

Topfwirtschaft und Beförderungsranglisten rechtswidrig*

Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem vieldiskutierten Urteil vom 30. Juni 2011 (ZBR 2012, 42 = DÖD 2011, 279 = IÖD 2011, 220 = NVwZ 2011, 1270 = RiA 2011) die in vielen Bereichen der Bundes- und Landesverwaltung praktizierte „Topfwirtschaft“ und die darauf aufbauende Beurteilungspraxis für rechtswidrig erklärt.

Unter einer „Topfwirtschaft“ versteht man das übliche Vorgehen der Personalverwaltungen, bei welchem Beförderungen unter Inanspruchnahme der in einem Stellenplan für den gesamten Geschäftsbereich einer Behörde zur Verfügung stehenden Planstellen ohne deren Zuordnung zu bestimmten Dienstposten vorgenommen werden.

Diese Verwaltungspraxis wurde in dem oben genannten Urteil vom höchsten deutschen Verwaltungsgericht verworfen. In dem zugrundeliegenden Fall hatte sich der Kläger gegen seine Einreihung in eine Beförderungsrangliste gewandt, welche der von ihm angestrebten Beförderung entgegenstand. Er war Beschäftigter einer Bundesbehörde und als solcher in dem statusrechtlichen Amt eines Zolloberspektors in der Besoldungsgruppe A 10 tätig. Sein Dienstposten beinhaltete eine Tätigkeit als Sachbearbeiter im Prüfdienst bei einem Hauptzollamt. Dieser Dienstposten war mehreren Besoldungsgruppen (A 9 bis A 11) zugeordnet. Die Zollverwaltung nahm in jahrelanger Praxis die Beförderung ihrer Beamten im gehobenen Dienst vom Eingangsamt A 9 bis hin zum Zollamtmann (Besoldungsgruppe A 11) aufgrund von Platzziffern vor, die sich aus einer für das gesamte Bundesgebiet umfassenden Rangliste der jeweiligen Besoldungsgruppe ergab. Diese Ranglisten wurden im Anschluss an die durchgeführten Regelbeurteilungen erstellt. Entscheidend für die Reihenfolge war dabei zunächst das Gesamturteil der letzten, dann der vorletzten Beurteilung. Da bei einer großen und bundesweit tätigen Verwaltung regelmäßig identische Gesamturteile an eine Reihe von Beamten vergeben werden, wurden aus Praktikabilitätsgründen – wie üblich – Untergruppierungen gebildet. Diese Untergruppen umfassten zunächst schwerbehinderte Frauen, dann die restlichen Frauen, anschließend schwerbehinderte Männer und schließlich die weiteren Männer. Innerhalb dieser Untergruppierungen waren das Dienstalster und das Lebensalter für die weitere Reihenfolge der Beförderungen maßgeblich. Ausschreibungen erfolgten vor den einzelnen Ernennungen nicht. Sobald die haushaltsrechtlichen Planstellen zur Verfügung standen, wurden die Beamten auf den vorderen Plätzen der Rangliste befördert und die erforderlichen Planstellen wurden der jeweiligen Beschäftigungsbehörde des beförderten Beamten zugewiesen. Eine gesonderte Information der im Rahmen der Beförderung nicht berücksichtigten Beamten erfolgte nicht.

1. Soziale Gesichtspunkte bei der Bewerberauswahl

Bei einem gleichen Gesamtergebnis der für eine Beförderung infrage kommenden Bewerber muss der Dienstherr eine Auswahlentscheidung treffen. Er besitzt dabei ein Auswahlermessen, das er

sachgerecht auszuüben hat (vgl. *Zängl* in *Weiß/Niedermaier/Summer/Zängl*, *Beamtenrecht in Bayern*, § 9 BeamtStG, Rn. 136). In vielen Dienststellen werden deshalb zusammen mit den Regelbeurteilungen sogenannte Beförderungsrangfolgelisten erstellt. Bei einem gleichen Gesamturteil werden Untergruppierungen vorgenommen. Diese Untergruppen orientieren sich in aller Regel an den oben dargestellten sozialen Erwägungen. Innerhalb dieser weiteren Gruppierungen wird zur Bildung der Platzziffer dann regelmäßig nach dem Dienstalter und dann nach dem Lebensalter unterschieden.

Diese vielfach praktizierte Methode verstößt nach Ansicht des BVerwG gegen das Leistungsprinzip des Art. 33 Abs. 2 GG. Nach der vorliegenden Entscheidung ist bei einem Leistungsvergleich unter den Bewerbern für eine Beförderung zwar – wie bisher – in erster Linie das Gesamturteil maßgeblich. Der Dienstherr muss dann aber zunächst die Beurteilung der Leistungen seiner Bewerber nach ihrem Inhalt unter Bezug auf die mit dem Beförderungsamte verbundene Tätigkeit umfassend auswerten. Er muss auch Differenzierungen in der Bewertung einzelner Leistungskriterien in die Gesamtwürdigung seiner Auswahlentscheidung einbeziehen und unter Umständen auch ältere Beurteilungen berücksichtigen. Der Entscheidung über die Vergabe eines Beförderungsamtes müssen nach dem Leistungsprinzip also zunächst alle **leistungsbezogenen** Gesichtspunkte zugrundegelegt werden, die darüber Aufschluss geben, inwieweit die einzelnen Bewerber den Anforderungen ihres Amtes genügen werden. Es handelt sich hierbei nach dem BVerwG um eine Ausprägung des Bewerbungsverfahrensanspruchs.

Leistungsbezogene Merkmale, auf welche der Dienstherr bei seiner Auswahl unter gleich benoteten Bewerbern besonderes Gewicht legen muss, können dabei etwa die dienstliche Erfahrung, die Verwendungsbreite oder die positive Entwicklung der Leistungen des Beamten sein. Diese Entwicklung kann sich zum Beispiel aus dem Vergleich der aktuellen mit den früheren Beurteilungen ergeben. Dem Dienstherrn bleibt es auch nach dem Urteil des BVerwG außerdem unbenommen, bei seiner Auswahlentscheidung etwa den in seinen Beurteilungen vorhandenen Einzelmerkmalen, wie „Güte der Arbeitsergebnisse“, „Verhandlungsgeschick“ oder der „Fachkompetenz“ einen besonders hohen Stellenwert beizumessen. Es obliegt zwar dem Dienstherrn zu entscheiden, welches Gewicht er den einzelnen Gesichtspunkten für die Auswahl zwischen im Wesentlichen gleich geeigneten Bewerbern beimisst. Er hat aber seine aufgrund von leistungsbezogenen Hilfskriterien getroffene Entscheidung im Einzelfall schlüssig zu begründen.

Nach dem Urteil des BVerwG müssen diese leistungsbezogenen **Auswahlkriterien** stets zeitlich **vor der letztendlichen Auswahlentscheidung** festgelegt werden. Dies erscheint insbesondere deswegen von Bedeutung, weil auf diese Weise einer „Beliebigkeit von Auswahlentscheidungen“ und damit jeder Form einer „Ämterpatronage“ entgegengewirkt werden kann. Erst nach Ausschöpfung aller leistungsbezogenen Kriterien kann auf weitere – nicht leistungsbezogene – Hilfskriterien wie „Behinderteneigenschaft“ und „weibliches Geschlecht“ abgestellt werden. Nach der Entscheidung des BVerwG ist eine Reihung nach sozialen Gesichtspunkten vor der Berücksichtigung aller zur Verfügung stehenden leistungsbezogenen Kriterien nicht mit dem Leistungsprinzip des Art. 33 Abs. 2 GG vereinbar.

Hilfskriterien wie „weibliches Geschlecht“ oder „Schwerbehinderteneigenschaft“ können also erst dann einen sachlichen Differenzierungsgrund für Beförderungen darstellen, wenn alle leistungsbezogenen Vergleichsmaßstäbe, die in der Beurteilung zum Ausdruck kommen, ausgeschöpft sind.

2. Bündelung von Ämtern

Bei einer „Topfwirtschaft“ werden bestimmte Ämter im funktionellen Sinn von Angehörigen verschiedener Besoldungsstufen wahrgenommen – in einen Topf geworfen. Das bedeutet, dass etwa die Aufgaben eines Dienstpostens in der Laufbahngruppe des gehobenen Dienstes sowohl von einem Beamten der Besoldungsgruppe A 9 (Inspektor), als auch der Besoldungsgruppe A 13 (Oberamtsrat) wahrgenommen werden könnten. Dieses Procedere erleichtert den Personaleinsatz und die Personalplanung des jeweiligen Dienstherrn wesentlich. Gerade bei großen Dienststellen oder Dienststellen mit einer hohen Personalfuktuation, war diese Art der „Topfwirtschaft“ eine willkommene, weil kostengünstige Methode der Personalplanung und -bewirtschaftung.

Wesentliches Element der Topfwirtschaft ist es dabei, dass **Beförderungen ohne den Wechsel auf eine höherwertige Funktion** erfolgen können. Gerade diese Beförderungspraxis rügt nun das Bundesverwaltungsgericht mit seiner Entscheidung und stellt damit die Topfwirtschaft insgesamt in Frage. Nach Auffassung des Gerichts verstößt diese bisher übliche Praxis gegen Art. 33 Abs. 2 GG und gegen die aus § 18 BBesG resultierende Pflicht der Ämterbewertung. Nach § 18 BBesG (und den entsprechenden Landesbesoldungsgesetzen) sind die Funktionen der Beamten nach den mit ihnen verbundenen Anforderungen sachgerecht zu bewerten und bestimmten Ämtern zuzuordnen. In seinem Urteil führte das BVerwG explizit aus, dass das angegriffene Auswahlverfahren seinen Zweck deswegen verfehlt habe, weil ein Beamter in ein höheres Statusamt befördert werde, ohne dass sich sein Aufgabenbereich dabei ändert. Das Urteil hat für die Praxis der Personalverwaltungen folglich weitreichende Konsequenzen. Jeder Dienstposten ist künftig **gesondert zu bewerten**. Es ist also in der Konsequenz nicht möglich, ein und denselben Dienstposten mit Angehörigen unterschiedlicher Statusämter zu besetzen.

Allerdings scheint das Urteil des BVerwG den Personalverwaltungen in diesem Punkt einen Ausweg zu zeigen, denn es hat entschieden, dass die Funktionen (Dienstposten) nicht „ohne sachlichen Grund“ gebündelt und mehreren Statusämtern einer Laufbahngruppe zugeordnet werden können. Demnach wäre im Rückschluss eine Bündelung von Dienstposten auch künftig noch möglich, wenn ein solcher „sachlicher Grund“ gegeben ist. Die vom BVerwG geforderte besondere sachliche Rechtfertigung im Einzelfall kann sich dabei stets nur aus den Besonderheiten der jeweiligen Verwaltung ergeben. Eine generelle Verbindung von Einstiegsämtern mit dem jeweils ersten Aufstiegsamt wird bereits daran scheitern, dass bei der Bündelung von Dienstposten stets auf die jeweilige Verwaltung und deren spezielle Gegebenheiten abzustellen ist.

Das BVerwG gibt den Personalverwaltungen aber weder durch entsprechende Beispiele noch durch andere Aussagen Auslegungshilfen zu dem von ihm verwendeten unbestimmten Rechtsbegriff des „sachlichen Grundes“ für die Einrichtung gebündelter Dienstposten. Dies spricht dafür, dass es sich bei der oben erwähnten Formulierung des BVerwG de facto doch um keinen Ausweg handelt und diese wohl eher rhetorischen Charakter besitzt.

Es stellt sich in diesem Zusammenhang die weitere Frage, ob die Praxis der „Topfwirtschaft“ durch eine Änderung der bestehenden gesetzlichen Regelungen zum Besoldungsrecht (z.B. Änderung bzw. Anpassung des § 18 BBesG bzw. des § 25 BBesG und der jeweiligen landesgesetzlichen Regelungen zum Besoldungsrecht) auf eine sichere Basis gestellt werden könnte. Man wird aber jedenfalls nicht ohne Weiteres davon ausgehen dürfen, dass die vom BVerwG statuierte Verfassungswidrigkeit der „Topfwirtschaft“ durch entsprechende gesetzliche Änderungen aus der Welt geschafft werden kann. Eine solche Heilungsmöglichkeit durch eine Änderung bestehender gesetzlicher Regelungen wird in der Entscheidung des BVerwG vom 30.6.2011 auch nicht in Aussicht gestellt.

3. Information der unterlegenen Bewerber

Das Urteil des BVerwG setzt sich weiterhin mit der Informationspflicht des Dienstherrn gegenüber den nicht für eine Beförderung ausgewählten Beamten auseinander. Das Gericht sieht in der fehlenden Unterrichtung dieser Bewerber einen Verstoß gegen das Grundrecht auf wirkungsvollen Rechtsschutz zur Durchsetzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs (Art. 19 Abs. 4 Satz 1, Art. 33 Abs. 2 GG). Das Leistungsprinzip des Art. 33 Abs. 2 GG spielt in der Entscheidung des BVerwG auch bei der Informationspflicht des Dienstherrn gegenüber den unterlegenen Beamten die entscheidende Rolle. Hierzu hatte das BVerwG schon am 1.4.2004 (Buchholz 237.8 § 10 RhPLBG Nr 1 = BayVBI 2004, 696 = DÖD 2004, 250 = IÖD 2005, 2 = NVwZ 2004, 1257) ausgeführt, dass der Dienstherr auch bei solchen Beförderungsaktionen, bei denen eine große Zahl von Beamten zur gleichen Zeit befördert wird (sog. „Massenbeförderung“), die für eine Beförderung nicht vorgesehenen Beamten über das Ergebnis der Auswahlentscheidung und über die maßgebenden Gründe für seine Entscheidung rechtzeitig vor der Ernennung der von ihm ausgewählten Bewerber zu unterrichten hat. Unterlässt der Dienstherr diese Benachrichtigung, so verstößt er nicht nur gegen den **Bewerbungsverfahrensanspruch** und gegen die ihm obliegende **Fürsorgepflicht**, es verbessern sich auch die Erfolgsaussichten des Beamten in einem späteren Schadensersatzprozess wegen unterbliebener Beförderung. Ohne rechtzeitige Unterrichtung kann nämlich dem nicht berücksichtigten und auf Schadensersatz klagenden Beamten regelmäßig nicht der Vorwurf gemacht werden, schuldhaft ein Rechtsmittel gegen die Besetzung der Beförderungsstellen versäumt zu haben.

In der Konsequenz sind die im Auswahlverfahren nicht berücksichtigten Beamten künftig vor Aushängung der Ernennungsurkunden an den oder die ausgewählten Bewerber (schriftlich) darüber in Kenntnis zu setzen, dass und warum sie nicht ausgewählt worden sind. Gleichzeitig ist ihnen eine

angemessene Frist (mindestens zwei Wochen) einzuräumen, um Überlegungen dahingehend anstellen zu können, ob sie gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen.

4. Aktualität der Beurteilungen

Bei Personalauswahlentscheidungen, die auf dienstlichen Beurteilungen beruhen, stellt sich stets die Frage nach deren Aktualität. Die der Auswahl zugrundegelegten dienstlichen Beurteilungen dürfen im Verhältnis mehrerer Bewerber zueinander nicht von „erheblich unterschiedlicher Aktualität“ sein (vgl. Zängl in Weiß/Niedermaier/Summer/Zängl, Beamtenrecht in Bayern, § 9 BeamStG, Rn. 136). In seinem Urteil vom 30.6.2011 sieht das BVerwG einen (weiteren) Verstoß gegen das Leistungsprinzip des Art. 33 Abs. 2 GG darin, dass die Beförderungsentscheidungen in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall *„keine hinreichend aussagekräftigen, weil nicht mehr aktuellen dienstlichen Beurteilungen zugrunde lagen“*. Die für die Ernennungen maßgeblichen Beförderungsranglisten und damit die allein maßgebliche Auswahlentscheidung wurden zwar in dem Fall, welcher der Entscheidung des BVerwG zugrundeliegt, unmittelbar im Anschluss an die Regelbeurteilungsrunde (alle drei Jahre) erstellt, eine Aktualisierung dieser Ranglisten erfolgte aber nicht. Eine solche Aktualisierung wäre aber aus Gründen des für die Auswahl maßgeblichen Leistungsprinzips erforderlich gewesen. Mit dem Leistungsgedanken des Art. 33 Abs. 2 GG stimmen nach Ansicht des BVerwG nur solche Merkmale überein, die darüber Aufschluss geben können, in welchem Maß die Bewerber die Erfordernisse des angestrebten Dienstpostens voraussichtlich erfüllen können. Der Leistungsvergleich muss deshalb anhand aussagekräftiger, hinreichend differenzierter und vor allem auch **aktueller Beurteilungsvorgänge** möglich sein und auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhen. Ein Verstoß gegen das Leistungsprinzip des Art. 33 Abs. 2 GG liegt bei einer „Überalterung“ der zu vergleichenden dienstlichen Beurteilungen also deshalb vor, weil es an einem geeigneten Vergleichsmaßstab fehlt.

Die Forderung des BVerwG nach einer Aktualität von Beurteilungen als Grundlage von Auswahlentscheidungen führt für die Zukunft entweder dazu, dass Regelbeurteilungen in einem kürzeren zeitlichen Abstand vorgenommen werden müssen oder sie führt dazu, vermehrt Anlassbeurteilungen in die Auswahlentscheidungen mit einzubeziehen.

Dr. Maximilian Baßlsperger

*Eine ausführliche Darstellung der Problematik finden Sie in der April-Ausgabe 4/2012 der Zeitschrift ZBR auf S. 109 ff. Die Veröffentlichung dieser Zusammenfassung für Rehmnetz erfolgt mit freundlicher Genehmigung von Prof. Dr. Mathias Pechstein, dem Schriftleiter der ZBR.