

stützende Einwand, ein Beförderungsranglistensystem verstoße gegen § 18 BBesG, wenn es auf sog. gebündelten Dienstposten beruhe, ohne dass eine Ämterbewertung stattgefunden habe, geht daran vorbei, dass das Bundesbesoldungsgesetz auf die vom Antragsteller genannte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts hin durch Artikel 1 des Gesetzes zur Neuregelung der Professorenbesoldung und zur Änderung weiterer dienstrechtlicher Vorschriften vom 11. Juni 2013 (BGBl I S. 1514) mit Wirkung vom 1. Januar 2013 (vgl. Art. 11 Abs. 3 des Gesetzes) geändert worden ist.⁴⁵

Das OVG Hamburg ging sogar davon aus, dass es für die Zulässigkeit der Bündelbewertung von Dienstposten keiner Gesetzesänderung bedürft hätte.⁴⁶

Die Auswahl der Entscheidungen von Oberverwaltungsgerichte zeigt deutlich, dass mit der Normierung durch die Besoldungsgesetzgeber keine eindeutige Rechtslage und damit auch kein Rechtsfrieden hergestellt worden ist. Während in der Rechtsprechung insbesondere die Frage der Verfassungskonformität des § 18 BBesG umstritten ist, hat sich *von Roetteken* hierzu eindeutig positioniert.⁴⁷

Er kritisiert insbesondere die mangelnde Umsetzung der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Juni 2011, das Fehlen von einschränkenden Ermessensrichtlinien, was gleichsam zu einem „Freibrief“ für Organisationsermessen führt.⁴⁸ Im Ergebnis stellt *von Roetteken* fest, dass die Neuregelung in § 18 Satz 2 BBesG gegen Art. 33 Abs. 5 GG verstoße, da der Einbruch in den hergebrachten Grundsatz der dauerhaften Verknüpfung von Status und Funktion nicht rechtfertigungsfähig sei und die Neuregelungen eine unzulässige Blankettregelung

darstellten.⁴⁹ Auch seien Auswahlentscheidungen, die in einem Topfwirtschaftssystem ergehen, nicht mit dem Prinzip der Bestenauslese gemäß Art. 33 Abs. 2 GG vereinbar.⁵⁰

In der Tat könnte der Eindruck entstehen, dass Praktikabilitätswünsche an die Stelle des verfassungsrechtlichen Normgebots treten und dessen mangelnde Beachtung nun zumindest einfachgesetzlich abgesichert werden soll. Die Bewertung von Dienstposten ist unerlässlich. Jedoch lässt sich aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 33 Abs. 5 und Abs. 2 GG nicht ableiten, dass jeder einzelne Dienstposten für sich genommen konkret bewertet werden muss und eine Bündelung von vornherein unzulässig ist. Allerdings bedarf es für eine Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der amtsangemessenen Beschäftigung und dem Leistungsprinzip im Falle der Bündelung von Dienstposten nach wie vor eines sachlichen nachvollziehbaren Grundes.

VI. Fazit

Im Interesse der Funktionsfähigkeit der Verwaltung ist eine Bündelung von Dienstposten zulässig. Die rechtliche Möglichkeit hierfür zu schaffen, erscheint auch geboten, denn die Anforderungen an den konkreten Dienstposten müssten nach der sich ändernden Sach- und Rechtslage stetig angepasst werden. Um die aus Art. 33 Abs. 5 und Abs. 2 GG herzuleitende Rechtsposition der Beamten und Beamtinnen zu beachten, sollte sie sich allerdings in einem engen Rahmen halten und keine große Spanne von Besoldungsgruppen beinhalten. Insoweit ist die Regelung des Bundes für die obersten Dienstbehörden bedenklich, zumal sie keine gesetzlichen Vorgaben für eine sachgerechte Bewertung macht. Zwar handelt es sich hier um eine so genannte „Kann-Vorschrift“. Jedoch wird dieses Ermessen nicht durch gesetzliche Vorgaben im Sinne von Bewertungskriterien – wie im Besoldungsgesetz des Landes Thüringen – eingeschränkt. Im Interesse einer funktionierenden Verwaltung, die sich nicht mit Konkurrentenklagen beschäftigen sollte, sollte es nicht der Kreativität der Personalverwaltung überlassen bleiben, jeweils eigene Bewertungskriterien aufzustellen. Der Gesetzgeber ist weiterhin gefragt.

45) OVG Berlin-Brandenburg vom 7.2.2014 – OVG 7 S 4.14 – juris, Rn. 9.

46) OVG Hamburg vom 29.7.2013 – 1 Bs 145/13 = ZBR 2013, 388 ff; ausgesetzt durch BVerfG vom 16.12.2013 – 2 BvR 1958/13 – juris.

47) Ausführlich v. *Roetteken*, ZBR 2014, S. 80 ff.

48) v. *Roetteken*, ZBR 2014, S. 80 (82).

49) v. *Roetteken*, ZBR 2014, S. 80 (83, 88).

50) v. *Roetteken*, ZBR 2014, S. 80 (88).

Gibt es und braucht es eine Remonstrationspflicht des Beamten?

Dr. Michael Kawik

Die Rechtsstellung des Beamten zeichnet sich im Hinblick auf die Charakterisierung des Beamtenverhältnisses als Dienst- und Treueverhältnis durch zahlreiche Rechte und Pflichten aus. Die den Beamten aufgegebenen Pflichten betreffen ihn dabei als Grundrechtsträger und bedürfen daher einer genauen Betrachtung. Hier ist es erforderlich, die Pflichten des Beamten auch nach Sinn und Zweck und damit auch nach der Funktion im Rechtssystem zu hinterfragen und so drängt sich die Frage auf, ob es einer expliziten Pflicht des Beamten zur Remonstration nach § 63 Abs. 2 BBG bedarf. Ist dem Beamten doch schon über § 62 BBG aufgegeben, an den Entscheidungen seiner Vorgesetzten mitzuwirken. Mithin ist zu hinterfragen, ob eine Remonstrationspflicht zur Durchsetzung etwa des Rechtsstaatsprinzips zusätzlich erforderlich ist oder ob dabei bloß eine zusätzliche und dennoch inhaltsleere und damit überflüssige Verpflichtung statuiert wird.

I. Einführung

Nach § 63 Abs. 1 BBG tragen Beamtinnen und Beamte für die Rechtmäßigkeit ihrer dienstlichen Handlungen die volle persönliche Verantwortung. Diese volle persönliche Verantwortung kann weitgehende Folgen haben. Sie führt im Fall des Falles zur disziplinarrechtlichen Würdigung der Handlung des Beamten, sie kann auch eine vermögensrechtliche Haftung nach sich ziehen und schließlich mögen Konsequenzen auch im Hinblick auf Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht entstehen.¹ Dies jedenfalls dann, wenn der Beamte durch seine Handlung gegen eine seiner Beamtenpflichten oder gegen sonstige Gesetze verstoßen hat, im Grundsatz also, wenn er rechtswidrig gehandelt hat.

1) *Lemhöfer*, in: Plog/Wiedow, BBG, 346. Erglfg. Aug. 2014, § 63, Rn. 4.

In diesem Kontext ist jedoch zwingend zu berücksichtigen, dass der einzelne Beamte häufig nicht vollkommen selbstständig und losgelöst von seinem Umfeld Entscheidungen trifft und darauf basierend dienstliche Handlungen vornimmt. Vielmehr ist er in einem hierarchischen System an Regelungen, Vorschriften, Richtlinien und an andere Weisungen seiner Vorgesetzten gebunden. Dementsprechend statuiert § 62 Abs. 1 S. 2 BBG die Folgepflicht des Beamten, die ihn grundsätzlich zwingt, dienstliche Anordnungen seiner Vorgesetzten zu befolgen. Dies zunächst auch unabhängig von der Frage, ob diese Weisung auch rechtmäßig ist und im Fall der Vollziehung einer rechtswidrigen Weisung womöglich eine persönliche Verantwortung des Beamten ausgelöst wird. Grundsätzlich ist die Frage der Rechtmäßigkeit des angeordneten Verhaltens nach außen keine Voraussetzung für die Bindungswirkung im Sinne des § 62 Abs. 1 S. 2 BBG, sodass auch rechtswidrige Weisungen zu befolgen sind.² Zur Erklärung wird etwa ausgeführt, dass die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht im Entscheidungsbereich des einzelnen Beamten, sondern der Verwaltung liege, die ihrerseits von den Parlamenten und den Gerichten kontrolliert werde.³ Jedenfalls steht fest, dass gemäß Art. 20 Abs. 3 GG die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung und die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden sind; damit ist es einer Staatsgewalt schlechthin ver-

boten, rechtswidrig zu handeln, wobei rechtswidriges Handeln etwa zur Amtshaftung nach § 839 BGB führen kann.⁴

Diesen Ausführungen folgend wird die besondere Situation des Beamten deutlich, der trotz der beschriebenen Verpflichtung der Verwaltung verbunden und mit seiner eigenen Verantwortung nach § 63 Abs. 1 BBG verpflichtet ist, eine Weisung zu befolgen, an deren Rechtmäßigkeit Zweifel bestehen. Dabei ist zu betonen, dass die Nichtbefolgung einer Weisung sogar einen Verstoß gegen die Beamtenpflichten begründet und möglicherweise auch disziplinar zu würdigen ist.⁵

§ 63 Abs. 2 BBG schafft dazu insoweit ein Gegengewicht, als dass dem Beamten die Möglichkeit eingeräumt wird, seine Bedenken im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der fraglichen Anordnung im Wege einer Gegenvorstellung (Remonstration) zu verdeutlichen. Zu beachten ist dabei jedoch, dass die Gegenvorstellung lediglich zu einer Verpflichtung der Vorgesetzten führt, die fragliche Entscheidung zu überdenken. Weitere rechtliche Folgen außerhalb der in § 63 Abs. 2 BBG beschriebenen sind mit der Gegenvorstellung nicht verbunden.⁶ Führt die Remonstration nicht zu einer Neubewertung und einer anderen Entscheidung der Vorgesetzten, so ist die fragliche Entscheidung umzusetzen, doch wird der fragliche Beamte nach § 63 Abs. 2 S. 3 BBG von der eigenen Verantwortung frei. Die Remonstration nach § 63 Abs. 2 BBG stellt sich damit als eine Konfliktlösungsregelung bei widerstreitenden Interessen resultierend aus der Folgepflicht und der Pflicht rechtmäßig zu handeln dar.⁷ Die oben genannte Befreiung muss dabei so verstanden werden, dass sie den Beamten vor vermögens-, regress- und disziplinarrechtlichen Folgen seines gegebenenfalls nach außen hin rechtswidrigen Tuns schützt.⁸ Schon an dieser Stelle soll aber verdeutlicht werden, dass es etwa einen generellen Schutz vor strafrechtlichen Konsequenzen nicht geben kann. Nach § 63 Abs. 2 S. 4 BBG wird der Beamte von seiner Verantwortung nicht frei, wenn das ihm aufgetragene Verhalten die Würde des Menschen verletzt, strafbar oder ordnungswidrig ist.⁹

Diese Problematik beschränkt sich naturgemäß nicht auf die Beamten des Bundes. Entsprechendes sieht das Beamtenstatusgesetz (BeamtStG) für die Beamten der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände sowie der sonstigen der Aufsicht eines Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts vor. Die Weisungsgebundenheit ergibt sich aus § 35 BeamtStG, während § 36 BeamtStG die parallele Regelung zu § 63 BBG darstellt und die Bestimmungen zur Remonstration enthält. Dabei stellen diese Regelungen des BeamtStG, soweit es um die Folge- und Remonstrationspflicht geht, abschließende Regelungen dar, sodass in diesem Bereich grundsätzlich kein Raum für landesrechtliche Vorschriften besteht.¹⁰

Im Hinblick auf die Verpflichtung des Beamten aufgrund seiner Weisungsgebundenheit auch rechtswidrige dienstliche Handlungen vorzunehmen, wofür er aber die volle persönliche Verantwortung trägt, stellt sich die Frage, ob es eine Remonstrationspflicht des Beamten gibt. Ist der Beamte also verpflichtet zu remonstrieren und stellt das Unterlassen der Remonstration gar eine Dienstpflichtverletzung dar oder handelt es sich hier nur um ein Recht des Beamten. Ein Recht von dem er Gebrauch oder eben auch nicht machen kann¹¹ und das gegebenenfalls nur eine Obliegenheit als eine Pflicht gegen sich selbst zum Zweck der Haftungsvermeidung darstellt.¹² Im Kontext der übrigen Pflichten der Beamten (§§ 60 ff. BBG) ist damit auch die Frage zu stellen, ob es einer expliziten zusätzlichen Remonstrationspflicht überhaupt bedarf, wenn der Beamte doch etwa nach § 62 Abs. 1 S. 1 BBG zur Beratung und Unterstützung seiner Vorgesetzten verpflichtet ist.

- 2) *Lemhöfer*, in: Plog/Wiedow (Fn. 1), § 62, Rn. 22; BVerfGE 88, 103; BVerwG, ZBR 2002, 139 (141); ZBR 2009, 252 (256).
- 3) Vgl. *Köhler*, in: Hummel/Köhler/Mayer, BDG, 5. Aufl. 2012, B II 7, Rn. 1.
- 4) *Staudinger/Wurm*, BGB, 5. Aufl. 2012, § 839, Rn. 120–122. Zur Bindung des Beamten an Recht und Gesetz und der Verpflichtung rechtmäßig zu handeln, die den hier beschriebenen Konflikt begründet s. unten.
- 5) *Köhler* betont dabei, dass es sich dabei allerdings um einen disziplinarischen Verstoß formaler Art von geringem Gewicht handelt, der häufig ohne selbstständige Bedeutung bleibt und von vorrangigen bzw. weitergehenden Pflichtverletzungen konsumiert wird, so *Köhler*, in: Hummel/Köhler/Mayer (Fn. 3), B. II.7, Rn. 2.
- 6) Einen Suspensiveffekt hat die Remonstration nur insoweit als die Anordnung erst nach Entscheidung des Vorgesetzten ausgeführt werden muss, wobei nach § 63 Abs. 2 S. 3 BBG gegebenenfalls die Entscheidung des nächsthöheren Vorgesetzten maßgeblich ist, soweit nicht die sofortige Ausführung der Anordnung nach Abs. 3 die Suspensivwirkung aufhebt. Im Übrigen stellt das Remonstrationsverfahren nach § 63 Abs. 2 BBG auch kein Rechtsmittelverfahren dar und schließt andere auf anderen Rechtsgrundlagen beruhende Rechtsbehelfe nicht aus, vgl. *Hampel*, in: GKöD, Bd. 1, BRLfg. 3/12, § 63, Rn. 81; vgl. auch *Battis*, BBG, 4. Aufl., 2009, § 63, Rn. 10 ff.
- 7) Vgl. *Peters/Grünwald/Lösch*, BBG, 2009, § 63, Rn. 702.
- 8) *Weiß*, ZBR 1994, S. 330.
- 9) Eine solche weite Ausdehnung der Verantwortlichkeit trotz der Remonstration ist dabei insbesondere im Hinblick auf Ordnungswidrigkeiten durchaus problematisch, mutet dies dem Beamten doch eine durchaus umfangreiche Prüfungspflicht, die sich nicht etwa auf die auch dem Beamten geläufigen Tatbestände beschränkt, zu.
- 10) *Lemhöfer*, in: Plog/Wiedow (Fn. 1), § 35 BeamtStG, Rn. 10, § 36 BeamtStG, Rn. 5; zu den Möglichkeiten des Landesgesetzgebers etwa Ausnahmen von der Weisungsgebundenheit, zur persönlichen Verantwortung für die Rechtmäßigkeit und andere Abweichungen zu statuieren s. ebenda.
- 11) Für eine solche Pflicht *Günther*, ZBR 1988, S. 297 ff. und DÖD 2013, S. 309 ff.; *Weiß*, ZBR 1994; *Schnellenbach*, Beamtenrecht in der Praxis, 8. Aufl. 2013, S. 231, Rn. 16; *Langer*, in: Wichmann/Langer, Öffentliches Dienstrecht, 7. Aufl., 2014, Rn. 211; *Hampel*, in: GKöD (Fn. 6), § 63 BBG, Rn. 25 f., noch zum alten Recht GKöD, § 56 BBG a. F., Rn. 25; *Battis* (Fn. 6), § 63, Rn. 4; *Quambusch*, PersV 2003, S. 364. Gegen eine solche Pflicht sprechen sich aus *Depenheuer*, DVBl. 1992, S. 404 ff., *Felix*, Das Remonstrationsrecht, 1993, S. 152; *Köhler*, in: Hummel/Köhler/Mayer (Fn. 3), B. II.7, Rn. 6; *Lenders/Peters/Weber/Grünwald/Lösch*, Dienstrecht des Bundes, 2. Aufl., 2013, § 63, Rn. 702.
- 12) S. dazu insbesondere *Felix* (Fn. 11), S. 152 f.