

# Senatsbeschluss des BVerfG zur Dienstpostenbündelung und zur Anwendung des Prinzips der Bestenauslese

Dr. Torsten von Roetteken

Das BVerfG hat mit Beschluss vom 16.12.2015<sup>1</sup> die gegen den Beschluss des OVG Hamburg vom 29.7.2013<sup>2</sup> gerichtete Verfassungsbeschwerde zurückgewiesen, dessen Vollzug es zunächst durch eine einstweilige Anordnung ausgesetzt hatte. Das OVG hatte unter Verweis auf § 18 S. 2 BBesG in seiner ab dem 1.1.2013 geltenden Fassung<sup>3</sup> die Zulässigkeit einer Bündelbewertung von Dienstposten – für die Zollverwaltung des Bundes – akzeptiert und eine damit im Zusammenhang stehende Beförderungsauswahl nicht bestanden. Diese Auffassung hat das BVerfG jetzt durch einen Senatsbeschluss bestätigt, die Verfassungsbeschwerde zurückgewiesen und im Tenor § 18 S. 2 BBesG n. F. ausdrücklich für vereinbar mit dem GG erklärt. Nachfolgend sollen die wesentlichen Aussagen des BVerfG vorgestellt und einer kritischen Prüfung unterzogen werden. Da es sich um die erste Senatsentscheidung zum Konkurrenzschutz für ein öffentliches Amt handelt, soll auch dargestellt werden, welche Schlüsse für die Durchführung von Auswahlverfahren zur Besetzung öffentlicher Ämter und die Anwendung des Prinzips der Bestenauslese generell zu ziehen sind.

## I. Ausgangsposition des BVerfG – Maßgeblichkeit des konkreten Aufgabenbereichs

Das BVerfG geht in seinem Beschluss vom 16.12.2015 – scheinbar ohne nähere Begründung – davon aus, dass eine fehlerhafte Dienstpostenbewertung bzw. eine zu Unrecht erfolgte Bündelbewertung von Dienstposten zur Fehlerhaftigkeit einer Auswahlentscheidung führt, die auf eine statusrechtliche Beförderungsernennung ohne Änderung des *Aufgabenbereichs* der ausgewählten Person zielt. Dieser Ansatz ist nur dann folgerichtig, wenn man mit den Ausführungen des 2. Senats des BVerfG davon ausgeht, dass für die ordnungsgemäße Erfüllung des durch Art. 33 Abs. 2 GG begründeten Bewerbungsverfahrensanspruchs<sup>4</sup> der Aufgabenbereich des zu besetzenden Amtes maßgebend ist. Bezogen auf diesen Aufgabenbereich müssen die Bewerber/innen untereinander verglichen werden. Anhand dieses Aufgabenbereichs muss die Auswahlentscheidung vorgenommen werden<sup>5</sup>. Dabei meint der Begriff des Aufgabenbereichs die künftige Amtstätigkeit der/s Betroffenen<sup>6</sup>.

Das BVerfG sieht damit – in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung<sup>7</sup> – im *konkret-funktionellen Amt*, dem Arbeitsplatz, verstanden im rein funktionellen Sinn, den einzig zulässigen Ausgangs- und Anknüpfungspunkt für die Qualifikationsfeststellung und den nachfolgenden Qualifikationsvergleich. Es ist deshalb folgerichtig, für die Maßstäbe der Qualifikationsfeststellung und des dem Prinzip der Bestenauslese verpflichteten Qualifikationsvergleichs auf die dienstrechtliche Bewertung des jeweiligen Aufgabenbereichs zu verweisen, da sich daraus entsprechend § 18 S. 1 BBesG die Gewichtung der mit der künftigen dienstlichen Tätigkeit verbundenen Anforderungen und ihre Einordnung im Verhältnis zu anderen Aufgabenbereichen ergibt. Die insoweit maßgebenden Anforderungen und deren Zuordnung zu den durch das BBesG ausgewiesenen und im Haushaltsplan ausgebrachten statusrechtlichen Ämtern liefern also die unverzichtbare Grundlage für die Erfüllung des dem Bestenausleseprinzip verpflichteten Bewerbungsverfahrensanspruchs.

Insoweit folgt das BVerfG dem Urteil des BVerwG vom 30.6.2011, in dem dieses – zu Recht – eine Auswahlentscheidung nach Maßgabe rein statusrechtlicher Anforderungen eines Amtes ohne Zuordnung eines entsprechend bewerteten Dienstpostens zu diesem Amt für unmöglich gehalten hatte<sup>8</sup>. Diese Rechtsprechung hat das BVerwG allerdings mit Beschluss vom 20.6.2013 faktisch, jedoch nicht ausdrücklich, aufgegeben, weil es seitdem meint, der Bewerbungsverfahrensanspruch des Art. 33 Abs. 2 GG sei nur auf das *statusrechtliche* Amt bezogen, nicht dagegen auf die Erfüllung der Anforderungen des konkret zu besetzenden Dienstpostens<sup>9</sup>. Eine solche Ausrichtung soll noch in Ausnahmefällen zulässig sein<sup>10</sup>. Dieser Auffassung hat sich das BVerfG in seinem Senatsbeschluss vom 16.12.2015 erkennbar nicht angeschlossen. Das ergibt sich einerseits aus dem mehrfachen Verweis auf die Maßgeblichkeit der Anforderungen des künftigen Aufgabenbereiches, andererseits daraus, dass bei einer Beschränkung der Qualifikationsfeststellung und des Qualifikationsvergleichs auf die Anforderungen des statusrechtlichen Amtes die Frage nach der Zulässigkeit einer gebündelten Bewertung von Dienstposten unerheblich und folglich auch nicht zu beantworten gewesen wäre. Das BVerfG ist jedoch vom genauen Gegenteil ausgegangen, was beim gewählten Ausgangspunkt folgerichtig ist.

Ein erstes Ergebnis der hier besprochenen Entscheidung des BVerfG lautet deshalb dahin, dass die mit Beschluss des BVerwG vom 20.6.2013<sup>11</sup> erfolgte Änderung der Rechtsprechung zur grundsätzlich alleinigen Maßgeblichkeit der Anforderungen des statusrechtlichen Amtes im Hinblick auf die Auslegung von Art. 33 Abs. 2 GG durch das BVerfG jedenfalls nicht unter Berufung auf Art. 33 GG fortgeführt werden kann. Der vom BVerfG gewählte Ausgangspunkt gehört zu den die Entscheidung tragenden Rechtssätzen und nimmt deshalb an der Bindungswirkung für die Behörden und die Fachgerichte nach § 31 Abs. 1 BVerfGG teil.

## II. Kein hergebrachter Grundsatz für die stete Zuordnung einer höheren Funktion zu einem höheren Statusamt

Das BVerfG hat sich nicht in der Lage gesehen, einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums i. S. d. Art. 33

1) 2 BvR 1958/13 – ZBR 2016, 128.

2) 1 Bs 145/13 – ZBR 2013, 388.

3) Dazu v. Roetteken, ZBR 2014, S. 80.

4) BVerfG, Beschluss vom 16.12.2015 – 2 BvR 1958/13 – Rn. 31 unter Verweis auf die Kammerrechtsprechung des 2. Senats.

5) BVerfG (Fn. 4), Rn. 32.

6) BVerfG (Fn. 4), Rn. 56; zur Ausrichtung auf den konkreten Aufgabenbereich eines Vizepräsidenten eines OVG BVerfG, 1. Kammer 2. Senat, Beschluss vom 23.6.2015 – 2 BvR 161/15 – NVwZ 2016, 59, 60, Rn. 29; dieser Beschluss wird von der Senatsentscheidung (Fn. 4) in Rn. 31 ausdrücklich in Bezug genommen.

7) v. Roetteken, ZBR 2015, S. 154, 156 ff. m. w. N.

8) 2 C 9.10 – BVerwGE 140, 83, 91 f., Rn. 30 = ZBR 2012, 42.

9) BVerwG, Beschluss vom 20.6.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20, 26 ff., Rn. 22, 28 ff. = ZBR 2013, 376.

10) BVerwG (Fn. 9), S. 28 f., Rn. 31.

11) S. Fn. 9.