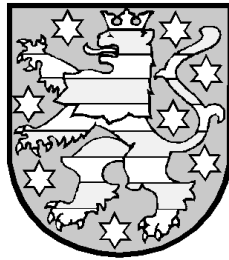

THÜRINGER OBERVERWALTUNGSGERICHT



- 2. Senat -

2 EO 132/12

Verwaltungsgericht Weimar

- 4. Kammer -

4 E 1055/11 We

Beschluss

In dem Verwaltungsstreitverfahren

des Polizeimeisters _____ K_____,
G_____, _____ E_____

Antragsteller und Beschwerdegegner

bevollmächtigt:
Rechtsanwälte Mangel u. a.,
Elisabethstraße 8, 99096 Erfurt

gegen

den Freistaat Thüringen,
vertreten durch den Thüringer Innenminister,
Steigerstraße 24, 99096 Erfurt

Antragsgegner und Beschwerdeführer

beigeladen:

Polizeimeister _____ S_____,
U_____, _____ K_____

Beigeladener

bevollmächtigt:
Rechtsanwälte Siegel und Rienecker,
Lindenallee 8, 99310 Arnstadt

wegen

Beförderungen,
hier: Beschwerde nach § 123 VwGO

hat der 2. Senat des Thüringer Oberverwaltungsgerichts durch den Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts Prof. Dr. Schwan, den Richter am Oberverwaltungsgericht Gravert und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Hampel

am 23. Oktober 2012 **beschlossen**:

Die Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Weimar vom 2. Februar 2012 - Az. 4 E 1055/11 We - wird zurückgewiesen.

Der Antragsgegner hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen zu tragen, die dieser selbst trägt.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 8.713,41 Euro festgesetzt.

G r ü n d e

I.

Der Antragsteller begehrt vorläufigen Rechtsschutz gegen die beabsichtigte Beförderung des Beigeladenen zum Polizeiobermeister (Besoldungsgruppe A 8 ThürBesG).

Der im Jahr _____ geborene Antragsteller trat am _____ als Polizeianwärter in den Polizeidienst ein. Mit Wirkung vom _____ wurde er zum Polizeimeister (Besoldungsgruppe A 7 BBesG) und mit Wirkung vom _____ zum Beamten auf Lebenszeit ernannt. In der letzten periodischen Beurteilung zum Stichtag 1. Januar 2010 erhielt er das Gesamturteil „entspricht den Anforderungen - obere Grenze“. Gegen die Beurteilung legte er „Widerspruch“ ein, der mit Widerspruchsbescheid vom 11. Mai 2011 zurückgewiesen wurde. Gegen die Beurteilung in der Fassung des Widerspruchsbescheids erhob er am 17. November 2011 Klage vor dem Verwaltungsgericht (Az.: 4 K 588/11 We).

Der im Jahr _____ geborene Beigeladene trat mit Wirkung vom 1. September 2003 als Polizeimeister-Anwärter in den Polizeidienst ein. Mit Wirkung vom _____ wurde er zum Polizeimeister (Besoldungsgruppe A 7) und zum _____ 2008 zum Beamten auf Lebenszeit ernannt. In der periodischen Beurteilung zum Stichtag 1. Januar 2010 erhielt er das Gesamturteil „übertrifft die Anforderungen - obere Grenze (4,33 Punkte)“.

Der Antragsgegner erteilte unter dem 10. August 2011 der Polizeidirektion E_____ die Zustimmung, zum 1. Oktober 2011 unter anderem neun Beförderungen zum/r Polizei-/Kriminalobermeister/in (Besoldungsgruppe A 8 ThürBesG) vorzunehmen. Mit Datum vom 22. August 2011 zeichnete der Leiter der Polizeidirektion E___ eine Liste, die mit „Vorschläge Beförderungen zum 01.10.2012“ überschrieben ist und in der beförderungsfähige Polizeibeamtinnen und -beamte in absteigender Reihenfolge ihrer aktuellen Beurteilungen zum Stichtag 1. Januar 2010 und im Falle eines Gleichstandes in der Reihenfolge ihrer Vorbeurteilungen aufgeführt sind. Auf Platz 1 bis 9 sind die Bewerber verzeichnet, die der Antragsgegner zur Beförderung ausgewählt hat, der Beigeladene nimmt dabei Rangstelle 9 ein; der Antragsteller ist auf Platz 25 notiert. In Spalte 8 sind für alle Beamten die Bewertungen aus den letzten Beurteilungen (Stichtag 1. Januar 2010) verzeichnet, in Spalte 10 die Ergebnisse aus der vorletzten Beurteilung, überwiegend zum Stichtag 1. Januar 2007. Die auf Rangstelle 1 bis 9 platzierten Beamten sind in ihrer jeweils letzten Beurteilung mit dem Gesamturteil von 4,33 Punkten beurteilt worden. Am Schluss der Liste ist unter anderem vermerkt, dass die Auswahlentscheidung im Leistungsvergleich der aktuellen Beurteilungen zum Stichtag 1. Januar 2010 für die Bewerber auf den Rangstellen 1. bis 9. erfolgt sei. Nach Anhörung des örtlichen Personalrats teilte der Antragsgegner dem Antragsteller durch Schreiben vom 1. September 2011 mit, dass beabsichtigt sei, neun namentlich benannte Beamte zu befördern. Hiergegen erhob der Antragsteller durch Schreiben vom 9. September 2011 Widerspruch.

Am 26. September 2011 hat der Antragsteller beim Verwaltungsgericht um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht. Den Antrag hat er im Wesentlichen damit begründet, dass die angefochtene dienstliche Beurteilung formell rechtswidrig sei. Sie sei auch deshalb rechtswidrig, weil sie sich auf Wertungen voreingenommener Beamter gründe.

Das Verwaltungsgericht hat dem Antrag durch Beschluss vom 2. Februar 2012 stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Auswahlentscheidung auf Grund einer Rangliste ohne zugrundeliegende Ämterbewertung nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 30. Juni 2011 - 2 C 19/10 - NVwZ 2011, S. 1270) rechtswidrig sei. Die Auswahl erfolge nach einer Beförderungsrangliste auf der Grundlage sog. gebündelter Dienstposten (Besoldungsgruppen A 7 bis A 9 ThürBesG), ohne dass eine Ämterbewertung stattgefunden habe. Dies verletze den gesetzlichen Grundsatz der funktionsgerechten Besoldung, wie er in Thüringen in § 16 Abs. 1 ThürBesG gesetzlichen Niederschlag gefunden habe. § 16 Abs. 1 ThürBesG entspreche inhaltlich § 18 BBesG, der der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zugrundeliege.

Nach § 18 Satz 1 BBesG (bzw. in Thüringen § 16 Abs. 1 ThürBesG) müsse eine Ämterbewertung stattfinden; Satz 2 lege als Kriterium für diese Bewertung die "Wertigkeit" der Ämter bzw. Funktionen fest. Es sei das typische Aufgabenprofil der Ämter im konkret-funktionellen Sinn (Dienstposten) zu ermitteln. Weiterhin forderten beide Sätze des § 18 BBesG bzw. § 16 Abs. 1 ThürBesG, dass die Funktionen nach ihrer Wertigkeit Ämtern, d. h. Ämtern im statusrechtlichen Sinne (Satz 1) und damit Besoldungsgruppen (Satz 2) zugeordnet werden. Dies bedeute, dass die Anforderungen, die sich aus dem Aufgabenprofil einer Funktion ergäben, mit den Anforderungen anderer Funktionen zu vergleichen seien. Je höher die Anforderungen gewichtet würden, desto höher die Besoldungsgruppe, der die Funktion zuzuordnen sei. Damit trage die Ämterbewertung nach § 18 BBesG (§ 16 ThürBesG) den hergebrachten Grundsätzen des Leistungsprinzips, des Alimentationsprinzips und vor allem dem hergebrachten Grundsatz der amtsangemessenen Beschäftigung Rechnung.

Es sei anerkannt, dass dem Dienstherrn bei der Bestimmung der Wertigkeit im Sinne von § 18 Satz 2 BBesG (§ 16 Abs. 1 ThürBesG) ein weiter Beurteilungsspielraum zustehe (Organisationsermessen). Die Zuordnung der Dienstposten zu einem statusrechtlichen Amt einer bestimmten Besoldungsgruppe liege im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben des Besoldungs- und des Haushaltsrechts in der organisatorischen Gestaltungsfreiheit des Dienstherrn. Mit dem statusrechtlichen Amt und dessen Zuordnung zu einer bestimmten Besoldungsgruppe in Relation zu anderen Ämtern sowie der laufbahnrechtlichen Einordnung würden abstrakt Inhalt, Bedeutung, Umfang und Verantwortung und damit die Wertigkeit des Amtes zum Ausdruck gebracht. Je-

doch müsse der Dienstherr zwei gesetzliche Vorgaben beachten: Zum einen enthalte § 18 BBesG (§ 16 Abs. 1 ThürBesG) einen Handlungsauftrag. Fehle eine normative Ämterbewertung, so sei der Dienstherr gesetzlich verpflichtet, eine nichtnormative Ämterbewertung vorzunehmen und sie seiner Personalwirtschaft zugrunde zu legen. Zum anderen dürften die Funktionen (Dienstposten) nicht ohne sachlichen Grund gebündelt, d. h. mehreren Statusämtern einer Laufbahngruppe zugeordnet werden. Die Einrichtung gebündelter Dienstposten bedürfe einer besonderen sachlichen Rechtfertigung, die sich nur aus den Besonderheiten der jeweiligen Verwaltung ergeben könne. Weiterhin sei zu beachten, dass die Zuordnung von Beförderungsämtern zu bestimmten Dienstposten nach § 25 BBesG (§ 22 ThürBesG) voraussetze, dass sich diese nach der Wertigkeit der Aufgaben deutlich von der niedrigeren Besoldungsgruppe abheben.

Soweit nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts die gebündelte Dienstpostenbewertung nicht völlig ausgeschlossen sein solle, sei für die im mittleren Polizeivollzugsdienst im Bereich der PD E___ praktizierte gebündelte Dienstpostenbewertung, die drei Besoldungsgruppen betreffe, keine besondere sachliche Rechtfertigung ersichtlich. Von dem Prinzip, dass Statusamt und Funktionsamt nicht dauerhaft auseinanderfallen dürften und zu verknüpfen seien, könne - allenfalls - in eng zu verstehenden Ausnahmefällen abgewichen werden. Der Vortrag des Antragsgegners sei nicht geeignet, solche schwerwiegenden Besonderheiten zu begründen. Der Vortrag des Antragsgegners, die Polizeiverwaltung sei maßgeblich davon geprägt, besonders schnell auf kurzfristig entstandene Bedarfslagen vor Ort reagieren zu müssen, wobei es erforderlich werden könne, Beamten kurzfristig zusätzliche Aufgaben zu übertragen, Umsetzungen vorzunehmen bzw. Aufgaben umzuverteilen, begründe nicht, warum die jeweiligen Aufgaben nicht bewertet und bestimmten Funktionen zugeordnet werden können sollten. Gleiches gelte für die angeführte erhöhte Flexibilität des Personaleinsatzes bei gebündelten Dienstposten. Die diesbezügliche Argumentation widerspreche der sich aus der rechtsstaatlichen Gesetzesbindung ergebenden Verpflichtung des Dienstherrn, dem Beamten solche Funktionsämter zu übertragen, die in ihrer Wertigkeit dem Amt im statusrechtlichen Sinne entsprechen.

Die leichtere Einsetzbarkeit des Personals sei dem Leistungsgrundsatz ebenso wenig zuzuordnen wie die Erweiterung des Spielraums der Personalführung und die

Steigerung der Mobilität. Die vom Antragsgegner vorgebrachten Überlegungen seien nicht nur völlig pauschal gehalten, sondern wegen ihrer verwaltungstechnischen und personalwirtschaftlichen Natur komme ihnen auch kein Verfassungsrang zu. Für sie ließen sich Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit anführen, sie seien aber nicht geeignet, die in Art. 33 Abs. 5 GG angelegte Sperre gegen die Einschränkung grundlegender Strukturprinzipien zu überwinden. Zudem sei der Kammer aus anderen Verfahren aus dem Bereich des Polizeivollzugsdienstes des Antragsgegners bekannt, dass neben der Bündelbewertung von Dienstposten durchaus auch feste Bewertungen vorkämen. Es sei außerdem kein wesentlicher struktureller Unterschied zwischen dem Bereich der Zollverwaltung, den die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Juni 2011 betroffen habe, und dem Bereich des Polizeivollzugsdienstes in der Thüringer Polizei erkennbar.

Seien nach alledem gesetzeswidrig gebündelte Dienstposten geschaffen, so gebe es kein höher bewertetes Amt bzw. keinen höherwertigen Dienstposten, an dessen Anforderungen die einzelnen Beamten und Beförderungsbewerber bei dem Leistungsvergleich zu messen wären. Ein gebündelter Dienstposten sei für einen Beamten im niedrigeren Statusamt kein höher bewerteter Dienstposten. Das Fehlen einer Dienstpostenbewertung führe zur Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Beförderung. Es könne offenbleiben, ob dies im Hinblick auf die in den dienstlichen Beurteilungen der Polizeivollzugsbeamten gemäß den laufbahnrechtlichen Vorgaben des § 53 Abs. 4 S. 1 ThürLbVO zu treffenden Angaben zur Verwendungseignung auch auf die herangezogenen dienstlichen Beurteilungen durchgreife.

Auf dieser Grundlage erscheine das Ergebnis der nach einer Dienstpostenbewertung anzustellenden Eignungsprognose offen, zumal bei der Auswahlentscheidung auch das Erfordernis hinreichender Aktualität der Beurteilungslage zu berücksichtigen sei. Dies sei hier im Hinblick auf die Beurteilungen des Antragstellers und des Beigeladenen fraglich (wird ausgeführt).

Der Antragsgegner hat gegen den am 10. Februar 2012 zugestellten Beschluss am 23. Februar 2012 Beschwerde eingelegt und sie am 9. März 2012 begründet. Darin macht er geltend, das Verwaltungsgericht gehe zu Unrecht davon aus, dass die Aussichten des Antragstellers, beim zweiten Mal ausgewählt zu werden, offen seien. Dieser sei lediglich mit 3,33 Punkten beurteilt worden und befinde sich auf Platz 25 der für eine Beförderung in Betracht kommenden Bewerber. Bei der Beförderung ge-

langten jedoch nur die ersten neun zum Zug, die mit 4,33 Punkten beurteilt worden seien.

Das Verwaltungsgericht stütze sich auch zu Unrecht auf die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Juni 2011. Eine ggf. unzulässige Bündelbewertung könne dem Antragsteller nicht zum Erfolg verhelfen. Er sei selbst Inhaber eines bündelbewerteten Dienstpostens und begehre auf der Grundlage der Bündelbewertung eine neue Auswahlentscheidung. Eine Neubewertung des Dienstpostens hätte zur Konsequenz, dass das aktuelle Auswahlverfahren aufgehoben würde und gerade keine neue Entscheidung in Bezug auf den bündelbewerteten Dienstposten erginge. Konsequenz der Neubewertung wäre, dass ein erneutes Auswahlverfahren erfolgen müsse, weil sich die Rahmenbedingungen fundamental ändern würden. In diesem Fall liefe das Begehren des Antragstellers ins Leere.

Bei dem streitbefangenen Dienstposten liege ein Fall vor, in dem im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die Einrichtung gebündelter Dienstposten aufgrund von Besonderheiten der Verwaltung gerechtfertigt sei. Der Antragsteller sei in der Organisationseinheit „Einsatz- und Streifendienst“ tätig. Dem liege der Dienstposten des nichtfunktionsgebundenen mittleren Polizeivollzugsdienstes zugrunde. Dieser Dienstposten sei bündelbewertet mit Besoldungsgruppe A 7 bis A 9. Der Einsatz- und Streifendienst erledige 24 Stunden am Tag alle anfallenden Soforteinsätze. Aufgrund des Aufgabenspektrums hingen Umfang und Schwierigkeit der wahrzunehmenden Aufgaben von der vorgefundenen Funktion am Ort des Geschehens ab. Die Einsatzlagen seien vielfältig und stellten höchst unterschiedliche Anforderungen an die Beamten. Bei Entgegennahme eines Notrufs bestehe weder die Möglichkeit noch die Zeit, das Geschehen einem Schwierigkeitsgrad zuzuordnen. Diese höchst unterschiedlichen Einsatzlagen könne der Dienstherr nicht beeinflussen. Folglich könnten die sich aus den Einsatzlagen ergebenden Anforderungen an die Beamten nicht festen Besoldungsgruppen zugeordnet werden. Eine Aufspaltung der Aufgabenfelder der Beamten in drei Besoldungsgruppen (A 7, A 8, A 9) lasse sich daher nicht vornehmen. Die Aufgabenbeschreibungen müssten sich hinreichend voneinander abgrenzen lassen; das Maß an Verantwortung, Selbständigkeit der Aufgabenerledigung und Informationsgrad unterschieden sich jedoch nicht.

Soweit das Verwaltungsgericht das Vorliegen einer Ausnahme und einen strukturellen Unterschied zwischen der Zollverwaltung und dem Polizeivollzugsdienst verneint

habe, habe es verkannt, dass dem Dienstherrn ein weites, gerichtlich nicht überprüfbares Organisationsermessen zustehe. Dem Verwaltungsgericht sei es daher verwehrt, Zollverwaltung und Polizeivollzugsdienst gleichzusetzen, ohne auf konkrete Organisationsstrukturen einzugehen. Aufgrund seiner Gestaltungsfreiheit sei der Antragsgegner nicht gehalten, seine Organisation an diejenige anderer Bundesländer anzupassen. Zudem stehe anders als in dem vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Fall eine Dienstpostenbündelung lediglich im mittleren Dienst in Rede.

Selbst wenn eine Bündelbewertung im nicht funktionsgebundenen mittleren Polizeivollzugsdienst unzulässig sein sollte, müsse die Bündelbewertung jedenfalls für eine Übergangszeit weiter zulässig sein. Das Verwaltungsgericht halte die hierzu vorgebrachten Erwägungen für Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte ohne Verfassungsrang. Durch eine sofortige Unzulässigkeit bündelbewerteter Dienstposten werde die Funktionsfähigkeit der Verwaltung aber erheblich beeinträchtigt; auch dies sei ein Gut mit Verfassungsrang. Die hergebrachten Strukturprinzipien und das Gut der Funktionsfähigkeit müssten im Wege praktischer Konkordanz zum Ausgleich gebracht werden. Dabei sei zu berücksichtigen, dass sich das Erfordernis der spitzen Dienstpostenbewertung aus dem einfachen Recht ergebe, und die Bündelbewertung lediglich während einer zeitlich begrenzten Übergangsphase praktiziert werden solle. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts habe nicht nur klarstellenden Charakter, sondern sei überraschend gewesen. Entsprechende Übergangsfristen seien mit der Verfassung vereinbar. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts gehe mit der Dienstpostenbündelung keine auf Dauer angelegte Entkopplung von Status und Funktion des Beamten einher.

Die Dienstpostenbündelung stehe auch mit § 26 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 ThürBG (Beförderungsverbot) in Einklang. Das Verwaltungsgericht übersehe, dass § 11 Satz 2 ThürLbVO Beförderungen ohne probeweise Wahrnehmung eines höherbewerteten Dienstpostens zulasse und dass sich das künftige Anforderungsprofil mit den Anforderungen der bereits ausgeübten Tätigkeit decke. Der Beamte im niedrigeren Statusamt könne so im höheren Statusamt desselben Dienstpostens erprobt werden.

Der Antragsgegner beantragt sinngemäß,

den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 2. Februar 2012 zu ändern und den Antrag abzulehnen.

Der Antragsteller hat keinen Antrag gestellt und nicht zur Sache Stellung genommen.

Der Beigeladene hat ebenfalls keinen Antrag gestellt und sich zur Sache nicht geäußert.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Gerichtsakte (2 Bände) und Beiakten (Personalakten des Antragstellers und des Beigeladenen, 2 Hefter Verwaltungsvorgänge, 1 Gerichtsakte 4 K 588/11) Bezug genommen; sie waren Gegenstand der Beratung.

II.

Die Beschwerde des Antragsgegners hat keinen Erfolg. Der Antragsgegner zeigt mit den in der Beschwerde vorgebrachten Gründen, auf deren Prüfung der Senat beschränkt ist (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), nicht auf, dass das Verwaltungsgericht den Antrag des Antragstellers hätte ablehnen müssen.

Der Senat folgt dem Verwaltungsgericht zunächst darin, dass die Grundsätze aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Juni 2011 (a. a. O., NVwZ 2011, S. 1270 [1271 f.]) auf die Rechtslage nach dem Thüringer Landesrecht zu übertragen sind. Dies ergibt sich zum einen aus dem inhaltsgleichen Wortlaut des § 18 BBesG einerseits und § 16 Abs. 1 ThürBesG andererseits. Zudem trägt, worauf das Bundesverwaltungsgericht hingewiesen hat, die Ämterbewertung nach § 18 BBesG den hergebrachten Grundsätzen des Leistungsprinzips, des Alimentationsprinzips und vor allem dem hergebrachten Grundsatz der amtsangemessenen Beschäftigung Rechnung (BVerwG, a. a. O., Rn. 27). § 18 BBesG und ebenso § 16 Abs. 1 ThürBesG stellen damit die einfach-gesetzliche Umsetzung der verfassungsrechtlichen Anforderungen dar, so dass in Bereichen, in denen - wie hier - eine normative Ämterbewertung durch Gesetz oder Rechtsverordnung fehlt, eine nichtnormative Ämterbewertung jedenfalls in Grundzügen auch dann zu erfolgen hätte, wenn sie einfach-gesetzlich nicht vorgeschrieben wäre (vgl. Möller in: Schwegmann/Summer, Besoldungsrecht des Bundes und der Länder, Stand 7/2012, § 18 BBesG, Rn. 23 f.; anders wohl OVG Rh.-Pf., Beschluss vom 18. Juli 2012 - 2 B 10606/12.OVG - amtl. Abdruck S. 9).

Die Beschwerdebegründung stützt sich zunächst darauf, bei der zu beurteilenden Tätigkeit im Einsatz- und Streifendienst stellten die Einsatzlagen an die Beamten höchst unterschiedliche Anforderungen, weshalb sie nicht festen Besoldungsgruppen zugeordnet werden könnten; das Maß an Verantwortung, Selbständigkeit der Aufgabenerledigung und Informationsgrad unterschieden sich nicht. Dieses Argument ist nicht stichhaltig.

Hierzu hat das Verwaltungsgericht ausgeführt, dass dieser Umstand nicht begründen kann, warum die jeweiligen Aufgaben nicht bewertet und bestimmten Funktionen zugeordnet werden könnten. Die Ausführungen des Antragsgegners sind, wie das Verwaltungsgericht bereits festgestellt hat, weitgehend unkonkret und vor allem personalwirtschaftlich von Belang. Eine „besondere sachliche Rechtfertigung“ hingegen, wie sie das Bundesverwaltungsgericht fordert, wird hieraus nicht erkennbar. Der Senat nimmt insoweit zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Gründe des erstinstanzlichen Beschlusses Bezug (§ 122 Abs. 2 Satz 3 VwGO).

Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil vom 30. Juni 2011 (a. a. O., Rn. 29) offengelassen, welche Maßstäbe anzulegen sind, um von einer besonderen sachlichen Rechtfertigung auszugehen. Im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Anknüpfung und den Wortlaut des § 18 BBesG bzw. § 16 Abs. 1 ThürBesG, der die Verpflichtung zur sachgerechten Dienstpostenbewertung ohne Einschränkung vorsieht, müsste es sich um Konstellationen handeln, in denen der Dienstherr nicht lediglich aus Gründen der einfacheren Personalbewirtschaftung von einer Dienstpostenbewertung absieht. Allgemeine Praktikabilitäts Gesichtspunkte reichen nicht aus (Möller in: Schwegmann/Summer, a. a. O., Rn. 26; Baßlsperger, Topfwirtschaft: Leistungsprinzip versus Praktikabilität, ZBR 2012, S. 109, [114 f.]). Vielmehr müsste es sich um Gründe handeln, die eine Bewertung aus unmittelbar sachbezogenen, in der Besonderheit der Funktion liegenden Gründen nicht zulassen und so gewichtig sind, dass sie das Herausfallen aus dem Anwendungsbereich des nichtnormativen Bewertungsgebots der §§ 18 BBesG, 16 Abs. 1 ThürBesG ausnahmsweise rechtfertigen. Verwaltungen wie die Zollverwaltung oder der Polizeivollzugsdienst kommen dafür kaum in Betracht. Entgegen der Auffassung des Antragsgegners wird sich in niedrigeren Besoldungsgruppen wie dem mittleren Polizeidienst in der Regel schwerlich eine sachliche Begründung dafür finden lassen, dass Dienstposten zwingend mehreren Statusämtern einer Laufbahngruppe zugeordnet werden müssten. Der Polizeidienst stellt in glei-

cher Weise wie die dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Juni 2011 zugrundeliegende Zollverwaltung eine typische Massenverwaltung dar, die daher auch zuvörderst dem Anwendungsbefehl der Vorschrift unterliegt (vgl. Möller in: Schwegmann/Summer, a. a. O., Rn. 27; zum Polizeidienst und insgesamt kritisch: von Roetteken, jurisPR-ArbR 4/2012 Anm. 5; ders., Auswahlentscheidungen nach dem Ende der Topfwirtschaft, ZBR 2012, S. 25 [30]; Baßlsperger, a. a. O.; vgl. auch Bundesministerium des Innern, Hinweise und Empfehlungen zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Juni 2011, D 2 - 212 241/1).

Dass im Einsatz- und Streifendienst keine Abstufung nach Inhalt, Bedeutung, Umfang und Verantwortung möglich wäre, hat der Antragsgegner nicht überzeugend darlegen können. Die rechtliche Bewertung von Dienstposten, d. h. ihre Zuordnung zu statusrechtlichen Ämtern einer bestimmten Besoldungsgruppe, liegt im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben des Besoldungs- und des Haushaltsrechts in der organisatorischen Gestaltungsfreiheit des Dienstherrn. Konkrete Vorgaben können sich aus spezialgesetzlichen, besoldungs- und laufbahnrechtlichen Regelungen ergeben. Fehlt es an solchen Bestimmungen, bleibt die erforderliche Konkretisierung dem Haushaltsrecht und in dessen Rahmen der Organisationskompetenz des Dienstherrn überlassen. Dass in dem Dienstposten Aufgaben unterschiedlicher Schwierigkeitsgrade zusammengefasst sind, die je für sich unterschiedliche Bewertungen veranlassen könnten, ist unschädlich. Der Dienstposten in seiner Gesamtheit ist Gegenstand der bewertenden Zuordnung. Maßgebend ist der Schwerpunkt der Tätigkeit, die den Dienstposten prägt (BVerwG, Urteil vom 23. Mai 2002 - 2 A 5/01 - Juris, Rn. 13, 17).

Das Argument, dass Beamte auch unversehens tätig werden müssten, ohne dass Umfang und Schwierigkeit der wahrzunehmenden Aufgaben vorher bekannt seien und ohne dass der Dienstherr hierauf Einfluss nehmen könne, gilt für viele Bereiche der öffentlichen Verwaltung. Praktisch jeder Dienstposten in der öffentlichen Verwaltung bringt es mit sich, dass der Beamte über den festgelegten Aufgabenkreis auch Aufgaben solcher Qualität wahrnehmen muss, die teilweise in ihrer Wertigkeit einem höheren oder niedrigeren statusrechtlichen Amt entsprechen. Dies ist neben Aufgaben als Abwesenheitsvertreter schon deshalb der Fall, weil sich die Funktionsbereiche häufig nicht trennscharf voneinander abgrenzen lassen oder weil sich bei bestimmten Angelegenheiten und Einsätzen Teilaufgaben im Überschneidungsbereich ergeben, die mit Blick auf den ungestörten Dienstablauf und die Arbeitseffizienz nicht

eigens einem anderen Bearbeiter überantwortet werden können. Dass ein Beamter vorübergehend ebenso Tätigkeiten zu verrichten hat, die für ein höher bewertetes funktionelles Amt kennzeichnend sind und dass dies nichts an der grundsätzlichen Bewertung seines Dienstpostens ändert, gilt im Übrigen auch für funktionsgerecht durchgestufte normative Ämterbewertungen.

Der Antragsgegner kann auch aus Rechtsgründen nicht mit Erfolg geltend machen, dass sich eine Aufspaltung der Aufgabenfelder der Beamten in drei Besoldungsgruppen (A 7, A 8, A 9) nicht vornehmen lasse und sich die Tätigkeiten im Einsatz- und Streifendienst nicht erheblich voneinander abgrenzen ließen. Wenn die Aufgabenfelder der drei Besoldungsgruppen zugeordneten Dienstposten tatsächlich nicht unterschieden, wäre eine Besoldungsabstufung mit oder ohne Dienstpostenbewertung unzulässig.

Das Verwaltungsgericht hat bereits darauf hingewiesen, dass § 18 BBesG und § 16 Abs. 1 ThürBesG von der Verknüpfung des Amtes im abstrakt-funktionellen Sinne mit dem Amt im statusrechtlichen Sinne ausgehen. Das in den Besoldungsordnungen festgesetzte Amt im statusrechtlichen Sinne kennzeichnet die Rechtsstellung des Beamten nach Amtsbezeichnung, Besoldungsgruppe und Laufbahn. Wie der Beamte grundsätzlich in Ausübung seines Amtes nur solche Tätigkeiten zu verrichten braucht, die seinem Status entsprechen, so ist umgekehrt regelmäßig mit der Übertragung des Amtes im abstrakt-funktionellen Sinne, d. h. von Funktionen bestimmter Art und Wertigkeit, die Verleihung des diesen Funktionen zugeordneten Amtes im statusrechtlichen Sinne verknüpft. § 18 BBesG normiert diesen Zusammenhang.

An das Amt im statusrechtlichen Sinne knüpft seit jeher die dem Beamten vom Dienstherrn zu gewährende Besoldung an. Denn das Alimentationsprinzip als ein das Besoldungsrecht bestimmender hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamten-tums (Art. 33 Abs. 5 GG) verpflichtet den Dienstherrn zur Gewährung eines an Dienstrang, Bedeutung und Verantwortung des Amtes orientierten und damit Dienstverpflichtung und Dienstleistung berücksichtigenden angemessenen Lebensunterhalts. Mit Blick auf den durch § 18 BBesG bzw. § 16 Abs. 1 ThürBesG normierten Zusammenhang des Amtes im abstrakt-funktionellen Sinne mit dem Amt im statusrechtlichen Sinne ist eine auf Dauer angelegte Entkoppelung von Status und Funktion mit dieser Vorschrift nicht vereinbar (vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats

vom 3. Juli 1985 - 2 BvL 16/82 - BVerfGE 70, 251 [266 ff.]; Plog/Wiedow/Schmidt, BBG, Stand 4/2012, § 18 BBesG, Anm. 1, m. zahlr. Nw.).

Vor diesem Hintergrund kann das Fehlen unterschiedlicher Anforderungen oder das unterschiedslose Verrichten des Einsatzdienstes keine sachliche Rechtfertigung für eine fehlende Dienstpostenbewertung und eine Bündelbewertung sein. Denn in diesem Fall werden Ämter mit gleichen Anforderungen und gleicher Wertigkeit unterschiedlichen Besoldungsstufen zugeordnet. Darin läge unabhängig davon, ob eine Dienstpostenbewertung besteht, ein Verstoß gegen den Grundsatz der funktionsgerechten Besoldung (a. A. OVG Rh.-Pf., a. a. O., S. 10 ff.) und das Gebot, Beförderungsämtner nur einzurichten, wenn sie sich von den Ämtern der niedrigeren Besoldungsgruppe nach der Wertigkeit der zugeordneten Funktionen wesentlich abheben (§ 22 ThürBesG, § 25 BBesG). Sollte der Vortrag des Antragsgegners allerdings zutreffen, steht es, um Beförderungsämtner zu schaffen, in seinem Organisationsermessen als Dienstherr, die Funktionen so zu ordnen und zu bewerten, dass Dienstposten hinreichend abgestufter Wertigkeit entstehen.

Der Antragsgegner kann sich nicht darauf berufen, dass eine Bündelbewertung jedenfalls für eine Übergangszeit weiter zulässig sein müsse, weil durch die angenommene Unzulässigkeit bündelbewerteter Dienstposten die Funktionsfähigkeit der Verwaltung erheblich beeinträchtigt werde. Dem steht entgegen, dass die Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit ausschließlich die geltende Rechtslage anzuwenden haben (Art. 20 Abs. 3 GG); es kommt ihnen nicht zu, eine unwirksame Norm übergangsweise anzuwenden oder - bezogen auf den vorliegenden Fall - eine dienstrechtswidrige Grundlage als rechtmäßig zu unterstellen, um erhebliche Folgen für einen der am Verfahren Beteiligten abzumildern.

Wie das Bundesverwaltungsgericht in vergleichbarem Zusammenhang mehrfach entschieden hat, geht § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO eindeutig von der Pflicht des Gerichts zur Aufhebung des rechtswidrigen und einen Kläger dadurch in seinen Rechten verletzenden Verwaltungsakts aus. Einen Spielraum hat der Gesetzgeber der Verwaltungsgerichtsordnung trotz mehrfacher Novellierungen den Verwaltungsgerichten nicht eingeräumt, obwohl die auf §§ 31 Abs. 2, 79 Abs. 1 BVerfGG beruhende, unterschiedlich abgestufte Praxis des Bundesverfassungsgerichts bei der Verwerfung von Gesetzen bekannt war. Eine den bundesverfassungsgerichtlichen Regelungen entsprechende Differenzierung sieht die Verwaltungsgerichtsordnung je-

denfalls für das Anfechtungsverfahren nicht vor. Zu einer gesetzlichen Regelung hätte der Gesetzgeber aber Gelegenheit und - falls er dies gewünscht hätte - Anlass gehabt. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich damit ausdrücklich gegen eine Anwendung der Praxis des Bundesverfassungsgerichts bei der Verwerfung von Gesetzen auf das Satzungsrecht und seine verwaltungsgerichtliche Kontrolle gewandt, weil die Verwaltungsgerichtsordnung hierfür keine gesetzliche Handhabe bietet (vgl. zur inzidenten Feststellung der Unwirksamkeit einer Satzung: BVerwG, Beschluss vom 26. Januar 1995 - 8 B 193/94 - Juris, Rn. 8; Beschluss vom 10. Februar 2000 - 11 B 54/99 - Juris, Rn. 7; BSG, Beschluss vom 18. März 1998 - B 6 KA 31/97 B - Juris, Rn. 6; OVG SH, Beschluss vom 26. November 2002 - 2 M 96/02 - Juris, Rn. 9).

Diese Rechtsprechung ist auf den vorliegenden Fall zu übertragen. Es bestehen keine rechtserheblichen Unterschiede, ob die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts aus der Unwirksamkeit einer zugrundeliegenden Norm resultiert oder die Auswahl auf einer rechtswidrigen Entscheidungsgrundlage beruht. Erweist sich eine Auswahlentscheidung als rechtswidrig und wird der Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt, so hat der unterlegene Bewerber einen Anspruch darauf, dass seinem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung stattgegeben wird. Zwar hat das Bundesverwaltungsgericht im Beschluss vom 26. Januar 1995 (a. a. O., Rn. 9) offengelassen, ob eine Ausnahme dann möglich ist, wenn die Feststellung der Unwirksamkeit einer Regelung und Aufhebung darauf gestützter Bescheide zu unlösbaren und unvermeidbaren Schwierigkeiten führt. Des Weiteren hat es das Fehlen einer ausreichenden (gesetzlichen) Grundlage vorübergehend hingenommen, wenn es zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Verwaltung unerlässlich war und die ansonsten eintretenden Folgen der verfassungsmäßigen Ordnung noch ferner stünden als der bisherige Zustand (vgl. zur Versetzung in der Schule BVerwG, Urteil vom 14. Juli 1978 - VII C 11.76 - Juris, Rn. 18; zur Anerkennung med.-psych. Untersuchungsstellen BVerwG, Beschluss vom 14. September 1998 - 3 B 116.98 - Juris). Solche schwerwiegenden oder unumkehrbaren Folgen sind hier jedoch nicht zu befürchten, weil der Antragsgegner das Besetzungsverfahren nachholen kann. Ist der Rechtsschutzantrag erfolgreich, weil es an der Dienstpostenbewertung mangelt, so hat dies in erster Linie personalwirtschaftliche Folgen, die keineswegs bedeutungslos, aber vorübergehender Natur sind und die Funktionsfähigkeit der Polizei nicht aufheben.

Dabei übersieht der Senat nicht, dass die vielfache nachzuholende Bewertung von Dienstposten und die Zuordnung von Ämtern im funktionellen Sinn zu Ämtern im statusrechtlichen Sinn den Dienstherrn insbesondere in großen Verwaltungen vor erhebliche Herausforderungen stellen und ihrerseits dienstrechtliche Auseinandersetzungen hervorrufen können. Dass diesem vorübergehenden Umstand ein Gewicht zukäme, das die Durchbrechung der vorstehenden Rechtsgrundsätze rechtfertigte, lässt sich jedoch nicht feststellen. Hinzu kommt, dass die grundlegende Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Juni 2011 einige Zeit zurückliegt. Dem Senat ist u. a. aus anderen Verfahren bekannt, dass in einigen Bereichen der Landesverwaltung bereits vor geraumer Zeit Folgerungen aus der höchstrichterlichen Entscheidung gezogen und Dienstpostenbewertungen vorgenommen oder zumindest begonnen wurden.

Daran ändert auch nichts, dass der Antragsteller seinen Bewerbungsverfahrensanspruch im Wege eines Antrags nach § 123 VwGO verfolgt. Zwar treffen die Verwaltungsgerichte in Verfahren auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes sowohl nach § 80 Abs. 5 VwGO als auch nach § 123 VwGO grundsätzlich auf der Grundlage einer lediglich summarischen Prüfung nur eine Ermessensentscheidung (vgl. etwa VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 8. November 1995 - 13 S 494/95 - Juris, Rn. 3; BayVG, Beschluss vom 10. Februar 2011 - 15 C 10.3121 - Juris, Rn. 9; zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen vgl. BVerfG, 1. Kammer des Zweiten Senats, Beschluss vom 27. Mai 1998 - 2 BvR 378/98 - Juris, Rn. 17). Abweichend zu herkömmlichen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, die auf eine vorläufige Regelung gerichtet sind, kommt der Entscheidung im Konkurrentenstreitverfahren gemäß § 123 VwGO hingegen weitgehend die Bedeutung der Entscheidung im Hauptsacheverfahren zu. Da das Eilverfahren weitgehend die Funktion des Hauptsacheverfahrens übernimmt, ist die gerichtliche Überprüfung nicht lediglich auf eine summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage beschränkt, sondern grundsätzlich eine eingehende tatsächliche und rechtliche Prüfung geboten (vgl. BVerfG, Beschluss vom 12. Mai 2005 - 1 BvR 569/05 - NVwZ 2005, 927; BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - Juris, Rn. 32; Urteil vom 17. August 2005 - 2 C 37.04 - Juris, Rn. 29). Dies schließt es grundsätzlich aus, im Wege der bloßen Folgenabschätzung einen zur Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung führenden Fehler zu übergehen, wenn dem Antragsteller dadurch der verfassungsmäßig geschützte Bewerbungsverfahrensanspruch vorenthalten würde.

Der Antragsgegner hat des Weiteren auch keine substantiierten Gründe gegen die Auffassung des Verwaltungsgerichts vorgebracht, dass die Aussichten des Antragstellers, in einem neuen Auswahlverfahren für den Dienstposten ausgewählt zu werden, als offen zu bewerten seien. Im Hinblick auf den dem Dienstherrn bei der Auswahlentscheidung zustehenden Beurteilungs- und Ermessensspielraum ist es grundsätzlich nicht Aufgabe des Gerichts, eine Prognose über eine neu zu treffende Auswahlentscheidung abzugeben und der gerichtlichen Entscheidung zu Grunde zu legen. Hierfür ist allein der Dienstherr zuständig (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. September 2002 - 2 BvR 857/02 - NVwZ 2003, 200; BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - NJW 2011, 695). Die Voraussage, dass das mit einem Eilantrag letztlich verfolgte Ziel unerreichbar sei, weil für den Dienstherrn keinerlei Raum mehr bestehe, das Auswahlermessen zugunsten des Antragstellers auszuüben, ist nur in zweifelsfreien Ausnahmefällen denkbar (vgl. Beschluss des Senats vom 19. Dezember 2011 - 2 EO 94/09 - n. v.; OVG NW, Beschluss vom 10. März 2009 - 1 B 1518/08 - Juris). Das Verwaltungsgericht hat aber im angegriffenen Beschluss nähere Ausführungen dazu gemacht, weshalb die anzustellende Eignungsprognose offen sei. Dies sei insbesondere deshalb der Fall, weil wegen der zwischenzeitlichen Versetzung des Antragstellers und der Verwendung des Beigeladenen auf einem Dienstposten „DHF“ (Diensthundeführer) vor einer erneuten Auswahlentscheidung die Frage der Aussagekraft der Beurteilungen im Hinblick auf ihre hinreichende Aktualität zu klären und zu dokumentieren sei. Mit dieser Begründung des Verwaltungsgerichts setzt sich der Antragsgegner jedoch in der Beschwerdebegründung nicht auseinander. Das Argument in der Beschwerde, dass der Antragsteller im Gesamturteil um einen Punkt schlechter beurteilt worden und daher chancenlos sei, greift deshalb zu kurz und kann die Lösung des Verwaltungsgerichts nicht in Frage stellen. Im Übrigen wird daraus, dass der Dienstherr vor der erneuten Auswahl eine Dienstpostenbewertung vornehmen müssen, besonders deutlich, dass nur er auf Grund des ihm zukommenden Auswahlermessens darüber befinden kann, welchen Beamten er für den zu besetzenden Dienstposten nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung als den am besten geeigneten ansieht.

Der Antragsgegner kann dem Antrag schließlich nicht entgegenhalten, dass der Antragsteller selbst Inhaber eines bündelbewerteten Dienstpostens sei und das aktuelle Auswahlverfahren im Falle einer Neubewertung des Dienstpostens aufgehoben würde, das Begehren des Antragstellers daher ins Leere ginge. Dieser Ansatz lässt un-

berücksichtigt, dass der Rechtsschutzantrag im einstweiligen Konkurrentenstreitverfahren von vornherein nicht darauf gerichtet ist, im Falle des Obsiegens aus der anschließend erneut zu treffenden Auswahlentscheidung oder dem erneut durchzuführenden Auswahlverfahren unmittelbar erfolgreich hervorzugehen. Der unterlegene Bewerber hat aus Art. 33 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nur einen Anspruch, in einem gerichtlichen Verfahren überprüfen zu lassen, ob er durch die Auswahlentscheidung in seinem subjektiv-öffentlichen Recht auf fehlerfreie Auswahl verletzt worden ist. Erlässt das Gericht eine einstweilige Anordnung, durch die dem Dienstherrn die Ernennung des ausgewählten Bewerbers untersagt wird, so muss der Dienstherr das Auswahlverfahren, wenn er es nicht zulässigerweise abbricht, je nach Inhalt und Reichweite des Verstoßes gegen Art. 33 Abs. 2 GG vollständig oder teilweise wiederholen und auf der Grundlage des wiederholten Verfahrens eine neue Auswahlentscheidung treffen (vgl. BVerwG, Urteil vom 4. November 2010, a. a. O., Rn. 31). Das einstweilige Rechtsschutzverfahren hat dementsprechend nur zum Ziel, den Bewerbungsverfahrensanspruch des Unterlegenen zu sichern und ggf. die Besetzung der beworbenen Stelle zu verhindern. Streitgegenstand des beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahrens ist nicht ein möglicher Anspruch auf Beförderung, sondern das dahinter zurückbleibende Recht auf fehlerfreie Entscheidung über die Bewerbung. Denn ein Anspruch auf Beförderung oder Vergabe des begehrten Dienstpostens ergibt sich aus Art. 33 Abs. 2 GG nicht (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. September 2002 - 2 BvR 857/02 - Juris, Rn. 13; BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - a. a. O., m. w. N.).

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 154 Abs. 2 VwGO. Es entspricht nicht der Billigkeit, dem Antragsgegner auch die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen aufzuerlegen. Dieser hat im Verfahren weder einen Antrag gestellt noch in der Sache Stellung genommen und sich keinem Kostenrisiko ausgesetzt (vgl. §§ 154 Abs. 3, 162 Abs. 3 VwGO).

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 63 Abs. 2 i. V. m. §§ 47, 53 Abs. 2 Nr. 1 sowie § 52 Abs. 1, Abs. 5 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 GKG.

Hinweis:

Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, §§ 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Prof. Dr. Schwan

Gravert

Hampel