



cken muss, kann künftig Beamten Altersteilzeit bewilligt werden. Nach § 46 des Deutschen Richtergesetzes gilt die neue Altersteilzeitregelung auch für Richter des Bundes. Nach Absatz 3 kann Altersteilzeit in Restrukturierungs- und Stellenabbaubereichen mit der Hälfte der bisherigen Arbeitszeit, höchstens der Hälfte der in den letzten zwei Jahren vor Beginn der Altersteilzeit durchschnittlich zu leistenden Arbeitszeit bewilligt werden, wenn sie bei Beginn das 60. Lebensjahr vollendet haben und in den letzten fünf Jahren vor Beginn drei Jahre mindestens teilszeitbeschäftigt waren und dienstliche Belange nicht entgegenstehen. Die Altersteilzeit muss vor dem 1. Januar 2017 beginnen und kann, ohne dass ein Rechtsanspruch besteht, im Blockmodell oder im Teilzeitmodell bewilligt werden.

Nach Absatz 4 ist Altersteilzeit mit der Hälfte der bisherigen Arbeitszeit zu bewilligen, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 3 Satz 1 mit Ausnahme der Nummern 4 und 5 vorliegen. Der Anspruch besteht nur im Rahmen einer Quote von 2,5 Prozent der Beamten der jeweiligen obersten Dienstbehörde im Sinne des § 3 BBG einschließlich ihres Geschäftsbereichs. Er ist bei Ausschöpfung der Quote oder entgegenstehenden dienstlichen Belangen ausgeschlossen. In die Quote werden neben den nach Satz 1 bewilligten Altersteilzeitverhältnissen auch bestehende Altersteilzeitverhältnisse nach den Absätzen 1 und 2 sowie Altersteilzeitverhältnisse in Restrukturierungs- und Stellenabbaubereichen nach Absatz 3 einbezogen. Auf Grund der

gesetzlich vorgegebenen Quotierung wird die Altersteilzeit nach Absatz 4 nur in geringem Umfang in Anspruch genommen werden können. Absatz 5 ermächtigt das Bundesministerium des Innern im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen die Einzelheiten der Bewilligung der Altersteilzeit, insbesondere die Festlegung der Restrukturierungs- und Stellenabbaubereiche und die Verteilung der Quote, zu regeln.

### VIII. Übergangs- und Schlussbestimmungen

Gemäß Artikel 18 Absatz 1 BBVAnpG 2010/2011 kann das Bundesministerium des Innern den Wortlaut des Bundesbesoldungsgesetzes, des Beamtenversorgungsgesetzes, der Erschwerniszulagenverordnung und der Bundesmehrarbeitsvergütungsverordnung in der vom 1. August 2011 an geltenden Fassung im Bundesgesetzblatt bekannt machen. Nach Artikel 18 Absatz 2 BBVAnpG 2010/2011 kann das Bundesministerium der Verteidigung darüber hinaus den Wortlaut des Soldatenversorgungsgesetzes in der vom 1. August 2011 an geltenden Fassung im Bundesgesetzblatt bekannt machen.

Artikel 19 BBVAnpG 2010/2011 trifft Regelungen zum Inkrafttreten der einzelnen Vorschriften. Auf eine ausführliche Darstellung wird an dieser Stelle verzichtet, da das Inkrafttreten grundsätzlich bereits bei der jeweiligen Regelung erläutert wurde.

# Der Anspruch des Beamten auf amtsangemessene Beschäftigung

Maximilian D. Schweiger<sup>1</sup>

*Seit den 1990er Jahren unterliegt der öffentliche Dienst einem anhaltenden, systematischen Stellenabbauprozess. Vorreiter bei der Verschlankung der öffentlichen Verwaltung sind die Kommunen, gefolgt vom Bund und den Ländern. Im Zuge der damit verbundenen Neuorganisationen durch Abschaffung von Dienstposten, kompletten Abteilungen und sogar ganzer Hierarchieebenen wird es zunehmend schwieriger, amtsangemessene Dienstposten für Beamte zu finden. In dieser Situation wird die Frage akut, ob Behörden im Zuge von Reformprozessen zur Rückernennung von Beamten gem. § 28 Abs. 3 BBG berechtigt sind.*

## I. Mögliche Ursachen unterwertiger Ansätze

Als Ursachen unterwertiger Ansätze von Beamten kommen folgende organisatorische und personalpolitische Maßnahmen in Betracht.

### 1. Verschlankung und Zentralisierung

Viele Modernisierungs- und Umorganisationsprozesse im öffentlichen Dienst führen dazu, dass alte Dienstposten ersatzlos wegfallen und Dienstposten mit neuem Anforderungsprofil entstehen. Aufgrund der mit Umorganisationen regelmäßig verbundenen Verschlankung von Strukturen übersteigt die Zahl der Bewerber in der Regel die Zahl der Stellen. Die Chancen der

unterlegenen Bewerber auf zeitnahe Erlangung eines adäquaten Dienstpostens sind gering. In der Folge werden die Betroffenen bis auf weiteres abgeordnet oder z. T. auch dauerhaft auf Dienstposten einer niedrigeren Besoldungsgruppe angesetzt.

### 2. Neubewertung von Dienstposten

Auch im Zuge von Umorganisationen stattfindende Neubewertungen von Dienstposten können zu unterwertigen Ansätzen von Beamten führen.

Beispielsweise hat die Bundesagentur für Arbeit – getragen von der Intention der Herstellung eines Gleichklangs zwischen Tarif und Besoldung<sup>2</sup> – zum 01.01.2006 eine Neubewertung der Dienstposten der Beamten auf der Basis der acht Tätigkeitsebenen (TE) des TV-BA vorgenommen, mit der Konsequenz, dass aus dem Spektrum der BBesO A auch nur noch acht Besoldungsgruppen bewertungsmäßig belegt sind.<sup>3</sup> Da die BBesO eine tiefere Staffelung der Ämter vorsieht, können die Besoldungsgruppen nur zum Teil unmittelbar in einer Tätigkeitsebene untergebracht werden. Im gehobenen Dienst entspricht

1) Die folgenden Ausführungen geben ausschließlich die Privatmeinung des Verf. wieder.

2) VG Düsseldorf, Beschluss vom 13.9.2007 – 33 K 6013/06.PVB – juris, Rn. 6.

3) Vgl. VG Düsseldorf (Fn.1), juris, Rn. 1, 2.





die Tätigkeitsebene IV der Besoldungsgruppe A 9. Auf Dienstposten, die dieser Tätigkeitsebene entsprechen, können sowohl Beamten im Statusamt der Besoldungsgruppe A 9 wie auch A 10 eingesetzt werden. Die Tätigkeitsebene III gilt für Beamte der Besoldungsgruppen A 11 und A 12, die Tätigkeitsebene II für Beamte der Besoldungsgruppen A 13 und 14 (entweder gehobener oder höherer Dienst), die Tätigkeitsebene I für Beamte der Besoldungsgruppen A 14 und A 15 des höheren Dienstes. In der Darstellung der Tätigkeitsebenen werden die jeweils höheren Besoldungsgruppen nicht mehr ausgewiesen, so dass die BA für Beamte (im gehobenen und höheren Dienst bis A 16) nur noch Dienstposten nach A 9 (TE IV), A 11 (TE III), A 13 (TE II) und A 14 (TE I) kennt. Dienstposten nach A 10, A 12, A 15 und A 16 gibt es nicht mehr.<sup>4</sup> Die Ämter oberhalb der Besoldungsgruppe A 14 sind einer behördenspezifischen außertariflichen Ämter- und Besoldungsordnung vorbehalten. Die Reduzierung des Dienstpostenspektrums führt unweigerlich zu unterwertigen Ansätzen.<sup>5</sup>

### 3. In-Sich-Beurlaubung

Auch das dem Bereich der privatisierten Postnachfolgeunternehmen entnommene Instrument der In-Sich-Beurlaubung (ISB), mit der das *Beamtenverhältnis* für die Dauer der Beurlaubung *suspendiert* und Beamte vorübergehend als *Arbeitnehmer* tätig werden (vgl. § 387 Abs. 3 bis 6 SGB III), ist geeignet, die adäquaten Einsatzmöglichkeiten für Beamte zu verringern. Die ISB ermöglicht den faktischen Aufstieg von Beamten über mehrere Besoldungs- und Laufbahngruppen hinweg und fördert damit die *Aufstiegsmobilität*. Auf diese Weise können Beamte an noch nicht adäquat angesetzten Kollegen vorbeibefördert werden. Die Folge ist ein Verdrängungswettbewerb zu Lasten von Statusbewerbern.

## II. Bereinigung unterwertiger Ansätze über § 28 Abs. 3 BBG?

Fraglich ist, ob sich Behörden, die sich aufgrund organisatorischer und personalpolitischer Maßnahmen einer Vielzahl von unterwertigen Ansätzen gegenübersehen, des Instruments der *Rückernennung* gem. § 28 Abs. 3 BBG bedienen können.

### 1. Anspruch des Beamten auf amtsangemessene Beschäftigung

Der Beamte hat kein Recht auf unveränderte Ausübung seines konkret funktionellen Amtes, sondern muss vielmehr Änderungen durch organisatorische Maßnahmen hinnehmen, dies aber

nur nach Maßgabe seines Amtes im statusrechtlichen Sinne.<sup>6</sup> Der Beamte hat deshalb Anspruch auf Übertragung eines seinem statusrechtlichen Amt entsprechenden funktionellen Amtes, also einer amtsangemessenen Beschäftigung.<sup>7</sup> Dieser Anspruch des Lebenszeitbeamten gehört unbestritten zu den sog. hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums.<sup>8</sup> Der Beamte kann diesen Anspruch jederzeit geltend machen und der Dienstherr hat den Anspruch auf amtsangemessene Beschäftigung stets und zeitnah zu erfüllen, wenn der Beamte ihn geltend macht.<sup>9</sup> Der Beamte muss den Anspruch jedoch – unbeschadet seines Status – nicht geltend machen.<sup>10</sup> Ebenso wenig muss er sich an Bewerbungsverfahren für die Besetzung freier Stellen beteiligen.<sup>11</sup> Dies ist Ausfluss des Lebenszeitprinzips und der dadurch vermittelten Unabhängigkeit des Berufsbeamtentums. Die amtsangemessene Beschäftigung ist gleichsam eine Bringschuld des Dienstherrn und sollte in einer rechtsstaatlich organisierten und funktionierenden Verwaltung eine Selbstverständlichkeit sein.

Gelingt es einem Dienstherrn ausnahmsweise nicht, einen Beamten amtsangemessen zu beschäftigen, so gebietet es die Fürsorgepflicht, zeitnah Klarheit über die Intentionen des Beamten – insbesondere über sein Einverständnis mit einem (vorübergehenden) unterwertigen Einsatz – herbeizuführen.<sup>12</sup> Dies kann im Wege eines Mitarbeitergesprächs erfolgen. Ein derartiges Gespräch sollte jedoch möglichst zeitnah nach Begründung des unterwertigen Einsatzes geführt werden.

Sobald der Inhaber eines statusrechtlichen Amtes seinen verfassungsrechtlichen Anspruch auf amtsangemessene Beschäftigung geltend macht, *muss* ihm ein abstrakt-funktionelles Amt sowie ein amtsangemessenes konkret-funktionelles Amt, d. h. ein entsprechender Dienstposten, *dauerhaft* übertragen werden.<sup>13</sup> Dem wird nicht entsprochen, wenn der zunächst auf einem *adäquaten* Dienstposten *erprobt* und erst bei entsprechender *Eignung* dort dauerhaft angesetzt wird. Ein derartiges Vorgehen wäre *rechtswidrig*, weil bei einem Beamten auf Lebenszeit grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, dass er für ein abstrakt-funktionelles Amt, welches seinem Statusamt entspricht, hinreichend geeignet ist. Es ist daher unzulässig, die dauerhafte Übertragung eines statusgemäßen abstrakt-funktionellen Amtes von dem Ergebnis einer – wie auch immer garteten – vorhergehenden Erprobung bzw. Eignungsfeststellung abhängig zu machen.<sup>14</sup>

### 2. Einschränkung gem. § 28 Abs. 3 BBG

Allerdings hat das Recht auf amtsangemessene Beschäftigung u. a. bei Versetzungen durch § 28 Abs. 3 BBG (§ 26 Abs. 2 BBG a. F.) im Zuge des Dienstrechtsreformgesetzes 1997 drastische Einschränkungen erfahren. Auch bei gebotener verfassungskonformer, also restriktiver Auslegung schwächt die Vorschrift das Recht am Amt im statusrechtlichen Sinne erheblich.<sup>15</sup> Das statusrechtliche Amt, das sich über die dem Beamten verliehene Amtsbezeichnung, Besoldungsgruppe und Zugehörigkeit zu einer Laufbahn und Laufbahngruppe und das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe definiert, ist nämlich grundsätzlich unentziehbar, solange der Beamte nicht in disziplinarrechtlich relevanter Weise in Erscheinung tritt.<sup>16</sup> Diese Rechtsposition ist die notwendige Ergänzung zum Lebenszeitprinzip.<sup>17</sup> Bei dem Schutz des Amtsstatus handelt es sich i. V. m. dem Lebenszeitprinzip um einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums.<sup>18</sup> Inhaltlich soll die dadurch gewährleistete Sicherheit und persönliche Unabhängigkeit des Berufsbeamtentums die Bereitschaft des Beamten zu einer an Recht und Gesetz orientierten Amtsführung fördern und ihn zu unparteiischem Dienst

4) Vgl. VG Düsseldorf (Fn. 1), juris. Rn. 6.

5) Vgl. VG Düsseldorf (Fn. 1), juris. Rn. 24, 27.

6) Wieland, PersR 2004, S. 11 f.

7) Wieland (Fn. 5), S. 12; BVerfGE 71, 255 ff., 275; BVerwGE 60, 144, 150; 65, 270, 272 f.; OVG NRW, Beschluss vom 27.10.2004 – 1 B 1329/04 – m. w. N.

8) Vgl. BVerfGE 70, 251, 266.

9) BVerwG, NVwZ 2009, S. 187.

10) BVerwG (Fn. 8), S. 187.

11) BVerwG (Fn. 8), S. 188.

12) Vgl. Feindt, DÖD 1972, S. 191.

13) BVerfGE 70, 251, 266; BVerwG (Fn. 8), S. 187, 188.

14) OVG Lüneburg, Beschluss vom 18.2.2009 – 5 ME 461/08 – juris, Rn. 10.

15) Battis, BBG, 3. Aufl., 2004, § 26, Rn. 9.

16) Bochmann, ZBR 2006, S. 76.

17) Summer, ZBR 1982, S. 328.

18) Bochmann, ZBR 2007, S. 13 m. w. N.



für die Gesamtheit befähigen.<sup>19</sup> Eine Behörde, die diese beamtenrechtlichen Grundprinzipien schwächt, indem sie den Anspruch auf amtsangemessene Beschäftigung ignoriert oder gar rechtswidrige Eingriffe in den Beamtenstatus androht, destabilisiert die öffentliche Verwaltung.<sup>20</sup>

Nach § 28 Abs. 3 S. 1 BBG kann der Beamte ausnahmsweise ohne seine Zustimmung in ein anderes Amt derselben oder einer anderen Laufbahn mit geringerem Endgrundgehalt versetzt werden, wenn eine dem bisherigen Amt entsprechende Verwendung nicht möglich ist. Dieser schwerwiegende Eingriff in das Recht des Beamten am statusrechtlichen Amt setzt voraus, dass die Behörde, bei der der Beamte sein Amt ausübt, aufgelöst (1. Alt.) wird, dass der Aufbau (2. Alt.) oder die Aufgaben (3. Alt.) der Behörde wesentlich geändert werden oder dass die Behörde verschmolzen wird (4. Alt.), dass das Aufgabengebiet des Beamten durch diese Veränderungen berührt wird und dass eine dem bisherigen Amt entsprechende Verwendung des Beamten nicht möglich ist.<sup>21</sup>

In den o. g. Fällen der Umorganisation ist der Eingriffstatbestand der *wesentlichen Änderung des Behördenaufbaus* (2. Alt.) dem Grunde nach einschlägig. Der Begriff der *wesentlichen Änderung des Behördenaufbaus* ist aus den o. g. Gründen eng auszulegen. Im Gegensatz zur Versetzung zu einer anderen Dienststelle gehört es auch nicht zu den Dienstpflichten des Beamten, für eine Amtsherabsetzung zur Verfügung zu stehen.<sup>22</sup> Eine wesentliche Änderung des Aufbaus einer Behörde liegt deshalb nur vor, wenn die Behörde oder erhebliche Teile derselben in ihrer grundlegenden Organisation nach neuartigen Gesichtspunkten gestaltet werden.<sup>23</sup> Die innere Struktur des Behördenaufbaus muss dergestalt geändert werden, dass beispielsweise *wesentliche Arbeitseinheiten wegfallen. Wesentliche Funktionen und Zuständigkeiten* müssen mit anderen Worten verlagert oder grundlegend umgestaltet werden. Änderungen, die mit dem vorhandenen Personal, sei es auch nach Einarbeitung und unter Umsetzung, bewältigt werden können, sind *nicht so wesentlich*, dass sie eine Personalmaßnahme nach § 28 Abs. 3 BBG rechtfertigen.<sup>24</sup> Die Änderung im Behördenaufbau muss vielmehr zu einem Aufgabenrückgang und daraus resultierendem Personalüberhang führen, da ansonsten ein Eingriff in das statusrechtliche Amt durch Amtsherabsetzung nicht zu rechtfertigen ist.<sup>25</sup>

Nicht jede organisatorische Veränderung, und sei sie noch so groß angelegt, löst also die Rückernennungsbefugnis des Dienstherrn aus. Wäre dem so, so stände der Beamtenstatus und mithin das Lebenszeitprinzip zur Disposition des Dienstherrn. In Zeiten, in denen Unternehmensberater die Organisation der öffentlichen Verwaltungen maßgeblich bestimmen und sie – nicht zuletzt aus wirtschaftlichen Eigeninteressen – permanenten Veränderungen unterziehen, würde das Recht des Beamten auf angemessene Amtsführung quasi entleert. Durch mögliche Eingriffe in den Status im Zuge der Einführung neuer Steuerungsmodelle *ohne Rückgang der gesetzlich festgelegten Aufgaben bzw. des Zuständigkeitspektrums* der Behörde würde der Beamte – ähnlich einem Angestellten in der Privatwirtschaft – am Betriebsrisiko beteiligt. Die Amtsherabsetzung käme einer Änderungskündigung gleich. Eine derartige Beteiligung des Beamten am „Unternehmerrisiko“ widerspricht aber dem Inhalt des wechselseitigen Dienst- und Treueverhältnisses (§ 4 BBG, Art. 33 Abs. 4 GG). Danach ist es dem Dienstherrn untersagt, Umstände oder sonstige Bedingungen herbeizuführen, deren Eintritt erst eine Art Zwangslage schafft, zu deren Beseitigung sodann ein ansonsten rechtswidriger Eingriff in Rechte aus dem Beamtenverhältnis gerechtfertigt werden soll. Dieser

allgemeine Rechtsgedanke hat in § 162 BGB seinen konkreten Niederschlag gefunden.<sup>26</sup>

Ein sich schlicht aus der Anwendung von Organisationskonzepten und Einführung neuer Steuerungsmodelle ergebender Personalüberhang vermag die Tatbestandsvoraussetzung der wesentlichen Änderung des Aufbaus einer Behörde i. S. d. § 28 Abs. 3 S. 1 BBG mithin nicht zu begründen. Vielmehr muss eine *gesetzlich* begründete Reduzierung des behördlichen Zuständigkeitspektrums feststellbar sein, um den schwerwiegenden Eingriff in das Beamtenverhältnis zu rechtfertigen.

Hervorzuheben ist auch, dass die Rückernennung nach § 28 Abs. 3 BBG kein Mittel zur Sanktionierung von – aus Sicht des Dienstherrn – Fehlleistungen sowie räumlicher oder fachlicher eingeschränkter Verwendungsbereitschaft darstellt. Gründe, die nach Auffassung des Dienstherrn in der Person bzw. den persönlichen Belangen des Beamten liegen, dürfen nicht in die Ermessenserwägungen eingestellt werden. Zulässig sind nur die im Gesetz abschließend aufgeführten benannten *dienstlichen, aufgabenbezogenen* Gründe.<sup>27</sup>

### 3. Selbstverursachte personalpolitische Zwangslage

Des Weiteren darf die Behörde nicht *selbst* die wesentlichen Ursachen für ihre personalpolitische Zwangslage gesetzt haben. Derartige Ursachen sind unter Zugrundelegung des allgemeinen Rechtsgedankens des § 162 BGB nicht geeignet, den restriktiv auszulegenden Tatbestand des § 28 Abs. 3 S. 1 BBG zu eröffnen.

#### a) Verschlinkung ungeachtet des Art. 33 Abs. 5 GG

Im Rahmen ihrer Organisationshoheit kann eine Behörde Organisationsstrukturen verändern, Führungsebenen verschlanken, Aufgaben zentralisieren etc. Die Möglichkeiten einer – nach Effizienz- und Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten vorgenommenen – Reduzierung des Dienstpostenangebots finden ihre Grenze jedoch dergestalt in den grundgesetzlich garantierten Rechten der Beamten, dass aus diesen organisatorischen Maßnahmen keine Legitimation zu Eingriffen in den Beamtenstatus abgeleitet werden kann.<sup>28</sup>

#### b) Neubewertung von Dienstposten

Angesichts des Umstands, dass der Umbau und die Neuorganisation der öffentlichen Verwaltung zu einer Art Dauerzustand geworden sind, drängt sich die Frage auf, wie weit das Organisationsermessen des Dienstherrn bei der Neubewertung von Dienstposten reicht.

Das *OVG Lüneburg* hat jüngst im Rahmen eines Antrags auf Zulassung der Berufung und in Verneinung der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache entschieden, dass der Dienstherr nicht gehalten ist, bei der Bewertung der innerhalb einer Be-

19) BVerwGE 81, 318, 322; *Bochmann* (Fn. 17), S. 14; vgl. *Budjarek*, Das Recht des öffentlichen Dienstes und die Fortentwicklungsklausel, 2009, S. 90.

20) Vgl. *Lorse*, ZBR 2009, S. 376; *Merten*, ZBR 1999, S. 8 f.

21) *Battis* (Fn. 14), § 26, Rn. 20.

22) VG Schwerin, Beschluss vom 18.3.2003 – 1 B 440/02 – juris, Rn. 13; *Schönrock*, ZBR 2010, S. 224.

23) VG Schwerin (Fn. 21), juris, Rn. 14; *Schönrock* (Fn. 21), S. 224.

24) VG Schwerin (Fn. 21), juris, Rn. 16 ff.

25) VG Schwerin (Fn. 21), juris, Rn. 20; *Schönrock* (Fn. 21), S. 224.

26) VG Frankfurt, Urteil vom 22.3.2004 – 9 E 4456/03 – juris, Rn. 79; *Schweiger*, ZBR 2006, S. 34 f.

27) Vgl. *Battis* (Fn. 14), § 26, Rn. 20; BT-Drs. 13/3998, 80.

28) Vgl. VGH Mannheim, Urteil vom 16.3.2009 – 4 S 2235/07 – juris, Rn. 29.



hörde vorhandenen Dienstposten sämtliche statusrechtlichen Ämter einer Laufbahngruppe abzudecken.<sup>29</sup> Dem Beschluss liegt der Sachverhalt zugrunde, dass ein Beamter in einer ARGE nach Sozialgesetzbuch II einen Beförderungsanspruch in die Besoldungsgruppe A 12 geltend macht. Das Gericht beauftragt sich bei seiner Entscheidung auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach die rechtliche Bewertung der Dienstposten, d.h. ihre Zuordnung zu statusrechtlichen Ämtern einer bestimmten Besoldungsgruppe im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben des Besoldungs- und Haushaltsrechts in ihrer organisatorischen Gestaltungsfreiheit liegt. Fehle es an spezialgesetzlichen, besoldungs- und laufbahnrechtlichen Regelungen, bleibe die erforderliche Konkretisierung dem Haushaltsrecht – durch die Ausbringung von Planstellen – und in dessen Rahmen der Organisationskompetenz des Dienstherrn überlassen. Dabei sei das in § 18 BBesG verankerte Prinzip zu beachten, dass sich in den statusrechtlichen Ämtern Abstufungen der ihnen zugeordneten Funktionen und Anforderungen widerspiegeln.<sup>30</sup> § 18 BBesG gebe nicht vor, dass jedes einer Laufbahngruppe zugehörige Amt innerhalb einer Behörde einem Dienstposten zugeordnet sein müsste. Er verlange lediglich, dass die unterschiedlichen Funktionen und Anforderungen der in einer ARGE vorhandenen Dienstposten sich in den ihnen zugeordneten statusrechtlichen Ämtern widerspiegeln. Dem sei die Beklagte mit ihrer Dienstpostenbewertung gerecht geworden.<sup>31</sup>

Nach dieser Rechtsprechung kommt dem Dienstherrn eine *nahezu uneingeschränkte organisatorische Dispositionsbefugnis* zu. Ermessenserwägungen des Dienstherrn können daher gerichtlich nur daraufhin überprüft werden, ob sie durch Ermessensmissbrauch maßgeblich geprägt sind. Davon geht die Rechtsprechung nur aus, wenn sich die Bewertung eines Dienstpostens als Missbrauch der organisatorischen Gestaltungsfreiheit und damit als Manipulation zum Nachteil eines einzelnen Beamten darstellt, d.h. wenn der Dienstherr bei der Bewertung eines Dienstpostens Erwägungen nur vorschiebt, um den Beamten weiter auf einem Dienstposten zu verwenden, dem der Dienstherr in Wahrheit selbst nicht eine dem statusrechtliche Amt des betroffenen Beamten entsprechende Bedeutung beimisst.<sup>32</sup>

Diese Rechtsprechung berücksichtigt nicht, dass es im zugrunde liegenden Sachverhalt nicht nur um die Umwertung einzelner Dienstposten innerhalb einer Behörde, sondern um die grundlegende Schaffung einer neuen Besoldungs- und Ämterstruktur geht. Dabei ist die Neubewertung sämtlicher Dienstposten von der Zielsetzung getragen, die Besoldungsgruppenstruktur des BBesG und die Struktur der Tätigkeitsebenen gemäß TV-BA stimmig zu machen. Der höhere Dienst endet bei der A 14. Höhere Ämter sind einer behördenspezifischen außertariflichen Ämter- und Besoldungsordnung vorbehalten. Die Bewertung der Dienstposten orientiert sich mithin maßgeblich am Ziel der Einordnung der Dienstposten in die tarifliche Be-

wertungsstruktur und der Schaffung eines außertariflichen Bereichs. Die durch das BBesG vorgegebene Struktur folgt demnach der tariflichen Logik. Fraglich ist, ob dies mit dem in § 2 BBesG verankerten Gesetzesvorbehalt für das Besoldungsrecht vereinbar ist.

Die Entscheidung des OVG Lüneburg lässt des Weiteren die notwendige Auseinandersetzung mit dem *Laufbahnprinzip* vermissen. Das BBesG mit seiner ausdifferenzierten Ämterordnung dient der Verwirklichung ebendieses Prinzips. Dieses gehört als institutionelle Absicherung des Leistungsprinzips zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG, das selbst vom Gesetzgeber bei einer Neugestaltung des Dienstrechts nicht nur zu berücksichtigen, sondern zu beachten ist.<sup>33</sup> Ausdruck dieser institutionellen Absicherung des Leistungsprinzips ist die Ämterorganisation, gebildet durch eine vertikale leistungsdifferenzierte Zuordnung dieser Ämter nach Besoldungs- und Laufbahngruppen. Neben der institutionellen Zielrichtung, die gewährleisten soll, dass die Erfordernisse rechtstaatlicher Verwaltung gewahrt werden, gewährt das Laufbahnprinzip auch einen individuellen grundrechtsgleichen Anspruch des Lebenszeitbeamten auf hinreichende berufliche Entwicklungsmöglichkeiten.<sup>34</sup> Ob diese noch gegeben sind, wenn die Besoldungsgruppe A 12 in der größten Bundesbehörde abgeschafft und der höhere Dienst aufgrund der behördeneigenen Ämterordnung bei der Besoldungsgruppe A 14 endet, weil höhere Ämter einem außertariflichen Bereich vorbehalten sind, ist – entgegen der Auffassung des OVG Lüneburg<sup>35</sup> – eine grundsätzliche fallübergreifende Rechtsfrage, die im allgemeinen Interesse der Klärung bedarf. Zu klären ist, ob in der Schaffung einer behördeneigenen Ämterordnung nicht eine – gegen Art. 33 Abs. 5 GG verstoßende – Fortentwicklung und Anpassung des Beamtenrechts durch die die Organisationsgewalt ausübenden Exekutivorgane des Dienstherrn liegt.<sup>36</sup> Durch die Heranziehung einer jahrzehntealten BVerwG-Rechtsprechung wird das Gericht dem vorliegenden neuartigen Sachverhalt der erstmaligen Schaffung einer behördeneigenen Ämterordnung jedenfalls nicht gerecht. Sachverhalte sollten von der Rechtsprechung in ihrer gesamten Tragweite zur Kenntnis genommen werden, statt sie auf ein genehmes Maß zu reduzieren, das dann den ökonomischen Rückgriff auf eine längst überholte höchstrichterliche Rechtsprechung zulässt.

Letztlich bedarf die Frage, wie weit das Organisationsermessen bei der Neubewertung von Dienstposten reicht, vorliegend nicht der abschließenden Klärung. Entscheidend für die Frage nach der Eröffnung des Tatbestands des § 28 Abs. 3 BBG ist nur, dass eine Behörde aus einer kraft ihres Organisationsermessens geschaffenen Zwangslage in Gestalt einer – auch umfassenden – Neubewertung von Dienstposten für ihre Beamten keine statusrechtlich nachteiligen Folgen ableiten kann. Das statusrechtliche Amt als wesentliche Ausprägung des Lebenszeitprinzips ist kein bloßer Annex zum behördlichen Organisationsermessen.

### c) Handhabung der ISB

Ob und in welchem Maße von dem Instrument der In-Sich-Berurlaubung (ISB) gem. § 387 Abs. 3 bis 6 SGB III Gebrauch gemacht wird, ist eine personalplanerische bzw. organisationsrechtliche Entscheidung<sup>37</sup>, bei der jedoch der Bestand an Beamten und deren verfassungsrechtlich geschützter Rechtsstatus hinreichend berücksichtigt werden müssen. Bei zahlreichen ISB's einerseits und einer Vielzahl an unterwertig beschäftigten Beamten andererseits sind berechnete Zweifel angebracht, ob dem Anspruch auf amtsangemessene Beschäftigung hinreichend Rechnung getragen wird.

29) OVG Lüneburg, Beschluss vom 3.6.2010 – 5 LA 82/09 – juris, Rn. 6.

30) OVG Lüneburg (Fn. 28) unter Verweis auf BVerwG, ZBR 1992, S. 176; BVerwG, Urteil vom 23.5.2002 – 2 A 5/01.

31) OVG Lüneburg (Fn. 28), juris, Rn. 6.

32) BVerwG, Urteil vom 28.11.1992 – 2 C 7/89 – juris, Rn. 18 ff.

33) *Lorse* (Fn. 19), S. 375.

34) *Lecheler*, ZBR 1981, S. 266; *Pechstein*, ZBR 2008, S. 14; *Lorse* (Fn. 19), S. 376.

35) OVG Lüneburg (Fn. 57), juris, Rn. 13.

36) Vgl. *Kugele*, juris praxisreport, Anm. zu BVerwG, Urteil vom 22.6.2006 – 2 C 26/05 –, B. 1.5.

37) Vgl. VG Saarland, Urteil vom 10.2.2009 – 2 K 560/08 – juris, Rn. 27.





### III. Schluss

Behörden sind gehalten, sich so zu organisieren, dass der grundgesetzlich garantierte Anspruch auf amtsangemessene Beschäftigung ihrer Beamten erfüllt werden kann. Dies gilt insbesondere, solange sich das Aufgaben- bzw. Zuständigkeitspektrum nicht verringert. Die umfassende Neubewertung von Dienstposten, die Nutzung von Personaleinsatzinstrumenten wie der ISB und die Durchführung von Verschlangungsmaßnahmen entbinden Behörden nicht von dieser Obliegenheit. Solche *selbstgesetzten* Ursachen bzw. *hausgemachten* personalplanerischen Probleme<sup>38</sup> sind nach dem auch im öffentlichen Recht geltenden Rechtsgedanken des § 162 BGB unbeachtlich<sup>39</sup> und mithin nicht geeignet, die *restriktiv* zu handhabende Tatbestandsvoraussetzung einer wesentlichen Änderung des Aufbaus einer Behörde gem. § 28 Abs. 3 BBG zu begründen. Eine *extensive* Auslegung und Anwendung des

§ 28 Abs. 3 BBG führt zur *verfassungswidrigen* Entwertung des Lebenszeitbeamtenstatus. Das „Trostpflaster“ der besitzstandswahrenden Sonderregelungen der § 19a BBesG, § 5 Abs. 5 BeamtVG ist kein Argument für eine „offenere“ Handhabung der Norm. Nur der verfassungsrechtlich geschützte Beamtenstatus vermittelt einen gewissen Schutz vor einer zu drastischen Absenkung des Bezüge- und Versorgungsniveaus. Ist der die wirtschaftlich Unabhängigkeit vermittelnde Status erst einmal beseitigt, ist die Abschaffung der „Privilegien“ der § 19a BBesG, § 5 Abs. 5 BeamtVG in Zeiten einer Politik der leeren Kassen<sup>40</sup> absehbar.

38) Vgl. *Biletzki*, NVwZ 2009, S. 1276.

39) Vgl. BVerwG, Urteil vom 21.8.2003 – 2 C 14/02 – juris, Rn. 19.

40) Vgl. *Pelizzari*, Die Ökonomisierung des Politischen, 2001, S. 37.

## ■ Aus der Rechtsprechung

**Der Dienstherr kann die Bewerbung um die Einstellung als Anwärter unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Widerruf ablehnen, wenn der Bewerber die zum Erreichen des Ausbildungszwecks oder die für die angestrebte Laufbahn erforderliche gesundheitliche Eignung nicht besitzt. Letzteres ist der Fall, wenn aufgrund einer Erkrankung des Bewerbers begründete Zweifel an der gesundheitlichen Eignung bestehen, die die Prognose rechtfertigen, dass eine vorzeitige Dienstunfähigkeit in der angestrebten Laufbahn nicht mit einem hohen Wahrscheinlichkeitsgrad ausgeschlossen werden kann.**

*OVG Niedersachsen, Beschluss vom 8. November 2010 – 5 ME 225/10 –*

*Zum Sachverhalt:*

Der Antragsteller bewarb sich nach seinem Bachelorstudium im Bereich „Wirtschaftsrecht“ an der Fachhochschule B. als Finanzanwärter beim Finanzamt C., bei dem er im Rahmen seines Studiums ein Praktikum absolviert hatte. Mit Schreiben vom 8. Juni 2010 teilte die Antragsgegnerin ihm mit, ihn unter anderem vorbehaltlich der Feststellung seiner gesundheitlichen Eignung zum 1. August 2010 einstellen zu wollen.

Nach einer am 8. Juni 2010 erfolgten amtsärztlichen Untersuchung teilte der Amtsarzt mit Schreiben vom 15. Juli 2010 der Antragsgegnerin mit, dass der Antragsteller an einer Erkrankung aus dem psychischen Formenkreis gelitten habe, die nun nervenärztlich behandelt werde, unter Medikation symptomfrei sei und die es ihm ermöglicht habe, sein Studium zu absolvieren. Es sei zu hoffen, dass auch in der beruflichen Entwicklung diesbezüglich keine gesundheitsbedingte Einschränkung bestehe. Er – der Amtsarzt – könne jedoch zurzeit noch nicht mit hinreichend großer Wahrscheinlichkeit eine solche Möglichkeit verneinen. Möglicherweise sei eine ausreichende Beurteilungsgrundlage nach hinreichender Berufsbewährung gegeben; in etwa zwei Jahren schlage er eine erneute Untersuchung vor. Daraufhin teilte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 20. Juli 2010 dem Antragsteller mit, ihn mangels gesundheitlicher Eignung nicht als Finanzanwärter einstellen zu können. Der Antragsteller hat Klage erhoben und die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes beantragt mit dem Ziel, ihn als Finanzanwärter einzustellen. Eilantrag und Beschwerde hatten keinen Erfolg.

*Aus den Gründen:*

Entgegen der Auffassung des Antragstellers ist im Falle der Stattgabe seines Begehrens von einer Vorwegnahme der Hauptsache auszugehen. Aufgrund der abschließenden Aufzählung sowohl der Arten als auch der Beendigungstatbestände eines (Berufs-) Beamtenverhältnisses in den §§ 4 bzw. 21 BeamtStG (vgl. Lemhöfer, in: Plog/Wiedow, BBG mit BeamtStG, Stand: September 2010, § 4 BeamtStG Rn. 2 bzw. § 21 BeamtStG Rn. 2) kann nämlich im Wege der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nur zu einer Einstellung in den Vorbereitungsdienst verpflichtet werden, die dem ernannten Bewerber keine mindere, sondern dieselbe beamtenrechtliche Rechtsstellung vermittelt, die er erlangen würde, wenn ihn sein Dienstherr erst aufgrund eines Verpflichtungsurteils in das Beamtenverhältnis auf Widerruf berufen hätte. Der auf eine „vorläufige Einstellung“ gerichtete Antrag des Antragstellers ist deshalb dahingehend zu verstehen, dass begehrt worden ist, die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, den Antragsteller als Finanzanwärter im Beamtenverhältnis auf Widerruf zum 1. August 2010 einzustellen, wonach dieser – selbstverständlich – bei unveränderter Sachlage vorläufig bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens in der Hauptsache nicht wieder gemäß § 23 Abs. 4 BeamtStG zu entlassen gewesen wäre. Dieses Begehren nimmt die Hauptsache jedoch weitgehend vorweg (vgl. Nds. OVG, Beschl. v. 16.10.2009 – 5 ME 169/09 –; Beschl. v. 25.10.2010 – 5 ME 262/10 –; ebenso BayVG, Beschl. v. 17.9.2009 – 3 CE 09.1383, zitiert nach juris Langtext, Rn. 44). (wird ausgeführt)

Der Antragsteller hat im vorliegenden Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes letztlich nicht glaubhaft gemacht, dass nur seine Einstellung als Finanzanwärter aufgrund seiner Bewerbung ermessens- und beurteilungsfehlerfrei ist. Für den Erfolg seines Antragsbegehrens hätte er glaubhaft machen müssen, dass er für die Berufung in das Beamtenverhältnis auf Widerruf gesundheitlich geeignet ist (vgl. dazu Nds. OVG, Beschl. v. 16.9.2009 – 5 ME 169/09 –). Dies ist dem Antragsteller nicht gelungen.

Das Leistungskriterium der Eignung umfasst auch die gesundheitliche Eignung des Beamtenbewerbers. Die Entscheidung darüber, ob der Beamtenbewerber die erforderliche Eignung aufweist, trifft der Dienstherr in Wahrnehmung einer Beurteilungsermächtigung. Sie bewirkt im Ergebnis, dass die Eignungseinschätzung von den Verwaltungsgerichten nur beschränkt überprüft werden kann (vgl. BVerwG, Beschl. v. 6.4.2006 – BVerwG 2 VR 2.05 –, Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 33, zitiert nach juris Langtext, Rn. 11 m. w. N.).

