



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 2 B 117.07
OVG 3 LB 28/06

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 24. September 2008
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Herbert,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Kugele und
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Thomsen

beschlossen:

Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgerichts vom 19. Juli 2007 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwerdeverfahren auf 16 885 € festgesetzt.

G r ü n d e :

- 1 1. Die Klägerin begehrt ihre Beförderung zur Amtsinspektorin (BesGr A 9). Hilfsweise möchte sie die Verurteilung des Beklagten erreichen, für den ihr derzeit übertragenen Dienstposten beim Landesgesetzgeber eine A 9-Planstelle einzuwerben; weiter hilfsweise begehrt sie, ihr rückwirkend seit 1. Juli 1994 eine Zulage nach § 46 BBesG zu gewähren. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, öffentliche Ämter seien nur nach dem Grundsatz der Bestenauslese zu besetzen; die jahrelange Wahrnehmung eines vom Dienstherrn als höherwertig eingestuften Dienstpostens begründe keinen Beförderungsanspruch. Die Klägerin könne vom Beklagten nicht verlangen, eine A 9-Planstelle beim Haushaltsgesetzgeber einzuwerben oder ihr eine Zulage nach § 46 BBesG zu gewähren.
- 2 2. Sämtliche als vermeintlich rechtsgrundsätzlich aufgeworfenen Rechtsfragen führen nicht zur Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO).
- 3 a) Die Frage, ob von einer gegen die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums verstoßenden Besoldung bzw. einer die Fürsorgepflicht verletzenden Beschäftigung eines Beamten auszugehen sei, wenn diesem unbefristet die Wahrnehmung eines höherwertigen Dienstpostens übertragen worden sei und der Beamte diesen Dienstposten seit inzwischen über 13 Jahren ausübe, ohne dass eine Beförderung oder ein monetärer Ausgleich erfolgt sei, be-

darf keiner rechtsgrundsätzlichen Klärung in einem Revisionsverfahren. Sie lässt sich ohne Durchführung eines Revisionsverfahrens anhand der bisherigen Senatsrechtsprechung ohne Weiteres beantworten.

- 4 Danach werden weder die Planstellen in Wahrnehmung der Fürsorgepflicht des Dienstherrn gegenüber seinen Beamten im Haushaltsplan ausgebracht noch die Dienstposten nach diesem Grundsatz bewertet. Beides erfolgt vielmehr allein im öffentlichen Interesse. Deshalb hat ein Beamter grundsätzlich keinen Rechtsanspruch auf Beförderung. Auch die Fürsorgepflicht des Dienstherrn besteht grundsätzlich nur in den Grenzen des bereits bekleideten statusrechtlichen Amtes (stRspr, vgl. schon Urteil vom 30. August 1962 - BVerwG 2 C 16.60 - BVerwGE 15, 3 sowie z.B. Urteile vom 26. Juni 1986 - BVerwG 2 C 41.84 - Buchholz 237.4 § 8 LBG Hamburg Nr. 1 und vom 31. Mai 1990 - BVerwG 2 C 16.89 - Buchholz 237.6 § 14 NdsLBG Nr. 1).
- 5 Deshalb kann unentschieden bleiben, ob der der Klägerin übertragene Dienstposten als sog. gebündelter Dienstposten mit der Rechtsfolge einzustufen ist, dass er für den Beamten in jedem der beiden statusrechtlichen Ämter, BesGr A 8 und A 9, einen amtsangemessenen und damit keinen höher bewerteten Dienstposten darstellt (vgl. z.B. Urteil vom 25. Januar 2007 - BVerwG 2 A 2.06 - Buchholz 232.1 § 11 BLV Nr. 4), weshalb schon die Prämisse der Klägerin nicht vorläge, ihr sei seit Jahren ein im Vergleich zu ihrem Statusamt höherwertiger Dienstposten übertragen. Denn auch für den Fall, dass ihr ein solcher Dienstposten übertragen ist, wovon das Berufungsgericht ausgeht, ergäbe sich allein daraus wegen Art. 33 Abs. 2 GG kein Beförderungsanspruch.
- 6 b) Die weitere Frage, ob sich der aus Art. 33 Abs. 2 GG und § 10 Abs. 1 LBG ergebende Grundsatz, öffentliche Ämter nach dem Grundsatz der Bestenauslese zu besetzen, zwingende Ausnahmen erfordere, wenn ein Beamter eine unangemessen lange Zeit ein höher bewertetes Amt ausübe, ohne entsprechend besoldet zu werden, ist in der Senatsrechtsprechung ebenfalls geklärt.
- 7 Danach gilt für die Besetzung von Beförderungsämtern einer Laufbahn ausschließlich der Leistungsgrundsatz gemäß Art. 33 Abs. 2 GG. Belange, die nicht

im Leistungsgrundsatz verankert sind, können nur Berücksichtigung finden, wenn ihnen außerhalb von Art. 33 Abs. 2 GG Verfassungsrang eingeräumt ist (Urteil vom 28. Oktober 2004 - BVerwG 2 C 23.03 - BVerwGE 122, 147 = Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 30). Der Dienstherr ist bei der Anwendung des ihm im Rahmen des Leistungsgrundsatzes eingeräumten Beurteilungsspielraums allerdings verpflichtet, neben dem Interesse an der bestmöglichen Besetzung einer Beförderungsstelle auch dem Interesse des Beamten an einem angemessenen beruflichen Aufstieg Rechnung zu tragen (Urteile vom 17. September 1964 - BVerwG 2 C 121.62 - BVerwGE 19, 252 <255> = Buchholz 232 § 23 BBG Nr. 6, vom 9. Oktober 1975 - BVerwG 2 C 62.73 - BVerwGE 49, 214 <220> und vom 16. Oktober 1975 - BVerwG 2 C 43.73 - BVerwGE 49, 232 <237>). Er darf deshalb den Beamten nicht aus unsachlichen Gründen von der Beförderung ausschließen. Der Beamte kann beanspruchen, dass über seine Bewerbung ohne Rechtsfehler vorrangig aufgrund leistungsbezogener Kriterien entschieden und von praktizierten, das Ermessen bindenden Richtlinien nicht zu seinem Nachteil grundlos abgewichen wird (stRspr, vgl. u.a. Urteil vom 21. August 2003 - BVerwG 2 C 14.02 - BVerwGE 118, 370 <372> = Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 27 m.w.N.).

- 8 Ein Anspruch des Beamten auf Beförderung kann daher nur in dem eng begrenzten Ausnahmefall bestehen, dass eine freie und besetzbare Beförderungsstelle vorhanden ist, die der Dienstherr im Zeitpunkt der Entscheidung über den Beförderungsantrag auch tatsächlich besetzen will und bei der er seine Beurteilungsermächtigung sowie sein Ermessen dahin ausgeübt hat, dass er allein diesen Beamten für den am besten Geeigneten hält. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, an die das Revisionsgericht nach § 137 Abs. 2 VwGO gebunden wäre, hat die Klägerin in keiner Regelbeurteilung die für eine Beförderung erforderliche Qualifikation von wenigstens 140 Punkten erlangt; nur solche Beförderungsbewerber, die wenigstens diese Qualifikationsstufe erreicht hatten, wurden zum Amtsinspektor befördert.
- 9 Die bloße Einstufung des Dienstpostens, den die Klägerin innehat, stellt nach dieser Rechtsprechung kein leistungsbezogenes Auswahlkriterium dar. Zwar sind bei der Beurteilung des Leistungsvermögens eines Beamten und seiner

voraussichtlichen Bewährung in einem höheren Amt auch die Anforderungen in den Blick zu nehmen, die sein Dienstposten stellt. Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass der Inhaber eines höherwertigen Dienstpostens leistungsstärker ist als der Inhaber niedriger bewerteter Dienstposten. Die unterschiedliche Einstufung der Dienstposten von Bewerbern rechtfertigt es daher nicht, von einem Leistungsvergleich zwischen ihnen abzusehen (Urteil vom 17. August 2005 - BVerwG 2 C 37.04 - BVerwGE 124, 99 = Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 32). Daraus folgt, dass auch die langjährige Übertragung eines im Verhältnis zum verliehenen Statusamt höherwertigen Dienstpostens keine Ausnahme vom Grundsatz der Bestenauslese rechtfertigt.

- 10 c) Die Frage, ob der in § 11 Abs. 1 Satz 2 SH.LVO i.V.m. § 10 Abs. 1 LBG verankerte Grundsatz der Bestenauslese auch dann verfassungsgemäß ist, wenn er Ausnahmslosigkeit beanspruche, sowie die Frage, wie lange der Dienstherr einen Beamten in einer höherwertigen Funktion beschäftigen dürfe, ohne ihn befördern zu müssen, lassen sich ebenfalls ohne Durchführung eines Revisionsverfahrens ohne Weiteres beantworten.
- 11 Die Antwort auf die erste der beiden Fragen ergibt sich bereits aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Bestenauslese in Art. 33 Abs. 2 GG, der in der zitierten Bestimmung des Landesrechts lediglich nachgezeichnet ist. Die zweite der beiden Fragen lässt sich unschwer bereits mit dem von der Beschwerde in Bezug genommenen Senatsurteil vom 24. Januar 1985 - BVerwG 2 C 39.82 - (Buchholz 235 § 18 BBesG Nr. 24 = NVwZ 1986, 123 <124> m.w.N.) beantworten. Danach kann bei langjähriger Übertragung eines höherwertigen Dienstpostens ausnahmsweise als Inhalt der Fürsorgepflicht gegenüber dem Beamten auch eine Verpflichtung des Dienstherrn in Betracht kommen, auf eine Beförderungsmöglichkeit durch Bereitstellung einer höher bewerteten Planstelle hinzuwirken. Diese Ausnahme setzt zweierlei voraus: Der Exekutive muss - erstens - im konkreten Fall nur noch die Verwirklichung des bereits anderweitig geäußerten Willens des Gesetzgebers obliegen, und - zweitens - muss allein die Beförderung dieses Beamten in Betracht kommen. Daraus folgt, dass dem Grundsatz der Bestenauslese auch bei langjähriger Übertragung eines höherwertigen Amtes stets der Vorrang gebührt. Ein Ausnahmefall,

wie er der Beschwerde vorschwebt, kann deshalb überhaupt nur dann in Betracht kommen, wenn es um die Beförderung eines einzigen Beförderungsbewerbers geht. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts war dies im Fall der Klägerin bislang nie der Fall.

- 12 d) Mit der Senatsentscheidung vom 24. Januar 1985 - BVerwG 2 C 39.82 - (a.a.O.) ist auch die weitere (sinngemäße) Frage beantwortet, ob der Dienstherr dazu verpflichtet sei, eine entsprechende Planstelle einzuwerben und im Wege des Ausleseverfahrens nach § 10 Abs. 1 LBG zu vergeben, wenn dem Beförderungsanspruch der Erfolg versagt bliebe. Denn Voraussetzung hierfür wäre u.a., dass nur über einen einzigen Beförderungsbewerber zu entscheiden wäre. Ein solcher Fall liegt nicht vor.
- 13 f) Nicht klärungsbedürftig sind schließlich auch sämtliche im Zusammenhang mit § 46 Abs. 1 Satz 1 BBesG aufgeworfenen Rechtsfragen.
- 14 (1) Die Frage, ob die Vorschrift analog auf Fälle anzuwenden sei, in denen der Dienstherr einen Beamten ohne zeitliche Begrenzung auf einem höherwertigen Dienstposten nicht nur vertretungsweise beschäftigt, lässt sich bereits mit dem in § 2 Abs. 1 BBesG geregelten Gesetzesvorbehalt verneinend beantworten. Dies hat der beschließende Senat bereits mehrfach entschieden (vgl. u.a. Urteile vom 14. Mai 1964 - BVerwG 2 C 133.60 - BVerwGE 18, 293 <295 f.> = Buchholz 231 § 97 DBG Nr. 1, vom 20. Juni 1996 - BVerwG 2 C 7.95 - Buchholz 240 § 2 BBesG Nr. 8, vom 17. Juni 2004 - BVerwG 2 C 34.02 - BVerwGE 121, 91 = Buchholz 11 Art. 33 Abs. 5 GG Nr. 79, vom 28. April 2005 - BVerwG 2 C 1.04 - BVerwGE 123, 308 <310> und vom 21. Juni 2007 - BVerwG 2 C 17.06 - Buchholz 240 § 57 BBesG Nr. 4 sowie - zuletzt - Beschluss vom 19. Dezember 2007 - BVerwG 2 B 35.07 - juris Rn. 7).
- 15 (2) Die zweite in diesem Zusammenhang gestellte Frage, ob durch das Tatbestandsmerkmal „vorübergehend vertretungsweise“ Beamte von der Verwendungszulage ausgeschlossen seien, denen ein Amt auf Dauer übertragen werde, ist mit der gerade zitierten Senatsrechtsprechung ebenfalls zu bejahen. Ein nicht dem Wortlaut des Gesetzes entsprechendes Normverständnis kann

grundsätzlich nur durch Analogie oder durch teleologische Interpretation hergestellt werden. Die Analogie scheidet aus, weil keine planwidrige Gesetzeslücke erkennbar ist (Urteile vom 24. November 1960 - BVerwG 2 C 6.58 - BVerwGE 11, 263 <264> und vom 28. Dezember 1971 - BVerwG 6 C 17.68 - BVerwGE 39, 221 <228> = Buchholz 232 § 125 BBG Nr. 27; Beschluss vom 19. Dezember 2007 - BVerwG 2 B 35.07 - a.a.O.). Auch begrifflich (vgl. dazu § 1 Abs. 2 Nr. 4 BBesG) verbietet es sich, dass für ein auf Dauer übertragenes Amt eine Zulage nach § 46 BBesG gewährt wird. Hierfür hält der Besoldungsgesetzgeber andere Instrumentarien bereit, z.B. die Amtszulagen in § 42 Abs. 1 und 2 BBesG. Die in § 46 BBesG geregelte Zulage hingegen ist eine Stellenzulage, weil sie nur für die Dauer der Wahrnehmung des höherwertigen Amtes gewährt wird (§ 42 Abs. 3 BBesG). Mit Recht weist die Beschwerde darauf hin, dass sich aus der Unterscheidung zwischen vorübergehender und dauerhafter Übertragung eines Funktionsamtes ableiten lassen müsse, dass für jene eine Zulage nach § 46 BBesG und für diese die Beförderung in das entsprechende Statusamt vorgesehen sei. Dies führt allerdings nicht zu dem Schluss, infolge der dauerhaften Übertragung eines höherwertigen Amtes dürften der Verfassungsgrundsatz der Bestenauslese und das Vorliegen der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen unberücksichtigt bleiben. Deshalb hat der Senat in seiner Entscheidung vom 24. Januar 1985 - BVerwG 2 C 39.82 - (a.a.O.) die Annahme eines ausnahmsweise gegebenen Beförderungsanspruchs unter die enge Prämisse gestellt, dass bei langjähriger Übertragung eines höherwertigen Dienstpostens der Dienstherr verpflichtet sein könne, auf die Bereitstellung einer höher bewerteten Planstelle für den betreffenden Beamten hinzuwirken, wenn nur über die Beförderung dieses Beamten zu entscheiden ist.

- 16 Mit diesen Ausführungen ist auch die Frage verneinend beantwortet, ob § 46 BBesG notwendigerweise einer Analogie in denjenigen Fällen zugänglich sei, in denen Beamten dauerhaft höher bewertete Tätigkeiten zugewiesen seien, ohne dass eine Beförderung stattfindet (vgl. die Beschwerdebegründung S. 11 lit. c).

- 17 (3) Nicht in der gebotenen Weise dargelegt (§ 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO) ist, ob § 46 BBesG in dem Sinne verfassungskonform ausgelegt werden müsse, dass auch Beamten, denen dauerhaft höherwertige Aufgaben übertragen würden, Zulagen zu gewähren seien. Davon abgesehen bedarf es keiner Klärung in einem Revisionsverfahren, dass der Mangel einer Planstelle nicht durch eine „verfassungskonforme Auslegung“ des § 46 BBesG überspielt werden kann.
- 18 3. Die Divergenzrüge nach § 127 Nr. 1 BRRG ist unzulässig. Sie ging mit Schriftsatz vom 25. Januar 2008 per Fax am selben Tag beim Bundesverwaltungsgericht ein. Das Berufungsurteil wurde den Prozessbevollmächtigten der Klägerin am 14. August 2007 zugestellt. Die Frist zur Begründung ist somit am 15. Oktober 2007 abgelaufen (§ 133 Abs. 3 Satz 1 VwGO).
- 19 Auch wenn die verfristete Divergenzrüge als eine zulässige Ergänzung der fristgerecht erhobenen Grundsatzrüge verstanden würde, führte das nicht zur Zulassung der Revision. Denn nach Sinn und Zweck des § 46 Abs. 1 Satz 1 BBesG werden die besoldungsrechtlichen Folgen geregelt, die sich daraus ergeben, dass ein Beamter Aufgaben vertretungsweise wahrnimmt, die einem höherwertigem Amt im statusrechtlichen Sinne zugeordnet sind, die höherwertige Planstelle also vakant ist. Das folgt aus den Einschränkungen der Tatbestandsvoraussetzungen der Norm in organisatorischer, zeitlicher, haushaltsrechtlicher und laufbahnrechtlicher Hinsicht. Dazu gehört u.a. die kommissarische Übertragung des höherwertigen Dienstpostens sowie die nach dem Haushaltsrecht und dem Laufbahnrecht bestehende Möglichkeit, den Beamten zu befördern (Urteil vom 28. April 2005 - BVerwG 2 C 29.04 - Buchholz 240 § 46 BBesG Nr. 3). Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Der von der Klägerin bekleidete Dienstposten war ihr nicht nur „vorübergehend vertretungsweise“ übertragen. Die zu dem entsprechenden höherwertigen Amt gehörige Planstelle war nicht vakant.
- 20 4. Die im Zusammenhang mit den Voraussetzungen des § 46 Abs. 1 Satz 1 BBesG erhobene Verfahrensrüge (§ 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) ist schon deswegen unzulässig, weil die Beschwerde nicht dargelegt hat, dass die angegriffene Entscheidung auf den vom Oberverwaltungsgericht geäußerten Zweifeln an

der Übertragung eines höherwertigen Amtes und dem Vorliegen der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für die Übertragung dieses Amtes beruht. Von einer weiteren Begründung sieht der Senat gemäß § 133 Abs. 5 Satz 2 VwGO ab.

- 21 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO, die Festsetzung des Streitwerts ergibt sich aus § 52 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 1 Nr. 1 GKG.

Herbert

Prof. Dr. Kugele

Thomsen