

Hiermit kann festgestellt werden: Die Entscheidung des Dienstherrn, welches Gewicht er den einzelnen Gesichtspunkten für das abschließende Gesamturteil und für die Auswahl zwischen im Wesentlichen gleich geeigneten Bewerbern beimisst, unterliegt zwar nur einer eingeschränkten gerichtlichen Nachprüfung. Jedoch muss er das Gewicht der Leistungskriterien, die er der Auswahl zwischen Bewerbern zugrunde legt, anhand der Aussagen in der dienstlichen Beurteilung bestimmen. Andere Arten der Auswahlverfahren können aufgrund des durch das Leistungsprinzip vorgegebenen Anspruchs der Bewerber auf eine sachgerechte und willkürfreie Entscheidung bei Auswahlentscheidungen nur nachrangig verwendet werden. Ihnen kommt jedoch dann eine besondere Bedeutung zu, wenn die Beurteilungssysteme verschiedener Bewerber nicht miteinander vergleichbar sind.

89) Fn. 3.

Rückkehr der Topfwirtschaft?

Dr. Torsten von Roetteken

Das BVerwG hatte durch sein Urteil vom 30.6.2011¹ die seit Jahrzehnten praktizierte Topfwirtschaft als System der Dienstpostenbewertung und Planstellenbewirtschaftung für unvereinbar mit den §§ 18, 25 BBesG in ihrer damals und in dieser Form seit 1975 geltenden Fassung erklärt. Dies hat zu Diskussionen über die Gründe dieser Entscheidung² und ihrer Folgen für Auswahlentscheidungen³ geführt. Zudem haben sich einige OVG (soweit veröffentlicht) bereits mit den Konsequenzen der Entscheidung des BVerwG befasst⁴. Das BVerfG⁵ hat durch eine Kammerentscheidung das Urteil des BVerwG aufgegriffen und der Verfassungsbeschwerde eines beim OVG Saarland⁶ un-

Schließlich hat auch das BVerfG in seiner Entscheidung vom 7.3.2013⁸⁹ angeführt, dass die vom Dienstherrn zur Ermittlung des Leistungsstandes der Bewerber herangezogenen Erkenntnisinstrumente ausreichend aussagekräftig sind und eine tragfähige, dem Gebot der Bestenauslese entsprechende Grundlage für die Auswahlentscheidung darstellen müssen, weil ansonsten Probleme hinsichtlich der verfassungsrechtlich garantierten Unabhängigkeit der betroffenen Beamten aufgeworfen werden können.

V. Schluss

Vor diesem Hintergrund erscheinen Personalauswahlssysteme, welche Momentaufnahmen einer fortlaufenden Begutachtung durch Regelbeurteilungen gleichstellen, verfassungsrechtlich zumindest sehr bedenklich, insbesondere dann, wenn – wie im bayerischen Laufbahnrecht (Art. 16 LbG) – der Dienstherr für eine Auswahlentscheidung die Gewichtung von Beurteilungen und weiterer Auswahlmethoden bestimmt.

terlegenen Antragstellers stattgegeben, der sich gegen seine mangelnde Berücksichtigung in einer Beförderungswahl innerhalb der Landesfinanzverwaltung gewandt hatte, die Topfwirtschaft praktizierte. In diese Entwicklung hat jetzt der Bundesgesetzgeber eingegriffen und durch Art. 1 Nr. 5 des Gesetzes zur Neuregelung der Professorenbesoldung und zur Änderung weiterer dienstrechtlicher Vorschriften v. 11.6.2013⁷ § 18 BBesG rückwirkend zum 1.1.2013 dahin geändert, dass künftig Dienstposten bis zu drei Ämtern einer Laufbahngruppe, bei obersten Bundesbehörden allen Ämtern einer Laufbahngruppe zugeordnet werden können. Zeitgleich wurde § 25 BBesG aufgehoben⁸. Im Bundesland Hessen gibt es eine vergleichbare Neuregelung⁹. Die Folgen dieser Gesetzesänderungen sollen unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung nachfolgend untersucht werden.

I. Ausgangspunkt

Gegenstand des Urteils des BVerwG vom 30.6.2011 war die Rechtmäßigkeit einer Auswahlentscheidung zur Platzierung eines Beamten auf einer behördlichen Beförderungsrangliste. Das BVerwG verneinte die Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung und bezog sich dabei auch darauf, die Beförderungspraxis des Dienstherrn beruhe auf einer Verletzung des Grundsatzes der funktionsgerechten Besoldung, wie er in den §§ 18, 25 BBesG seinen Ausdruck gefunden habe¹⁰. Dabei handelte sich nicht etwa um eine beiläufige Bemerkung, ein sog. obiter dictum, wie gelegentlich angenommen wird¹¹, sondern um eine das Urteil selbstständig tragende Begründung, die bereits für sich genommen den Erfolg der Klage gerechtfertigt hätte.

Das BVerwG hat zum näheren Verständnis des Prinzips der funktionsgerechten Besoldung und Ämterbewertung den Anspruch auf amtsangemessene Beschäftigung betont, d. h. den Anspruch auf Übertragung eines Aufgabenbereichs, der dem verliehenen statusrechtlichen Amt entspricht¹². Ob dieser Anspruch erfüllt ist, kann seiner Auffassung nach nicht ohne eine Dienstpostenbewertung beurteilt werden, bei der den höheren Anforderungen der jeweils zu bewertenden Funktion eine ent-

- 1) BVerwGE 140, 83 = ZBR 2012, 42; Urteilsanmerkung v. Roetteken, jurisPR-ArbR 4/2012, Anm. 5.
- 2) v. Roetteken, ZTR 2013, S. 320.
- 3) v. Roetteken, ZBR 2013, S. 25; Baßlsperger, ZBR 2013, S. 109 (112 ff.); Lindner, RiA 2012, S. 10 (15).
- 4) HessVGH, ZBR 2013, 56 (57) – Unzulässigkeit der Topfwirtschaft beim Zoll; ThürOVG, LKV 2013, 43 – Topfwirtschaft in Landespolizei unzulässig; OVG NRW, IÖD 2013, 125 – Topfwirtschaft beim Bundesamt für Verfassungsschutz zulässig; OVG RhLPf, NVwZ-RR 2013, 225(226 f.) – Unbeachtlichkeit der Frage nach der Zulässigkeit der Topfwirtschaft mangels einer den §§ 18, 25 BBesG entsprechenden Gesetzeslage im Landesrecht.
- 5) BVerfG, IÖD 2013, 98.
- 6) OVG Saarland, ZBR 2013, 169 – unzureichende Dienstpostenbewertung lediglich ein objektivrechtlicher Mangel, auf den sich ein erfolgloser Bewerber nicht berufen könne; ähnlich NdsOVG, DÖD 2012, 281.
- 7) BGBl. I S. 1514.
- 8) Art. 1 Nr. 12 des Gesetzes vom 11.6.2013.
- 9) §§ 21, 26 HBesG in seiner ab dem 1.3.2014 geltenden Fassung – GVBl. 2013, S. 256.
- 10) BVerwGE 140, 83, 90 ff., Rn. 26 ff. = ZBR 2012, 42.
- 11) BT-Drs. 17/12455, S. 61.
- 12) BVerwGE 140, 83, 90, Rn. 27 = ZBR 2012, 42; zu dem aus Art. 33 Abs. 5 GG folgenden Abwehrrecht eines Beamten bzw. einer Beamtin auf die Zuweisung von Aufgaben, die nicht dem verliehenen statusrechtlichen Amt entsprechen, BVerfGE 70, 251 (266) = ZBR 1986, 80; daran anschließend z. B. BVerwGE 126, 181, 184, Rn. 12 = ZBR 2006, 344; zum grundrechtgleichen Recht auf amtsangemessene Beschäftigung BVerfG, NJW 2008, 638 (639).

sprechend höhere Besoldungsgruppe als Zuordnungsobjekt entsprechen muss¹³.

Das BVerfG sieht in § 18 BBesG in seiner bis zum 31.12.2012 geltenden Fassung eine Regel, die ihrerseits Ausdruck der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums sei, hat allerdings offen gelassen, unter welchen Voraussetzungen der Gesetzgeber davon abweichen könne¹⁴. § 18 BBesG a. F. normiert nach Auffassung des BVerfG die regelhafte und verfassungsrechtlich vorgegebene Verknüpfung von Status und Funktion in Verbindung mit dem Prinzip einer grundsätzlich lebenszeitigen Übertragung aller einer Laufbahn zugeordneten Ämter¹⁵. Dies schloss im Umkehrschluss eine auf Dauer angelegte Entkopplung des statusrechtlichen Amtes und ihm entsprechender Funktionen aus¹⁶. Das BVerwG wollte diese Auslegung des § 18 BBesG durch das BVerfG allerdings nur dahin verstehen, dass die Regelung einer solchen dauerhaften Entkopplung grundsätzlich entgegenstehe¹⁷. Für diese einschränkende Auslegung bot das BBesG in seiner bis zum 31.12.2012 geltenden Fassung jedoch keine Grundlage¹⁸. Das BVerfG hatte lediglich hinsichtlich des hinter § 18 BBesG stehenden hergebrachten Grundsatzes eine Abweichung durch den Gesetzgeber nicht ausgeschlossen¹⁹.

Für die Vergabe von Beförderungämtern auf Zeit als – mögliche – Vorstufe einer späteren lebenszeitigen Beförderung in das entsprechende Amt ist das BVerfG im Anschluss an den Vorlagebeschluss des BVerwG²⁰ davon ausgegangen, dass eine solche Entkopplung der übertragenen Funktion von dem grundsätzlich auf Lebenszeit zu übertragenden Beförderungamt für eine Zeit von mehr als zwei Jahren nicht gerechtfertigt und mit Art. 33 Abs. 5 GG unvereinbar ist²¹. Umgekehrt hat es eine zunächst zur Erprobung erfolgende Dienstpostenübertragung ohne dauerhafte Verleihung des entsprechenden statusrechtlichen Amtes für eine Dauer von zwei Jahren für zulässig gehalten unter der Voraussetzung, dass sich zum Abschluss der Probezeit Möglichkeiten bieten, die Frage einer erfolgreichen Bewährung ggf. gerichtlich überprüfen zu lassen.

Für Länder, in denen das BBesG in seiner bis zum 31.8.2006 geltenden Fassung nicht weitergilt, hat sich die Frage gestellt, wie bei einem Fehlen einer § 18 S. 2 BBesG entsprechenden Gesetzeslage zu verfahren ist. Das OVG RhLPf hat es insoweit offen gelassen, ob sich unmittelbar aus Art. 33 Abs. 5 GG herleiten lässt, der Grundsatz der funktionsgerechten Besoldung sei in seinem solchen Fall unmittelbar aufgrund des GG anzuwenden²².

II. Neuregelung im BBesG

An der durch das Urteil des BVerwG vom 30.6.2011 bestätigten Rechtslage will der Bund für seinen Bereich nicht mehr uneingeschränkt festhalten. § 18 S. 2 BBesG wurde durch Art. 1 Nr. 5 lit. b ProfessorenbesoldungsneuregelungsG v. 11.6.2013²³ neu dahin gefasst, dass eine Funktion bis zu drei Ämtern einer Laufbahngruppe, in obersten Bundesbehörden allen Ämtern einer Laufbahngruppe zugeordnet werden kann. Im neu angefügten Satz 3 des § 18 BBesG ist vorgesehen, dass die in § 18 S. 2 BBesG eröffnete Zuordnungsoption für Soldaten (und Soldatinnen) in der Laufbahngruppe der Mannschaften für alle Dienstgrade und der Laufbahngruppe der Unteroffiziere für bis zu vier Dienstgrade gilt. Durch Art. 1 Nr. 12 ProfessorenbesoldungsneuregelungsG wurde § 25 BBesG aufgehoben. Art. 8 dieses Gesetzes ändert § 8 PostPersRG dahin, dass eine Tätigkeit bis zu fünf Ämtern zugeordnet werden kann. Alle vorgenannten Änderungen sind nach Art. 11 Abs. 3 dieses Gesetzes rückwirkend zum 1.1.2013 in Kraft getreten.

Die Bundesregierung hat die Änderung von § 18 S. 2 BBesG unter anderem wie folgt begründet²⁴:

„Die Dienstpostenbündelung ... trägt dem Umstand Rechnung, dass die auf einem Dienstposten wahrzunehmenden Aufgaben nicht immer einheitlich sind und einem ständigen Wechsel unterliegen können. Dies gilt in besonderem Maße für oberste Bundesbehörden, ist aber nicht auf diese beschränkt. In personalwirtschaftlicher Hinsicht gewährleistet die Dienstpostenbündelung einen kurzfristigen Personaleinsatz, weil mit ihr sichergestellt werden kann, dass die Besetzung vakanter Dienstposten nicht in Fällen scheitert, in denen eine Neubewertung des Dienstpostens kurzfristig nicht möglich ist und die bisherige Wertigkeit dem Statusamt möglicher Umsetzungsbewerber nicht entspricht.“

Des Weiteren soll die Änderung dazu dienen, die vor der Entscheidung des BVerwG vom 30.6.2011 weithin anerkannte Zulässigkeit von Beförderungen ohne Funktionswechsel wieder zu ermöglichen, wie sie auch in § 22 Abs. 2 BBG zugelassen seien. Personalwirtschaftliche Interessen und Belange der Aufgabenerfüllung stünden dabei nicht in einem Widerspruch. So könne aus dienstlichen Gründen ein Interesse bestehen, Funktionen, die einem Amt im unteren Bereich einer Laufbahngruppe zugeordnet sind, für einen längeren Zeitraum zu besetzen, um eine Mischung erfahrener und weniger erfahrener Stelleninhaber/innen auch dann zu erreichen, wenn sich die unterschiedliche Erfahrung nicht im Einzelnen in Funktionsbewertungsstufen abbilden ließen. Entsprechendes gelte für Funktionen, die spezielles, erst im täglichen Dienst zu erwerbendes Fachwissen erforderten.

Hinsichtlich des früheren § 25 BBesG vertritt die Bundesregierung in der Entwurfsbegründung die Auffassung, die Änderung des § 18 BBesG habe Folgen für die Vorgaben zur Einrichtung von Beförderungämtern und sei im Hinblick auf diese Änderung entbehrlich geworden, da sich die Stufigkeit der Ämter aus den Besoldungsordnungen selbst ergebe²⁵.

Zur Änderung des PostPersRG heißt in der Entwurfsbegründung, die Vorschrift trage den besonderen Anforderungen und Bedürfnissen der im Wettbewerb stehenden privatisierten Postnachfolgeunternehmen Rechnung. In den Unternehmen erfolge der gemeinsame Einsatz von Beamten und Arbeitnehmern nicht statusbezogen, sondern aufgabenbezogen nach einheitlichen Bedingungen. Die Zuordnung der Tätigkeiten (Funktionen) zu den Ämtern könne im Einzelfall auch laufbahnübergreifend erfolgen²⁶.

13) BVerwGE 140, 83, 90, Rn. 27 = ZBR 2012, 42.

14) BVerfGE 70, 251 (266) = ZBR 1986, 80 unter Verweis auf BVerfGE 8, 1 (16).

15) BVerfGE 70, 251 (266) = ZBR 1986, 80; daran anschließend BVerwGE 128, 231, 237, Rn. 18.

16) BVerfGE 70, 251 (268) = ZBR 1986, 60.

17) BVerwGE 126, 182, 184, Rn. 11 = ZBR 2006, 344; daran offenbar anknüpfend BVerwGE 140, 83, 91, Rn. 29 = ZBR 2012, 42 – Einrichtung gebündelt bewerteter Dienstposten aufgrund besonderer Rechtfertigung zulässig; dies als widersprüchlich zum sonstigen Urteilstext kritisierend Lindner, RiA 2012, S. 10, 15.

18) v. Roetteken, ZBR 2012, S. 25, 29 f.

19) BVerfGE 70, 251 (266) = ZBR 1986, 80.

20) BVerwGE 129, 272 = ZBR 2008, 46.

21) BVerfGE 121, 205 (222 ff.) = ZBR 2008, 310; v. Roetteken, jurisPR-ArbR 38/2008, Anm. 4.

22) OVG RhLPf, NVwZ-RR 2013, 226 (227).

23) BGBl. 2013 I S. 1514.

24) BT-Drs. 17/12455, S. 61.

25) BT-Drs. 17/12455, S. 62.

26) BT-Drs. 17/12455, S. 75.