

Auswahlentscheidungen nach dem Ende der Topfwirtschaft

Dr. Torsten von Roetteken

Seit Jahrzehnten werden in vielen Bereichen der Bundes- und Landesverwaltungen Systeme der sog. Topfwirtschaft eingesetzt. Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass es für weite Bereiche entweder überhaupt an einer durchstrukturierten Dienstpostenbewertung fehlt oder die ausgewiesenen höher bewerteten Dienstposten die Zahl der einer Dienststelle zur Verfügung stehenden Beförderungsplanstellen kontinuierlich übersteigen. Die zweitinstanzliche Rechtsprechung hat dies entweder überhaupt nicht beanstandet¹ oder aber Einschränkungen vorgenommen, die einer grundsätzlichen Fortführung dieser Systeme nicht wirklich entgegenstanden². Der Fortführung dieser Rechtsprechung ist durch das Urteil des BVerwG vom 30.6.2011³ die Grundlage entzogen worden. Die Konsequenzen dieser Entscheidung für die Gestaltung von Auswahlverfahren sollen nachfolgend erläutert werden.

I. Vorstellung der Entscheidung des BVerwG vom 30.6.2011

Das BVerwG hatte in seinem Urteil vom 30.6.2011 über die Rechtmäßigkeit der Einordnung eines Beamten in eine Beförderungsrangliste der Zollverwaltung zu entscheiden, in der Beamte und Beamtinnen für eine Beförderung in ein Amt der Besoldungsgruppe A 11 vorrangig nach Maßgabe des Gesamturteils ihrer dienstlichen Beurteilung eingereiht wurden⁴. Die Stellen für Sachbearbeiter/innen waren ohne Rücksicht auf das jeweilige statusrechtliche Amt einheitlich den Besoldungsgruppen A 9 bis A 11 zugeordnet, d. h. *gebündelt bewertet*.

Die auf dieser Grundlage erfolgte Beförderungspraxis beruht nach Auffassung des BVerwG auf einer Verletzung des Grundsatzes der funktionsgerechten Besoldung, der § 18 BBesG entnommen wird. Dieser rechtliche Fehler führt schon für sich genommen zur Rechtswidrigkeit der entsprechenden Auswahlentscheidung, die im Streitfall durch die Einreihung des klagenden Beamten in die Beförderungsrangliste des Dienstherrn erfolgte. Das BVerwG stellt im Urteilstenor und unter ausdrücklichem Bezug auf § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO in den Urteilsgründen die Rechtswidrigkeit der Einreihung des klagenden Beamten in die früher aufgestellte Beförderungsrangliste fest. Diese Vorgehensweise ist nur dann folgerichtig, wenn man mit dem Verf.⁵ im Anschluss an das Urteil des BVerwG vom 4.11.2010⁶ davon ausgeht, dass bereits die einer späteren Beförderung vorausgehende *Auswahlentscheidung* als *Verwaltungsakt* angesehen wird. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO setzt nämlich voraus, dass die Rechtswidrigkeit eines erledigten Verwaltungsaktes festgestellt wird. Andere Feststellungen können nach Maßgabe dieser Regelung nicht erfolgen. Das BVerwG hat § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO hier auch nicht etwa analog, sondern unmittelbar angewandt.

§ 18 S. 1 BBesG entnimmt das BVerwG die Verpflichtung zur Ämterbewertung. Diese Pflicht muss seiner Auffassung nach erfüllt werden, weil der Wortlaut der Regelung entsprechend gefasst ist: die Funktionen *sind* zu bewerten. Dabei sind die Anforderungen, die sich aus dem Aufgabenprofil der jeweiligen Dienstposten (Ämter im konkret-funktionellen Sinn) ergeben, den Anforderungen anderer Funktionen gegenüber zu stellen, und mit ihnen zu vergleichen. Je höher die Anforderungen gewichtet werden, desto höher muss die Besoldungsgruppe sein,

der die Funktionen zuzuordnen sind. Damit wird nach Auffassung des BVerwG zugleich dem Anspruch auf amtsangemessene Beschäftigung Rechnung getragen. Diesen Anspruch ordnet das BVerwG als hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums ein, ohne insoweit allerdings den Nachweis anzutreten, dass die Regelungen des Beamtenrechts bis 1933 und die beamtenrechtliche Praxis dem entsprochen hätten⁷.

Für die Bestimmung der Wertigkeit der einzelnen Funktionen (Ämter im konkreten funktionellen Sinn) in Bezug auf ihre Zuordnung zu den einzelnen Besoldungsgruppen verfügt der Dienstherr nach Auffassung des BVerwG über einen weiten Beurteilungsspielraum, den es zugleich als Organisationsermessen bezeichnet. Dabei sei der Rahmen der gesetzlichen Vorgaben des Besoldungs- und des Haushaltsrechts einzuhalten⁸. Auf einige dieser Vorgaben weist das BVerwG anschließend hin. § 18 BBesG enthalte einen Handlungsauftrag, der – beim Fehlen sonstiger normativer Vorgaben für eine Ämterbewertung – durch eine nichtnormative Ämterbewertung zu erfüllen sei, die der Dienstherr seiner Personalwirtschaft zugrunde zu legen habe. Ohne sachlichen Grund dürften Funktionen (Dienstposten) nicht mehreren Besoldungsgruppen zugeordnet werden. Die Einrichtung gebündelter Dienstposten bedürfe einer besonderen Rechtfertigung, die sich nur aus den Besonderheiten der Verwaltung ergeben könne. Ferner sei zu beachten, dass § 25 BBesG für die Zuordnung von Funktionen zu Beförderungsämtern voraussetze, dass sich die entsprechenden Dienstposten deutlich von denen unterschieden, die einer niedrigeren Besoldungsgruppe zugeordnet seien.

Die im konkreten Fall erfolgte Dreifachbündelung von Dienstposten im gehobenen Zolldienst des Bundes hat das BVerwG nachfolgend ohne nähere Erwägungen zu einer möglichen Rechtfertigung aufgrund eines zuvor abstrakt erwogenen sach-

- 1) BayVGh vom 21.12.2010 – 3 ZB 08.1300 – juris, Beschluss vom 3.12.2009 – 3 CE 09.1662 – ZBR 2010, 418; VGh BW, Beschluss vom 8.2.1996 – 4 S 47/96 – IÖD 1996, 195; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 15.10.2010 – OVG 6 S 3.10 – juris; NdsOVG, Beschluss vom 19.12.1995 – 5 M 7168/95 – juris; OVG RhLPf, Beschluss vom 30.1.1997 – 2 B 10052/97 – DÖD 1997, 161, 162; OVG NW vom 28.5.2003 – 1 A 3128/00 – IÖD 2004, 17; 30.8.1985 – 1 B 319/85 – ZBR 1986, 54; SchIHOVG, Beschluss vom 23.2.1996 – 3 M 9/96 – SchlHA 1996, 280; ThürOVG, Beschluss vom 24.9.2007 – 2 EO 581/06 – ThürVBl. 2008, 231.
- 2) HessVGh, Beschluss vom 26.4.2010 – 1 B 217/10 – ZBR 2011, 45, vom 17.1.2008 – 1 TG 1899/07 – Schütz/Maiwald ES/A II 1.4 Nr. 165, vom 18.1.2000 – 1 TZ 3149/99 – DÖD 2000, 134, 135 = HessVGRspr. 2001, 1.
- 3) 2 C 19.10 – ZBR 2012, 62, 44, Rn. 26 ff.
- 4) Vgl. auch den etwas ausführlicheren Sachverhalt der Vorinstanz – HessVGh Urteil vom 9.3.2010 – 1 A 286/09 – ZBR 2011, 46.
- 5) ZBR 2011, 73, 74 m. w. N. in Fn. 12; ebenso jetzt NdsOVG Beschluss vom 8.6.2011 – 5 ME 91/11 – NVwZ 2011, 891.
- 6) 2 C 16.09 – E 138, 102, 108, Rn. 25 ff. = ZBR 2011, 91, 93.
- 7) BVerwG, Urteil vom 30.6.2011 – 2 C 19.10 – ZBR 2012, 42, 44, Rn. 27 unter Bezug auf BVerwG Urteil vom 18.9.2008 – 2 C 8.07 – E 132, 31, 33 f., Rn. 14, 16 = ZBR 2009, 96, dort unter Bezug auf BVerwG Beschluss vom 3.7.1985 – 2 BvL 16/82 – E 70, 251, 266 – ZBR 1986, 80.
- 8) Bezug auf BVerwG Urteil vom 28.11.1991 – 2 C 7.89 – ZBR 1992, 276 u. Urteil vom 23.5.2002 – 2 A 5.01 – Buchholz 240, § 18 BBesG Nr. 27 = Schütz/Maiwald ES/A II 1.1 Nr. 11.