

Die verfassungsrechtliche Stellung des höheren Dienstes vor dem Hintergrund der angekündigten Reform des Laufbahnrechts in Bayern*

Prof. Dr. Matthias Pechstein

Die bayerische Landesregierung hat im Juni 2008 eine weitreichende Änderung des Laufbahnrechts in Bayern beschlossen. An die Stelle der vier Laufbahngruppen soll eine „durchgehende Laufbahn“ treten. Allerdings sollen „Qualifikationsebenen“ und hierauf bezogene Prüfungen bestehen bleiben. Der Beitrag untersucht die verfassungsrechtliche Stellung des höheren Dienstes vor diesem Hintergrund. Dabei wird die verfassungsrechtliche Bedeutung des Laufbahngruppenprinzips untersucht und das bayerische Reformmodell an dem entsprechenden Ergebnis gemessen. Dabei zeigt sich, dass das bayerische Modell das Laufbahngruppenprinzip der Sache nach – wenn auch unter terminologischer Leugnung – durchaus wahrhaft. Erörtert wird auch die Problematik der Aufstiegsbedingungen und der an Fachhochschulen erworbenen Masterabschlüsse.

I. Ausgangslage

In Bayern soll es eine „Revolution des Laufbahnrechts“ durch die Einführung einer „durchgehenden Laufbahn“ geben¹. So jedenfalls der politische Wille der bayerischen Landesregierung vor der Landtagwahl. Der Beschluss des Kabinetts der Bayerischen Landesregierung vom 3.6.2008 „Eckpunkte für das Neue Dienstrecht in Bayern“ sieht insofern Folgendes vor:

„Eckpunkt 5

Das System der vier Laufbahngruppen des einfachen, mittleren, gehobenen und höheren Dienstes wird durch eine Laufbahn ersetzt, die die Besoldungsgruppen von A 3 bis A 16 und die Ämter der Besoldungsordnung B umfasst. Der Einstieg in die Laufbahn und die Ämterzuordnung erfolgen nach Qualifikation, die auf Vor- und Ausbildung sowie gegebenenfalls beruflichen Leistungen beruht. Die Dienstposten sind unter Berücksichtigung der Bedeutung des Amtes und des Stellenplans zu bewerten.

Die Beamten in der Besoldungsgruppe A 2 werden in das Eingangssamt A 3 übergeleitet.

Die Möglichkeit für die Beamtinnen und Beamten des bisherigen einfachen und mittleren Dienstes, die Ausbildung für die nächste Qualifikationsebene zu absolvieren und nach erfolgreichem Abschluss in dieser Qualifikationsebene einzusteigen, bleibt erhalten. Das System der Qualifikation und Beförderung im Polizeivollzugsdienst wird ebenfalls fortgeführt.

An Stelle des bisherigen Aufstiegs in eine Laufbahn des mittleren nichttechnischen Dienstes für besondere Dienstleistungsbereiche, des Verwendungsaufstiegs vom mittleren in

den gehobenen Dienst und des Aufstiegs vom gehobenen in den höheren Dienst tritt die Qualifikation durch ein modular aufgebautes System lebenslangen Lernens. Alle darin vorgesehenen Qualifizierungsmaßnahmen, von denen ein angemessener Teil überfachlichen Inhalts ist, schließen mit Prüfungen und anderen Erfolgsnachweisen ab. Die jeweiligen Systeme sind durch den Landespersonalausschuss zu akkreditieren. Die Auswahl für den Zugang zu den Qualifizierungsmaßnahmen erfolgt durch den Dienstherrn nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung.“²

Die Fassung des Kabinettsbeschlusses vom 22.4.2008 zu diesem Thema lautete noch wie folgt:

„Eckpunkt 5

Das System der vier Laufbahngruppen des einfachen, mittleren, gehobenen und höheren Dienstes wird durch eine Laufbahn ersetzt, die die Besoldungsgruppen von A 3 bis A 16 und die Ämter der Besoldungsordnung B umfasst.

Der Einstieg in die Laufbahn und die Ämterzuordnung erfolgen wie bisher nach Vorbildung und Qualifikation. Die Dienstposten sind unter Berücksichtigung des Stellenplans zu bewerten. Die Beamten in der Besoldungsgruppe A 2 werden in das Eingangssamt A 3 übergeleitet.

Die bestehenden Regelaufstiege vom einfachen in den mittleren und vom mittleren in den gehobenen Dienst bleiben erhalten. Damit wird weiter die jeweils erforderliche Ausbildung für die nächst höhere Qualifikationsebene durchlaufen. Die abschließenden Prüfungen führen zum Qualifikationserwerb. Der Aufstieg in eine Laufbahn des mittleren nichttechnischen Dienstes für besondere Dienstleistungsbereiche geht in der neuen einheitlichen Laufbahn auf.

Das bestehende zentrale Aufstiegsverfahren vom gehobenen in den höheren Dienst wird flexibler gestaltet und modifiziert. Dazu werden die für den Wechsel in die nächst höhere Qualifikationsebene notwendigen, modular aufgebauten Qualifizierungsmaßnahmen in einen ressortübergreifenden und einen fachspezifischen Teil aufgeteilt.

Um die erforderliche Verwendungsbreite und ein allgemeines Basiswissen auch weiterhin sicherzustellen, wird die Hälfte der Qualifizierungsmaßnahmen künftig einheitlich durch alle Staatsministerien – unter Beteiligung des Landespersonalausschusses – gemeinsam festgelegt. Dadurch wird die Flexibilität der Einsatzmöglichkeiten gestärkt.

Die andere Hälfte der Qualifizierungsmaßnahmen wird von den Staatsministerien fachspezifisch und unter Ausrichtung nach den konkreten Verwendungsplanungen eigenständig ausgestaltet. Diese ressorteigenen, fachspezifischen Konzepte werden vom Landespersonalausschuss akkreditiert.

Der Verwendungsaufstieg vom mittleren in den gehobenen Dienst wird durch modulare Qualifizierungsmaßnahmen ersetzt. Das jeweilige System wird vom Landespersonalausschuss akkreditiert.

Alle Qualifizierungsmaßnahmen schließen mit Prüfungen und Nachweisen ab.

*) Der Beitrag beruht auf einem Gutachten, das der Verfasser für den Verband der höheren Verwaltungsbeamtinnen und Verwaltungsbeamten in Bayern e.V. (VHBB) erstellt hat.

1) Vgl. FAZ vom 1.8.2008, S. 10.

2) http://www.stmf.bayern.de/oeffentlicher_dienst/dienstrecht/eckpunkte.pdf.

Für den Polizeivollzugsdienst werden die bestehenden Aufstiegsregelungen, die sich gut bewährt haben, fortgeführt.

Die Auswahl für den Zugang zu den Qualifizierungsmaßnahmen erfolgt durch den Dienstherrn nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung.“

Auf die Bedeutung der Unterschiede dieser beiden Fassungen wird im weiteren Verlauf einzugehen sein. Eine weitergehende Spezifizierung der Reformabsichten im Bereich des Laufbahnrechts in Bayern liegt bislang nicht vor. Auch ist abzuwarten, ob die neue, von einer CSU/FDP-Koalition getragene Landesregierung an dem Projekt uneingeschränkt festhalten wird. Dies wird im Folgenden jedoch unterstellt.

Der gewählte Ansatz wirft eine Reihe von Fragen auf. Dies betrifft zunächst die verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Laufbahnrecht. Da das Bedürfnis nach „Flexibilisierung“³ hier ersichtlich die steuernde politische Kraft ist, stellt sich insbesondere für den höheren Dienst als oberster Laufbahngruppe die Frage, inwiefern der Zugang aus den unteren Laufbahngruppen bei einer „durchgehenden Laufbahn“ maßgeblich erleichtert wird und er letztlich Beamte unterschiedlichster Vor- und Ausbildung aufnehmen soll. Für die Frage nach den Zugangsbedingungen zum höheren Dienst – im bisherigen Sinn – sind dabei insbesondere die Ausgestaltung der Regelungen zur Überschreitung der weiterhin vorgesehenen Qualifikationsebenen maßgeblich. Entscheidend wird insofern sein, ob diese Überschreitung im Wege einfacher Beförderung erfolgen soll oder ob sie inhaltlich dem bisherigen Aufstieg entsprechen soll.

Die Stellung des höheren Dienstes als eigenständiger Laufbahngruppe, der die anspruchsvollsten Aufgaben im Staatsdienst übertragen sind, scheint daher durch diesen Ansatz in besonderer Weise in Frage gestellt zu werden – ihn zu erreichen ist das natürliche Wunschziel. Dies kommt hinzu zu einer schon seit langer Zeit festzustellenden Nivellierungspolitik zu Lasten des höheren Dienstes, die vielfältige Facetten hat⁴.

Aus diesem Grunde soll im Folgenden die verfassungsrechtliche Stellung des höheren Dienstes im Lichte des bayerischen Reformprojektes untersucht werden. Auszugehen ist dabei von folgendem materiellrechtlichen Ausgangsbefund: Detailregelungen betreffend den höheren Dienst enthält das Grundgesetz nicht. Auf eine besondere Gewährleistungsnorm lässt sich daher eine verfassungsrechtliche Umhegung des höheren Dienstes nicht stützen. Dies bedeutet freilich nicht, dass es hierfür keine verfassungsrechtlichen Anhaltspunkte geben kann. Zum ersten ist insoweit in zentraler Weise nach dem Laufbahngruppenprinzip, seiner Verankerung in Art. 33 Abs. 5 GG, seinem evtl. unantastbaren Kerngehalt und der daraus folgenden Schutzwirkung für den höheren Dienst zu fragen. Dies wurde bislang in der Literatur trotz einer zeitweise heftigen politisch-verbandlichen Kritik am Laufbahngruppenprinzip eher am Rande problematisiert, da die tradierten vier Laufbahngruppen trotz vieler laufbahnrechtlicher Umgestaltungen vom Gesetzgeber bis vor kurzem nicht in Frage gestellt worden sind. Die bisherige Gliederung der Beamtenschaft in vier Laufbahngruppen bietet den sachlichsten Anknüpfungspunkt für die Untersuchung der verfassungsrechtlichen Stellung des höheren Dienstes. Im Anschluss daran ist das beabsichtigte Konzept der Bayerischen Landesregierung vor dem Hintergrund dieser Ergebnisse auf seine Verfassungskonformität hin zu untersuchen.

Eine zweite zentrale Frage ist die nach dem Prüfungserfordernis zur Überwindung von Laufbahngruppengrenzen bzw. zur Überschreitung der Qualifikationsschwellen in dem neuen Konzept. Dies ist zum einen mit Blick auf Art. 33 Abs. 2 GG geboten, wonach der Zugang zu öffentlichen Ämtern von Eig-

nung, Befähigung und fachlicher Leistung abhängt und insofern eine Objektivierung der Entscheidungsfindung als grundrechtlicher Anspruch auf eine entsprechende Verfahrensgestaltung⁵ erforderlich ist, zum anderen sieht Art. 94 Abs. 2 Bayer. Verf. insofern ausdrücklich ein Prüfungserfordernis vor. Vor diesem Hintergrund sind die in den „Eckpunkten“ erwähnten Qualifizierungsmaßnahmen zu überprüfen.

In der einzigen Studie, die bislang explizit der Stellung des höheren Dienstes gewidmet wurde, hat *Leisner* vor fast 30 Jahren auch noch auf die Verfassungsentscheidung für ein (immer noch weitgehend) staatliches Universitätssystem hingewiesen. Dieses sei ein Ansatzpunkt für eine verfassungsrechtliche Sonderstellung der Absolventen dieser Bildungseinrichtung im öffentlichen Dienst⁶. *Leisner* hat aber bereits darauf hingewiesen, dass eine mögliche Annäherung der an Universitäten und an Fachhochschulen erwerbenden Bildungsqualifikationen die Grenzen zwischen dem gehobenen und dem höheren Dienst in Frage stellen kann. Dem wird insbesondere vor dem Hintergrund des sog. Bologna-Prozesses nachzugehen sein (dazu unten IV.).

Da der höhere Dienst in seiner Gesamtheit freilich kein Träger von subjektiven Rechten sein kann, kann es sich bei evtl. verfassungsrechtlichen Schutzwirkungen zu seinen Gunsten von vornherein nur um objektivrechtliche Dimensionen handeln, also um Beachtungspflichten des Gesetzgebers. Die damit in Zusammenhang stehenden prozessrechtlichen Fragen einer evtl. gerichtlichen Durchsetzung entsprechender Anforderungen, sei es durch Einzelne, sei es durch Institutionen, werden hier ausgeklammert. Hingewiesen sei jedoch auf die Möglichkeit der Popularklage vor dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof gemäß Art. 98 Satz 4 Bay. Verf., Art. 55 VfGHG.

II. Das Laufbahngruppenprinzip als verfassungsrechtlicher Maßstab für die geplante Reform des bayerischen Laufbahnrechts

1. Die verfassungsrechtliche Stellung des Laufbahngruppenprinzips

a) Der Zusammenhang von Laufbahnprinzip und Laufbahngruppenprinzip

Das Laufbahngruppenprinzip ist vom BVerfG bislang nicht thematisiert worden. Dies bedeutet indes nicht, dass das Laufbahngruppenprinzip kein von Art. 33 Abs. 5 GG erfasster hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums sein kann. Es zeigt lediglich, dass das BVerfG bislang noch keine Veranlassung hatte diese Fragestellung zu erörtern. Das Gericht hat dagegen das Laufbahnprinzip wiederholt zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums gezählt, auch wenn es diesem Grundsatz keine deutliche Ausgestaltung verliehen hat⁷. Da die Anfänge des Laufbahnrechts bis ins 18. Jahrhundert zurückreichen ist dies auch zutreffend, selbst wenn die rechtssatzmäßige

3) Dazu *Pechstein*, ZBR 2008, S. 73.

4) Vgl. hierzu schon *Leisner*, DÖV 1980, S. 496 (496 ff.); ebenso *Lecheler*, Das Laufbahnprinzip, in: Verantwortung und Leistung 1981, Heft 3, S. 21 ff.; *Merten*, in: FS Ule, 1977, S. 349.

5) Vgl. dazu *Pieper*, in: Schmidt/Hofmann/Hopfau, Kommentar zum Grundgesetz, 11. Aufl., 2007, Art. 33, Rn. 44 ff.

6) *Leisner*, DÖV 1980, S. 496 ff.; vgl. auch *Lecheler*, Das Laufbahnprinzip, in: Verantwortung und Leistung 1981, Heft 3, S. 20 ff.

7) Vgl. BVerfGE 13, 356, 362; 62, 374, 383; 64, 351; 71, 255, 268; *Masing*, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., 2006, Art. 33 GG, Rn. 93.

Ausgestaltung erst in den 30er Jahren des 20. Jahrhunderts erfolgt ist⁸.

Der Mangel einer näheren Ausgestaltung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Laufbahnprinzip als „hergebrachter Grundsatz“ ist ersichtlich ebenfalls der mangelnden Veranlassung zu entsprechenden Ausführungen zu verdanken. Zugleich kann davon ausgegangen werden, dass jedenfalls die bisherige Ausgestaltung des Laufbahnrechts – einschließlich der Laufbahngruppenordnung und der bisherigen Aufstiegsregelungen – ersichtlich verfassungskonform ist. In einer demgemäss praktisch judikatfreien Zone ist der verfassungsrechtliche Gehalt des Art. 33 Abs. 5 GG hinsichtlich der Stellung des höheren Dienstes mithin in systematischer Hinsicht zu entwickeln.

Die Bedeutung des Laufbahngruppenprinzips hängt dabei vom Verständnis des Laufbahnprinzips ab. Entscheidend ist insofern die Frage nach der Trennbarkeit der beiden Prinzipien: Kann es ein aussagekräftiges Laufbahnprinzip ohne Laufbahngruppen überhaupt geben? Unterstellt man die Trennbarkeit, so läßt sich – auch mit Blick auf das bisherige Schweigen des BVerfG zum Laufbahngruppenprinzip – anscheinend behaupten, dass das Laufbahngruppenprinzip nicht von Art. 33 Abs. 5 GG erfasst wird. In diesem Fall hätte der zuständige Gesetzgeber – seit der Föderalismusreform die Landesgesetzgeber für die Landesbeamten, der Bundesgesetzgeber für die Bundesbeamten – insofern völlig freie Hand. Geht man dagegen davon aus, dass das Laufbahngruppenprinzip untrennbarer Bestandteil des vom BVerfG ja bereits als hergebrachter Grundsatz anerkannten Laufbahnprinzips ist, so erstreckt sich der Schutz des Art. 33 Abs. 5 GG auch hierauf. Folgt man dieser Ansicht, so ist noch zu klären, welcher Gestaltungsspielraum dem Gesetzgeber trotz der dann gegebenen Beachtungspflicht, die das BVerfG ausdrücklich auch auf das Laufbahnprinzip bezogen hat⁹, verbleibt.

Die These der Untrennbarkeit von Laufbahnprinzip und Laufbahngruppenprinzip hat *Leisner* wie folgt formuliert:

„Das herkömmliche Laufbahnrecht unterscheidet nicht zwischen Laufbahnprinzip und Laufbahngruppenordnung; ein selbständiges Laufbahngruppenprinzip gibt es nicht. Vielmehr wird die Ordnung in Laufbahngruppen als Bestandteil, ja als Kern des Laufbahnprinzips gesehen: ‚Die Ämter gehören zu den Laufbahnen in den Laufbahngruppen ...‘ (§ 2 Abs. 1 BLVO). Diese gesetzgeberische Konkretisierung der Laufbahngruppenordnung erscheint bei vertiefter Betrachtung nicht nur als zulässig, sondern als notwendig: Ohne Laufbahngruppen verliert das Laufbahnprinzip seinen Sinn. (...)

Die Laufbahngruppenentscheidung ist also Kernbestandteil eines hergebrachten Grundsatzes des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG).“¹⁰

Die Einbeziehung des Laufbahngruppenprinzips in die von Art. 33 Abs. 5 GG geschützten hergebrachten Grundsätze wird auch von anderen Autoren geteilt¹¹. Die heute gegenüber *Leisners* Zitat abweichende Formulierung von Art. 2 Abs. 1 BLVO („Die Laufbahnen sind den Laufbahngruppen des einfachen, des mittleren, des gehobenen und des höheren Dienstes zugeordnet.“), stellt für sich genommen keinen Einwand gegen seine These dar, da die Umformulierung keine inhaltliche Änderung bedeutet. Die Untrennbarkeitsthese fußt jedoch auf einer bestimmten Auslegung des Laufbahnprinzips – diese bedarf der Überprüfung.

Dies gilt umso mehr, als einzelne Autoren dem Laufbahngruppenprinzip die verfassungsrechtliche Anerkennung versagen. Die Begründungen hierfür sind jedoch regelmäßig außerordentlich knapp und stehen im Zusammenhang mit Forderungen nach der Einführung von Einheitslaufbahnen bzw. der Ausrichtung des Beamtenrechts an Funktionen und Dienstposten anstelle der Ämterbezogenheit oder nach der Relativierung der Ämtervergabe nach Vor- und Ausbildung. Das Amt ist jedoch der zentrale Begriff des Beamtenrechts und das Laufbahnprinzip beruht auf einer Ämterordnung, nicht aber auf einer Funktionenordnung. Vor- und Ausbildung stellen auch für die Realisierung des Laufbahnprinzips – gerade auch mit Blick auf das von den Kritikern betonte Leistungsprinzip – unverzichtbare Größen dar (s. u. b)). Die ablehnenden Stellungnahmen zum Laufbahngruppenprinzip sind daher regelmäßig verbunden mit der Befürwortung eines verfassungsrechtlich von vornherein problematischen weitgehenden Systemwechsels im Rahmen des Beamtenrechts¹².

b) Das Laufbahnprinzip

Zum Laufbahnprinzip formuliert – in Übereinstimmung mit früheren Bestimmungen und landesrechtlichen Regelungen – § 2 Abs. 2 BLVO: „Eine Laufbahn umfaßt alle Ämter derselben Fachrichtung, die die gleiche Vor- und Ausbildung (oder eine diesen Voraussetzungen gleichwertige Befähigung) erfordern (Laufbahnbefähigung); zur Laufbahn gehören auch Vorbereitungsstellen und Probezeit.“ Damit sind die grundsätzlichen und tradierten¹³ Elemente des Laufbahnprinzips genannt: Die auf Vor- und Ausbildung beruhende Laufbahnbefähigung besteht für eine Laufbahn, die sich als hierarchische Ordnung der Ämter einer Fachrichtung darstellt. Das Laufbahnprinzip stellt sich mit diesem Ansatz völlig in den Dienst des Leistungsgrundsatzes – ebenfalls ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums – (vgl. auch § 1 Abs. 1 BLVO)¹⁴ zur Sicherstellung einer Objektivierung von Personalentscheidungen. Diese soll eine optimale Stellenbesetzung ermöglichen, die ihrerseits wiederum der bestmöglichen Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen soll. In letzterem ruht die Rechtfertigung des öffentlichen Dienstes überhaupt. Dem Leistungsgrundsatz entsprechend soll somit durch das Laufbahnrecht

„eine leistungsstarke, möglichst vielseitig verwendbare und unter Ausschluß sachfremder Erwägungen allein nach Eignung und Leistung ausgewählte und nach diesen Grundsätzen in den einzelnen Aufgabenbereichen und Ämtern eingesetzte Beamtenschaft gewährleistet werden. Zugleich soll damit der notwendigen beruflichen Entwicklung der Beamten nach objektiven, eignungs- und leistungsbezogenen Maßstäben Raum gegeben (...) werden.“¹⁵

8) *Scheerbach/Höfken/Bauschke/Schmidt*, Beamtenrecht, 6. Aufl., 1992, S. 321 f.

9) BVerfGE 62, 374 (383).

10) *Leisner*, DÖV 1980, S. 496 (500), Hervorhebungen von ihm.

11) Vgl. hierzu insbesondere *Bochmann*, ZBR 2006, S. 69 (74 ff.); *Lecheler*, ZBR 1981, S. 265 (269); *Murmann RiA* 1991, 157 (158).

12) Vgl. etwa *Thieme*, Studienkommission, Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, Bd. 5, 1973, S. 301 ff. (341); *Mayer*, BayVBl. 1977, S. 533 ff. (534 f.); *Achterberg*, DVBl. 1977, S. 541 ff. (544 f.); *Masing*, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., 2006, Art. 33, Rn. 93.

13) Vgl. zur Entwicklungsgeschichte des Laufbahnprinzips *Zängl*, GKÖD, K vor § 15, Rn. 1.; *Lecheler*, Das Laufbahnprinzip, in: Verantwortung und Leistung 1981, Heft 3, S. 3 ff.

14) BVerfGE 24, 229; 38, 1 (12); 39, 196 (201) u. a.

15) *Zängl*, GKÖD, K vor § 15, Rn. 4.

Der gleiche Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung i. S. d. Art. 33 Abs. 2 GG verlangt unter den rechtsstaatlichen Bedingungen des Grundgesetzes zwingend die Herstellung von Transparenz, Kontrollierbarkeit und Manipulationsausschluss bei allen Personalentscheidungen im öffentlichen Dienst. Die Gewährleistung dieser Bedingungen ist bei einem derart großen Personalkörper ohne Schematisierung nicht möglich. Aus diesem Grunde weist das Laufbahnprinzip mit seiner prinzipiellen Anknüpfung an eine bestimmte Vor- und Ausbildung zwar eine gewisse Rigidität auf. Diese ist freilich durch das Instrument des „anderen Bewerbers“, der gleichwertige Fähigkeiten in anderer Weise erlangt hat, angemessen eingeschränkt, auch wenn der Laufbahnbewerber in einem Laufbahnsystem der Regelfall bleiben muss¹⁶. Das Gleiche gilt für das Institut des „Aufstiegs“, das seinerseits schon durch den Leistungsgrundsatz gefordert wird, um die nächst höhere Gruppe für besonders qualifizierte Beamte zu öffnen¹⁷.

Ein anderes System zur Sicherung der objektivierten Bestenauslese im Beamtenrecht als die Anknüpfung an eine durch Prüfungen abgesicherte spezifische Vor- und Ausbildung für die entsprechende Tätigkeit ist nicht ersichtlich. Jeder alternative Ansatz, der entweder auf notwendige Vorkenntnisse oder auf die Leistungs- und Eignungsfeststellung durch Prüfungen verzichtet, ist in hohem – und rechtsstaatlich unakzeptablem – Maße anfällig für die Manipulation von Personalentscheidungen aus (partei-)politischen oder persönlichen Gründen. *Zängl* schreibt insoweit zutreffend:

„Die Forderung nach Abschaffung oder weitgehender Aufhebung des geltenden Laufbahnrechts unter dem Motto ‚freie Bahn dem Tüchtigen‘ birgt nicht nur die Gefahr der ‚freien Manipulation‘ mit der Folge der Frustration der wirklich Tüchtigen in sich, sondern bedeutet auch einen Rückschritt in die ‚graue Vergangenheit‘, in eine Zeit, in der der Souverän seine Personalentscheidungen noch ohne normative Bindungen und unkontrollierbar nach eigenem Belieben traf. Die Einführung des Laufbahnrechts stellt gerade eine Abkehr von diesem System dar. Es dient dem Interesse der im Staatsverband organisierten Gesamtheit der Staatsbürger an einer leistungsfähigen, sparsamen und sachorientierten Verwaltung und gewährleistet außerdem eine leistungsgerechte berufliche Entwicklung des einzelnen Beamten. Das Laufbahnprinzip mag zwar zu einer gewissen Starrheit führen. Dabei sollte aber nicht die ausgleichende und befriedende Wirkung einer eingehenden generalisierenden und objektivierten Regelung gerade im Bereich einer Massenverwaltung verkannt und unterschätzt werden.“¹⁸

Damit die laufbahnspezifische Ausbildung an die gegebene Vorbildung ohne gravierende und ggfls. durch staatliche Nachqualifizierungsmaßnahmen eigens zu überbrückende Lücken anschließen kann, muss das System der Laufbahnen anknüpfen an die typischen Bildungsabschlüsse, die in Deutschland erworben werden – ein anderer Anknüpfungspunkt für eine notwendig generalisierte fachspezifische Ausbildung ist nicht vorstellbar. Die für den Einstieg in die Beamtenlaufbahn erforderliche Leistung kann nur anhand entsprechender nachgewiesener Qualifikationen erfolgen. Die Formalisierung des Einstiegs sowie diejenige des „Durchstiegs“, also Beförderung und Aufstieg, dient dabei dem Manipulationsausschluss und ist im Lichte des Art. 33 Abs. 2 GG als prinzipiell geboten anzusehen¹⁹.

Mit dem Laufbahnprinzip ist notwendig auch verknüpft, dass die Laufbahnbefähigung sich auf alle Ämter der jeweiligen Laufbahn erstrecken muss, dass also dem Beamten ein Durch-

laufen der Laufbahn bis zum Spitzenamt im Grundsatz regelmäßig möglich sein muss²⁰. Dies schließt freilich nicht aus, dass der förmliche Hinzuerwerb der Laufbahnbefähigung für die nächste Laufbahngruppe ihn auch insofern qualifiziert; dem Institut des Regelaufstiegs liegt dieser Ansatz zugrunde. Notwendig ist jedoch, dass die Laufbahn, für die der Beamte sich mit der Laufbahnbefähigung qualifiziert, einerseits so weit ist, dass sie dem Beamten Entwicklungsspielraum lässt und andererseits so überschaubar, dass das Spitzenamt nicht prinzipiell unerreichbar ist. Die grundsätzliche Erreichbarkeit des Spitzenamtes der Laufbahn bei typischem Laufbahnverlauf ist vorgeformt durch das tradierte und für das Laufbahnprinzip konstitutive Instrument der Laufbahnbefähigung. Diese erstreckt sich auf die gesamte Laufbahn. Mit der Laufbahnprüfung wird zwar nicht die faktische Befähigung bereits für jede einzelne Funktion im Rahmen der verschiedenen Ämter vermittelt, insoweit dient der Erfahrungsgewinn beim Durchlaufen verschiedener Ämter jedoch der entsprechenden Vorbereitung; unter diesem Vorbehalt erstreckt sich die Laufbahnbefähigung jedoch auf die gesamte Laufbahn. Das Institut der kriteriengebundenen Beförderung dient der Sicherstellung des tatsächlichen Erfahrungs- und Fähigkeitenszuwachses innerhalb der Laufbahn und ist somit notwendigerweise auf das laufbahninterne Fortschreiten beschränkt. Der Laufbahnwechsel – horizontal, vertikal und diagonal – bedarf daher anderer Instrumente, welche die Gleichwertigkeitsfeststellung der Befähigung für die angestrebte Laufbahn und/oder Laufbahngruppe ermöglichen²¹.

c) Das Laufbahngruppenprinzip als notwendiger Bestandteil des Laufbahnprinzips

Das dargestellte, in der Literatur in dieser Form einheitlich beschriebene und bislang rechtlich in dieser Form auch ausgestaltete Laufbahnprinzip ist ohne das Laufbahngruppenprinzip nicht durchführbar. Stellen Vor- und Ausbildung die entscheidenden Einstiegs- und Aufstiegsparameter dar, so muss die jeweilige Vorbildung über die mögliche Ausbildung und damit über die Beamtenlaufbahn entscheiden. Ohne Sicherung der Vorbildung der Beamtenschaft wäre eine funktionsgerechte Aufgabenerfüllung utopisch. Die Personalkür nach abgestuften Kriterien ist dabei der herrschaftlichen Personalwillkür schon aus rechtsstaatlichen Gründen vorzuziehen²².

Genau dies sichert das Laufbahngruppenprinzip, indem es an die typischen Bildungsabschlüsse des deutschen Ausbildungssystems anschließt: den Hauptschulabschluss (einfacher Dienst), den Realschulabschluss oder nunmehr mittleren Schulabschluss (mittlerer Dienst), Fachhochschulreife oder Abitur (gehobener Dienst) und den Hochschulabschluss (höherer Dienst). Das Laufbahngruppenprinzip steht damit ebenfalls im Dienst des Leistungsgrundsatzes, es lässt sich geradezu als „Leistungsordnung“ bezeichnen²³.

16) Skeptisch *Ziekow*, DÖV 2008, S. 569 ff. (572).

17) Vgl. hierzu *Bochmann*, ZBR 2004, S. 405; *ders.*, ZBR 2006, S. 69 (77 f.); *Lecheler*, ZBR 1981, S. 265 (266).

18) *Zängl*, GKÖD, K vor § 15, Rn. 4.

19) Vgl. *Zängl*, GKÖD, K vor § 15, Rn. 12a.

20) *Lecheler*, ZBR 1981, S. 265 (265); kritisch zu Entfunktionalisierungstendenzen bzgl. der Laufbahnbefähigung durch den Entwurf des DNeuG *Ziekow*, DÖV 2008, S. 569 ff. (571).

21) Vgl. dazu allgemein *Baßlsperger*, ZBR 1994, S. 111.

22) So die treffende Formulierung von *Günther*, DÖD 1990, S. 11 (12); vgl. auch *Bochmann*, ZBR 2006, S. 69 (75).

23) So zutreffend *Lecheler*, Das Laufbahnprinzip, in: Verantwortung und Leistung 1981, Heft 3, S. 24; zur Entwicklung des laufbahnrechtlichen Anschlusses an die Bildungsabschlüsse vgl. a. a. O., S. 5 ff.

Mit der Schaffung der Fachhochschulen ist freilich eine nicht unerhebliche Verwerfung in das System gekommen. Während nach der früheren Rechtslage und Praxis Fachhochschulabschlüsse generell eine Qualifikation für den gehobenen Dienst vermittelt haben ist mit der Umstellung auf Bachelor- und Masterabschlüsse im Zuge des sog. Bologna-Prozesses eine neue Situation entstanden. Ein mit dem Universitätsabschluss aufgrund Akkreditierung als laufbahnrechtlich gleichwertig anerkanntes Fachhochschulstudium mit Masterabschluss wird nunmehr weitgehend als hinreichende Qualifikation für den höheren Dienst anerkannt (vgl. etwa § 38 Abs. 2 Nr. 2 BayLbV, § 17 Abs. 5 Nr. 1 a) DNeuGE), andere Fachhochschulabschlüsse ohne universitäres Ergänzungsstudium werden weiterhin dem gehobenen Dienst zugerechnet. Eine weitere terminologische Einebnung der Unterschiede ist dadurch erfolgt, dass sich die Fachhochschulen nunmehr auch „University of applied sciences“ nennen dürfen, also – wenn auch nur in englischer Sprache – den Universitätsbegriff für sich reklamieren. Im Folgenden bleibt der Universitäts- sowie der Hochschulbegriff jedoch den Universitäten vorbehalten.

Ungeachtet dieser noch zu erörternden Problematik (dazu unten IV.) stellt das Laufbahngruppenprinzip nicht nur den Anschluss an die Bildungsabschlüsse sicher, sondern gewährleistet allein auch, dass die Laufbahnen durchlaufbar sind, da Einstiegs- und Spitzenämter in überschaubarer Entfernung zueinander platziert sind. Damit wird die Laufbahn auch erst definierbar. Allerdings sichert das Laufbahngruppenprinzip keine spezifischen Stellenregel, um auch faktisch das Erreichen bestimmter Beförderungs- und Spitzenämter zu gewährleisten.

Dies bedeutet zunächst, dass das theoretisch denkbare und von Gewerkschaftsseite geforderte und immer wieder diskutierte Gegenmodell einer ungliederten Einheitslaufbahn mit beliebigen Einstiegsstufen und auch nur individuell zu bestimmenden Spitzenämtern²⁴ – die beide nicht abstrakt vorgegeben wären, sondern die allein von der Leistung des betreffenden Beamten im Einzelfall abhängen – auf das notwendige Element der regelmäßigen Durchlaufbarkeit abstrakt definierter Laufbahnen Verzicht tun würde. Bei einer derartigen Einheitslaufbahn wäre für das Durchlaufen allein das Instrument der Beförderung einschlägig, da das auf die Überschreitung von Laufbahngruppengrenzen bezogene Instrument des Aufstiegs mit seiner besonderen Qualifikationskontrolle notwendig in Wegfall käme. In einem derartigen System ist es jedoch im Hinblick auf die notwendigen Qualifikationen von vornherein unvorstellbar, dass ein Beamter im untersten Eingangsamt eingestellt wird und bis zum obersten Spitzenamt vordringen kann – es sei denn, politischer Missbrauch der Beförderungsmöglichkeiten ermöglichte dies gleichwohl. Die Laufbahnbefähigung würde daher bei einer solchen Einheitslaufbahn nicht mehr das Durchlaufen einer bestimmten Laufbahn ermöglichen, sie würde vielmehr ihren Sinn völlig verlieren und im Ergebnis überflüssig, da eine – faktisch allerdings völlig undurchführbare – individualisierte Fähigkeitsfeststellung für Einstieg und Durchstieg an ihre Stelle treten müsste. Definitorisch gäbe es bei diesem Modell demgemäß keine abstrakt definierten Ein-

zelllaufbahnen mehr. Hinzu käme, dass es praktisch unmöglich wäre, Vorbereitungsdienste bereitzuhalten, die an die individuell ganz verschiedenen Vorkenntnisse anschließen und die zugleich eine Befähigung bis zum Spitzenamt vermitteln sollen.

Die gesamte Einheitslaufbahn vom untersten bis zum obersten Amt ließe sich dagegen nicht im Sinne des bisherigen Laufbahnbegriffs und damit dem verfassungsrechtlich gesicherten Laufbahnprinzip als Laufbahn ansehen, da die definitorischen Elemente der Durchlaufbarkeit und des bestimmenden Charakters der Laufbahnbefähigung insoweit fehlen würden. Mit dem Laufbahnprinzip – also mit Art. 33 Abs. 5 GG – ist eine derartige ungegliederte Einheitslaufbahn somit nicht vereinbar. Soweit zum Teil in den Ländern der Polizeivollzugsdienst als Einheitslaufbahn geregelt ist (vgl. § 100 BRRG), zeigt die konkrete Ausgestaltung von zwischengeschalteten Fachprüfungen und der Unterscheidung von Laufbahnabschnitten²⁵, dass der Sache nach das Laufbahngruppenprinzip aufrechterhalten wurde und im wesentlichen lediglich eine verfassungsrechtlich unbedenkliche terminologische Korrektur erfolgt ist.

Dies führt notwendig zu der Konsequenz, dass eine grundsätzliche Gliederung in Laufbahngruppen nicht nur logisch sondern auch verfassungsrechtlich geboten ist, um die Durchlaufbarkeit der Laufbahnen zu ermöglichen und dem Institut der Laufbahnbefähigung, das wiederum mit Vor- und Ausbildung zusammenhängt, seinen spezifischen, für das Laufbahnprinzip konstitutiven Sinn zu erhalten. Dabei kommt zu der Gewährleistung durch Art. 33 Abs. 5 GG hinzu, dass die Zugangsregelung des Art. 33 Abs. 2 GG letztlich nur umsetzbar ist, wenn man Einstiegsstufen in Anknüpfung an das Bildungssystem schafft. Eignung und Befähigung sind nicht sinnvoll zu bestimmen ohne Anknüpfung an das Bildungssystem und seine Ebenen. Mit anderen Worten: die Auslegung des Art. 33 Abs. 5 GG zu Laufbahnsystem und Laufbahngruppensystem ist mittelbar verfassungsrechtlich vorgeprägt durch Art. 33 Abs. 2 GG.

Das in seiner vertikalen Gliederung an der Ämterordnung ausgerichtete Laufbahnrecht inklusive des Laufbahngruppenprinzips dient dabei auch der Sicherung der Unabhängigkeit der Beamten gegen politisch motivierte Ämterpatronage – dieser Gesichtspunkt der Sicherung der Unabhängigkeit der Beamten gegen parteilich-politische Beeinflussung ist für das BVerfG von besonderer Bedeutung²⁶. Insofern führt *Leisner* zutreffend aus:

„Der Beamtenstatus dient vor allem der Sicherung der *Unabhängigkeit* der Bediensteten gegenüber politischen und verbandlichen, kurz: gesellschaftlichen Pressionen. Wie sehr der öffentliche Dienst hier dennoch bedroht ist, zeigt die *Ämterpatronage*, jene abgemilderte Form der Korruption, welche die Bediensteten selbst durch freiwilligen Zwang zur ‚Aufgabe ihrer Unabhängigkeit‘ veranlaßt. Die eigentliche Patronage ist dabei nur die Spitze eines Eisberges, die über zahllosen Pressionen und Versuchungen sichtbar wird.

Gegen all dies bietet das Laufbahnprinzip Halt, vor allem aber die Laufbahngruppenordnung: Politischgesellschaftliche Vergünstigungen werden in die Kanäle, wenn nicht immer der Sachlichkeit, so doch einer gewissen Regelmäßigkeit gezwungen. Was aber wären die Kanäle ohne die Schleusen der Laufbahngruppen – sie können Patronage nicht nur verlangsamen, sondern sogar blockieren. Wer volle Durchlässigkeit aller Laufbahnen verlangt, muss wissen, dass er damit die Patronage, die vor allem in der Demokratie gefährliche beamtenrechtliche Prämie der Macht, wesentlich verstärkt: Das Vordringen in der Laufbahn mit ‚politischer‘ Schubkraft würde dann nicht nur schneller, es käme zu einer bedenklichen Änderung der ‚Grundstimmung‘ der Lauf-

24) http://beamte.verdi.de/beamtenpolitik_1/ver.di_bundeskongress_beamtenpolitischer_leitantrag_verabschiedet/data/leitantrag_bundeskongress, S. 10 f.

25) Vgl. etwa LVOPol NRW, insbes. § 2, dazu *Scheerbarth/Höffken/Bauschke/Schmidt*, *Beamtenrecht*, 6. Aufl., 1992, S. 326. Dienstrechtlich „gelten“ diese Abschnitte in NRW auch als die drei oberen Laufbahngruppen (§ 2 II LVOPol NRW).

26) Vgl. zuletzt BVerfG, Beschluss vom 28.5.2008, 2 BvL 11/07, ZBR 2008, S. 310 (313).

bahnpraxis; die sachlichen, nachprüfbar- ‚geprüften‘ Kriterien der Beförderung würden noch mehr der reinen politischen Machtentscheidung weichen.

Der höhere Dienst ist hier in besonderer Gefahr: Mit seinen Positionen kann man wirklich Linientreue belohnen; und dort lohnt sich dies auch erst wirklich für den Pressure-Willigen – er setzt auf diesem Niveau seine Lehns mannen in die Macht.

Das Laufbahngruppenprinzip, insbesondere die Existenz eines höheren Dienstes, ist also eine der wichtigsten Anti-Patronageentscheidungen des Beamtenrechts.²⁷

Ein weiterer Aspekt tritt zu den bisherigen Erwägungen hinzu: Die Eingangsstämper der bisher bestehenden Laufbahngruppen werden besoldungsrechtlich fixiert (vgl. § 23 BBesG). Damit werden implizit zugleich – vorbehaltlich der Verzahnungsämter – auch zugleich die Spitzenämter der Laufbahngruppen besoldungsrechtlich vorgegeben. Die Tatsache, dass somit die Laufbahngruppen nicht nur laufbahnrechtlich sondern auch besoldungsrechtlich definiert werden, spricht dafür, dass ihre Existenz auch durch das Alimentationsprinzip gefordert ist. Die in der amtsangemessenen Alimentation sich widerspiegelnde Wertigkeit der Ämter hat eben auch einen Bezug zu der notwendigen Vor- und Ausbildung für die Wahrnehmung dieser Ämter. Die Einstiegsebenen sind damit auch mit Blick auf das Alimentationsprinzip erheblich und jedenfalls in ihrer grundsätzlichen Abstufung auch unter diesem Aspekt geboten.

d) Zwischenergebnis

Damit ist der Nachweis erbracht, dass *Leisners* These der Zusammengehörigkeit, ja Untrennbarkeit von Laufbahnprinzip und Laufbahngruppenprinzip zutrifft: Das Laufbahnprinzip ist ohne eine Gliederung in Laufbahngruppen rechtlich nicht realisierbar. Ob man dabei von zwei getrennten, ihrerseits je von Art. 33 Abs. 5 GG geschützten „hergebrachten Grundsätzen“ spricht, oder von einem einheitlichen Grundsatz, der diese beiden zusammengehörigen Einzelaussagen enthält, ist zwar für die verfassungsrechtliche Schutzwirkung unerheblich. Gleichwohl spricht aufgrund der dargestellten inhaltlichen Untrennbarkeit viel dafür, von einem einheitlichen Prinzip auszugehen.

Inwieweit allerdings aus dem derart verfassungsrechtlich verankerten Laufbahngruppenprinzip eine Art Bestandsgarantie für den höheren Dienst folgt, hängt entscheidend ab von dem Gestaltungsspielraum, den der zuständige Gesetzgeber trotz der Beachtenspflicht hat.

2. Der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum hinsichtlich des Laufbahngruppenprinzips

Gehört das Laufbahngruppenprinzip als Bestandteil des Laufbahnprinzips zu den „hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums“ i. S. d. Art. 33 Abs. 5 GG so hat der Gesetzgeber den Kerngehalt dieses Prinzip zu beachten. Die Beachtenspflicht verwehrt dem Gesetzgeber freilich nicht die Ausgestaltung und Anpassung, also Fortentwicklung des auf diesen Grundsätzen aufruhenden Gesetzes- und Verordnungsrechts, sie „versperrt jedoch den Weg zu tiefgreifenden strukturellen Veränderungen durch den einfachen Gesetzgeber“²⁸.

Daran ändert auch die mit der Föderalismusreform Art. 33 Abs. 5 GG angefügte „Fortentwicklungsklausel“ nichts, da diese die hergebrachten Grundsätze unangetastet lässt²⁹. Für die Frage nach einer Art verfassungsrechtlichem Bestandsschutz für den höheren Dienst ist insofern maßgeblich, wo die Grenze zwischen zulässiger Fortentwicklung des Laufbahnrechts und unzulässiger Verletzung des Laufbahnprinzips in

seinem unantastbaren Kerngehalt – inklusive des Laufbahngruppenprinzips – liegt. Dies lässt sich zum einen abstrakt betrachten, zum anderen muss das bayerische Reformprojekt in diesem Lichte gesondert analysiert werden (dazu unten III.). Das BVerfG hat dem Gesetzgeber im Bereich der Abgrenzung der Laufbahnen voneinander und ihrer Ausgestaltung – zumindest bezogen auf den insofern besonders komplizierten Schulbereich – einen weiten Gestaltungsspielraum eingeräumt³⁰.

Dies schließt es allerdings nicht aus, insoweit gleichwohl Grenzen aufzuweisen. Keine zulässige Fortentwicklung sondern eine Verletzung des Kerngehalts des Laufbahnprinzips wäre eindeutig die Etablierung einer ungegliederten Einheitslaufbahn, wie oben beschrieben (s. o. II. 1. c)). Eine derartige Konzeption wäre über die völlige Individualisierung von Einstieg und Durchstieg die Negierung des Laufbahngruppen- und damit des Laufbahnprinzips und somit notwendigerweise ein Verstoß gegen Art. 33 Abs. 5 GG.

Umgekehrt wäre es fraglos verfassungskonform, wenn die Unterteilung in die bisherigen Laufbahngruppen zwar in materieller Hinsicht erhalten bliebe, in formeller Hinsicht jedoch eine Umbenennung oder neue Einkleidung erfolgen würde. So verhält es sich grundsätzlich mit den „Einheitslaufbahnen“ des Polizeivollzugsdienstes. Auch wird man dem Gesetzgeber das Recht einräumen müssen, eine Laufbahngruppe dann abzuschaffen, wenn entweder der Bedarf nach Beschäftigten dieser Qualifikationsstufe aufgrund der Veränderung von Tätigkeitsfeldern erlischt oder kaum noch geeigneter Nachwuchs für diese Laufbahngruppe zu finden ist. Beides trifft freilich auf den höheren Dienst unzweifelhaft nicht zu, sondern kann derzeit allenfalls ein Problem des einfachen Dienstes sein.

Eine vollständige materielle Aushöhlung des Laufbahngruppenprinzips bei seiner formellen Aufrechterhaltung wäre dagegen ebenfalls verfassungswidrig³¹. Diese Situation träte ein, wenn die Überwindung der Laufbahngruppengrenzen völlig frei gegeben würde, also die Begrenzungswirkung der für das Laufbahnprinzip konstitutiven Laufbahnbefähigung unerheblich würde. Dies geschähe, wenn der Einstieg in die nächsthöhere Laufbahngruppe nicht mehr von dem Hinzuwerb der neuen Laufbahnbefähigung oder einer entsprechenden Gleichwertigkeitsfeststellung der entsprechenden Qualifikationen abhinge, sondern allein mit dem Mittel der lediglich beurteilungsgebundenen und daher bislang rein laufbahnintern möglichen Beförderung erfolgen würde.

Schwieriger zu beurteilen sind Umgestaltungen der Laufbahngruppen ohne ihre völlige inhaltliche Liquidierung, insbesondere die Verschiebung ihres Verhältnisses zueinander bzw. die Änderung der Einstiegs- oder der Aufstiegsbedingungen zur Überwindung der Laufbahngruppengrenzen. Da das Laufbahngruppenprinzip ein Ordnungsprinzip der Laufbahnen nach Vorbildung und Ausbildung ist, muss der Gesetzgeber die Möglichkeit haben, auf Veränderungen im Bildungssystem, das ihm sein Personalangebot zur Verfügung stellt, laufbahnrechtlich zu reagieren. Das bisherige Laufbahnrecht mit seiner Einteilung der Laufbahngruppen kann seinerseits dem Bildungswesen keine beschränkenden Vorgaben machen und die Entwicklung

27) *Leisner*, DÖV 1980, S. 496 (501 f); Hervorhebungen von ihm.

28) BVerfG, Beschluss vom 28.5.2008, 2 BvL 11/07, ZBR 2008, S. 310 (313); vgl. allgemein zur Bedeutung der hergebrachten Grundsätze immer noch grundlegend *Lecheler*, AöR 103 (1978), S. 349.

29) BVerfG, Beschluss vom 28.5.2008, 2 BvL 11/07, ZBR 2008, S. 310 (316).

30) BVerfGE 13, 356 (363).

31) *Leisner*, DÖV 1980, S. 496 (500); *Lecheler*, ZBR 1981, S. 265 (269).

neuer Bildungsabschlüsse verhindern³². Die Bildungspolitik muss vielmehr – auch unter Berücksichtigung internationaler Vorgaben – maßgeblich an dem Ziel einer optimalen Vermittlung von Bildungschancen und damit auch der evtl. Entwicklung neuer Bildungswege und Bildungsabschlüsse und der Vermittlung aktueller Bildungsinhalte ausgerichtet sein. Das Beamten- und speziell das Laufbahnrecht muss sich an diese Entwicklung unter Berücksichtigung des Prinzips der Bestenauslese anschließen und steht insofern in einer gewissen Abhängigkeit von beamtenrechtsexternen Entwicklungen des Bildungssektors.

Der Gesetzgeber muss darüber hinaus die Möglichkeit haben – unter Berücksichtigung der bislang aufgewiesenen Grenzen – die Anforderungen an die laufbahngruppenspezifischen Qualifikationen im Lichte des sich evtl. weiterentwickelnden Aufgabenprofils der einer Laufbahngruppe zugeordneten Tätigkeiten zu spezifizieren und seinen Vorstellungen von diesem Aufgabenprofil anzupassen. In Anbetracht der breiten Diversifizierung der Aufgaben des öffentlichen Dienstes lässt sich eine Funktionenlehre hinsichtlich der einzelnen Laufbahngruppen nur in eher abstrakter Weise umreißen. Dies schließt die Feststellung signifikanter Unterschiede der Tätigkeitsfelder der einzelnen Laufbahngruppen jedoch keineswegs aus. Eine sehr überzeugende Abgrenzung der Aufgaben von gehobenem und höherem Dienst hat insoweit *Waldeyer* vorgenommen:

„1. Höherer Dienst

Das Anforderungsprofil des höheren Dienstes lässt sich angesichts der vielfältigen Tätigkeitsfelder der Beamten dieser Laufbahngruppe, die sich auch in einer Vielzahl von Laufbahnen des höheren Dienstes niederschlagen, nur sehr abstrakt beschreiben. Da der höhere Dienst in der Hierarchie der Laufbahngruppen an oberster Stelle steht, obliegen ihm die Aufgaben, die durch einen besonders hohen Schwierigkeitsgrad gekennzeichnet sind. Das Aufgabenspektrum des höheren Dienstes ist außerdem durch eine große Verwendungsbreite geprägt. Ihm obliegen wechselnde fachliche Aufgabenbereiche, deren Bewältigung eine umfassende wissenschaftliche Ausbildung und die Fähigkeit zu abstraktem und analytischem Denken erfordert. Der höhere Dienst hat den Arbeitsprozess zu organisieren und zu koordinieren sowie für einen geeigneten Personaleinsatz und einen effizienten Umgang mit den finanziellen Mitteln zu sorgen. Ihm obliegen nicht Routineaufgaben, sondern Direktiven zu deren Behandlung. Zum Aufgabenspektrum des höheren Dienstes gehört die Klärung von strategischen und taktischen Verfahrensweisen, das Abschätzen von Entwicklungen und das Aufstellen von Plänen. Wesentliche Arbeitsfelder des höheren Dienstes sind die ‚Wahrnehmung von Führungs-, Lenkungs-, Planungs- und Koordinierungsaufgaben, Projektmanagement, die Organisation und Überwachung von Effizienz sicherungs-, Evaluierungs- und Controllingssystemen sowie die Erarbeitung von Vorschriften‘. Die Beamten des höheren Dienstes müssen daher die Kenntnisse und Fähigkeiten besitzen, die zur Erfüllung dieser Aufgaben erforder-

lich sind. Walter Leisner hat den höheren Dienst zutreffend als ‚vielfältigen und weitverzweigten Brain-Trust der Staatlichkeit‘ gekennzeichnet.

2. Gehobener Dienst

Zur Klärung des Anforderungsprofils des gehobenen Dienstes ist zunächst darauf hinzuweisen, dass dieser in der Hierarchie der Laufbahngruppen unterhalb des höheren Dienstes steht. Daraus kann abgeleitet werden, dass die Aufgaben des gehobenen Dienstes einen geringeren Schwierigkeitsgrad aufweisen als die des höheren Dienstes. Der Wissenschaftsrat spricht in diesem Zusammenhang von der ‚spezifischen Ausrichtung des gehobenen Dienstes zwischen klassischen, rechtsanwendungsorientierten Sachbearbeitertätigkeiten und Managementfunktionen‘. Die Beamten des gehobenen Dienstes sind, wenn man ihre Aufgaben abstrakt beschreibt, in den Bereichen Sachverhaltsermittlung und Rechtsanwendung, Gestaltung von Vorschriften, Planung und Organisation, Beratung und Betreuung sowie Leitung und Führung tätig. Daher müssen sie über ihre fachspezifischen Kenntnisse hinaus insbesondere folgende Fähigkeiten und Fertigkeiten aufweisen: analytisches Denken, Erfassung größerer Wirkungs- und Gestaltungszusammenhänge, Führungs- und Managementkompetenzen, Teamfähigkeit und Befähigung zu kooperativem Verhalten, Konferenztechniken, Konfliktlösungsfähigkeiten, Umgang mit betriebswirtschaftlichen Instrumenten, informationstechnische Kompetenzen.“³³

Solange sich die Tätigkeitsfelder des gehobenen und des höheren Dienstes in dieser Form von einander abgrenzen lassen besteht für die Aufhebung der entsprechenden Laufbahngruppengrenze keine sachliche Berechtigung. Ein entsprechender Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers lässt sich daher insoweit nicht begründen. Die vertikale Gliederung der Beamtenschaft über die Vor- und Ausbildungsunterschiede lässt sich mithin auch durch die Tätigkeitsfelder begründen, welche den einzelnen Laufbahngruppen zugeordnet sind³⁴.

Ein Gestaltungsspielraum wird dem Gesetzgeber aber eingeräumt werden müssen zum einen hinsichtlich der Bewertung der Bildungsqualifikationen für den primären Zugang zu einer Laufbahngruppe. Zum anderen muss dies auch gelten hinsichtlich der Art und Weise, in der er die Gleichwertigkeit von Qualifikationen für den horizontalen, vertikalen und diagonalen Laufbahngruppenwechsel feststellt. Gleichwohl wird in der Summe eine echte Gleichwertigkeit der Qualifikationen festgestellt werden müssen. Frei ist der Gesetzgeber wieder darin, den Aufstieg geeigneter Beamter durch Fortbildungsprogramme zu unterstützen, da er auf diese Weise eine optimale Stellenbesetzung durchaus zu fördern vermag und damit dem Leistungsgrundsatz Rechnung trägt.

Keinen Spielraum hat jedenfalls der Landesgesetzgeber hinsichtlich der Überschreitung der Laufbahngruppengrenzen, wenn aufgrund bundesrechtlicher Vorgaben eine bestimmte Prüfung für die Laufbahn des höheren Dienstes vorgeschrieben ist (vgl. hierzu auch § 41 Abs. 5 BayLbV). Dies bedeutet insbesondere, dass ein Aufstieg aus dem gehobenen Dienst in das Richteramt auch nach der Reform des bayerischen Laufbahnrechts ausscheidet, da hierfür nach § 5 Abs. 1 DRiG ein rechtswissenschaftliches Studium an einer Universität mit dem Abschluss des ersten juristischen Staatsexamens sowie die Ablegung des zweiten juristischen Staatsexamens erforderlich ist. Entsprechendes gilt aufgrund der bundesrechtlichen Ärztlichen Approbationsordnung für den höheren ärztlichen Dienst. Auch im Lehramtsbereich (höherer Dienst) scheidet ein Aufstieg wegen der – allerdings landesrechtlich vorgeschriebenen – universitären Qualifikation aus³⁵.

32) Tendenziell in diese Richtung aber *Leisner*, DÖV 1980, S. 496 (502); ebenso *Lecheler*, Das Laufbahnprinzip, in: Verantwortung und Leistung 1981, Heft 3, S. 13 f.

33) *Waldeyer*, ZBR 2003, S. 17 (20), auf die vielfältigen Einzelnachweise in seinen Ausführungen wird hier verzichtet.

34) *Lecheler*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts III, 1988, S. 717 (764, Rn. 120).

35) Vgl. dazu näher *Zängl*, in: Weiß/Niedermaier/Summer/Zängl, Bayerisches Beamtengesetz, Kommentar, Art. 26, Nr. 10 f.

Festzuhalten bleibt somit, dass der unantastbare Kerngehalt des Laufbahngruppenprinzips in einer Pflicht zur vertikalen Gliederung der Laufbahnen unter Berücksichtigung der typischen Bildungsabschlüsse und ihrer Unterschiede besteht und dass ein materieller Unterschied zwischen laufbahngruppenübersteigendem Aufstieg und lediglich laufbahninterner Beförderung bestehen bleiben muss. Beim Laufbahngruppenwechsel muss demgemäß eine Feststellung der materiellen Gleichwertigkeit der Laufbahnbefähigungen erfolgen. Die bisherige Gliederung in vier Laufbahngruppen wird dagegen nicht zwingend von Art. 33 Abs. 5 GG vorgeschrieben³⁶. Änderungen hieran unterliegen jedoch dem Gebot der sachlichen Begründbarkeit. Damit hat der Gesetzgeber eine Darlegungslast im Hinblick auf die Veränderung der betreffenden Tätigkeitsfelder, wenn er Laufbahngruppen neu zuschneidet. Davon zu unterscheiden ist die Frage, mit welchen Qualifikationen der Zugang zu als solchen unberührt gelassenen Laufbahngruppen möglich ist. Hier können Änderungen im Bereich der Bildungsabschlüsse ggfls. Modifikationen gestatten (vgl. dazu insbesondere unter IV.)

III. Das bayerische Reformkonzept vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Anforderungen des Laufbahngruppenprinzips

1. Das bayerische Reformkonzept: ungegliederte Einheitslaufbahn oder materielle Bewahrung des Laufbahngruppenprinzips?

Eckpunkt 5, Absatz 1 des Kabinettsbeschlusses der Bayerischen Landesregierung spricht deutlich für die völlige Abschaffung des Laufbahngruppenprinzips und für die Einführung einer einzigen, durchgehenden Laufbahn:

„Das System der vier Laufbahngruppen des einfachen, mittleren, gehobenen und höheren Dienstes wird durch eine Laufbahn ersetzt, die die Besoldungsgruppen von A 3 bis A 16 und die Ämter der Besoldungsordnung B umfasst.“

Eine einzige, ungegliederte Einheitslaufbahn mit völliger oder auch nur weitgehender Individualisierung von Einstieg und Durchstieg wäre freilich eindeutig ein Verstoß gegen Art. 33 Abs. 5 GG (vgl. o. I.). Die vollständige Beseitigung des Laufbahngruppenprinzips verstieße klar gegen die Beachtungspflicht hinsichtlich des Laufbahnprinzips, dessen konstitutiver Bestandteil das Laufbahngruppenprinzip ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Abschaffung nicht nur in formeller, sondern auch in materieller Hinsicht erfolgte. Entscheidend ist mithin nicht die begriffliche Kategorisierung nach einzelnen Laufbahngruppen sondern die inhaltliche Ausgestaltung von vor- und ausbildungsabhängigen Einstiegsebenen, die Wahrung der materiellen Unterscheidung von laufbahninterner Beförderung und laufbahngruppenübersteigendem Aufstieg und damit die Aufrechterhaltung der Aussagekraft von Laufbahnbefähigungen.

Die weitere Analyse der Ausführungen zu Eckpunkt 5 (Fassung vom 3.6.2008) ergibt nun folgendes Bild: Der Einstieg in die Laufbahn und die Ämterzuordnung soll wie bisher nach Vorbildung und Qualifikation – sowie gegebenenfalls nach beruflichen Leistungen (so die Neufassung des Kabinettsbeschlusses) – erfolgen. Weiterhin sollen nach Absatz 3 die bestehenden Möglichkeiten „für die Beamtinnen und Beamten des bisherigen einfachen und mittleren Dienstes, die Ausbildung für die nächste Qualifikationsebene zu absolvieren und nach erfolgreichem Abschluss in dieser Qualifikationsebene einzusteigen,“ erhalten bleiben. Die jeweils erforderliche Ausbildung für die nächst höhere Qualifikationsebene muss somit weiterhin durchlaufen werden. Dies bedeutet der Sache nach nichts anderes als

die Beibehaltung des bisherigen Systems des Regelaufstiegs, wie dies die Fassung von Eckpunkt 5 vom 22.4.2008 auch noch ausdrücklich formuliert. Die neue Fassung vom 3.6.2008 eliminiert allein in sprachlicher Hinsicht den Bezug zum Institut des Aufstiegs und damit zum Laufbahngruppenprinzip. Allenfalls kann in der Neuformulierung evtl. insofern ein materieller Unterschied angelegt sein, als nicht mehr von „abschließenden Prüfungen“ sondern vom „erfolgreichen Abschluss“ der Ausbildung die Rede ist. Diese Interpretation ist aber nicht zwingend, zumal im nächsten Absatz eine generelle Prüfungspflicht für die Qualifizierungsmaßnahmen anderer Aufstiegsersatzformen formuliert wird.

Der bisherige Aufstieg in eine Laufbahn des mittleren nicht-technischen Dienstes für besondere Dienstleistungen, des Verwendungsaufstiegs vom mittleren in den gehobenen Dienst und des Aufstiegs vom gehobenen in den höheren Dienst soll durch die Qualifikation über ein modular aufgebautes System lebenslangen Lernens ersetzt werden. Gegenüber der früheren Fassung des Kabinettsbeschlusses stellt dies zunächst wieder eine Beseitigung aller Anspielungen auf die Aufrechterhaltung des Instituts des Aufstiegs und damit das Laufbahngruppenprinzip dar. Allerdings wird für das Verhältnis von gehobenem und höherem Dienst auch nicht mehr ausdrücklich von verschiedenen Qualifikationsebenen gesprochen, die sich materiellrechtlich als Laufbahngruppen einstufen ließen. Gleichwohl wird der Begriff der „Qualifikationsebene“ für das Verhältnis zwischen dem bisherigen einfachen und mittleren Dienst weiterverwendet. Auch sollen die Qualifizierungsmaßnahmen für den Aufstieg vom bisherigen gehobenen in den höheren Dienst mit „Prüfungen und anderen Erfolgsnachweisen“ abschließen, so dass auch weiterhin eine Qualifikationsschwelle zwischen dem bisherigen gehobenen und dem bisherigen höheren Dienst verlaufen soll, mithin von zwei Qualifikationsebenen auszugehen ist. Von daher ist die Neufassung des Kabinettsbeschlusses vom 3.6.2008 insofern nicht anders zu interpretieren als die vorangegangene Version.

Diese Aussagen des Kabinettsbeschlusses lassen sich nur als sachlicher Widerspruch zu der Behauptung einer einzigen durchgehenden Laufbahn gemäß Absatz 1 auffassen. Zwar verwendet die Neufassung des Kabinettsbeschlusses vom 3.6.2008 nicht mehr mit der gleichen Selbstverständlichkeit die bisherige Bezeichnung der einzelnen Laufbahngruppen auch für das künftige System wie die erste Fassung des Kabinettsbeschlusses, sondern bemüht sich insofern um eine terminologische Bereinigung. Das Gleiche gilt für die Verwendung des nur in einem Laufbahngruppensystem sinnvollen Begriffes des „Aufstiegs“ bzw. „Regelaufstiegs“. Die diesbezügliche terminologische Unbekümmertheit der ersten Fassung ist allerdings auch weiterhin von Interesse, da die Neufassung in ihrem Lichte zu lesen ist. Darüber hinaus ist auch in der Neufassung von Qualifikationsebenen und darauf bezogenen Qualifizierungsmaßnahmen die Rede, obwohl dies nur in Parallele zu der bisherigen laufbahngruppenbezogenen Laufbahnbefähigung sinnvoll sein kann, da das laufbahninterne Institut der Beförderung sich nur auf Beurteilungen stützt, nicht aber auf zwingend geforderten zusätzlichen Qualifikationserwerb. Soweit die Neufassung in Absatz 1 ergänzend „gegebenenfalls berufliche Leistungen“ für den Einstieg und die Laufbahn und die Ämterzuordnung erwähnt, trägt dies wiederum nur der Tatsache Rechnung, dass dies in bestimmtem Umfang auch heute schon im Rahmen des Aufstiegs vom gehobenen zum höheren Dienst der Fall ist. Im Hinblick auf den Qualifikationserwerb werden sodann insbesondere für den Aufstieg vom gehobenen in den höheren Dienst

36) *Lecheler*, in: *Isensee/Kirchhof* (Fn. 31), S. 717 (764, Rn. 120).

bestimmte Modifikationen vorgestellt, die allerdings interessanterweise in der Neufassung des Kabinettsbeschlusses deutlich schwächer konturiert werden als in der Fassung vom April 2008.

Für die verfassungsrechtliche Bewertung des bayerischen Reformkonzepts gemäß den unter I. dargestellten Parametern kommt es zunächst darauf an, wie man die unterschiedlichen Aussagen von Absatz 1 einerseits und den folgenden Absätzen von Eckpunkt 5 andererseits wertet. Schon mit Blick auf den Umfang und die Detailliertheit der Ausführungen spricht viel dafür, die Folgeabsätze deutlich stärker zu gewichten als die eher programmatische und knappe Behauptung in Absatz 1.

Geht man nun von den Ausführungen in den weiteren Absätzen aus, so stellt die Aufrechterhaltung von formellen Einstiegsstufen – die ersichtlich den bisherigen Eingangsstufen der aktuellen Laufbahngruppen entsprechen sollen (abgesehen vom einfachen Dienst: A 3 anstelle von A 2) – und die materielle Aufrechterhaltung des Instituts des Aufstiegs mit dem Erfordernis eines entsprechenden, durch Prüfungen zu sichernden Qualifikationserwerbs für die nächste „Qualifikationsebene“ in materieller Hinsicht nichts anderes dar als die Beibehaltung des bisherigen Systems der Laufbahngruppen. Diese Laufbahngruppen sollen aber künftig nicht mehr als solche bezeichnet werden. Die Behauptung der Einführung einer einzigen Laufbahn gemäß Absatz 1 ist im Lichte der weiteren Absätze mithin schlichtweg falsch. Wäre sie richtig, wären erstens die gesamten Folgeausführungen unverständlich und zweitens wäre der gesamte konzeptuelle Ansatz von vornherein verfassungswidrig. Da dies kaum gewollt sein dürfte, vielmehr davon auszugehen ist, dass nur eine mit Art. 33 Abs. 5 GG konforme gesetzliche Regelung auf den Weg gebracht werden soll, ist davon auszugehen, dass die ergänzenden Ausführungen das geplante neue System verlässlich umreißen sollen und Absatz 1 allenfalls eine – wenn auch durchaus problematische – terminologische Vorgabe tätigt. Insgesamt ähnelt das Projekt damit im Ansatz den angeblichen „Einheitslaufbahnen“ des Polizeivollzugsdienstes, die sich ebenfalls der Sache nach nur als partielle Modifikationen des Laufbahngruppenprinzips darstellen (in NRW etwa Wegfall des einfachen Dienstes).

Damit würde sich die geplante bayerische Neuregelung des Laufbahnrechts konzeptuell keineswegs als „Revolution des Laufbahnrechts“ erweisen. Dieser Anspruch wäre substanzlos. Vielmehr würde das bisherige System des Laufbahnrechts mit seiner Gliederung in vier Laufbahngruppen der Sache nach beibehalten, diese würden jedoch künftig als Qualifikationsstufen bezeichnet werden. Materiell würde es an der Grundstruktur keine Änderung geben.

Gleichwohl müsste das soeben neugefasste Bayerische Beamtenengesetz vom 29.7.2008, das erst am 1.4.2009 in Kraft treten soll und das noch die klassische Einteilung der vier Laufbahngruppen vorgibt³⁷, wieder geändert werden, um das neue Konzept zu ermöglichen. Denn auch die nur terminologische Aufgabe des Laufbahngruppenprinzips wäre eine derart deutliche Abweichung vom Gesetzeswortlaut, dass sie nicht allein im Wege der Neufassung der Laufbahnverordnung zulässig wäre.

Es ist darüber hinaus nicht zu verkennen, dass eine lediglich materielle Aufrechterhaltung des Laufbahngruppenprinzips bei seiner formell-begrifflichen Beseitigung mit Wirkung für die gesamte bayerische Beamtenerschaft eine durchaus bedenkliche politische Tendenzentscheidung darstellt, die jedenfalls auf

eine terminologische Leugnung seiner auch verfassungsrechtlichen Relevanz hinausläuft. Hinzu kommt, dass sich im Falle einer umfassenden Wahrung der materiellen verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine entsprechende vertikale Gliederung des Laufbahnwesens die politische Behauptung der Einführung einer angeblich „durchgehenden Einheitslaufbahn“ als durchsichtige Anbiederung an verbreitete Vorurteile über die angebliche Starrheit und Leistungsfeindlichkeit des beamtenrechtlichen Laufbahnwesens entlarvt. Inhaltlich wäre das Ganze dann – vorbehaltlich evtl. einzelner Regelungen zum Qualifikationserwerb – nur ein Etikettenschwindel, der freilich gleichwohl eine erhebliche politische Distanzierung von einem wichtigen Grundsatz des Berufsbeamtentums bedeutete. Der bayerische Gesetzgeber sollte sich immerhin Rechenschaft darüber ablegen, ob dies wirklich gewollt ist und ob er in so kurzer zeitlicher Abfolge seine Vorstellungen vom Laufbahnrecht in dieser Weise modifizieren will.

Zwar läge in einer bloßen Änderung der Terminologie kein Verstoß gegen Art. 33 Abs. 5 GG, da hierfür auch eine materielle Abschaffung des Laufbahngruppenprinzips und damit eine Verletzung des zu beachtenden Laufbahnprinzips erforderlich wäre. Allerdings beruht diese Aussage nur auf den lediglich rudimentären Ausführungen zu Eckpunkt 5 des Kabinettsbeschlusses der bayerischen Landesregierung. Auf dieser Grundlage ist jedoch zunächst die Feststellung möglich, dass es ersichtlich keine wirkliche Abschaffung des höheren Dienstes – oder einer anderen Laufbahngruppe – geben soll. Zuzugeben ist allerdings, dass die Neufassung des Kabinettsbeschlusses vom 3.6.2008 sich stärker als die erste Fassung bemüht, diese Tatsache zu verschleiern. Sie ist von daher im Ansatz problematischer als die erste Version.

Ob das Urteil der materiellen Beibehaltung der Laufbahngruppen aufrechterhalten werden kann wenn die entsprechenden ausgestaltenden Regelungen in Gesetzes- und Verordnungform vorliegen, kann derzeit noch nicht prognostiziert werden. Auch ist trotz dieser grundsätzlichen Einschätzung des Projekts als „alter Wein in neuen Schläuchen“ noch auf die geplanten Modifikationen des Qualifikationserwerbs einzugehen, da – wie oben I. 2. dargestellt – auch insoweit verfassungsrechtliche Parameter zu beachten sind, insbesondere eine materielle Liquidierung der Laufbahngruppen durch Freigabe des Überschreitens der Laufbahngruppengrenzen – künftig in Bayern: Qualifikationsebenen – unzulässig wäre.

2. Verfassungsrechtlich kritische Aspekte des bayerischen Reformkonzepts

a) Überblick

Ob der bayerische Reformansatz insgesamt als verfassungskonform angesehen werden kann, hängt maßgeblich davon ab, ob nicht doch durch eine weitgehende Verwischung der Laufbahngruppengrenzen eine auch materielle Verletzung des Laufbahngruppenprinzips bewirkt wird. Dies hängt entscheidend ab von der Ausgestaltung der Bedingungen zur Überschreitung der Laufbahngruppengrenzen – künftig Qualifikationsebenen. Diese Neuregelungen sind freilich bislang nur in sehr grundsätzlicher Weise umrissen, ihre Ausgestaltung bleibt dem weiteren Verfahren vorbehalten. Im Folgenden können daher im wesentlichen nur die Ausführungen im Eckpunkt Papier zu grundegelegt werden.

Insoweit ist zunächst Folgendes festzuhalten: Hinsichtlich des Aufstiegs vom einfachen in den mittleren und vom mittleren in den gehobenen Dienst wird das bisherige System des Regelaufstiegs der Sache nach beibehalten. Da dieses aufgrund des for-

37) BayBG, BayGVBl. 2008, S. 500, Art. 27 ff.

mellen Hinzuerwerbs der Befähigung für die nächst höhere Laufbahn verfassungsrechtlich unbedenklich ist, ist insofern nichts anzumerken. Dies gilt auch dann, wenn die entsprechende Begrifflichkeit geändert werden sollte.

Beim Aufstieg vom gehobenen in den höheren Dienst sind dagegen ersichtlich substantielle Änderungen geplant. Die Neufassung des Kabinettsbeschlusses vom 3.6.2008 führt dazu nur noch aus:

„An Stelle des bisherigen Aufstiegs in eine Laufbahn des mittleren nichttechnischen Dienstes für besondere Dienstleistungsbereiche, des Verwendungsaufstiegs vom mittleren in den gehobenen Dienst und des Aufstiegs vom gehobenen in den höheren Dienst tritt die Qualifikation durch ein modular aufgebautes System lebenslangen Lernens. Alle darin vorgesehenen Qualifizierungsmaßnahmen, von denen ein angemessener Teil überfachlichen Inhalts ist, schließen mit Prüfungen und anderen Erfolgsnachweisen ab. Die jeweiligen Systeme sind durch den Landespersonalausschuss zu akkreditieren. Die Auswahl für den Zugang zu den Qualifizierungsmaßnahmen erfolgt durch den Dienstherrn nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung.“

Die frühere Fassung des Kabinettsbeschlusses war insofern wesentlich ausführlicher:

„Das bestehende zentrale Aufstiegsverfahren vom gehobenen in den höheren Dienst wird flexibler gestaltet und modifiziert. Dazu werden die für den Wechsel in die nächst höhere Qualifikationsebene notwendigen, modular aufgebauten Qualifizierungsmaßnahmen in einen ressortübergreifenden und einen fachspezifischen Teil aufgeteilt.

Um die erforderliche Verwendungsbreite und ein allgemeines Basiswissen auch weiterhin sicherzustellen, wird die Hälfte der Qualifizierungsmaßnahmen künftig einheitlich durch alle Staatsministerien – unter Beteiligung des Landespersonalausschusses – gemeinsam festgelegt. Dadurch wird die Flexibilität der Einsatzmöglichkeiten gestärkt.

Die andere Hälfte der Qualifizierungsmaßnahmen wird von den Staatsministerien fachspezifisch und unter Ausrichtung nach den konkreten Verwendungsplanungen eigenständig ausgestaltet. Diese ressorteigenen, fachspezifischen Konzepte werden vom Landespersonalausschuss akkreditiert.

(...)

Alle Qualifizierungsmaßnahmen schließen mit Prüfungen und Nachweisen ab.“

Auffallend ist insbesondere der Wegfall der Ausführungen zu der Aufteilung in einen ressortübergreifenden und einen fachspezifischen Teil. Die Neufassung hält freilich auch dies der Sache nach aufrecht, indem danach „ein angemessener Teil (der Qualifizierungsmaßnahmen) überfachlichen Inhalts“ sein soll – der Rest also offenbar fachbezogen sein soll. Auch hier bietet es sich daher an, die Neufassung des Kabinettsbeschlusses im Lichte der früheren Fassung zu interpretieren.

Die insoweit geplanten Änderungen der Aufstiegsbedingungen betreffen in zentraler Weise die Interessen des höheren Dienstes als spezifischer Gruppierung des Beamtenkorps. Diese Interessen sind insofern legitim und nicht als akademischer Dünkel abzuqualifizieren, als der höhere Dienst aus unmittelbarer Anschauung die sachnächste Kenntnis von den Qualifikationserfordernissen für die von dieser Laufbahngruppe zu erfüllenden Aufgaben hat. Das Insistieren auf der Sicherung der Qualifikation derjenigen Beamten, die mit diesen besonders wichtigen Aufgabengebieten („Stabsaufgaben“³⁸) betraut sind, ist daher gerechtfertigt. Dies gilt jedenfalls solange, als damit keine In-

fragestellung der vom Leistungsgrundsatz geforderten grundsätzlichen Aufstiegsmöglichkeiten verbunden ist.

b) Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung des Aufstiegs vom gehobenen in den höheren Dienst

In verfassungsrechtlicher Hinsicht ergeben sich insoweit zunächst zwei materiellrechtliche Anforderungen: Zum einen muss inhaltlich die Gleichwertigkeit der Befähigung sichergestellt sein, zum anderen muss der Aufstieg die Ausnahme bleiben. Eine besondere Situation besteht bezüglich der Gleichwertigkeit der Qualifikationen bei dem laufbahnrechtlichen Institut des Aufstiegs zur besonderen Verwendung (Teilaufstieg), bei dem sich die Laufbahnbefähigung für die nächst höhere Laufbahn nur auf die unteren Ämter dieser Laufbahn erstreckt. Ein Verwendungsaufstieg in den höheren Dienst findet jedoch in Bayern nicht statt; gemäß § 37a LBv ist dieser nur vom mittleren in den gehobenen Dienst möglich; dies soll ersichtlich auch so bleiben. In formeller Hinsicht ergeben sich sodann Fragen an die Ausgestaltung der Prüfverfahren zur Feststellung der materiellen Gleichwertigkeit der Laufbahnbefähigungen.

Beim Aufstieg vom gehobenen in den höheren Dienst stellt sich der formelle Hinzuerwerb der Laufbahnbefähigung durch ein parallel zur Berufstätigkeit nachgeholtes Universitätsstudium wegen der Doppelbelastung als seltener (vgl. aber § 5a BLVO) und in sich unproblematischer Ausnahmefall dar. Aus diesem Grunde muss der Aufstieg vom gehobenen in den höheren Dienst auch eine Ausnahme bleiben, da er eben nicht durch den formellen Hinzuerwerb der Laufbahnqualifikation (Hochschulabschluss und Vorbereitungsdienst) erfolgt. Insofern liegt also keine dem Regelaufstieg der unteren Laufbahngruppen vergleichbare Situation vor, sondern der Aufstieg ist nur bei besonderer Befähigung im Einzelfall aufgrund des Leistungsprinzips möglich, wenn eine nach Vor- und Ausbildung an und für sich nicht zu erwartende besondere Nachqualifizierung für den höheren Dienst stattgefunden hat. In dem Verzicht auf den förmlichen Erwerb der Laufbahnbefähigung – insoweit prüfungsfreier Aufstieg – liegt bereits eine bedeutende Erleichterung des Aufstiegs in den höheren Dienst im Vergleich zum dem Aufstieg in die beiden darunter liegenden Laufbahngruppen. In derartigen Fällen muss jedoch die inhaltliche Gleichwertigkeit der Befähigungen festgestellt werden, damit der Beamte dem neuen Aufgabenprofil (vgl. dazu oben II. 2. das Zitat von *Waldeyer*) auch sicher gewachsen ist. Dies ist naturgemäß schwierig, jedoch, wie jahrzehntelange Praxis zeigt, nicht unmöglich.

Hinsichtlich der Gleichwertigkeitsfeststellung ist zunächst in inhaltlicher Hinsicht die Fachrichtung der Laufbahn maßgeblich. So wäre die Abforderung spezifisch juristischer Kenntnisse für den Aufstieg in den höheren Dienst als Mathematiker oder als Geologe – und vice versa – nicht nur unsachlich sondern auch rechtswidrig.

Soll sich die durch Aufstieg zu erwerbende Laufbahnbefähigung auf die gesamte Laufbahn des höheren Dienstes erstrecken, so müssen die nachzuweisenden Kenntnisse und Fähigkeiten dies dem Grunde nach in gleicher Weise erwarten lassen können wie beim Hochschulabsolventen als Direkteinsteiger nach dem Vorbereitungsdienst, der sich für das weitere Fortschreiten in der Laufbahn durch Beförderung allerdings ebenfalls noch bewähren muss. Dementsprechend handelt es sich notwendig um eine Grundqualifikation mit einem Prognoseelement.

38) So treffend *Lecheler*, Das Laufbahnprinzip, in: Verantwortung und Leistung 1981, Heft 3, S. 23.

Des Weiteren ist bei einer materiellen Gleichwertigkeitsprüfung unter Verzicht auf ein Hochschulstudium zwingend ein längerfristiges „learning by doing“ Voraussetzung, das durch zusätzliche Ausbildungsmaßnahmen ergänzt werden muss. Dem trägt der bisherige § 42 BayLbV mit seinen im Vergleich zu anderen Bundesländern eher strengen Anforderungen an die Dauer der Einführung in die Aufgaben der neuen Laufbahn in verfassungsrechtlich durchaus vertretbarer Weise Rechnung. Soweit diese Voraussetzungen künftig nicht reduziert sondern allenfalls in einzelnen Aspekten bei Wahrung der Ausbildungsstandards modifiziert werden, wird Art. 33 Abs. 5 GG nicht verletzt.

Als Modifikation stellt sich zum einen die geplante Modularisierung der Qualifizierungsmaßnahmen und zum anderen die Aufteilung in einen „überfachlichen“ und einen fachlichen Teil dar. Ersteres bedeutet zusammen mit der auf die Module bezogenen Prüfungspflicht nach Auskunft des bayerischen Finanzministeriums, dass künftig das zentrale Prüfungsgespräch vor dem Landespersonalausschuss als eine Form der Abschlussprüfung entfallen wird. Eine derartige Umgestaltung hält sich bei Wahrung der Anforderungen „der Summe nach“ im Rahmen der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers (vgl. auch unten c)). Bei der „Gleichwertigkeit der Prüfungen der Summe nach“ kann es jedoch nur um die materiellen Kenntnis- und Fähigkeitsstandards gehen, eine evtl. psychische Erleichterung durch die zeitliche Streckung wird man nicht mit ins Gewicht fallen lassen können. Wie diese Bilanz ausfällt, lässt sich allerdings erst nach Ausformulierung der einschlägigen Prüfungsanforderungen beurteilen. Die geplante Beteiligung des Landespersonalausschusses, der die „jeweiligen Systeme akkreditieren“ soll, scheint ex ante eine sehr sinnvolle Maßnahme zur Sicherung angemessener und mit dem bisherigen Niveau vergleichbarer Prüfungsstandards zu sein. Die geplante Modularisierung ist von daher als solche verfassungsrechtlich unbedenklich.

Auch die geplante Aufteilung der Qualifizierungsmaßnahmen in einen überfachlichen und in einen fachlichen – also wohl im Sinne der Erstfassung des Kabinettsbeschlusses „ressortspezifischen“ – Teil hält sich grundsätzlich im Rahmen des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers. Eine ergänzende Ausrichtung der Qualifizierung auf die ins Auge gefassten spezifischen Tätigkeitsfelder des Aufstiegsbeamten lässt sich dem Grunde nach als sachlich gerechtfertigt einstufen. Freilich wird dieser Ansatz, der zu Lasten der einheitlichen Grundqualifikation der angestrebten Laufbahnbefähigung für den höheren Dienst der jeweiligen Fachrichtung geht, dann kritisch, wenn zugleich die Zahl der Fachrichtungen deutlich verringert werden soll – so Eckpunkt 6 des Kabinettsbeschlusses – und damit die Verwendungsbreite der Beamten gesteigert werden soll. Eine deutliche Spezialisierung der Aufstiegsbeamten bereits auf dem Qualifizierungsweg zum Erwerb der neuen Laufbahnbefähigung steht einer Steigerung ihrer Verwendungsbreite prinzipiell entgegen. Wie der Ausgleich zwischen diesen beiden, für sich genommen jeweils verfassungsrechtlich zulässigen politischen Zielsetzungen gefunden wird, ist derzeit offen.

Ob und inwiefern hier durch die Ausgestaltung des überfachlichen Teils – die Erstfassung des Kabinettsbeschlusses sah insofern die Beteiligung aller Staatsministerien an den Basis-Qualifizierungsmaßnahmen vor – ein Ausgleich geschaffen werden kann, bedarf der Analyse der noch zu erarbeitenden konkreten Regelungen. Insofern sei jedoch darauf hingewiesen, dass beim Vollaufstieg eine weitgehende Spezialisierung während der

Aufstiegsqualifikation zu einer zielbewusst herbeigeführten Einschränkung der Verwendungsbreite der Aufstiegsbeamten führt, was im Vergleich zu den durch Hochschulabschluss unmittelbar für den höheren Dienst qualifizierten Beamten die Gleichwertigkeit der Qualifikation in Frage stellt. Allein die Tatsache, dass etwa in einem bestimmten Bereich, z. B. der Steuerverwaltung, mit einem späteren Wechsel des Aufstiegsbeamten faktisch nicht mehr zu rechnen ist, vermag für sich genommen eine entsprechende flächendeckende Praxis nicht zu rechtfertigen; in anderen Verwaltungsbereichen kann die Verwendungsbreite ein durchaus relevanter Faktor sein.

Bezüglich des gebotenen Ausnahmecharakters des Aufstiegs in den höheren Dienst ist es naturgemäß schwierig eine feste Prozentzahl als Limit anzugeben. Gesicherte Zahlen über den Gesamtanteil der Aufstiegsbeamten im höheren Dienst in Bayern – einschließlich der kommunalen Dienstherren – liegen auch nicht vor. Hinzu kommt, dass in bestimmten Laufbahnen des höheren Dienstes ein Aufstieg aufgrund anderweitiger zwingender Qualifikationserfordernisse generell ausscheidet. Nach Auskunft des Bayerischen Finanzministeriums und des Bayerischen Landespersonalausschusses liegt die Zielgröße für die staatliche Verwaltung bei 10% – bei der Polizei aufgrund laufbahnrechtlicher Besonderheiten allerdings deutlich höher. Der Bayerische Landespersonalausschuss geht davon aus, dass 10% auch in der Gesamtbilanz die Obergrenze ist. Eine Diskussion über eine Erhöhung dieser Quote durch die Flexibilisierung der Qualifizierungsmaßnahmen hat nach Auskunft des Bayerischen Finanzministeriums bislang nicht stattgefunden. Diese Größenordnung jedenfalls dürfte sich unproblematisch als Wahrung des Ausnahmecharakters darstellen. In Nordrhein-Westfalen liegt die entsprechende Quote bei 20% – ein Wert, der eher geeignet ist, Bedenken am Ausnahmecharakter zu wecken³⁹.

Sollte die bisherige Größenordnung in Bayern auch unter dem neuen Recht in etwa gewahrt werden, bestehen insoweit keine verfassungsrechtlichen Einwände. Der höhere Dienst würde unter entsprechenden Umständen in seiner gebotenen Eigenständigkeit als Laufbahngruppe nicht durch eine Verwischung der Laufbahngruppengrenzen eingeschränkt. Bei einer deutlichen Erhöhung dieser Quote bestünden insoweit freilich Bedenken.

c) Insbesondere: Das Prüfungserfordernis

Eckpunkt 5 des Kabinettsbeschlusses sieht vor, dass alle Qualifizierungsmaßnahmen mit Prüfungen und Nachweisen abschließen. Damit steht der Aufstieg in die nächst höhere Laufbahngruppe (Qualifikationsebene) unter einem umfassenden Prüfungsvorbehalt, allerdings nach dem geplanten neuen modularen und zum Teil ersichtlich ressortspezifischen Konzept. Über die Ausgestaltung der Prüfungen – schriftlich, mündlich, Dauer etc. – ist dem Kabinettsbeschluss nichts zu entnehmen. Jedoch ist insbesondere durch die Neufassung des Kabinettsbeschlusses mit der Forderung nach Erfolgsnachweisen (die Erstfassung sprach nur von „Nachweisen“) klargestellt, dass die bloße Teilnahme an Qualifizierungsmaßnahmen nicht ausreicht, sondern eine Erfolgskontrolle hinsichtlich der vermittelten Kenntnisse und Fähigkeiten stattfinden muss. Aufgrund der unterschiedlichen Befähigungen der Kandidaten erscheint dabei eine generelle Kombination von schriftlichen und mündlichen Prüfungen besonders geeignet.

Insoweit ist zu auch zu prüfen, ob sich Prüfungsmaßstäbe aus dem bayerischen Landesverfassungsrecht ergeben. Art. 94 sieht vor, dass die Befähigung und Leistung für den Zugang zu öffentlichen Ämtern „soweit möglich, durch Prüfungen im Wege des Wettbewerbs festgestellt werden.“⁴⁰ Dieses grundsätzliche

39) Vgl. zu den Zahlen Schütz/Maiwald, *Beamtenrecht des Bundes und der Länder*, Teil C, § 26 LBG NRW, Rn. 4.

Prüfungserfordernis ist allerdings vom BayVerfGH in seiner Entscheidung vom 5.5.2003 in folgender Weise interpretiert worden:

„Soweit sie (die angegriffene Regelung, insbes. § 42 Abs. 4 BayLbV, d. Unterzeichner), was das Prüfungserfordernis angeht, von den Regelungen über den Aufstieg in den mittleren und den gehobenen Dienst (§ 33 Abs. 4, § 37 Abs. 4 LbV) abweicht, ist die Verschiedenbehandlung durch sachliche Gründe gerechtfertigt. Würde für den Aufstieg in den höheren Dienst die Ablegung einer entsprechenden Anstellungsprüfung (Art. 26 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BayBG) verlangt, wäre der Aufstieg für den von der Norm betroffenen Adressatenkreis unverhältnismäßig erschwert. Denn für den Aufstieg in den höheren Dienst werden typischerweise Beamte mit längerer praktischer Berufserfahrung und -bewährung und in einem höheren Lebensalter in Betracht kommen, so dass die Modalitäten einer Anstellungsprüfung für sie nicht adäquat erscheinen. Gleichzeitig ist das Bedürfnis, den Aufstieg von einer förmlichen Prüfung abhängig zu machen, in diesen Fällen weniger ausgeprägt, da über die betreffenden Beamten wegen ihrer längeren Dienstzeit ohnehin genügend Erkenntnisse verfügbar sein werden, die auch ohne förmliche Prüfung eine Befähigungsbeurteilung erlauben; die Personalakten, gegebenenfalls in Verbindung mit anderen Unterlagen, können hierfür ein zuverlässiges Bild vermitteln. Wenn der Verordnungsgeber die Situation des Aufstiegs in den höheren Dienst insofern anders bewertet als die des Aufstiegs in den mittleren und den gehobenen Dienst, verstößt er angesichts dieser sachgerechten Gesichtspunkte nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (...).

(...)

c) Die Regelung verstößt ferner nicht gegen Art. 94 Abs. 2 BV. Indem sie statt einer Prüfung im Sinn des Art. 21 Abs. 3 Satz 2 BayBG eine Befähigungsfeststellung durch den Landespersonalausschuss verlangt, senkt sie nicht etwa das Niveau der inhaltlichen Anforderungen ab, die an einen Aufstieg zu stellen sind; sie ändert vielmehr nur das Verfahren der Erkenntnisgewinnung für ein und dasselbe Anforderungsniveau. Ein der Förmlichkeiten einer Prüfung entkleidetes Verfahren ist nicht von vornherein ungeeignet, die Einhaltung der materiellen Aufstiegsvoraussetzungen und letztlich des verfassungsrechtlichen Leistungsprinzips zu gewährleisten. Eine solche Gewährleistung hängt auch nicht davon ab, dass im Rahmen dieses nichtförmlichen Verfahrens ein (prüfungähnliches) Prüfungsgespräch beim Landespersonalausschuss stattfindet.“⁴¹

Dieses Urteil ist zwar hinsichtlich der weitreichenden Freigabe der Gestaltung der Befähigungsfeststellung für den Aufstieg in den höheren Dienst durch den Gesetz- und Verordnungsgeber problematisch, da auf diese Weise das Maß der notwendigen Objektivierung von Aufstiegsentscheidungen zurückgenommen wird. Gleichwohl wird dadurch in verbindlicher Weise die Rechtslage bestimmt. Dazu gehört zunächst die Betonung der Notwendigkeit der Niveausicherung bei der Aufstiegsentscheidung, womit das Gericht letztlich auch das Laufbahngruppenprinzip bestätigt. Der Gesetz- und Verordnungsgeber ist freilich auch nicht daran gehindert, strengere verfahrensrechtliche Anforderungen für den Aufstieg in den höheren Dienst vorzuschreiben. Zur Sicherung der Bestenauslese im Aufstiegsverfahren spricht auch beamtenpolitisch viel dafür, den vom BayVerfGH eingeräumten Gestaltungsspielraum nicht exzessiv im Sinne einer Entförmlichung zu nutzen, sondern eine objektivierte Fähigkeits- und Leistungskontrolle beizubehalten. Die in Eckpunkt 5 angekündigte Prüfungspflicht für sämtliche einzelnen Qualifizierungsmaßnahmen weist daher in die richtige

Richtung. Im Lichte der zitierten Entscheidung bleibt dem Gesetz- und Verordnungsgeber insoweit freilich ein Spielraum zur Ausgestaltung der Prüfungen.

Das Insistieren auf einem Prüfungserfordernis ist auch deswegen gerechtfertigt, weil die Alternative eines Abstellens allein auf die bisherige berufliche Leistung, so wie sie sich in den Beurteilungen widerspiegelt, die bekannten Unzulänglichkeiten des Beurteilungswesens ignoriert. *Lecheler* formuliert insoweit prägnant:

„Zum anderen ist aber nicht jeder Aufsteiger, der ohne weitere Ausbildung und Prüfung in den höheren Dienst gelangt ist, dort ein Gewinn. Damit soll den Aufsteigern nicht generell die Befähigung abgesprochen werden, gute oder sogar hervorragende ‚höhere Beamte‘ zu werden. Nur – gute Leistungen im gehobenen Dienst sind eben keine Garantie für ebenso gute im höheren, gerade solange ein grundsätzlicher Unterschied zwischen den Ämtern der verschiedenen Laufbahngruppen besteht.“⁴²

Die Neufassung des Kabinettsbeschlusses folgt diesem Ansatz, indem sie nur „gegebenenfalls“ berufliche Erfahrungen für die Qualifikation ausreichen lassen will, für den Regelfall insofern aber weiterhin auf Vor- und Ausbildung abstellt. Die Externalisierung von Aufstiegsprüfungen – wie bislang in Bayern durch den Landespersonalausschuss – ist insofern ein geeignetes Mittel der Objektivierung von Aufstiegsentscheidungen.

IV. Die Differenzierung der Bildungsqualifikationen von Universität und Fachhochschule als Grenzproblem zwischen gehobenem und höherem Dienst

1. Ausgangslage

Die Abschlüsse der Fachhochschulen haben seit vielen Jahren zu Schwierigkeiten der Abgrenzung zwischen gehobenem und höherem Dienst geführt. Dabei wurde über lange Zeit hin die Fachhochschulausbildung nur als Qualifikation für den gehobenen Dienst eingestuft, sofern kein universitäres Ergänzungsstudium vorlag⁴³.

Diese Situation hat sich mit der nunmehr fast flächendeckenden Einführung von Bachelor- und Masterabschlüssen deutlich verändert. Die zunächst formal-begriffliche Gleichheit von universitären Mastertiteln und Mastertiteln, die an Fachhochschulen erworben werden können, hat dazu geführt, dass ein System der Akkreditierung von FH-Mastertiteln etabliert wurde. Der Beschluss der Kultusministerkonferenz vom 10.10.2003 i. d. F. vom 15.7.2005 „Länderübergreifende Strukturvorgaben gemäß § 9 Abs. 2 HRG für die Akkreditierung von Bachelor- und Masterstudiengängen“⁴⁴ dekretiert die Gleichwertigkeit von FH-Mastern und universitären Mastertiteln. Er enthält insoweit allerdings einen laufbahnrechtlichen Vorbehalt zugunsten der

40) Vgl. hierzu insbesondere *Summer*, in: *ders.*, Beiträge zum Beamtenrecht, 2007, S. 143 (149 ff.); aus seinen Ausführungen ergibt sich, dass das Bayerische Verfassungsrecht in Art. 94 Abs. 2 mittelbar von den Laufbahngruppenebenen als Voraussetzung ausgeht.

41) BayVerfGH 56, 75 = ZBR 2003, S. 355 mit zustimmender Anmerkung von *Summer*.

42) *Lecheler*, Das Laufbahnprinzip, in: Verantwortung und Leistung 1981, Heft 3, S. 22; vgl. auch *Bochmann*, ZBR 2006, S. 69 (75); europaweite Vergleichsstudie zu der Problematik des Beurteilungswesens in anderen EU-Staaten bei *Demmke*, ZBR 2008, S. 77.

43) Vgl. dazu *Waldeyer*, ZBR 2003, S. 17; vgl. auch schon *Leisner*, DÖV 1980, S. 496 (502 f.).

44) http://www.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/Dokumente/kmk/BS_070615_LaendergemeinsameStrukturvorgaben.pdf.

Länder. Durch Beschluss der Innenministerkonferenz der Länder vom 7.12.2007 und der Kultusministerkonferenz der Länder vom 20.09.2007 wurde in der Vereinbarung „Zugang zu den Laufbahnen des höheren Dienstes durch Masterabschluss an Fachhochschulen“⁴⁵ jedoch darauf abgestellt, dass bei der Akkreditierung der FH-Masterstudiengänge ihre Eignung zur Sicherung der laufbahnrechtlichen Voraussetzungen für den höheren Dienst derzeit allgemein geprüft wird, so dass eine gesonderte, ausdrückliche Feststellung hierzu im Akkreditierungsverfahren nicht mehr erforderlich ist. Die „Arbeitsgruppe Öffentliches Dienstrecht“ der Innenministerkonferenz hat am 29.2.2008 die laufbahnrechtliche Gleichstellung von akkreditierten FH-Mastern und universitären Mastertiteln förmlich übernommen⁴⁶. Auf diese Akkreditierungspraxis nimmt § 38 Abs. 1 Nr. 2 BayLbV Bezug, wenn er vorschreibt, dass in den Vorbereitungsdienst einer Laufbahn des höheren Dienstes eingestellt werden kann, wer

„ein mindestens dreijähriges Studium an einer wissenschaftlichen Hochschule oder Kunsthochschule oder ein in einem förmlichen Verfahren als laufbahnrechtlich gleichwertig anerkanntes Studium an einer Fachhochschule, das jeweils in Verbindung mit dem Vorbereitungsdienst die Laufbahnbefähigung vermitteln kann, mit einer Hochschulprüfung oder ersten Staatsprüfung erfolgreich abgeschlossen hat.“ (inhaltlich entsprechend auch Art. 24 Abs. 1 Nr. 1 des neuen BayBG)

Eine umfassende Gleichstellung der Mastertitel ist auch auf Bundesebene geplant durch § 17 Abs. 5 Nr. 1 a) DNeuGE⁴⁷.

Die Entscheidung zur grundsätzlichen laufbahnrechtlichen Gleichstellung von FH-Mastern und universitären Mastertiteln für den Zugang zum höheren Dienst stellt damit den Abschluss einer Entwicklung dar, die *Leisner* schon 1980 – mit verfassungsrechtlichen Bedenken – vorausgesehen hat⁴⁸. Sein Argument einer laufbahnrechtlichen Sonderstellung der Universitätsabsolventen aufgrund der hervorgehobenen Verfassungsentscheidung für ein dominant staatliches Universitätssystem hatte er selbst unter den Vorbehalt des Fortbestands eines signifikanten Niveauunterschieds gestellt:

„Der Abbau der Exklusivität universitärer Ausbildung muss auf die Laufbahngruppenbildung zurückwirken. (...) Wenn sie (die Bildungsabschlüsse der Fachhochschulen, d. Verfasser) in fließenden Übergängen zu den Hochschulabschlüssen überleiten, so wird die Laufbahngruppengrenze zwischen gehobenem und höherem Dienst im gleichen Zug problematisch. Laufbahngruppen haben letztlich nur Sinn, wenn in ihnen ein echter Niveauunterschied zum Ausdruck kommt, (...)“⁴⁹

Insofern ist freilich anzumerken, dass der eingeschlagene Weg einer Anerkennung der FH-Mastertitel als Qualifikation für den höheren Dienst ausdrücklich die bestehenden Laufbahngruppen und ihre Niveauunterschiede unangetastet lässt und „nur“ eine Hochstufung der betreffenden FH-Abschlüsse vornimmt aufgrund der Unterstellung ihrer materiellen Gleichwertigkeit

mit Universitätsabschlüssen. Eine Infragestellung der Laufbahngruppenabgrenzung liegt darin jedenfalls nicht in förmlicher Hinsicht, sie kann sich jedoch aus Zweifeln an der Berechtigung dieser Gleichstellung ergeben.

2. Kritik

Dieser Prozess ist trotz des insofern bestehenden politischen Konsenses kritikwürdig, da damit die bestehende und sinnvolle Ausbildungsdifferenzierung an diesen beiden Ausbildungsstätten – letztlich allein aufgrund des gleichlautenden Titels – ignoriert wird. Dahinter stehen jedoch auch weiterhin die wie bisher deutlich zieldivergenten Ausbildungsgänge – stärkere Wissenschaftsorientierung, Breite und Tiefe des Universitätsstudiums, stärkere Anwendungsorientierung und fachliche Beschränkung des Fachhochschulstudiums. Dies gilt selbst dann, wenn für einen Fachhochschul-Master ergänzende Leistungen im Vergleich zur bisherigen Fachhochschulausbildung (Diplom) erbracht werden müssen. Die „umfassende wissenschaftliche Ausbildung und die Fähigkeit zu abstraktem und analytischem Denken“ hebt auch *Waldeyer* in seiner Beschreibung des Aufgabenprofils des höheren Dienstes zu Recht hervor (vgl. oben II. 2.). Eine entsprechende Ausbildung erfolgt allerdings an den Fachhochschulen trotz ihrer ansatzweisen Verwissenschaftlichung und der Inanspruchnahme der Bezeichnung „University“ auch heute noch nicht⁵⁰.

Diese Kritik ist umso berechtigter, als bislang keine unabhängigen Studien zur inhaltlichen Vergleichbarkeit von Universitäts- und FH-Master-Abschlüssen vorliegen. Dies haben Anfragen bei insoweit wichtigen Institutionen wie dem Bundesministerium für Bildung und Forschung, der Hochschulrektorenkonferenz, dem Hochschullehrerbund, der Kultusministerkonferenz sowie dem Deutschen Hochschulverband ergeben. Die proliferierende laufbahnrechtliche Akkreditierung von FH-Mastertiteln entbehrt daher jeder unabhängigen Untersuchung im Hinblick auf ihre sachliche Berechtigung. Es besteht somit der Verdacht, dass dieser Prozess eher auf einer egalitaristischen politischen Tendenz fußt als auf einer sachlich fundierten Entscheidungsgrundlage.

Mit Blick auf die Festlegungen der Kultus- und Innenministerkonferenz als einer nunmehr etablierten bundesstaatlichen Koordination erscheint es gleichwohl sehr fraglich, ob insoweit Änderungsvorschläge noch politisches Gehör finden. Am ehesten ist dies jedoch in einer laufbahnrechtlichen Umbruchsituation vorstellbar, wie sie derzeit in Bayern bevorsteht. Aus diesem Grunde sei der nachfolgende Vorschlag unterbreitet.

3. Fünf statt vier Laufbahngruppen

Mit Blick darauf, dass das Laufbahnrecht prinzipiell an die typischen Bildungsabschlüsse anschließen muss und insofern die Fachhochschulausbildung eine nicht zu ignorierende Größe mit eigener spezifischer Bedeutung darstellt, dass weiterhin eine über den Bachelor hinausreichende Fachhochschulausbildung jedenfalls für bestimmte Bereiche des gehobenen Dienstes nicht erforderlich erscheint und zuletzt ein in der Sache weitgehend unstreitiger Unterschied zwischen Universitätsstudium und Fachhochschulstudium im Hinblick auf die Grundlagenbildung und das wissenschaftlich-methodische Vorgehen verbleibt, hat *Zängl* den Vorschlag unterbreitet,

„eine weitere (fünfte) Laufbahngruppe zu schaffen und diese zwischen die derzeitigen Laufbahngruppen des gehobenen und des höheren Dienstes einzuschieben.“⁵¹

Dieser Vorschlag erscheint in hohem Maße geeignet, eine sachgerechte laufbahnrechtliche Anknüpfung an die bestehenden

45) <http://www.kmk.org/doc/publ/laufbahn.pdf>.

46) http://www.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/Dokumente/Sonstige/Beschluss_der_AG_Oeffentliches_Dienstrecht.pdf

47) Vgl. dazu auch *Ziekow*, DÖV 2008, S. 569 ff. (573).

48) *Leisner*, DÖV 1980, S. 496 (502 f.).

49) *Leisner*, DÖV 1980, S. 496 (502).

50) *Masing*, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., 2006, Art. 33 GG, Rn. 93, hält die Gleichstellung gleichwohl für verfassungsrechtlich zulässig.

51) *Zängl*, GKÖD, K vor § 15, Rn. 27.

unterschiedlichen Bildungsabschlüsse zu ermöglichen. Da zudem – nach Auskunft des Bayerischen Finanzministeriums – eine Erweiterung der Ämter des höheren Dienstes bis A 17 oder A 18 in Betracht gezogen wird, wäre die ideale Gelegenheit zur Verwirklichung dieses Vorschlags gegeben. Die Absicht der Einführung höher besoldeter Spitzenämter zeigt im übrigen, dass die Schwierigkeit der dem höheren Dienst obliegenden Aufgaben ersichtlich zugenommen hat. In dieser Situation erscheint es wenig überzeugend, den mit geringerer wissenschaftlicher Tiefe ausgebildeten FH-Absolventen den uneingeschränkten Zugang auch zu diesen hohen Ämtern zu eröffnen.

Hinsichtlich der Einführung einer fünften Laufbahngruppe wäre unter Einbeziehung von Verzahnungsämtern folgende Lösung zu erwägen: Der bisherige höhere Dienst – dann evtl. umzubenennen in „höchsten Dienst“ – verlief von A 14 bis A 17/18, für Fachhochschulabsolventen mit Masterabschluss bestünde eine neu zu schaffende Laufbahn des neuen höheren Dienstes von A 11 bis A 14 oder A 15 und der gehobene Dienst verlief weiter ab A 9 mit Überlappung in den neuen höheren Dienst. Somit wäre ein vor- und ausbildungsadäquater laufbahnrechtlicher Einstieg möglich, der zusammen mit dem Institut des Aufstiegs gelungene Karriereverläufe gestattete.

Eine entsprechende Differenzierung lässt sich auch über die Aufgabenfelder rechtfertigen. Hinsichtlich der oben (II. 2.) wiedergegebenen Abgrenzung der Tätigkeitsfelder von gehobenem und höherem Dienst durch *Waldeyer* lassen sich fraglos schwierigere Aufgaben im Rahmen des gehobenen und einfachere im Rahmen des bisherigen höheren Dienstes ausmachen. Diese stünden der neuen Laufbahngruppe der Fachhochschulabsolventen mit Mastertitel offen und wären von ihnen optimal zu erfüllen. Der jetzige höhere Dienst könnte sich dann noch stärker auf seine Aufgaben als „Brain Trust der Staatlichkeit“ konzentrieren – was mit einem Einstiegsamt A 14 angemessen berücksichtigt würde; dies würde zugleich den Abstand vom Spitzenamt wieder mit Blick auf die prinzipielle Durchlaufbarkeit der Laufbahn in sinnvoller Weise verringern. Die schwierigeren Aufgaben des gehobenen Dienstes könnten dann von besser qualifizierten Kräften als bislang wahrgenommen werden, ohne dass die Aufstiegsmöglichkeiten aus dem gehobenen Dienst damit beschränkt würden. Ein faktisches Durchlaufen der gesamten neuen Laufbahn für Aufstiegsbeamte aus dem jetzigen gehobenen Dienst wäre aufgrund ihres Zuschnitts sogar wahrscheinlicher als es bislang für den derzeitigen höheren Dienst gilt.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass ein juristischer FH-Mastertitel, etwa betreffend das Wirtschaftsrecht, in Bayern nicht den Zugang zum höheren Verwaltungsdienst, der klassischen juristischen Laufbahn des höheren Dienstes, ermöglicht. Gemäß § 1 JAPO⁵² sind die Vorschriften des DRiG über die Befähigung zum Richteramt sowie über Studium, Vorbereitungsdienst und Staatsexamina auch für den höheren Verwaltungsdienst einschlägig⁵³. Eine Gleichwertigkeitsanerkennung hinsichtlich eines entsprechenden FH-Mastertitels scheidet aufgrund der im Vergleich zum vollen rechtswissenschaftlichen Studium deutlich eingeschränkten thematischen Ausrichtung entsprechender FH-Ausbildungsgänge von vornherein aus. Daran würde auch eine evtl. Umstellung des ersten juristischen Staatsexamens auf eine universitäre Masterprüfung, wie dies zur Zeit politisch diskutiert wird, nichts ändern.

V. Zusammenfassung

1) Das Laufbahngruppenprinzip ist ein konstitutiver Bestandteil des vom Gesetzgeber gemäß Art. 33 Abs. 5 GG zu beach-

tenden Laufbahnprinzips, da das Laufbahnprinzip ohne das Laufbahngruppenprinzip nicht durchführbar wäre.

2) Das Laufbahngruppenprinzip steht im Dienst des Leistungsgrundsatzes.

3) Eine sachliche Berechtigung zur Abschaffung des höheren Dienstes als eigenständige Laufbahngruppe besteht mit Blick auf sein spezifisches Profil als „Brain-Trust der Staatlichkeit“ nicht.

4) Der Gesetzgeber darf die Laufbahngruppengrenzen nicht durch eine völlige Freigabe für ihr Überschreiten verwischen. Zwar ist das Institut des an Gleichwertigkeitsfeststellungen oder den förmlichen Hinzuerwerb der nächst höheren Laufbahnbefähigung gebundenen Aufstiegs aufgrund des Leistungsgrundsatzes geboten. Beim Laufbahngruppenwechsel muss jedoch eine Feststellung der materiellen Gleichwertigkeit der Laufbahnbefähigungen erfolgen. In Bayern ist dabei Art. 94 Abs. 2 Bayer. Verf. zu beachten, der ein Prüfungserfordernis aufstellt.

5) Eine ungegliederte Einheitslaufbahn wäre mit dem Laufbahnprinzip nicht vereinbar.

6) Das bayerische Reformkonzept stellt sich nicht als echte Einheitslaufbahn dar, sondern als materielle Bewahrung des Laufbahngruppenprinzips in neuer terminologischer Einkleidung. Insoweit ist es zwar grundsätzlich verfassungskonform, es bedeutet gleichwohl eine politische Distanzierung von einem wichtigen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums aus zweifelhaften Gründen.

7) Die geplante Flexibilisierung des Aufstiegs vom gehobenen in den höheren Dienst hat sich maßgeblich auf den notwendigen Qualifizierungserwerb zu beziehen; eine nennenswerte Steigerung des Anteils der Aufstiegsbeamten würde den verfassungsrechtlich gebotenen Ausnahmecharakter verletzen. Eine Objektivierung der Gleichwertigkeitsprüfung durch Einschaltung des Bayerischen Landespersonalausschusses erscheint sinnvoll.

8) Die Anerkennung von akkreditierten FH-Mastertiteln als Qualifikation für den höheren Dienst ist durch Koordinierungsmaßnahmen zwischen den Ländern mittlerweile vorgegeben. Gleichwohl sollte im Rahmen der bayerischen Reformüberlegungen, die eine Ausweitung der Ämter des höheren Dienstes bis A 17/A 18 einzubegreifen scheinen, erwogen werden, eine eigene Laufbahngruppe für Beamte mit FH-Mastertiteln zwischen dem bisherigen gehobenen Dienst und dem bisherigen höheren Dienst zu schaffen.

52) BayGVBl. vom 27.10.2003, S. 758 ff.

53) Vgl. dazu näher *Zängl*, in: Weiß/Niedermaier/Summer/Zängl, Bayerisches Beamtengesetz, Kommentar, Art. 26, Nr. 7.