

Az.: 2 A 577/09
3 K 424/06

Ausfertigung



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Im Namen des Volkes

Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn

- Kläger -
- Berufungskläger -

prozessbevollmächtigt:
Rechtsanwälte

gegen

den Freistaat Sachsen
vertreten durch das Sächsische Staatsministerium des Innern
Wilhelm-Buck-Straße 2, 01097 Dresden

- Beklagter -
- Berufungsbeklagter -

wegen

Zulage nach § 46 BBesG
hier: Berufung

hat der 2. Senat des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts durch den Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts Dr. Grünberg, den Richter am Oberverwaltungsgericht Dehoust und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Hahn aufgrund der mündlichen Verhandlung

vom 1. Juni 2010

für Recht erkannt:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 26. Februar 2009 - 3 K 424/06 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Der Kläger begehrt die Gewährung einer Zulage für die Wahrnehmung eines höherwertigen Amtes.

Der Kläger ist Volljurist. Seit dem 1.1.1996 war er als hauptamtliche Lehrkraft (Dozent) im Fachbereich Rechtswissenschaften an der Fachhochschule im Angestelltenverhältnis beschäftigt. Mit Wirkung vom.....1997 wurde er unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Probe zum Regierungsrat z. A. und mit Wirkung vom 1.1.1999 zum Beamten auf Lebenszeit und Regierungsrat ernannt; gleichzeitig wurde er in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 13 eingewiesen. Zum.....2001 wurde der Kläger zum Regierungsoberrat befördert und in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 14 eingewiesen.

Ab dem 1.7.2001 war der Kläger für die Dauer von zwei Monaten mit dem Ziel der Versetzung von der Fachhochschule zum Polizeipräsidium abgeordnet und mit der Leitung der Abteilung Recht und Personal, einem nach der Besoldungsgruppe A 15 bewerteten Dienstposten, beauftragt. Zum 1.9.2001 wurde er zum Polizeipräsidium versetzt, wo ihm das Amt eines Regierungsoberrats übertragen wurde; gleichzeitig wurde er in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 14 eingewiesen. Der Kläger blieb weiterhin mit der Leitung der Abteilung Recht und Personal beauftragt. Mit Wirkung vom 1.1.2005 versetzte der Beklagte den Kläger aus dienstlichen Gründen vom Polizeipräsidium zur neu

zu bildenden Polizeidirektion, wo er auf dem ebenfalls nach der Besoldungsgruppe A 15 bewerteten Dienstposten des Leiters der Abteilung Verwaltung verwendet wurde. Zum 2.1.2005 wurde der Kläger für die Dauer von sechs Monaten mit dem Ziel der Versetzung zum Staatsministerium des Innern, Referat 37 - Brandschutz, Rettungsdienst, Katastrophenschutz - abgeordnet. Zu einer Versetzung des Klägers kam es in der Folgezeit nicht; seine Abordnung wurde zuletzt bis zum 31.3.2006 verlängert.

Unter dem 26.9.2003 beantragte der Kläger beim Beklagten, ihm eine Funktionszulage nach § 46 Abs. 1 BBesG zu gewähren; diese stehe ihm als Leiter der Abteilung Recht und Personal beim Polizeipräsidium seit „Anfang dieses Jahres“ zu. Diesen Antrag lehnte der Beklagte mit Bescheid vom 10.3.2004, der keine Rechtsbehelfsbelehrung enthielt, ab. Zur Begründung wurde ausgeführt, mit der Versetzungsverfügung und der Beauftragung mit der Leitung der Abteilung Recht und Personal beim Polizeipräsidium sei keine Festlegung dahingehend getroffen worden, dass dem Kläger diese Aufgabe nur vorübergehend und vertretungsweise übertragen werde. Die Aufgabe des Abteilungsleiters sollte vom Kläger gerade nicht nur vorübergehend und vertretungsweise, etwa bis zur Besetzung durch den endgültigen Amtsinhaber, wahrgenommen werden. Hiergegen legte der Kläger am 10.3.2005 Widerspruch ein. Er habe Anspruch auf Gewährung einer Verwendungszulage, weil die Tatbestandsvoraussetzung der „vorübergehend vertretungsweise Wahrnehmung“ einer höherwertigen Funktion erfüllt sei. Das Kabinett habe im Juli 2000 die Auflösung der Polizeipräsidien, mithin den Wegfall einer Verwaltungsebene, beschlossen. Seine Einsetzung als Abteilungsleiter beim Polizeipräsidium im Jahr 2001 habe daher in der Sache nur bis zur Umsetzung dieses Beschlusses, d. h. vorübergehend erfolgen können. Unabhängig davon müsse, wenn der Vertreter eines Funktionsinhabers die Zulage erhalte, dies erst recht für denjenigen gelten, dem die höherwertige Funktion endgültig übertragen werde. Der Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 8.3.2006 im Wesentlichen unter Bezugnahme auf die Gründe des Ausgangsbescheids zurück. Ergänzend wurde ausgeführt, die Besetzung eines Dienstpostens sei dann vorübergehend, wenn eine anderweitige Vergabe beabsichtigt sei und innerhalb eines überschaubaren Zeitrahmens stattfinden solle. Allgemeine Organisationsentscheidungen des Dienstherrn, durch die es als Nebeneffekt zum Wegfall der besetzten Stelle komme, seien von dieser Vorgabe nicht umfasst. Der Widerspruchsbescheid wurde dem Kläger am 18.3.2006 zugestellt.

Am 7.4.2006 erhob der Kläger Klage zum Verwaltungsgericht Chemnitz, zu deren Begründung er sein bisheriges Vorbringen wiederholte und vertiefte. Er habe vom 1.7.2001 bis zum 31.12.2004 ununterbrochen die Aufgaben eines Amtes der Besoldungsgruppe A 15 wahrgenommen. Die Wartezeit von 18 Monaten sei am 1.1.2003 erfüllt gewesen; zu diesem Zeitpunkt hätten auch die laufbahn- und haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für seine Beförderung zum Regierungsdirektor vorgelegen. Der Beklagte trat der Klage entgegen. Er verteidigte den angefochtenen Bescheid und den Widerspruchsbescheid. Zudem verwies er darauf, dass der Kläger erst am 23.1.2003 alle laufbahnrechtlichen Voraussetzungen für eine Beförderung in das Amt des Regierungsdirektors (Besoldungsgruppe A 15) erfüllt habe.

Mit Urteil vom 26.2.2009 - 3 K 424/06 - wies das Verwaltungsgericht die Klage ab. Der Kläger habe keinen Anspruch auf eine Zulage nach § 46 Abs. 1 BBesG, da ihm das höherwertige Amt nicht „vorübergehend vertretungsweise“ übertragen worden sei. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts werde darauf abgestellt, ob die vakante Stelle nach der Übergabeverfügung „vorübergehend und vertretungsweise“ wahrgenommen werden solle. Werde einem Beamten ohne zeitliche Befristung ein höherwertiger Posten nicht nur vertretungsweise übertragen, komme eine Anwendung von § 46 Abs. 1 BBesG nicht in Betracht; dementsprechend seien auf Dauer mit dem Amt betraute Beamte von der Zulage ausgeschlossen. Die Übertragung des Amtes auf den Kläger sei dauerhaft gewesen. Auch nach seinem Vorbringen sei eine Besetzung des Amtes mit einem nach der Besoldungsgruppe A 15 besoldeten Beamten bis zur Auflösung der Polizeipräsidien nicht mehr beabsichtigt gewesen. Der Kläger habe also nicht einen etwaigen späteren Amtsinhaber vertreten, sondern diesen ersetzen sollen. Damit war er ab der Dienstpostenübertragung faktischer Inhaber des Amtes, was einer Vertretung zwingend entgegenstehe. Auch die rechtspolitischen Erwägungen des Klägers könnten ein anderes Ergebnis nicht begründen. Selbst wenn die „Vertretungspraxis“ des Beklagten fiskalisch begründet sein sollte, hätte der Kläger versuchen können, einen Beförderungsanspruch oder sonstige besoldungsadäquate Möglichkeiten geltend zu machen. Es sei gerade Sinn und Zweck der Regelung in § 46 BBesG, die vom Kläger behauptete Verfahrensweise zu verhindern; dem widerspreche, wenn ein Beamter, der dauerhaft eine höher besoldete Tätigkeit ausübe, anstelle der Beförderung einen finanziellen Ausgleich verlangen könne.

Auf Antrag des Klägers hat der Senat mit Beschluss vom 14.10.2009 - 2 A 216/09 - die Berufung zugelassen.

Zur Begründung der Berufung trägt der Kläger vor, entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts sei das Tatbestandsmerkmal der „vorübergehenden vertretungsweisen“ Aufgabenwahrnehmung nicht nur bei Sachverhalten erfüllt, bei denen ausdrücklich eine solche Übertragung formuliert sei. In den vom Verwaltungsgericht genannten Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts werde nicht geklärt, ob die Übertragung eines höherwertigen Amtes durch eine „neutrale Formulierung“ oder bei einem zeitlich konkret absehbaren Wegfall der Dienststelle aufgrund einer Verwaltungsreform als dauerhaft oder vorübergehend anzusehen sei. Daher vertrete das Obergericht Sachsen-Anhalt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass die Aufgaben eines höherwertigen Amtes i. S. d. § 46 Abs. 1 Satz 1 BBesG auch dann „vorübergehend und vertretungsweise“ übertragen würden, wenn die Übertragung - wie vorliegend - nicht ausdrücklich unter Verwendung dieser Begriffe erfolge. Dies gelte nicht nur, wenn dem Beamten die höherwertige Funktion mit der Intension übertragen werde, ihn zu befördern, sondern auch dann, wenn diese Absicht nicht bestehe. Wenn eine neutral formulierte Aufgabenübertragung in diesen Fällen einen Anspruch auf Zahlung der Verwendungszulage auslöse, müsse dies erst recht bei einer Dienstpostenübertragung in Kenntnis des zeitnahen Wegfalls der Dienststelle aufgrund einer Verwaltungsreform gelten. Demgegenüber habe das Verwaltungsgericht fehlerhaft unterstellt, dass die Aufgabenübertragung auf ihn dauerhaft gewesen sei, ohne hierfür irgendeinen Anhaltspunkt zu finden oder auf die besonderen Umstände des Falles einzugehen. Diese ließen vielmehr den Schluss zu, dass ihm „faktisch der Posten“ vorübergehend vertretungsweise übertragen worden sei, weil im Zeitpunkt der Übertragung eine Verwaltungsstrukturreform für die sächsische Polizei eingeleitet gewesen sei, aufgrund derer seine zukünftige Dienststelle aufgelöst werden sollte.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 26. Februar 2009 - 3 K 424/06 - zu ändern und den Beklagten unter Aufhebung seines Bescheids vom 10. März 2004 und seines Widerspruchsbescheids vom 8. März 2006 zu verpflichten, dem Kläger eine Zulage nach § 46 BBesG für den Zeitraum vom 23. Januar 2003 bis 31. Dezember 2004 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 114,31 € seit dem 23. Januar 2003, aus 393,72 € seit dem 1. Februar 2003, aus 393,72 € seit dem 1. März 2003, aus 393,72 € seit dem 1. April 2003, aus 393,72 € seit dem 1. Mai 2003, aus 393,72 € seit dem 1. Juni 2003, aus 403,17 € seit dem 1. Juli 2003, aus 403,17 € seit dem 1. August 2003, aus 403,17 € seit dem 1. September 2003, aus 403,17 € seit dem 1. Oktober 2003, aus 441,53 € seit dem 1. November 2003, aus 441,53 € seit dem 1. Dezember 2003, aus 441,53 € seit dem 1. Januar 2004, aus

441,53 € seit dem 1. Februar 2004, aus 441,53 € seit dem 1. März 2004, aus 445,95 € seit dem 1. April 2004, aus 445,95 € seit dem 1. Mai 2004, aus 445,95 € seit dem 1. Juni 2004, aus 445,95 € seit dem 1. Juli 2004, aus 450,41 € seit dem 1. August 2004, aus 450,41 € seit dem 1. September 2004, aus 450,41 € seit dem 1. Oktober 2004, aus 450,41 € seit dem 1. November 2004, aus 450,41 € seit dem 1. Dezember 2004 sowie aus 279,14 € seit dem 1. Dezember 2003 zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Die zeitliche Abfolge und der Inhalt der Schreiben und Verfügungen, die zur Versetzung des Klägers zum Polizeipräsidium geführt hätten, schlossen die Annahme aus, der Beklagte habe dem Kläger die Aufgaben des Leiters der Abteilung Recht und Personal beim Polizeipräsidium nicht unwiderruflich bzw. nicht dauerhaft übertragen wollen. Versetzung und Beauftragung seien vorbehaltlos und ohne Einschränkungen erfolgt. Anhaltspunkte für eine nur vertretungsweise Übertragung bestünden nicht. Es habe sich weder um eine Verhinderungs- noch um eine Vakanzvertretung gehandelt. Etwas anderes ergebe sich nicht aus dem im Zeitpunkt der Aufgabenübertragung bereits durch Beschluss der Staatsregierung festgelegten Wegfall des Polizeipräsidiiums und damit des Dienstpostens des Klägers bei dieser Dienststelle. Die Polizeipräsidien hätten auch zu einem späteren Zeitpunkt als dem 31.12.2004 wegfallen können; schließlich seien politische Entscheidungen nicht unwiderruflich und unabänderlich. Damit sei am 1.7.2001 weder für den Dienstherrn noch für den Kläger konkret absehbar gewesen, ob, wann und ggf. in welcher Form der Dienstposten des Abteilungsleiters Recht und Personal beim Polizeipräsidium tatsächlich wegfalle. Der Dienstherr könne einen Beamten auch für längere Zeit in einer höher bewerteten Funktion beschäftigen, ohne dass sich daraus eine Verpflichtung zur Beförderung des Beamten und, sofern der höherwertige Dienstposten nicht ausdrücklich vorübergehend vertretungsweise übertragen wurde, ein Anspruch auf eine Verwendungszulage ergebe. Im Übrigen sei der Dienstposten des Abteilungsleiters Recht und Personal zwar entfallen, jedoch zum 1.1.2005 bei der Polizeidirektion ein ebenfalls nach der Besoldungsgruppe A 15 bewerteter Dienstposten Abteilungsleiter Verwaltung eingerichtet worden, der dem Kläger zum 1.1.2005 übertragen worden sei. Die vom Kläger herangezogene Rechtsprechung des Obergerichtes Sachsen-Anhalt werde durch die gesetzliche Regelung nicht gedeckt. Schließlich sei weder eine verfassungskonforme Auslegung noch eine analoge Anwendung von § 46 Abs. 1 Satz 1 BBesG in dem vom Kläger gewünschten Sinne möglich.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Behördenakten des Beklagten, die Gerichtsakten des Verwaltungsgerichts Chemnitz sowie die Akten des Zulassungs- und Berufungsverfahrens verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung des Klägers hat keinen Erfolg.

Soweit der Kläger seinen Klageantrag in der Berufungsinstanz geändert hat und nunmehr nur noch die Gewährung einer Zulage ab dem 23.1.2003, statt wie bisher ab dem 1.1.2003, begehrt, liegt gemäß § 173 VwGO i. V. m. § 264 Nr. 2 ZPO keine Klageänderung vor. Im Übrigen hat sich der Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat mit der Beschränkung des Klageantrags einverstanden erklärt (vgl. § 91 VwGO).

Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Kläger hat - auch nach dem im Berufungsverfahren gestellten Klageantrag - keinen Anspruch auf Gewährung einer Zulage für die Wahrnehmung eines höherwertigen Amtes.

Nach § 46 Abs. 1 Satz 1 BBesG erhält ein Beamter oder Soldat, dem die Aufgaben eines höherwertigen Amtes vorübergehend vertretungsweise übertragen werden, nach 18 Monaten der ununterbrochenen Wahrnehmung dieser Aufgaben eine Zulage, wenn in diesem Zeitpunkt die haushaltsrechtlichen und laufbahnrechtlichen Voraussetzungen für die Übertragung dieses Amtes vorliegen. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift liegen nicht vor, weil dem Kläger das Amt des Leiters der Abteilung Recht und Personal beim Polizeipräsidium nicht vorübergehend vertretungsweise, sondern auf Dauer übertragen wurde.

1. § 46 Abs. 1 Satz 1 BBesG regelt die besoldungsrechtlichen Folgen, die sich daraus ergeben, dass ein Beamter Aufgaben wahrnimmt, die einem höherwertigem Amt im statusrechtlichen Sinne zugeordnet sind. Allerdings entsteht der Anspruch auf die Verwendungszulage nicht schon dann, wenn dem Beamten der höherwertige Dienstposten übertragen wird. Vielmehr hat der Gesetzgeber Einschränkungen in organisatorischer, zeitlicher, haushaltsrechtlicher und laufbahnrechtlicher Hinsicht vorgesehen. Voraussetzungen für die Zulage in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen dem Grundgehalt der Besoldungsgruppe, der das Amt des

Beamten zugeordnet und dem Grundgehalt der Besoldungsgruppe, nach der der wahrgenommene höherwertige Dienstposten bewertet ist, sind die kommissarische Übertragung des höherwertigen Dienstpostens, die ununterbrochene Ausübung der damit verbundenen Dienstgeschäfte seit bereits 18 Monaten sowie die nach dem Haushaltsrecht und dem Laufbahnrecht bestehende Möglichkeit, den Beamten zu befördern (vgl. SächsOVG, Urt. v. 20.4.2009 - 2 A 97/08 -, juris; Urt. v. 4.3.2010 - 2 A 347/09 -; BVerwG, Urt. v. 28.4.2005, Buchholz 240 § 46 BBesG Nr. 3; Beschl. v. 24.9.2008 - 2 B 117/07 -, juris; Rundschreiben des Bundesministeriums des Innern vom 24.11.1997, abgedruckt in: Plog/Wiedow, Kommentar zum BBG, § 46 BBesG).

Die Aufgaben des höherwertigen Amtes wurden dem Kläger vom Beklagten jedoch nicht, wie in § 46 Abs. 1 Satz 1 BBesG vorausgesetzt, vorübergehend vertretungsweise, mithin kommissarisch, sondern endgültig übertragen. Insofern ist der Tatbestand der Vorschrift nicht erfüllt, so dass dem Kläger kein Anspruch auf die Gewährung einer Zulage zusteht.

Ausweislich der Abordnungsverfügung des Beklagten vom 27.6.2001 wurde der Kläger mit seiner Zustimmung und im Einvernehmen mit den beteiligten Dienststellen mit Wirkung vom 1.7.2001 für die Dauer von zwei Monaten mit dem Ziel der Versetzung von der Fachhochschule zum Polizeipräsidium abgeordnet und mit der Leitung der Abteilung Recht und Personal beauftragt. Mit weiterer Verfügung vom 21.8.2001 versetzte der Beklagte den Kläger, wiederum mit dessen Zustimmung und im Einvernehmen mit den beteiligten Dienststellen, mit Wirkung vom 1.9.2001 von der Fachhochschule zum Polizeipräsidium Zugleich wurde ihm das Amt eines Regierungsobererrats beim Polizeipräsidium übertragen und der Kläger in eine freie Planstelle der Besoldungsgruppe A 14 höherer Dienst eingewiesen. Ferner ordnete der Beklagte an, dass der Kläger weiterhin mit der Leitung der Abteilung Recht und Personal beauftragt bleiben solle. Weder dem Wortlaut der Abordnungs- noch dem der Versetzungsverfügung lässt sich entnehmen, dass dem Kläger das gemessen an seinem seinerzeitigen Statusamt eines Regierungsobererrats nach der Besoldungsgruppe A 15 bewertete höherwertige konkret-funktionelle Amt eines Abteilungsleiters Recht und Verwaltung beim Polizeipräsidium lediglich vorübergehend vertretungsweise übertragen werden sollte. Beabsichtigt war danach und nach dem Willen des Beklagten vielmehr die uneingeschränkte und damit dauerhafte Beauftragung des Klägers mit den Aufgaben dieses Amtes. Entgegen der Auffassung des

Klägers liegen keine Umstände des Einzelfalles vor, die aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen eine hiervon abweichende Beurteilung gebieten würden.

Dafür, dass von Anfang an eine dauerhafte Aufgabenübertragung erfolgen sollte und gewollt war, spricht zunächst, dass der Beklagte mit Schreiben vom 30.5.2001 den Polizei-Hauptpersonalrat gemäß § 81 Abs. 1 Nr. 3 SächsPersVG um Zustimmung zu der ursprünglich bereits für den 1.7.2001 beabsichtigten Versetzung des Klägers zum Polizeipräsidium und dessen Beauftragung mit der Leitung der Abteilung Recht und Personal bat. Diese war deshalb notwendig, weil dem Kläger, der an der Fachhochschule die Aufgaben des Leiters des Fachbereichs IV (Rechtswissenschaften), einem nach der Besoldungsgruppe A 16 bewerteten Dienstposten, wahrgenommen hatte, mit der Versetzung ein nach der Besoldungsgruppe A 15 und damit niedriger bewerteter Dienstposten übertragen werden sollte (§ 81 Abs. 1 Nr. 3 SächsPersVG).

Unabhängig davon steht der Annahme der Dauerhaftigkeit der Dienstpostenübertragung ferner nicht die von der Sächsischen Staatsregierung nach dem Vortrag des Klägers im Juli 2000 beschlossene Organisations- und Strukturreform der sächsischen Polizei entgegen. Diese hat dazu geführt, dass zum 1.1.2005 die bis dahin bestehenden drei Polizeipräsidien in, Dresden und Leipzig und die ihnen nachgeordneten Polizeidirektionen aufgelöst und statt dessen insgesamt sieben Polizeidirektionen für das Gebiet des Freistaates Sachsen gebildet wurden (vgl. § 71 Abs. 1 Nr. 5 SächsPolG in der bis zum 31.12.2004 geltenden Fassung; § 71 Abs. 1 Nr. 5 SächsPolG in der seit dem 1.1.2005 geltenden Fassung i. V. m. § 1 Abs. 2 SächsPolOrgVO). Die Aufgaben der bisherigen Polizeipräsidien und Polizeidirektionen gingen ganz, mindestens aber teilweise auf die neu eingerichteten Polizeidirektionen über. Dies zeigt sich daran, dass der Kläger zum 1.1.2005 aus dienstlichen Gründen zur neu gebildeten Polizeidirektion versetzt wurde, wo ihm der ebenfalls nach der Besoldungsgruppe A 15 bewertete Dienstposten des Leiters der Abteilung Verwaltung übertragen wurde. Dieser umfasst nach den Angaben des Beklagten in der Berufungserwiderung und der mündlichen Verhandlung vor dem Senat mit den Referaten Recht/Personal und Haushalt/Wirtschaftsverwaltung/Innerer Dienst ein dem des Leiters der Abteilung Recht und Personal bei den bisherigen Polizeipräsidien vergleichbares Aufgabenfeld. Insofern ist nicht nur die Wertigkeit der Dienstposten gleich geblieben, sondern besteht - bezogen auf die mit dem jeweiligen Funktionsamt verbundenen Aufgaben -

auch eine inhaltliche Kontinuität. Auch deshalb ist von einer dauerhaften Dienstpostenübertragung auszugehen.

Daran ändert nichts, dass der Dienstposten des Klägers beim Polizeipräsidium tatsächlich zum 31.12.2004 entfallen ist und dies darüber hinaus im Zeitpunkt seiner Versetzung bereits absehbar gewesen war. Dadurch wird eine - wie dargelegt - als dauerhaft vorgesehene Aufgabenübertragung nicht zu einer vorübergehend vertretungsweisen i. S. v. § 46 Abs. 1 Satz 1 BBesG. Zum einen wurde dem Kläger die Leitung der Abteilung Recht und Personal nicht bis zur Besetzung der vakanten Stelle sowie statt der seinem Statusamt zugeordneten Aufgaben oder anstelle des noch nicht ernannten künftigen Amtsinhabers übertragen. Vielmehr oblagen dem Kläger die Aufgaben des Abteilungsleiters selbst in eigener Person und zwar so lange, wie es diesen Dienstposten gab. Der bei Übertragung absehbare Wegfall eines gegenüber dem innegehabten Statusamt höherwertigen Dienstpostens führt in diesem Fall, wie auch sonst, lediglich dazu, dass dem betroffenen Beamten ein seinem Status entsprechendes anderes funktionelles Amt übertragen werden muss, in dem er amtsangemessen zu beschäftigen ist. Zum anderen will § 46 BBesG die dem Dienstherrn bei der Besetzung von Planstellen zukommende Gestaltungsfreiheit nicht einschränken. Der Dienstherr ist gehalten, dem Beamten solche Funktionsämter zu übertragen, die in ihrer Wertigkeit dem Amt im statusrechtlichen Sinne entsprechen. Demgemäß darf er auf höher bewerteten Funktionsstellen auch solche Beamte verwenden, die sich in einem niedriger bewerteten Statusamt befinden. Auch damit entspricht der Dienstherr dem verfassungsrechtlich abgesicherten Grundsatz (vgl. Art. 33 Abs. 5 GG, § 18 BBesG), wonach der Inhaber eines statusrechtlichen Amtes Anspruch auf die Übertragung eines amtsangemessenen abstrakt-funktionellen Amtes und eines amtsangemessenen konkret-funktionellen Amtes hat. Besoldungsrechtliche Folgerungen ergeben sich hieraus nicht. Vielmehr knüpft die Besoldung weiterhin an das dem Beamten verliehene Amt im statusrechtlichen Sinne, nicht aber an das tatsächlich übertragene und ausgeübte höherwertige Funktionsamt an.

2. Die vom Kläger zur Begründung seiner gegenteiligen Auffassung herangezogene Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts des Landes Sachsen-Anhalt (OVG Sachsen-Anhalt) zur Gewährung einer Zulage nach § 46 Abs. 1 Satz 1 BBesG, insbesondere zum Begriff der „vorübergehend vertretungsweisen“ Wahrnehmung eines höherwertigen Amtes führt zu keiner abweichenden Beurteilung. Das OVG Sachsen-Anhalt geht davon aus, dass

die Aufgaben eines höherwertigen Amtes auch dann „vorübergehend vertretungsweise“ übertragen werden, wenn die Übertragung nicht ausdrücklich unter Verwendung dieser Begriffe oder gar im Sinne von „bis auf weiteres“ auf „Dauer“ erfolgt. Da die Besetzung freier Planstellen im weiten organisatorischen Gestaltungsermessen des Dienstherrn steht, bestehe kein Anspruch des Beamten auf die Übertragung eines konkret-funktionellen Amtes (Dienstpostens), sei es im Wege der Beförderung, Versetzung, Abordnung oder Umsetzung. Hieraus folgt, so das OVG Sachsen-Anhalt, dass grundsätzlich jede Verfügung des Dienstherrn gegenüber einem Beamten, bestimmte Aufgaben bzw. Funktionen wahrzunehmen, stets unter dem ungeschriebenen Vorbehalt jederzeitiger Änderung der Aufgabenübertragung oder Aufgabenzuweisung steht. Dementsprechend stellt sich auch die Übertragung von Aufgaben, die einem höherwertigen Dienstposten zugeordnet sind, der Natur der Sache nach als nur vorübergehend, weil jederzeit widerruf- oder änderbar, dar. Anderes gelte nur dann, wenn eine solche Übertragung ausdrücklich „unwiderruflich“ erfolgt (vgl. OVG LSA, Beschl. v. 30.10.2007, DVBl. 2008, 52, 53; Beschl. v. 29.1.2008 - 1 L 232/07 -, juris, jeweils m. w. N. zur Rspr. des OVG).

Der Senat teilt mit Blick auf den Wortlaut, die Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der Zulagenregelung in § 46 Abs. 1 Satz 1 BBesG (vgl. hierzu die Ausführungen zu a und b) die Rechtsprechung des OVG Sachsen-Anhalt nicht.

a) Ein Anspruch auf die begehrte Zulage lässt sich nicht im Wege eines Analogieschlusses aus § 46 Abs. 1 Satz 1 BBesG herleiten.

Beamtenrechtliche Besoldungsleistungen unterliegen dem durch Art. 33 Abs. 5 GG verfassungsrechtlich verbürgten Vorbehalt des Gesetzes. Dementsprechend bestimmt § 2 Abs. 1 BBesG, dass die Besoldung der Beamten, Richter und Soldaten durch Gesetz geregelt wird. Besoldungsansprüche können daher grundsätzlich nicht auf eine analoge Anwendung besoldungsrechtlicher Vorschriften gestützt werden. Von diesem Grundsatz kann nur ausnahmsweise abgewichen werden. Nur bei einer planwidrigen sachlichen Lücke im Beamtenbesoldungsrecht kann eine dem Willen des Gesetzgebers folgende entsprechende Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen in Betracht kommen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 19.12.2007 - 2 B 35/07 -, juris; Beschl. v. 24.9.2008 - 2 B 117/07 -, juris; Urt. v. 28.12.1971, BVerwGE 39, 221, 228). Mit der Einführung einer Regelung für die Besoldung bei der Wahrnehmung der Aufgaben höherwertiger Dienstposten durch §§ 45, 46 BBesG mit Wirkung vom 1.7.1997 ist

jedoch eine Regelungslücke nicht erkennbar. Die Vorschriften sehen unter den dort genannten Voraussetzungen einen Anspruch auf Gewährung einer Zulage vor. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor, weshalb ein Anspruch des Klägers ausscheidet.

Aus diesen Erwägungen folgt zugleich, dass sich ein Zulagenanspruch aus § 46 Abs. 1 Satz 1 BBesG nicht mit der Überlegung begründen lässt, einem Beamten, dem - wie dem Kläger - die Aufgaben des höherwertigen Amtes dauerhaft zugewiesen wurden, müsse eine Zulage ebenfalls gewährt werden, wenn sie schon einem Beamten, dem diese Aufgaben lediglich vorübergehend und vertretungsweise zugewiesen wurden, gewährt werde. Auch insoweit gilt der Grundsatz der Gesetzesbindung der Beamtenbesoldung, der einer nicht dem Gesetzeswortlaut entsprechenden Normanwendung entgegensteht (vgl. Plog/Wiedow a. a. O., § 42 BBesG Anm. 5).

Die Gewährung einer Zulage nach § 46 BBesG für ein auf Dauer übertragenes Amt ist ferner begrifflich ausgeschlossen. Zulagen sind gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 4 BBesG zur Besoldung gehörende Dienstbezüge. Für herausgehobene Funktionen können nach § 42 Abs. 1 BBesG Amtszulagen und Stellenzulagen vorgesehen werden. Stellenzulagen dürfen nach § 42 Abs. 3 BBesG nur für die Dauer der Wahrnehmung der herausgehobenen Funktion gewährt werden. Dementsprechend handelt es sich bei der in § 46 BBesG geregelten Zulage um eine Stellenzulage, weil sie nur für die Dauer der Wahrnehmung des höherwertigen Amtes gewährt wird. Aus der Unterscheidung zwischen vorübergehender und dauerhafter Übertragung eines Funktionsamtes muss sich daher ableiten lassen, ob eine Zulage nach § 46 BBesG oder eine Beförderung in das entsprechende Statusamt vorgesehen ist. Damit verbietet sich die Annahme, ein Beamter habe einen Anspruch auf die Zulage nach § 46 BBesG nicht nur dann, wenn ihm das höherwertige Amt vorübergehend und vertretungsweise übertragen wurde, sondern erst recht dann, wenn die Aufgabenübertragung dauerhaft erfolgt ist.

b) Darüber hinaus sprechen auch Sinn und Zweck der Zulagenregelung in § 46 BBesG gegen ein den Wortlaut erweiterndes Normverständnis. Durch die Vorschrift sollte die bisher nur für bestimmte landesrechtliche Regelungen vorgesehene Zulage auf Fälle der längerfristigen Wahrnehmung von Aufgaben eines höherwertigen Amtes erweitert werden, falls eine freie Planstelle vorhanden ist und in der Person des Beamten alle laufbahnrechtlichen Voraussetzungen für eine Beförderung vorliegen. Um die Verwaltungsträger davon abzuhalten, freie Stellen auf Dauer aus fiskalischen oder anderen „hausgemachten“ Gründen nicht entspre-

chend der Bewertung gemäß der Ämterordnung des Besoldungsrechts zu besetzen, und weil ein Rechtsanspruch auf diese Zulage nach einer bestimmten Dauer der Verwendung zu Mehrkosten führen würde, wurden auf Vorschlag des Vermittlungsausschusses in § 46 Abs. 1 Satz 1 BBesG die Wörter „vorübergehend vertretungsweise“ eingefügt und die Wartezeit von ursprünglich vorgesehenen sechs Monaten auf 18 Monate verlängert (vgl. BT-Drs. 13/3994 S. 14, 72; BVerwG, Urt. v. 28.4.2005 a. a. O.; Plog/Wiedow a. a. O., § 46 BBesG Rn. 3). Daraus folgt, dass es nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht, freie Planstellen über einen längeren Zeitraum vertretungsweise oder sogar dauerhaft unterzubesetzen. Die Zulage nach § 46 BBesG will und soll die Besetzung dieser Planstellen durch Beförderung in die entsprechenden Ämter nicht ersetzen. Dies aber wäre die Folge, d. h. die Zulage würde an die Stelle der Beförderung treten, wenn einem Beamten auch bei endgültiger Übertragung des höherwertigen Amtes ein Zulagenanspruch zustünde.

3. § 46 BBesG muss nicht in dem Sinne verfassungskonform ausgelegt werden, dass auch einem Beamten, der dauerhaft höherwertige Aufgaben wahrnimmt, eine Zulage zu gewähren ist (vgl. BVerwG, Beschl. v. 24.9.2008 - 2 B 117/07 - juris, dort offen gelassen; die Verfassungsbeschwerde hat das BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen, Beschl. v. 25.6.2009 - 2 BvR 2513/08 -, juris).

Eine verfassungskonforme Auslegung einfach-gesetzlicher Rechtsnormen ist dann möglich und geboten, wenn eine auslegungsoffene Norm mehrere Deutungen zulässt, von denen die eine zu einem verfassungsgemäßen, die andere hingegen zu einem verfassungswidrigen Ergebnis führt. Dann ist der Auslegung der Vorzug zu geben, die mit dem Grundgesetz in Einklang steht. Wenn demgegenüber eine Norm nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen nur eine Deutung zulässt, kommt eine verfassungskonforme Auslegung nicht in Betracht. Jede Auslegung findet ihre Grenzen dort, wo sie mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch stehen würde (vgl. BVerwG, Urt. v. 23.5.1995, BVerwGE 98, 280, 293, 294).

So liegt es hier. § 46 Abs. 1 Satz 1 BBesG ergibt, wie dargelegt, einen Zulagenanspruch des Klägers nicht. Hiergegen bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Weder der Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG noch das Alimentationsprinzip als durch Art. 33 Abs. 5 GG geschützter hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums fordern, dass einem Beamten nicht nur wegen eines vorübergehend vertretungsweise, sondern auch wegen eines dau-

erhaften Einsatzes auf einem höherwertigem Dienstposten zusätzliche Besoldungsleistungen gewährt werden. Die an dem beamtenrechtlichen Status orientierte Besoldung ist gewährleistet. Nach dem Leistungsprinzip muss nicht jegliche Aufgabenerfüllung, die über die amtsgemäße Beschäftigung hinausgeht, auch finanziell honoriert werden. Insoweit wird dem Beamten vielmehr auferlegt, den höherwertigen Dienstposten aufgrund seiner Pflicht zum vollen Einsatz im Beruf wahrzunehmen (vgl. § 72 Abs. 1 Satz 1 SächsBG a. F., § 61 Absatz 1 BBG, § 34 BeamtStG; BVerwG, Urt. v. 28.4.2005 a. a. O.; Beschl. v. 19.12.2007 - 2 B 35/07 -, juris, m. w. N. zur Rspr. des BVerwG).

Die unterschiedliche besoldungsrechtliche Behandlung von vorübergehender und endgültiger Aufgabenwahrnehmung ist ferner mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar. Der allgemeine Gleichheitssatz verpflichtet den Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches entsprechend seiner Verschiedenheit und Eigenart ungleich zu behandeln. Er ist verletzt, wenn die gleiche oder ungleiche Behandlung der geregelten Sachverhalte mit Gesetzmäßigkeiten, die in der Natur der Sache selbst liegen und mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise nicht mehr vereinbar ist, wenn also bezogen auf den jeweils in Rede stehenden Sachbereich und seine Eigenart ein vernünftiger, einleuchtender Grund für die Regelung fehlt, die Maßnahme mithin als willkürlich bezeichnet werden muss. Grundsätzlich obliegt es dem Gesetzgeber, diejenigen Sachverhalte auszuwählen, an die er dieselbe Rechtsfolge knüpft. Ob die Auswahl sachgerecht ist, lässt sich nicht abstrakt und allgemein feststellen, sondern nur in Bezug auf die Eigenart des zu regelnden Sachverhalts. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen ergeben sich unterschiedliche Grenzen, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen. Der normative Gehalt der Gleichheitsbindung erfährt daher eine Konkretisierung jeweils im Hinblick auf die Eigenart des zu regelnden Sachbereichs. Beim Erlass besoldungsrechtlicher Vorschriften hat der Gesetzgeber einen weiten Spielraum politischen Ermessens, innerhalb dessen er das Besoldungsrecht den tatsächlichen Notwendigkeiten und der fortschreitenden Entwicklung anpassen und verschiedenartige Gesichtspunkte berücksichtigen darf. Der Gleichheitssatz ist nicht schon dann verletzt, wenn der Gesetzgeber nicht die gerechteste, zweckmäßigste oder vernünftigste Lösung gewählt hat. Die Gerichte können, sofern nicht von der Verfassung selbst getroffene Wertungen entgegenstehen, nur die Überschreitung äußerster Grenzen beanstanden, jenseits derer sich gesetzliche Vorschriften bei der Abgrenzung von Lebenssachverhalten als evident sachwidrig erweisen. Dem Gesetzgeber steht es insbesondere frei, aus der Vielzahl der Lebenssachverhalte die Tat-

bestandsmerkmale auszuwählen, die für die Gleich- oder Ungleichbehandlung maßgebend sein sollen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 4.6.1969, BVerfGE 26, 141, 158, 159; Beschl. v. 4.4.2001, BVerfGE 103, 310, 318 ff; Beschl. v. 6.5.2004, BVerfGE 110, 353, 364, 365).

Nach diesen Grundsätzen liegt es in dem dem Gesetzgeber eröffneten Gestaltungsrahmen, die Wahrnehmung der Aufgaben eines höherwertigen Amtes besoldungsrechtlich unterschiedlich zu behandeln. Die Zahlung einer Zulage für die Wahrnehmung eines höherwertigen Amtes nach § 46 Abs. 1 Satz 1 BBesG knüpft daran an, ob dem Beamten die Aufgaben dieses Amtes vorübergehend vertretungsweise, mithin bis zur endgültigen Besetzung der Stelle oder Übertragung der Funktion zugewiesen werden. Dadurch soll dem Beamten einerseits ein Anreiz geboten werden, einen höherwertigen Dienstposten vertretungsweise zu übernehmen, andererseits sollen die erhöhten Anforderungen des wahrgenommenen Amtes honoriert werden. Eine weitere Zielsetzung besteht darin, die Beschäftigungsbehörden davon abzuhalten, freie Dienstposten auf längere Zeit vertretungsweise unterwertig zu besetzen, um dadurch Haushaltsmittel einzusparen. Anders liegt es hingegen, wenn dem Beamten die Aufgaben des höherwertigen Amtes von vornherein endgültig zugewiesen werden. In diesem Fall soll es nach dem Willen des Gesetzgebers bei dem Grundsatz bleiben, dass die dauerhafte Übertragung eines höherwertigen konkret-funktionellen Amtes durch eine Beförderung in das entsprechende Statusamt gemäß der besoldungsrechtlichen Ämterordnung vorgenommen wird (vgl. Art. 33 Abs. 5 GG; § 18 BBesG). Ferner soll die Neuregelung des § 46 BBesG zum 1.7.1997 nach der Absicht des Gesetzgebers nicht zu Mehrkosten für die öffentlichen Haushalte führen, die jedoch bei Zahlung der Zulage über eine bestimmte Dauer der Verwendung hinaus und damit in den Fällen der endgültigen Aufgabenübertragung entstehen. Angesichts des vorstehend umrissenen weiten Gestaltungsspielraums des Besoldungsgesetzgebers sind diese Erwägungen geeignet, die unterschiedlichen besoldungsrechtlichen Folgen bei der Wahrnehmung der Aufgaben eines höherwertigen Amtes am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG zu rechtfertigen.

Der Senat hat die Revision nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen. Grundsätzliche Bedeutung kommt der Rechtsache zum einen im Hinblick auf die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Sachsen-Anhalt zur Auslegung und Anwendung des Begriffs „vorübergehend vertretungsweise“ in § 46 Abs. 1 Satz 1 BBesG und zum anderen deshalb zu, weil das Bundesverwaltungsgericht im Beschluss vom 24.9.2008 - 2 B 117.07 - die dort aufgeworfene Frage, ob § 46 BBesG in dem Sinne verfassungskonform ausgelegt werden muss, dass auch Beamten, denen dauerhaft höherwertige Aufgaben übertragen

wurden, Zulagen zu gewähren sind, offen gelassen hat (vgl. Senatsurt. v. 20.4.2009 a. a. O.). Auch das Bundesverfassungsgericht hat sie bislang nicht geklärt (s. o.). Die Klärung dieser Fragen ist von allgemeinem Interesse.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen das Urteil steht den Beteiligten die Revision an das Bundesverwaltungsgericht zu.

Die Revision ist beim Sächsischen Obergericht, Ortenburg 9, 02625 Bautzen innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils schriftlich einzulegen. Die Revisionsfrist ist auch gewahrt, wenn die Revision innerhalb der Frist bei dem Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig, schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung der Bundesregierung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesverwaltungsgericht und beim Bundesfinanzhof vom 26. November 2004 (BGBl. I S. 3091) eingelegt wird. Die Revision muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Revision ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig, schriftlich oder in elektronischer Form einzureichen.

Die Begründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen angeben, die den Mangel ergeben.

Für das Revisionsverfahren besteht Vertretungszwang; dies gilt auch für die Einlegung der Revision und für die Revisionsbegründung. Danach muss sich jeder Beteiligte durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt als Bevollmächtigten vertreten lassen. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen.

Ein Beteiligter, der zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten.

gez.:
Grünberg

Dehoust

Hahn

Beschluss

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 10.218,23 € festgesetzt.

Gründe

Die Festsetzung des Streitwertes beruht auf § 63 Abs. 1 Satz 1, § 47 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1, § 52 Abs. 1 GKG. Der festgesetzte Betrag entspricht der Differenz zwischen dem dem Statusamt des Klägers entsprechenden Grundgehalt der Besoldungsgruppe A 14 und dem Grundgehalt der Besoldungsgruppe A 15 im verfahrensgegenständlichen Zeitraum (vgl. BVerwG, Beschl. v. 13.9.1999, NVwZ-RR 2000, 188, 189).

Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 63 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:
Grünberg

Dehoust

Hahn

*ausgefertigt/beglaubigt:
Bautzen, den
Sächsisches Oberverwaltungsgericht
Die Geschäftsstelle*

*Pech
Justizbeschäftigte*