

Frank Wertheimer

Nochmal: Rückforderung von Berufungs-Leistungsbezügen wegen vorzeitigem Wechsel der Hochschule

I. Einleitung

Dass Hochschulen von Professorinnen oder Professoren, die diese wegen eines von außen erhaltenen Rufs nach relativ kurzer Zeit wieder verlassen, gewährte Berufungs-Leistungsbezüge zurückverlangen, ist ein noch junges Phänomen. Entsprechende Hinweise in Berufungszusagen sollen Abwerbungsversuche anderer Hochschulen unattraktiv machen und einen Wechsel auf diese Weise möglichst verhindern.¹ Die Argumentation der Hochschulen, die im Rahmen der Berufungsvereinbarung auf eine solche Sanktionsmöglichkeit hinweisen, beruht einerseits darauf, Planungssicherheit bei einer Neubesetzung zu erhalten, andererseits wird der Aufwand ins Feld geführt, der mit einem Berufungsverfahren verbunden ist. Diesen sieht die Hochschule durch die Rückzahlung der Leistungsbezüge in gewissem Umfang refinanziert, wenn der Neuberufene die Hochschule vor Ablauf von drei Jahren wieder verlässt.

In der Rechtsprechung finden sich zur dieser Thematik nur ganz wenige Entscheidungen.² Nachdem das VG Würzburg³ die Rückforderung von Berufungs-Leistungsbezügen in einem in 2015 entschiedenen Fall als (noch) rechtmäßig angesehen hat, hob der Bayerische VGH in einer grundlegenden Entscheidung in 2017⁴ das Würzburger Urteil auf und wertete die Rückforderung als rechtswidrig, weil sie von Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG nicht gedeckt gewesen sei. Die Problematik ist ferner Gegenstand eines weiteren Urteils⁵ aus der bayerischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, auf die im Rahmen dieses Beitrags unter Punkt IV eingegangen wird.

Erfahrungen aus der Praxis sowie eine zwischenzeitlich erfolgte Gesetzesänderung sind Anlass, die Thematik noch einmal⁶ aufzugreifen.

II. Rückforderungsanspruch aufgrund gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage

1. Ermächtigungsgrundlage

Bei der Rückforderung von gewährten Berufungs-Leistungsbezügen handelt es sich um einen belastenden Verwaltungsakt iSd § 35 VwVfG⁷. Da sie keinen innerorganisatorischen Akt der Hochschule darstellt, sondern einen Eingriff in die persönliche Rechtssphäre des Hochschullehrers bzw. der Hochschullehrerin bedeutet, bedarf sie einer staatlichen Ermächtigungsgrundlage, die diesen Eingriff materiell-rechtlich rechtfertigt⁸. Ausgehend von dem aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes versteht sich das – eigentlich – von selbst.

Dass dies in der Praxis nicht immer beachtet wird, zeigt folgender – realer – Beispielsfall: Hochschullehrer H wurde an eine Universität in Thüringen berufen. Mit der Berufungszusage wurde ihm ein einmaliger Berufungs-Leistungsbezug in Höhe von 6.000,00 EUR gewährt. Dies mit der Maßgabe, dass er diesen Leistungsbezug zurückzahlen habe, wenn er die Universität vor Ablauf von drei Jahren wieder verlässt. H erhielt in der Folge einen Ruf an eine Hochschule in Schleswig-Holstein. Da zum Zeitpunkt des vorgesehenen Wechsels die drei Jahre noch nicht abgelaufen waren, zögerte H mit einem Wechsel. Die Hochschule in Schleswig-Holstein, die an einem möglichst zeitnahen Dienstantritt von H interessiert war, sagte ihm die Übernahme des Rückzahlungsbetrages zu und stockte diese um weitere 2.000,00 EUR auf, d.h. sie gewährte H eine einmalige Zulage in Höhe von 8.000,00 EUR. Von der Thüringer Regelung „inspiriert“, legte die Leitung der schleswig-holsteinischen Hochschule gleichzeitig fest, dass diese Zulage

1 Vgl. hierzu die Gesetzesbegründung zu Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG, in der von einem unlauteren Abwerbverhalten anderer Hochschulen die Rede ist.

2 Jedenfalls nach Auswertung der juris-Datenbank.

3 Urt. v. 24.11.2015, W 1 K14.811, juris.

4 Urt. v. 18.08.2017, 3 BV 16.132, juris.

5 VG Augsburg v. 27.09.2018, Au 2 K 17.1930, juris.

6 Dazu bereits Wertheimer, OdW 2018, 243.

7 Soweit die Rückforderung von Hochschulen der Länder erfolgt, ist auf die Landesverwaltungsgesetze der Länder abzustellen; deren § 35 ist mit § 35 VwVfG deckungsgleich.

8 Siehe hierzu BayVGH v. 18.8.2017, a.a.O., juris, Rn 39.

vollumfänglich zurückzuzahlen sei, falls H die Hochschule vor Ablauf von drei Jahren verlassen würde. Dieser Fall trat tatsächlich ein, da H nach knapp zwei Jahren einen Ruf einer ausländischen Universität annahm. Die Hochschule in Schleswig-Holstein berief sich in der Folge auf die Berufungsvereinbarung und forderte die Zulage, die H im Rahmen der Berufung zugesagt und danach auch gewährt worden war, zurück.

Nach den Umständen des Falles bestand kein Zweifel daran, dass es sich bei der Zulage um einen Berufsleistungsbezug gem. § 33 Abs. 1 SHBesG handelte. Für dessen Rückforderung sieht das Besoldungsgesetz in Schleswig-Holstein allerdings keine Ermächtigungsgrundlage vor, was die Leitung der schleswig-holsteinischen Hochschule übersehen hatte. Der Hochschullehrer konnte der Rückforderung deshalb mit Erfolg entgegenreten.

2. Regelungen in den Bundesländern

a) Bayern und Thüringen mit Rückforderungsermächtigungen

Eine Bestandsaufnahme ergibt, dass lediglich in den Besoldungsgesetzen von Bayern und Thüringen explizite Ermächtigungsnormen vorhanden sind, die eine Rückforderung von Berufsleistungsbezügen vorsehen, wenn Professorinnen oder Professoren, denen diese im Rahmen einer Berufung gewährt worden sind, die Hochschule vorzeitig verlassen. Während in Bayern Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG eine solche Rückforderungsmöglichkeit vorsieht, regelt Art. 28 Abs. 1 S. 6 ThürBesG entsprechendes, allerdings mit der Maßgabe, dass der betreffende Hochschullehrer den Landesdienst verlässt. Erfolgt der Wechsel innerhalb des Bundeslandes, folgt beispielsweise ein an der Universität Erfurt tätiger Hochschullehrer einem Ruf an die Universität Jena, ist eine Rückforderung ausgeschlossen.

Dass die auf Grundlage von Art. 74 BayBesG ergangene BayHLeistBV in § 3 Abs. 4 Satz 2 die Regelung in Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG wortgleich wiederholt, ändert nichts daran, dass ausschließlich die Regelung im BayBesG als Ermächtigungsgrundlage anzusehen ist.⁹

b) Situation in den anderen Bundesländern

Die Besoldungsgesetze aller anderen Bundesländer sehen keine Ermächtigungsgrundlage für die Rückfor-

derung gewährter Berufsleistungsbezüge bei vorzeitigem Hochschulwechsel vor. Die Regelungssystematik ist dadurch gekennzeichnet, dass in den Besoldungsgesetzen lediglich die Gewährung von Berufs- und Bleibeleistungsbezügen normiert ist, im Detail geht es in diesem Rahmen u.a. um die Höhe der Leistungsbezüge, deren Teilnahme an Besoldungsanpassungen oder deren Ruhegehaltsfähigkeit.¹⁰ Hinsichtlich der Vergabekriterien, der Zuständigkeiten sowie des hochschulinternen Vergabeverfahrens enthalten die Besoldungsgesetze Ermächtigungen, auf deren Grundlage die zuständigen Länderministerien Verordnungen über Hochschulleistungsbezüge erlassen können und davon auch Gebrauch gemacht haben.¹¹

d) Keine Rückforderungsoption über Verordnungsermächtigung oder hochschulinterne Regelungen

Rückforderungsregelungen in Bezug auf Berufsleistungsbezüge enthalten die einschlägigen Verordnungen in diesen Bundesländern nicht.¹² Entsprechende Bestimmungen wären auch rechtswidrig, weil sie mit dem Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes nicht vereinbar wären. Enthält das jeweilige Landesbesoldungsgesetz keine Ermächtigungsgrundlage für eine Rückforderung, kann diese nicht in niederrangigerem Recht wie einer Verordnung festgelegt werden. Vor diesem Hintergrund bestehen auch Bedenken gegen die Bestimmung in § 1 Abs. 3 HsLeistVO Mecklenburg-Vorpommern. Dort ist in S. 1 bestimmt, dass im Falle einer Versetzung einer Professorin oder eines Professors ohne Änderung der Besoldungsgruppe an eine andere Hochschule in Mecklenburg-Vorpommern die erworbenen Ansprüche auf Berufs- oder Bleibeleistungsbezüge unberührt bleiben. Nach S. 2 der Vorschrift gilt dies nicht, wenn die Versetzung auf Antrag erfolgt. Da von „erworbenen Ansprüchen“ die Rede ist, müsste das in der Konsequenz dazu führen, dass im Falle einer Versetzung auf Antrag die bezogenen Leistungsbezüge zurückzuzahlen wären. Das LBesG M-V enthält aber weder eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage und dessen § 17 Abs. 1 bestimmt auch nur, dass die näheren Bestimmungen über die Voraussetzungen und Kriterien sowie die Zuständigkeit und das Verfahren der Vergabe von Leistungsbezügen nach § 33 Abs. 1 des BBesG und von Forschungs- und Lehrzulagen nach § 35 Abs. 1 des BBesG durch das Ministerium für Bildung, Wissenschaft und

9 Vgl. dazu BayVGH v. 18.8.2017, a.a.O., Rn 40.

10 Vgl. etwa § 38 LBesG BW; §§ 37, 38 LBesG Rh-Pf; § 10 LBesG Saarland; § 12 LBesG M-V; § 34 LBesG NRW.

11 Beispielhaft: § 39 LBesG NRW; § 38 Abs. 10 LBesG BW; § 12 LBesG Saarland; § 38 LBesG S-H; Art. 74 BayBesG; § 38 LBesG Hessen; § 29 Abs. 5 LBesG Niedersachsen.

12 Anders § 3 Abs. 4 S. 2 BayHLeistBV, mit Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG ist allerdings eine gesetzliche Rückforderungsregelung existent; § 3 der ThürHLeistBV greift die in § 28 Abs. 1 S. 6 ThürBesG enthaltene Ermächtigungsgrundlage hingegen nicht auf, siehe hierzu nochmals BayVGH v. 18.8.2017, a.a.O., Rn 40.

Kultur im Einvernehmen mit dem Finanzministerium durch Rechtsverordnung getroffen werden. Eine Rückzahlung wäre davon nicht gedeckt. Die Bestimmung kann demnach allenfalls dazu führen, dass im Falle einer Versetzung auf Antrag die Gewährung weiterer Berufungs- oder Bleibeleistungsbezüge an der anderen Hochschule wegfällt.

Erst recht kann eine Rückzahlung nicht durch hochschulinterne Regelungen, etwa einer Satzung¹³, begründet werden. Auch wenn die Grundordnung einer Universität die Gewährung von Berufungs-Leistungsbezügen von der Erfüllung einer Zielvereinbarung abhängig macht¹⁴, könnte hierdurch eine Rückforderung nicht festgelegt werden, abgesehen davon, dass diese Bestimmung so aufzufassen ist, dass die Gewährung der Leistungsbezüge aufschiebend bedingt erfolgt.

e) Vertraglicher Rückforderungsanspruch ?

Berufungs-Leistungsbezüge sind üblicherweise Gegenstand einer Berufungszusage, die am Ende der Verhandlungen zwischen Hochschule und dem Hochschullehrer steht, dem der Ruf erteilt worden ist. Erfolgt sie einseitig durch den Rektor oder Präsidenten der Hochschule, wird von einer Zusage entsprechend § 38 des einschlägigen LVwVfG ausgegangen.¹⁵ Das Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages nimmt man hingegen an, wenn die Berufungsvereinbarung in einem Dokument enthalten ist, das von Hochschule und berufenem Hochschullehrer unterzeichnet ist, womit auch das Schriftformerfordernis der §§ 57, 62 S. 2 LVwVfG iVm § 126 BGB erfüllt ist.¹⁶

Erfüllt eine Berufungsvereinbarung die o.g. Kriterien und liegt somit ein öffentlich-rechtlicher Vertrag iSd § 54 LVwVfG vor, stellt sich die Frage, ob eine Hochschule, auch außerhalb Bayerns oder Thüringens, eine Rückzahlung von Berufungs-Leistungsbezügen für den Fall vertraglich vereinbaren kann, dass die betreffende Professorin oder der Professor vor Ablauf von drei Jahren an eine andere Hochschule wechselt. Gem. § 54 S. 1 LVwVfG kann ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts dann aber nicht vertraglich begründet werden, wenn Rechtsvorschriften entgegenstehen. Zwar können hochschulrechtliche Ausstattungszusagen

grundsätzlich im Wege eines Vertragsverhältnisses iSd § 54 LVwVfG geregelt werden.¹⁷ Allerdings sind besoldungsrechtliche Fragestellungen ebenso wie das Beamten- oder das Richter Verhältnis einer vertraglichen Gestaltung nur insoweit zugänglich, als dafür eine normative Ermächtigung durch oder aufgrund eines Gesetzes besteht.¹⁸ Das gilt unabhängig davon, ob es sich bei dem berufenen Hochschullehrer um einen Beamten oder einen Angestellten handelt, zumal die Regelungen über Leistungsbezüge diesbezüglich nicht differenzieren. Da, wie gesehen, das Besoldungsrecht lediglich in Bayern und Thüringen Ermächtigungsnormen für die Rückforderung von Berufungs-Leistungsbezügen bei vorzeitigem Hochschulwechsel enthalten, scheidet in den anderen Bundesländern eine vereinbarte Rückzahlung im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Vertragsverhältnisses gem. § 54 LVwVfG aus. Es bestünde sonst auch die Gefahr, dass eine Hochschule das, was sie nicht einseitig durch Verwaltungsakt mangels einer gesetzlichen Ermächtigung durchsetzen könnte, sich über die Gestaltungsform eines öffentlich-rechtlichen Vertrages sichert. Eine vertragliche Rückzahlungsklausel wäre folglich nichtig.¹⁹

III. Materiell-rechtliche Wirksamkeit eines Rückforderungsanspruchs

1. Rückschau auf das Urteil des BayVGH vom 18.8.2017

Die grundlegende Entscheidung des BayVGH hielt einen Rückforderungsanspruch von befristet gewährten Berufungs-Leistungsbezügen nach Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG in der damaligen Fassung für rechtswidrig, da die Norm nur für unbefristete Berufungs- oder BleibeLeistungsbezüge galt, was das Gericht aus einer systematischen Binnenauslegung folgerte.²⁰

Der Senat ging in der erwähnten Entscheidung aber einen Schritt weiter und hielt fest, dass eine generelle Rückforderung gewährter Leistungsbezüge in allen Fällen, in denen ein Hochschullehrer innerhalb von drei Jahren die Hochschule wechselt, mit höherrangigem Recht nicht vereinbar sei und die Vorschrift daher einer verfassungskonformen Auslegung bedürfe. Werden Berufungsleistungsbezüge für eine nach Ernennung im

13 Zum Rechtscharakter von hochschulinternen Vergabegrundsätzen vgl. BayVGH v. 18.8.2017, a.a.O., Rn 40.

14 Vgl. § 31 S. 2 GO Universität Mainz; siehe auch § 4 Abs. 3 Saarländische Verordnung über Leistungsbezüge sowie Forschungs- und Lehrzulagen für Professorinnen und Professoren vom 3.1.2005, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 10. April 2019, Amtsbl. I S. 412.

15 Vgl. BayVGH v. 18.8.2017, a.a.O., Rn 39; siehe auch Kluth/Reinhardt, WissR 2004, 288, 294; zur Rechtsnatur einer Ausstattungszusage siehe ferner Wertheimer, OdW 2015, 147, 152 mwN aus

der Rechtsprechung.

16 OVG Sachsen v. 21.1.2010, 2 A 156/09, DVBl. 2010, 591; VGH Baden-Württemberg v. 21.10.2008, 9 S 1507/06, VBIBW 2009, 69; Detmer, in HSchR-Praxishandbuch, 3. Aufl. 2017, Kap. 4, Rn 113; Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 54 Rn 145.

17 Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O.

18 Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 54 Rn 142 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

19 Siehe dazu Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 54 Rn 105.

20 Urt. v. 18.8.2017, juris, Rn 41.

Dienstverhältnis erbrachte Leistung gezahlt, bestehe im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG für eine Rückzahlungspflicht bei einem Hochschulwechsel kein Raum. Der Senat hielt rechtlich unbedenkliche Anwendungsfälle der Ermächtigungsgrundlage des Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG gleichwohl für möglich, etwa im Falle einer Rückforderung von unbefristeten Bleibe-Leistungsbezügen.²¹

Die Rechtsprechung des BayVGH lässt sich auf die Rückforderungsregelung in § 28 Abs. 1 S. 6 ThürBesG übertragen, auch wenn diese sich – wie bereits oben dargestellt – von der bayerischen Regelung dadurch unterscheidet, dass eine Rückzahlungsverpflichtung nur dann begründet werden kann, wenn der betreffende Hochschullehrer den thüringischen Landesdienst verlässt.

2. Rechtslage nach Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG n.F.

Zum Zeitpunkt der Berufungsentscheidung des BayVGH v. 18.8.2017 erstreckte sich die Rückzahlungsverpflichtung gem. Art. 70 Abs. 3 S. 2 nur auf unbefristet gewährte Berufungs- oder Bleibe-Leistungsbezüge. Die Norm wurde zwischenzeitlich durch § 6 Nr. 6 des Gesetzes zur Änderung personalaktenrechtlicher und weiterer dienstrechtlicher Vorschriften vom 18.5.2018 geändert, welches am 25.5.2018 in Kraft getreten ist.²² Im Gesetzesentwurf der Staatsregierung vom 27.2.2018²³ war diese Gesetzesänderung noch nicht vorgesehen, sie muss demnach kurz vor Verabschiedung des o.g. Gesetzes noch Eingang in § 6 Nr. 6 gefunden haben. Wesentlicher Unterschied zur vorherigen Fassung ist die Einbeziehung von Art. 70 Abs. 2 S. 2 BayBesG, in der auch befristete Berufungs- und Bleibe-Leistungsbezüge mit umfasst sind. Der Gesetzgeber hat damit auf das Urteil des BayVGH vom 18.8.2017 reagiert und die Ermächtigungsgrundlage für die Rückforderung von Leistungsbezügen, die aus Anlass einer Berufung oder im Rahmen von Bleibeverhandlungen gewährt werden, erweitert.

In seiner Entscheidung vom 18.8.2017 hat sich der BayVGH – vorausschauend – mit der Frage befasst, wie die Norm auszulegen wäre, falls sie auch für befristet gewährte Leistungsbezüge gelten würde.²⁴ Unter diesem Blickwinkel kommt folglich die vom VGH vorgenommene verfassungskonforme Auslegung zum Zuge, auf den Punkt gebracht: Werden befristet zugesagte Berufungs-Leistungsbezüge für nach Ernennung im Dienst-

verhältnis erbrachte Leistungen bezahlt, besteht für Rückzahlungsansprüche bei einem vorzeitigen Hochschulwechsel kein Raum. Es gelten dann, wie bei unbefristet gewährten Berufungs-Leistungsbezügen, die arbeitsrechtlichen Grundsätze, wonach für Sonderzahlungen mit Entgeltcharakter Rückzahlungsvorbehalte unzulässig sind, wenn Gegenstand der Zahlung Entgelt für bereits geleistete Arbeit ist.²⁵ Denn eine Rückzahlungspflicht ist bei Sondervergütungen mit reinem Entgeltcharakter ausgeschlossen, weil der Arbeitnehmer – für Beamte kann nichts anderes gelten – diese ausschließlich von der Arbeitsleistung abhängige Sonderzuwendung durch seine bereits erbrachte Arbeitsleistung verdient hat und durch den Entzug eines bereits verdienten Lohnanteils bestraft würde.²⁶ Für diese Fallkonstellationen läuft die gesetzliche Neuregelung folglich ins Leere.

3. Spielräume für Rückforderungen nach der gesetzlichen Neuregelung ?

In der vielzitierten Entscheidung aus dem Jahr 2017 hielt der BayVGH – wie bereits oben ausgeführt – rechtlich unbedenkliche Anwendungsfälle der Ermächtigungsgrundlage des Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG (in der alten Fassung) für möglich, etwa könne die Rückforderung von unbefristeten Bleibe-Leistungsbezügen in Betracht kommen, weil diese nicht ohne weiteres als Gegenleistung für geleistete Dienste anzusehen sein werden, sondern auch allein deshalb erbracht werden können, um den möglicherweise abwanderungswilligen Hochschullehrer davon abzuhalten, dem Ruf einer anderen Hochschule zu folgen.²⁷ Mit der Neuregelung könnten nunmehr auch befristet gewährte Bleibe-Leistungsbezüge zurückgefordert werden.

Im Einzelfall wird allerdings zu prüfen sein, ob nicht auch die befristet gewährten Bleibe-Leistungsbezüge Entgelt für geleistete Dienste sind bzw. waren, was einer Rückforderung dann entgegenstünde. Ferner ist, wie im Arbeitsrecht auch, anhand des Maßstabs des Art. 12 Abs. 1 GG der Frage nachzugehen, ob der von der Hochschule mit der Bleibe-Leistungszulage getätigte „invest“ eine dreijährige Bindungsdauer rechtfertigt und im Rahmen der Interessenabwägung die Rückzahlungsverpflichtung nicht mit zunehmendem Verbleib des Hochschullehrers *pro rata temporis* abzuschmelzen ist²⁸. Eine weitere Frage drängt sich – wenn auch nur tempo-

21 Zum Ganzen vgl. Wertheimer, OdW 2018, 243 ff.

22 GVBl. 2018, S. 286.

23 Bayerischer Landtag Drs. 17/20990.

24 BayVGH v. 18.8.2017, a.a.O., Rn 45 ff., dazu Wertheimer, OdW 2018, 243, 245 ff.

25 So schon BAG v. 13.9.1974 – 5 AZR 48/74 – NJW 1975, 278.

26 ErfK/Preis, 20. Aufl. 2020, § 611a BGB Rn. 548 m.w.N.

27 BayVGH v. 18.8.2017, a.a.O., Rn 49.

28 Wertheimer, OdW 2018, 243, 249.

rär – auf. Müsste ein Hochschullehrer, dem vor der Gesetzesänderung ein befristeter Bleibe-Leistungsbezug zugesagt und gewährt wurde, mit einer Rückforderung rechnen, wenn er nach Inkrafttreten der Neufassung des Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG, aber vor Ablauf von drei Jahren die Hochschule wechselt? Dem Wesen nach handelt es sich hierbei um eine sog. unechte Rückwirkung, weil die neu gefasste Norm des Abs. 70 Abs. 3 S. 2 auf einen gegenwärtigen, noch nicht abgeschlossenen Sachverhalt bzw. Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die Rechtsposition des betroffenen Hochschullehrers nachträglich entwertet würde.²⁹ Gesetze mit unechter Rückwirkung sind grundsätzlich zulässig³⁰. Grenzen der Zulässigkeit unecht rückwirkender Gesetze können sich aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ergeben. Diese Grenzen sind erst überschritten, wenn die vom Gesetzgeber angeordnete unechte Rückwirkung zur Erreichung des Gesetzeszwecks nicht geeignet oder erforderlich ist oder wenn die Bestandsinteressen der Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen.³¹ Im Ergebnis läuft dies auf eine Interessenabwägung hinaus, bei der der Schutz der einen Bleibe-Leistungsbezug gewährenden Hochschule vor einem unlauteren Abwerbverhalten anderer Hochschulen³² gegenüber dem Interesse des Hochschullehrers, in seiner Berufsfreiheit nicht eingeschränkt zu werden, ins Verhältnis zu setzen ist. Welchem Interesse dann letztlich der Vorrang einzuräumen ist, hängt von den Gesamtumständen des Einzelfalls ab.

4. Keine Differenzierung nach der Art des Professorenverhältnisses

In der Entscheidung aus 2017 ging der VGH einerseits auf das Interesse der Hochschule ein, Planungssicherheit zu erhalten und den Aufwand von Berufungsverfahren in einem angemessenen Umfang zu halten und hob andererseits auf das Interesse eines befristet beschäftigten Hochschullehrers ab, Karrierechancen auf eine unbefristete Professur durch einen vorzeitigen Hochschulwechsel wahrnehmen zu können. Das führt zu der weiteren Frage, ob die konkrete Ausgestaltung eines

Professorenverhältnisses Auswirkungen auf die Rückforderung von Berufungs-Leistungsbezügen haben kann.

Im Falle der VGH-Entscheidung ging es um eine Befristung des Professorenverhältnisses ohne sog. *tenure track*, die Hochschule hatte in jenem Fall keine Regelungen getroffen, unter welchen Voraussetzungen eine Entfristung gewährt werden würde. Wird die Professur mit einem *tenure track* ausgestaltet, führt dies allerdings zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung. Zwar mag die Verstetigungschance in einem *tenure track* – Verfahren durch eine klarere Zielvereinbarung zu Beginn des Dienstverhältnisses für den betroffenen Hochschullehrer etwas kalkulierbarer sein. Sicherheit, dass die Professur in eine Lebenszeitprofessur nach Abschluss der *tenure*-Phase umgewandelt wird, besteht jedoch nicht. Zudem differenziert Art. 70 BayBesG erkennbar nicht zwischen unterschiedlichen Professorenverhältnissen, sondern stellt ausschließlich darauf ab, ob einem Hochschullehrer ein Berufungs- oder Bleibeleistungsbezug gewährt wurde. Auch folgt eine Differenzierung nicht aus Bestimmungen des BayHSchPG und schließlich nicht aus den Vergabegrundsätzen der Hochschule, zieht man beispielhaft die Grundsätze der Technischen Universität München über die Vergabe von Leistungsbezügen und Forschungs- und Lehrzulagen³³ heran. Entscheidend ist im einen wie im anderen Fall, dass ein für erbrachte Dienste gewährter Berufungs-Leistungsbezug nicht rückforderbar ist.

Nichts anderes kann folglich im Ergebnis gelten, wenn der die Hochschule vorzeitig wechselnde Hochschullehrer sich bereits in einem Lebenszeitbeamtenverhältnis bzw. in einem unbefristeten Anstellungsverhältnis befindet. Die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG ist in diesem Fall nicht schwächer ausgeprägt und auch hier greift der Grundsatz, dass Entgelt für nach der Ernennung erbrachte Dienste nicht mehr zurückverlangt werden kann. Davon ist auch in dem eher seltenen Fall auszugehen, in dem ein Hochschullehrer vorzeitig aus einem Lebenszeitbeamtenverhältnis auf eine befristete Professur wechselt, die von einer anderen Hochschule ausgeschrieben wurde und auf die er einen Ruf erhalten hat.

29 Hierzu BVerfG v. 23.11.1999, 1 BvF 1/94, BVerfGE 101, 239; Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, Rn 71.

30 Vgl BVerfG v. 10.10.2012, 1 BvL 6/07, BVerfGE 132, 302, 318 Rn 42f.

31 Vgl BVerfG v. 15.10.1996, 1 BvL 44/92, BVerfGE 95, 64,86;

stRspr.

32 LT-Drs. 16/3200 S. 418 zur ursprünglichen Regelung des Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG.

33 Aktuell in der Fassung vom 29.11.2018, inkraft getreten zum 01.12.2018.

IV. Rückforderung von Berufungs-Leistungsbezügen aufgrund eines bestandskräftigen Feststellungsbescheids

1. Urteil VG Augsburg v. 27.9.2018

Dass die Rückforderung von befristet gewährten Berufungs-Leistungsbezügen im Ergebnis unabhängig davon durchsetzbar ist, dass Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG a.F. eine Rückforderung gar nicht ermöglichte, zeigt der Fall des VG Augsburg aus 2018.³⁴ Die Situation entsprach praktisch dem Fall, über den erstinstanzlich das VG Würzburg³⁵ und in der Berufungsinstanz der BayVGH³⁶ zu entscheiden hatte.

Die dort mit einer Rückforderung gewährter Berufungs-Leistungsbezüge konfrontierte Professorin versäumte es, gegen den Widerspruchsbescheid³⁷, mit dem ihr Widerspruch gegen die von der Hochschule festgestellte Rückzahlung der Leistungsbezüge zurückgewiesen worden war, Klage beim Verwaltungsgericht einzulegen. Der Feststellungsbescheid in Form des Widerspruchsbescheids erwuchs damit in Bestandskraft.

Da sich für das VG Augsburg keine Hinweise auf eine etwaige Nichtigkeit des Bescheids gemäß Art. 44 BayVwVfG ergaben, kam es konsequenterweise zum Ergebnis, dass aufgrund der materiellen Bestandskraft die Verpflichtung der Professorin zur Rückzahlung der erhaltenen Berufungs-Leistungsbezüge ungeachtet einer etwaigen Rechtswidrigkeit des zugrunde liegenden Bescheids der Hochschule feststand.

Mit der im Dezember 2017 eingereichten Klage gegen den konkret bezifferten Rückforderungsbescheid des Landesamtes für Finanzen kam die Professorin letztlich zu spät. Zurecht wies das VG Augsburg in den Entscheidungsgründen darauf hin, dass die vom BayVGH vorgenommene verfassungskonforme Auslegung des Art. 70 Abs. 3 BayBesG auf der „Tatbestandsseite“ des Entstehens der Rückzahlungsverpflichtung stattzufinden hat, welche hier schon durch den bestandskräftigen Bescheid entschieden wurde, und nicht auf der „Rechtsfolgenseite“ des Art. 15 Abs. 2 Satz 3 BayBesG.³⁸ Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass das Landesamt für Finanzen gar nicht über die Kompetenz verfügt, im Bereich der Rückforderung von Leistungsbezügen eine eigene Sachentscheidung zu treffen. Darauf ist § 15 Abs. 2 BayBesG auch nicht ausgerichtet. Wie die Parallelvor-

schrift in § 12 Abs. 2 BBesG handelt es dabei um eine bloße Rechtsfolgenverweisung.³⁹ Weder ließ sich mit den Erwägungen des BayVGH zur verfassungskonformen Auslegung des Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG etwas für die Frage einer möglichen Entreichung der Professorin noch für die in § 15 Abs. 2 BayBesG anzustellenden Billigkeitserwägungen herleiten.

2. Nichtigkeit eines Rückforderungsbescheids?

Wenn das VG Augsburg in seiner Entscheidung zu der Bewertung gelangte, der Bescheid der Hochschule, mit der die Rückforderung der gewährten Berufungs-Leistungsbezüge festgestellt wurde, sei zwar (möglicherweise) rechtswidrig, nicht aber nichtig gewesen, ist dem zuzustimmen. Anhaltspunkte für eine Nichtigkeit gem. § 44 Abs. 2 BayVwVfG lagen nicht vor. Dass die betreffende Hochschule die Rückforderung der Berufungs-Leistungsbezüge festgestellt hatte, obwohl Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG a.F. auf befristet gewährte Leistungsbezüge gar nicht anwendbar war, führt auch nicht zur Annahme eines besonders schwerwiegenden Fehlers iSd § 44 Abs. 1 BayBesG.

Wie ist allerdings mit einem Rückforderungsbescheid umzugehen, der von einer Hochschule erlassen wird, in deren Bundesland das einschlägige Besoldungsrecht eine Rückforderung gar nicht vorsieht? Dass solche Fälle in der Praxis vorkommen, hat der unter II. 1. geschilderte Beispielfall gezeigt. Grundsätzlich ist ein Verwaltungsakt nicht bereits deshalb nichtig, weil er einer gesetzlichen Grundlage entbehrt (sog. gesetzloser Verwaltungsakt).⁴⁰ Vielmehr ist der Verwaltungsakt nach § 44 Abs. 1 VwVfG nur dann nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offenkundig ist. Der schwerwiegende Fehler des Verwaltungsaktes muss für einen verständigen Bürger offensichtlich sein⁴¹, seine Ungültigkeit muss für jedermann derart augenscheinlich sein, dass er gleichsam den „Stempel“ der Nichtigkeit auf der Stirn trägt.⁴² Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes ist daher nur dann anzunehmen, wenn die an eine ordnungsgemäße Verwaltung zu stellenden Anforderungen in so erheblichem Maße verletzt werden, dass von niemandem erwartet werden kann, den Verwaltungsakt als verbindlich anzuerkennen.⁴³ Solche Mängel sind anerkannt worden bei offen-

34 Urt. v. 27.9.2018 Au 2 K 17.1930, juris.

35 Urt. v. 24.11.2015, W 1 K 14.811, juris.

36 Urt. v. 18.8.2017, a.a.O.

37 Widerspruchsbescheid v. 20.12.2016 und damit vor dem Urteil des BayVGH v. 18.8.2017, a.a.O.

38 BayVGH v. 18.8.2017, a.a.O., Rn 45.

39 Siehe dazu auch *Wertheimer*, OdW 2018, 243, 248 m.w.N.

40 Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 44 Rn 105; OLG Hamm v. 27.5.2017, III-5 RBs 13/14, 5 RBs 13/14, NStZ 2015, 44, 45.

41 BVerwG v. 7.10.1964, VI C 59.63, VI C 64.63, BVerwGE 19, 284.

42 BGH v. 05.07.1966, 5 StR 155/66, BGHSt 21, 74 ff m.w.N.

43 BVerwG v. 17.10.1997, 8 C 1/96, NVwZ 1998, 1061, 1062 m.w.N.

sichtlicher Unzuständigkeit der handelnden Behörde, bei tatsächlicher Unvollziehbarkeit des Verwaltungsaktes oder bei offensichtlicher Willkür.⁴⁴ Übertragen auf den unter II. 1 geschilderten Fall wäre folglich nicht von einer Nichtigkeit des Rückforderungsbescheids auszugehen bzw. käme eine solche nur dann in Betracht, wenn die betreffende Hochschule in Kenntnis einer fehlenden Ermächtigungsgrundlage für die Rückforderung gewährter Berufungs- oder BleibeLeistungsbezüge den vorzeitig die Hochschule verlassenden Hochschullehrer mit einem Rückforderungsbescheid überziehen würde. Bei einer solchen Fallgestaltung liegt es nahe, dass das Verwaltungshandeln von Willkür geleitet wäre.

Dessen ungeachtet ist Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern, wie der Fall des VG Augsburg zeigt, anzuraten, die zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe wie Widerspruch und auch Klage auszuschöpfen, wenn auf Basis der geltenden Rechtsprechung Gründe dafür sprechen, dass ein Rückforderungsbescheid, aus welchen Gründen auch immer, nicht rechtmäßig ist.

V. Fazit

Die Rückforderung von Berufungs-Leistungsbezügen bei vorzeitigem Wechsel eines Hochschullehrers ist aktuell nur in den Bundesländern Bayern und Thüringen

vorgesehen, eine Sonderregelung in Mecklenburg-Vorpommern betrifft den Fall einer Versetzung eines Hochschullehrers innerhalb des Bundeslandes. Die ganz überwiegende Mehrheit der Bundesländer hat bislang auf derartige Rückforderungsmöglichkeiten verzichtet. Das kann als Ausdruck dafür gewertet werden, dass eine Rückforderung von Berufungs- und BleibeLeistungsbezügen nicht als taugliches hochschulpolitisches Instrument im Wettbewerb unter den Hochschulen erachtet wird. Die in Bayern im Jahr 2018 erfolgte Gesetzesänderung, die die Rückforderung auf befristet gewährte Leistungsbezüge ausdehnt, wird nach hier vertretener Auffassung jedenfalls nicht zu einer Ausweitung rechtmäßiger Rückforderungen im Bereich von Berufungs-Leistungsbezügen führen.

Frank Wertheimer ist Partner der Kanzlei KRAUSS LAW in Lahr/Schwarzwald. Zuvor war er 17 Jahre im Universitätsbereich, davon über 10 Jahre in der Hochschulmedizin tätig. Zu seinen Beratungsfeldern gehört im Bereich des Arbeitsrechts auch das Hochschulrecht. Er ist Gastmitglied der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschulalarbeitsrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg.

44 Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 44 Rn 106.

