch *Papier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 839, Rn. 80 ff.; *Gerhardt*, in: Schoch/Scheider/Bier, VwGO, 28. EL 2015, § 113, Rn. 6 ff.; *Bumke*, JuS 2005, 22 ff.

31 BVerwG, Urt. v. 19.07.1984 – 3 C 81/82, BVerwGE 69, 366 = NJW 1985, 817.

32 BVerwG, Urt. v. 15.06.2011 – 9 C 4/10, BVerwGE 140, 34 ff. = NVwZ 2011, 1388 ff. = juris, Rn. 18.

33 OVG NRW, Urt. v. 15.10.2014 – 17 A 1150/13, juris, Rn. 47 m. w. N.

34 BVerwG, Beschl. v. 16.06.1986 – 2 B 67.86, juris, Rn. 3 m. w. N.; Beschl. v. 14.07.2010 – 1 B 13/10, juris, Rn. 3.

35 BVerwG, Urt. v. 06.03.1987 – 8 C 65/84, NVwZ 1988, 155; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 08.07.2011 – 10 N 73.08, juris, Rn. 17; BayVGh, Urt. v. 05.05.2010 – 19 BV 09.3103, juris, Rn. 57; VGh BW, Urt. v. 23.02.2010 – 10 S 221/09, juris, Rn. 50.

36 Vgl. *Gerhardt*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO (28. LL 2015), § 114, Rn. 21, 27.

## 2. Rechtsprechung zur Verzögerung des beruflichen Werdegangs

Ein mit § 7 Abs. 6 Satz 1 HWFVO 2014 vergleichbarer Ausnahmetatbestand war für die Laufbahnbeamten in § 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LVO<sup>37</sup> vorgesehen. Hierzu ging das OVG NRW davon aus, dass auch die Behandlung eines Antrags des Bewerbers auf Begründung eines Beamtenverhältnisses durch den Dienstherrn zum „beruflichen Werdegang“ zähle<sup>38</sup>. Der so verstandene berufliche Werdegang könne sich aus Gründen verzögern, die die Bewerberin oder der Bewerber nicht zu vertreten hat, wenn ein Antrag auf Verbeamtung rechtswidrig abgelehnt wird mit der Folge, dass das Begehren nach Verbeamtung schließlich auf dem Klageweg weiter verfolgt werden muss: „Schreitet darüber die Zeit in einem Maße voran, dass bei der gerichtlichen Entscheidung die Altersgrenze für eine Verbeamtung überschritten ist, so darf dies dem Bewerber nicht zum Nachteil gereichen; denn ein solcher Geschehensablauf ließe im Sinne der Verordnung die Anwendung der Altersgrenze unbillig erscheinen.“<sup>39</sup> Hierbei knüpfte das OVG NRW nicht nur an die gerichtliche Praxis und das in zahlreichen Gerichtsentscheidungen „vorausgesetzte Verständnis“ der Härtefallregelung an. Vielmehr sah das Gericht hierin eine – vom Verschulden des Dienstherrn losgelöste<sup>40</sup> – Rechtspflicht, die Rechtsnachteile zu beseitigen, die der Bewerberin oder dem Bewerber bei einer fehlerhaften Sachbehandlung seines Antrags hat hinnehmen müssen. Mit der Ausnahmeentscheidung müssten die Folgen einer früheren rechtswidrigen Ablehnung mit Wirkung für die Zukunft ausgeglichen werden, denn eine rückwirkende Übernahme in das Beamtenverhältnis komme wegen § 8 Abs. 4 i. V. m. Abs. 1 Nr. 1 BeamStG nicht in Betracht.<sup>41</sup> Diese Grundsätze erstreckte das Oberverwaltungsgericht später auch auf Fälle, in denen die Verwaltung den Verbeamtungsantrag unbeschrieben liegen ließ, bis die neue Höchstaltersgrenze in Kraft trat, welche die Bewerberin oder der Bewerber dann aber überschritten hatte.<sup>42</sup> Den Bewerbern könne in diesen Fällen auch nicht (im Sinne von Verwirkung) entgegengehalten werden, ihr Begehren trotz behördlicher Untätigkeit nicht durch eine Klage vorangetrieben zu haben.<sup>43</sup>

Die Folgenbeseitigungslast kommt nach dem Urteil des OVG NRW vom 27.07.2010<sup>44</sup> allerdings nicht bei denjenigen Fällen zum Tragen, in denen Beamtenbewerber für die Lehrerlaufbahn in der Übergangszeit zwischen den o. g. Urteilen des BVerwG<sup>45</sup> und dem Inkrafttreten der Neuregelungen zur Höchstaltersgrenze für Laufbahnbewerber am 18.07.2009 die Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe beantragt und der jeweilige Antrag auf der Grundlage dieser Neuregelungen abgelehnt worden ist bzw. abgelehnt wird. Die Anwendung der Höchstaltersgrenze wäre in diesen Fällen in der Regel schon nicht unbillig i. S. v. § 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LVO NRW n. F.; jedenfalls könne nicht ohne Weiteres von einer Folgenbeseitigungslast aus einer vorangegangenen rechtswidrigen Ablehnung des Verbeamtungsantrags ausgegangen werden. Deshalb sei in diesen Fällen eine Ermessensreduzierung auf null nicht mehr zu rechtfertigen. Dies bestätigte auch das BVerwG<sup>46</sup>: Die Härtefallregelung des § 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LVO NRW lasse unter dem Gesichtspunkt der Folgenbeseitigungslast zu, noch nicht unanfechtbar abgelehnte Verbeamtungsanträge, die vor dem Bekanntwerden des Urteils vom 19.02.2009 gestellt wurden, auch dann positiv zu bescheiden, wenn der Antragsteller im Laufe des Verfahrens die neue Altersgrenze überschritten hat. Insofern übernehme die Härtefallregelung die Funktion einer Übergangsvorschrift. Der Erfolg von später gestellten Verbeamtungsanträgen richte sich demgegenüber ausschließlich nach dem zum Zeitpunkt der Behördenentscheidung oder der im Verwaltungsprozess folgenden mündlichen Verhandlung gültigen materiellen Recht<sup>47</sup>. Insofern hätten die Betroffenen auch nach Unwirksamkeitserklärung der Einstellungshöchstaltersgrenzen

nicht darauf vertrauen können, dass eine Verbeamtung ohne Rücksicht auf das Lebensalter möglich sei<sup>48</sup>. Die Beschränkung des Zugangs zum öffentlichen Dienst durch das – ebenfalls verfassungsrechtlich verankerte (Art. 33 Abs. 5 GG) – Alimentationsprinzip ist nach der aktuellen Entscheidung des BVerfG zur Höchstaltersgrenze für Laufbahnbewerber<sup>49</sup> grundsätzlich mit dem Grundgesetz vereinbar.

## 3. Anwendung bei Verbeamtungsanträgen von Professorinnen und Professoren

Die dargestellte Rechtsprechung, lässt sich auch bei der Entscheidung über die Verbeamtungsanträge der Professorinnen und Professoren heranziehen<sup>50</sup>. Das OVG NRW<sup>51</sup> und das BVerwG<sup>52</sup> hielten eine Einstellungshöchstaltersgrenze auch für die Übernahme von Professorinnen und Professoren in ein Beamtenverhältnis für grundsätzlich zulässig; so liegt es nahe, dass auch diese Beschäftigten nicht auf das Ausbleiben eines solchen Einstellungshindernisses vertrauen konnten. Überträgt man die für Laufbahnbewerber entwickelte Auslegung auf die Härtefallregelung in § 7 Abs. 6 Satz 1 HWFVO 2014, kommt eine Ausnahmeentscheidung nur bei Bewerberinnen und Bewerberin in Betracht, die zwar am 09.12.2014 das 50. Lebensjahr oder die für sie maßgebliche Altersgrenze gem. § 7 Abs. 5 Satz 2 HWFVO 2014 überschritten haben, ein vor dem 22.01.2013 gestellter Verbeamtungsantrag jedoch entscheidungsreif „liegen blieb“ oder die Ablehnung der Verbeamtung rechtshängig war. Auch wenn das VG Münster<sup>53</sup> bereits vor Verkündung des Urteils vom 22.01.2013 Zweifel äußerte, ob den Bewerbern die Zahlungspflicht für den Versorgungsabschluss im Sinne einer Altersgrenze entgegen gehalten werden kann, wurde mit dem Urteil weiträumig bekannt<sup>54</sup>, dass zur Ablehnung von Verbeamtungsanträgen herangezogene Begründung nicht trägt.

Die Härtefallregelung greift jedenfalls nicht bei Professorinnen und Professoren, deren Verbeamtung erst nach dem 22.01.2013 beantragt wurde oder bereits bestandskräftig abge-

37 Verordnung über die Laufbahnen der Beamtinnen und Beamten im Land Nordrhein-Westfalen (Laufbahnverordnung – LVO) in der Fassung der Verordnung vom 30.06.2009 (GVNRW S. 381).

38 Anders zum dortigen Landesrecht OVG Rh.-Pf., Urte. v. 13.04.2011 – 2 A 10068/11 u. a., ZBR 2011, 421 ff. = juris, Rn. 50, das zwischen der Verzögerung des beruflichen Werdegangs und der Verzögerung der Verbeamtung unterscheidet.

39 Vgl. OVG NRW, Urte. v. 27.07.2010 – 6 A 3302/08, juris, Rn. 58 ff.; Beschl. v. 22.09.2011 – 6 A 1425/10, juris, Rn. 33; Beschl. v. 11.07.2013 – 6 A 2649/10, juris, Rn. 40 ff. m. w. N.

40 OVG NRW, Urte. v. 27.07.2010 – 6 A 3302/08, juris, Rn. 80.

41 OVG NRW, Urte. v. 27.07.2010 – 6 A 3302/08, juris, Rn. 72.

42 OVG NRW, Beschl. v. 11.07.2013 – 6 A 2649/10, juris, Rn. 40 ff. m. w. N.

43 OVG NRW, Beschl. v. 11.07.2013, – 6 A 2649/10, juris, Rn. 53 ff.

44 OVG NRW, Urte. v. 27.07.2010, – 6 A 3302/08, juris, Rn. 83.

45 Siehe oben Fn. 11.

46 BVerwG, Urte. v. 23.02.2012 – 2 C 76/10, BVerwGE 142, 59 ff. = NVwZ 2012, 880 ff. = juris, Rn. 10 ff.; Beschl. v. 04.07.2013 – 2 B 49/13, juris, Rn. 7.

47 BVerwG, Beschl. v. 28.03.2012 – 2 B 102/11, juris, Rn. 9.

48 Mit dieser Begründung für die dortige SchullVO auch OVG Rh.-Pf., Urte. v. 13.04.2011 – 2 A 10068/11 u. a., ZBR 2011, 421 ff. = juris, Rn. 46 f; siehe auch *Begerau*, LKRZ 2011, 321 ff.

49 BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12, juris, Rn. 74.

50 Siehe bereits OVG NRW, Beschl. v. 17.08.2012 – 6 A 1332/11, juris, Rn. 12.

51 OVG NRW, Urte. v. 22.01.2013 – 6 A 1171/11, juris, Rn. 56.

52 BVerwG, Beschl. v. 25.07.2014 – 2 B 40/13, juris, Rn. 7.

53 VG Münster, Urte. v. 10.05.2011 – 4 K 2127/08, juris, Rn. 31. Die im Berufungsverfahren des OVG NRW, Urte. v. 22.01.2013 – 6 A 1171/11, NWVBl 2013, 287 ff. = juris, zugrunde liegende Entscheidung des VG Köln, Urte. v. 04.04.2011 – 3 K 1244/10, juris, Rn. 22, ging auf die Wirksamkeit der Einstellungshöchstaltersgrenze nicht ein.

54 Vgl. nur DHV-Newsletter 3/2013 (<http://www.hochschulverband.de>).

lehnt worden ist.<sup>55</sup> Nach dem OVG NRW versteht es sich von selbst, dass derjenige, der seine Rechtsmittel ausschöpft, im Erfolgsfall besser dasteht, als diejenigen, die hiervon abgesehen haben.<sup>56</sup> Sofern die Härtefallregelung in § 7 Abs. 6 Satz 1 HWFVO 2014 zu einer Ermessensreduzierung bei der Ausnahmeentscheidung führt, sollen andere Verzögerungen im beruflichen Werdegang der Professorin und des Professors ausgeblendet bleiben. Für das OVG NRW<sup>57</sup> kam es – anders als für das OVG Rh.-Pf.<sup>58</sup> – nicht darauf an, ob der Bewerber – eine frühzeitigere berufliche Orientierung unterstellt – einen Antrag auf Verbeamtung früher stellen konnte.

## V. Fazit

Durch Einführung der Verordnungsermächtigung in § 39 Abs. 7 HG 2006 und HG 2014 bzw. der Altersgrenze für die Einstellung oder Übernahme von Professorinnen oder Professoren in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit (§ 7 Abs. 5 Satz 1 HWFVO in der Fassung vom 24.11.2014) ist der Ermessensbetätigung von Hochschulen hinsichtlich der Einstellung und Übernahme von Professorinnen und Professoren in ein Beamtenverhältnis ein zeitlicher Rahmen gesetzt, den die Hochschu-

len nicht überschreiten dürfen. Ob die Voraussetzungen für das individuelle Aufschieben der Höchstaltersgrenze vorliegen, wird im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens voll nachgeprüft werden können. Auch nach Überschreitung der jetzt in § 7 Abs. 5 HWFVO 2014 ausgestaltete Höchstaltersgrenze können die Hochschulen im Ausnahmefall Professorinnen und Professoren gem. § 7 Abs. 6 HWFVO 2014 in ein Beamtenverhältnis übernehmen, wenn ein besonderes Personalgewinnungsinteresses vorliegt. Ebenso kann die Härtefallregelung zu einer Ausnahme führen, wenn die Professorin oder der Professor vor Verkündung des OVG-Urteils vom 22.01.2013 seine Verbeamtung beantragt hat, der Antrag aber unbeschieden liegen blieb oder die Ablehnung der Verbeamtung nicht bestandskräftig geworden ist. So oder so ist bei einer fehlerhaft begründeten Ablehnung der Verbeamtung allenfalls ein Anspruch auf Neubescheidung des Einstellungsbegehrens durchsetzbar.

55 Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 29.08.2011 – 6 A 965/11, juris, Rn. 4; kein Wiederaufgreifen bestandskräftiger Ablehnung zur Folgenbeseitigung; siehe auch *Papier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 839, Rn. 86.

56 OVG NRW, Urt. v. 27.07.2010, – 6 A 3302/08, juris, Rn. 82.

57 OVG NRW, Beschl. v. 17.08.2012 – 6 A 1332/11, juris, Rn. 23.

58 OVG Rh.-Pf., Urt. v. 13.04.2011 – 2 A 10068/11, juris, Rn. 51.