



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 2 B 28.13
OVG 2 KO 1427/10

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 8. Mai 2013
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Heitz und
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Thomsen

beschlossen:

Die Beschwerde des Beklagten gegen die Nichtzulassung
der Revision in dem Urteil des Thüringer Oberverwal-
tungsgerichts vom 7. Dezember 2012 wird zurückgewie-
sen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf
17 060,22 € festgesetzt.

G r ü n d e :

- 1 Die Beschwerde des Beklagten kann keinen Erfolg haben. Der Beklagte hat nicht dargelegt, dass der geltend gemachte Revisionszulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO gegeben ist.
- 2 Die Klägerin war bereits zur Zeit der DDR als Lehrerin tätig. Nach Tätigkeiten bei privaten Bildungsträgern übernahm sie der Beklagte im September 1999 im Angestelltenverhältnis in den Schuldienst. Mit Wirkung vom 1. Januar 2002 berief er die Klägerin in das Beamtenverhältnis auf Probe und ordnete Teilzeitbeschäftigung von 80 % der Regelarbeitszeit an. Im Jahr 2006 berief der Beklagte die Klägerin in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit und ernannte sie zur Studienrätin. Verbeamtung und Teilzeitanordnung beruhten auf der politischen Grundsatzentscheidung des Beklagten, die an den öffentlichen Schulen angestellten Lehrer in das Beamtenverhältnis zu übernehmen, sie als Beamte aber in Teilzeit zu beschäftigen. Aus diesem Grund hatte der Landesgesetzgeber im Jahr 1999 Regelungen zur unfreiwilligen Einstellungsteilzeit in das Beamten-gesetz eingefügt (§ 76a des Thüringer Beamtengesetzes - ThürBG -).

- 3 Durch Beschluss vom 19. September 2007 erklärte das Bundesverfassungsgericht die Regelungen des Niedersächsischen Beamtengesetzes über die antragslose, d.h. unfreiwillige Einstellungsteilzeit als mit Art. 33 Abs. 5 GG unvereinbar und nichtig (BVerfGE 119, 247). Daraufhin entschied die Landesregierung des Beklagten im Februar 2008, dass die Teilzeitanordnungen auf der Grundlage des § 76a ThürBG mit Wirkung ab dem 1. August 2008, d.h. mit Beginn des Schuljahres 2008/2009, aufgehoben werden sollten. Der Landesgesetzgeber setzte § 76a ThürBG zum 1. April 2009 außer Kraft.
- 4 Die Klägerin hatte bereits im September 2006 den Antrag gestellt, die Anordnung der Teilzeitbeschäftigung aufzuheben. Dies lehnte der Beklagte für die Zeit vor dem 1. August 2008 ab. Das Oberverwaltungsgericht hat den Beklagten verpflichtet, über den Antrag für die Zeit vom 27. September 2006 bis zum 31. Juli 2008 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden. Das Berufungsurteil ist auf folgende Erwägungen gestützt:
- 5 Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Rücknahme der bestandskräftigen Teilzeitanordnung und damit auf Vollzeitbeschäftigung für die Zeit vor dem 1. August 2008, weil das dem Beklagten eröffnete Ermessen nicht zu ihren Gunsten auf Null reduziert sei. Dies gelte auch bei Verfassungswidrigkeit der landesgesetzlichen Regelungen über die unfreiwillige Einstellungsteilzeit. Der Beklagte müsse jedoch im Rahmen der Ermessensausübung die Prüfung nachholen, ob sich ein Anspruch der Klägerin auf Vollzeitbeschäftigung ab Antragstellung aus den allgemeinen gesetzlichen Regelungen über die Rückkehr zur Vollzeitbeschäftigung während der Teilzeitphase ergebe. Aufgrund des verfassungsrechtlich fundierten Vorrangs der Vollzeitbeschäftigung habe der Beklagte darauf gerichtete Anträge nicht unter Berufung auf die Sonderregelungen über die unfreiwillige Einstellungsteilzeit ablehnen dürfen.
- 6 Die nach § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO erforderliche Darlegung der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO setzt voraus, dass der Beschwerdeführer eine konkrete Frage des revisiblen Rechts bezeichnet und aufzeigt, dass die Frage sowohl im konkreten Fall entscheidungserheblich als auch allgemein klärungsbedürftig ist. Klärungsbedarf be-

steht, wenn eine von der Beschwerde aufgeworfene Frage von Bundesverfassungs- oder Bundesverwaltungsgericht weder beantwortet worden ist noch auf der Grundlage ihrer Rechtsprechung eindeutig beantwortet werden kann (stRspr; vgl. Beschluss vom 24. Januar 2011 - BVerwG 2 B 2.11 - NVwZ-RR 2011, 329 Rn. 4 <insoweit in Buchholz 237.7 § 15 NWLBG Nr. 9 nicht abgedruckt>).

- 7 Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Die allgemeinen Rechtsfragen, auf deren Beantwortung es für den Ausgang des Rechtsstreits ankommt, sind in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts hinreichend geklärt. Einen darüber hinausgehenden weiteren Klärungsbedarf zeigt der Beklagte nicht auf.
- 8 Es ist geklärt, dass Teilzeitbeschäftigung von Beamten nur mit deren Einverständnis zulässig ist. Sie darf nur angeordnet werden, wenn dem Beamten die Möglichkeit offen gestanden hat, Vollzeitbeschäftigung zu wählen oder daran festzuhalten. Die erforderliche Wahlmöglichkeit besteht auch dann nicht, wenn der Dienstherr zu erkennen gibt, er werde die Verbeamtung nur vornehmen, wenn der Bewerber einen Antrag auf Teilzeitbeschäftigung stellt. Unfreiwillige Teilzeitbeschäftigung verstößt gegen die gemäß Art. 33 Abs. 5 GG zu beachtenden Grundsätze der Hauptberuflichkeit und der amtsangemessenen Alimentation. Entsprechende gesetzliche Regelungen und die darauf gestützten Teilzeitanordnungen sind verfassungswidrig (BVerfG, Beschluss vom 19. September 2007 - 2 BvF 3/02 - BVerfGE 119, 247 <260 ff.>; BVerwG, Urteil vom 17. Juni 2010 - BVerwG 2 C 86.08 - BVerwGE 137, 138 Rn. 18 f.).
- 9 Auch die Rechtsgrundsätze für die Aufhebung derartiger Teilzeitanordnungen nach Eintritt ihrer Bestandskraft sind geklärt: Es handelt sich um Maßnahmen, die dauerhaft Rechtswirkungen entfalten (sog. Dauerverwaltungsakte), sodass die Regelungen gemäß § 51 der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder (VwVfG) über das Wiederaufgreifen des Verfahrens Anwendung finden. Soweit sich ein Aufhebungsanspruch nicht aus § 51 Abs. 1 bis Abs. 3 VwVfG ergibt, steht die Entscheidung über die Aufhebung nach § 51 Abs. 5, § 48 Abs. 1 VwVfG im behördlichen Ermessen.

- 10 Der Ermessensspielraum ist jedoch bei Dauerverwaltungsakten, die auf einer verfassungswidrigen Rechtsgrundlage beruhen, erheblich eingeschränkt: Wird das Gesetz, auf das der Dauerverwaltungsakt gestützt ist, durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts für nichtig erklärt, folgt daraus in aller Regel, dass die Behörde den Verwaltungsakt auf Antrag des Betroffenen mit Wirkung ab dem Zeitpunkt der Nichtigerklärung an die dadurch geschaffene Rechtslage anpassen muss. Das Ermessen ist insoweit zu Gunsten des Betroffenen auf Null reduziert; dieser hat einen Anspruch darauf, künftig verfassungskonform behandelt zu werden. Dagegen handelt die Behörde regelmäßig ermessensfehlerfrei, wenn sie eine rückwirkende Anpassung des Dauerverwaltungsakts für die Zeit vor der Nichtigerklärung ablehnt. Der Nichtigerklärung muss für die Zukunft Rechnung getragen werden, während sie für die Vergangenheit folgenlos bleiben kann.

- 11 Der Senat hat diese ermessenslenkenden Grundsätze aus der gesetzlichen Wertung des § 79 Abs. 2 Satz 1 und 2 BVerfGG hergeleitet. In diesen Regelungen kommt zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber bis zur Nichtigerklärung des dem Dauerverwaltungsakt zugrunde liegenden Gesetzes der Rechtssicherheit, für die Zeit danach aber der materiellen Gerechtigkeit den Vorrang einräumt. Die Unanfechtbarkeit des Dauerverwaltungsakts kann nicht dazu führen, dass dieser trotz feststehender Verfassungswidrigkeit für die Zukunft weiterhin Rechtswirkungen entfaltet (Urteile vom 26. September 2012 - BVerwG 2 C 48.11 - NVwZ-RR 2013, 325 Rn. 25 f. <zur Veröffentlichung in der Entscheidungssammlung Buchholz vorgesehen> und vom 25. Oktober 2012 - BVerwG 2 C 59.11 - NVwZ 2013, 444 Rn. 28 f. <zur Veröffentlichung in den Entscheidungssammlungen BVerwGE und Buchholz vorgesehen>).

- 12 Diese Grundsätze gelten auch für bestandskräftige Anordnungen, die Beamten ohne deren Einverständnis und damit verfassungswidrig Teilzeitbeschäftigung auferlegen. Die Nichtigerklärung der zugrunde liegenden gesetzlichen Regelungen muss die Aufhebung der Teilzeitanordnungen für die Zukunft nach sich ziehen. Für die unfreiwillige Einstellungsteilzeit von Lehrern hat der Senat jedoch anerkannt, dass der Dienstherr aus schulorganisatorischen Gründen,

nämlich um den Schulbetrieb und den Unterrichtsablauf rechtzeitig planen und gewährleisten zu können, berechtigt sein kann, die Aufhebung der Teilzeitanordnungen ermessensfehlerfrei auf den Beginn des Schuljahres hinauszuschieben, das auf die Nichtigkeitklärung der gesetzlichen Regelungen durch das Bundesverfassungsgericht folgt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Rückkehr einer größeren Anzahl von Lehrern zur Vollzeitbeschäftigung organisatorisch bewältigt werden muss. Die auf verfassungswidriger gesetzlicher Grundlage teilzeitbeschäftigten Lehrer haben dann nicht ab der Nichtigkeitklärung des Gesetzes, sondern erst ab Beginn des darauf folgenden Schuljahres im Wege der Reduktion des Ermessens nach § 51 Abs. 5, § 48 Abs. 1 VwVfG auf Null einen Anspruch auf Aufhebung der Teilzeitanordnung, d.h. auf Vollzeitbeschäftigung (Urteil vom 24. Februar 2011 - BVerwG 2 C 50.09 - Buchholz 316 § 51 VwVfG Nr. 58 Rn. 22 f. = NVwZ 2011, 888).

- 13 Es liegt auf der Hand, dass sich die Ermessensausübung an diesen Rechtsgrundsätzen auch dann zu orientieren hat, wenn die angewandten landesgesetzlichen Regelungen über die unfreiwillige Teilzeitbeschäftigung nicht vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt worden sind. Aus den nach § 31 Abs. 1 BVerfGG bindenden Gründen des Beschlusses vom 19. September 2007 (a.a.O. S. 265 f.) zur unfreiwilligen Einstellungsteilzeit nach dem Niedersächsischen Landesbeamtengesetz folgt, dass gesetzliche Regelungen, die unfreiwillige Teilzeitbeschäftigung vorsehen oder ermöglichen, gegen die nach Art. 33 Abs. 5 GG zu beachtenden Grundsätze der Hauptberuflichkeit und der amtsangemessenen Alimentation verstoßen. Die Gesetzgeber des Bundes und der Länder dürfen daher derartige Regelungen nicht einführen; sie sind verfassungsrechtlich verpflichtet, bestehende Regelungen aufzuheben. Ein Gestaltungsspielraum besteht nicht.
- 14 Seit dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kann auch kein Zweifel mehr bestehen, dass die Teilzeitanordnungen, die auf derartigen gesetzlichen Regelungen beruhen, verfassungswidrig sind. Sie können seitdem nicht mehr mit der Begründung aufrechterhalten werden, nur die Regelungen des Niedersächsischen Beamtengesetzes seien für nichtig erklärt worden. Für die Ermessensentscheidung über die Aufhebung kann es nicht darauf ankommen,

ob und wann der Landesgesetzgeber einen verfassungskonformen Zustand herstellt. Daher haben die unfreiwillig teilzeitbeschäftigten Beamten ab dem auf die Entscheidung folgenden Monat, d.h. ab dem 1. Oktober 2007, beamtete Lehrer dagegen (aus den genannten Gründen) regelmäßig erst ab dem Beginn des darauf folgenden Schuljahres 2008/2009 Ansprüche auf Aufhebung der verfassungswidrigen Teilzeitanordnungen, d.h. auf Vollzeitbeschäftigung.

- 15 Schließlich ist geklärt, dass der Dienstherr Anträge unfreiwillig teilzeitbeschäftigter Beamter auf Vollzeitbeschäftigung für Zeiten vor dem 1. Oktober 2007 bzw. bei Lehrern vor Beginn des Schuljahres 2008/2009 nicht unter Berufung auf die Bestandskraft der verfassungswidrigen Teilzeitanordnungen ablehnen kann. Vielmehr muss er über deren Aufhebung für die Zeit ab Eingang des Antrags eine Ermessensentscheidung nach § 51 Abs. 5, § 48 Abs. 1 VwVfG treffen, die sich an den allgemeinen gesetzlichen Regelungen über die Rückkehr zur Vollzeitbeschäftigung in der Teilzeitphase zu orientieren hat (Urteil vom 24. Februar 2011 a.a.O. Rn. 20 f.).
- 16 Derartige Regelungen sind - im Wesentlichen inhaltlich übereinstimmend - in allen Beamtengesetzen enthalten (vgl. § 76 Abs. 3 Satz 2 ThürBG in der hier anwendbaren Fassung vom 21. November 2007 <GVBl S. 204>). Sie tragen dem Umstand Rechnung, dass die Verfassungsgrundsätze der Hauptberuflichkeit und der amtsangemessenen Alimentation die Vollzeitbeschäftigung der Beamten als Leitbild vorgeben. Daraus folgt, dass teilzeitbeschäftigten Beamten jedenfalls dann Vollzeitbeschäftigung ermöglicht werden soll, wenn ansonsten eine amtsangemessene Lebensführung, wie sie durch die volle Alimentation gewährleistet wird, in Frage stehen könnte (Urteil vom 30. Oktober 2008 - BVerwG 2 C 48.07 - BVerwGE 132, 243 Rn. 12 f. = Buchholz 237.8 § 80a RhPLBG Nr. 2).
- 17 Nach § 76 Abs. 3 Satz 2 ThürBG a.F. soll der Dienstherr den Übergang eines teilzeitbeschäftigten Beamten zur Vollzeitbeschäftigung zulassen, wenn ihm die Teilzeitbeschäftigung nicht mehr zugemutet werden kann und dienstliche Belange nicht entgegenstehen. Der Bedeutungsgehalt dieser Bestimmung ist durch das Urteil des Senats vom 30. Oktober 2008 (a.a.O.) geklärt:

- 18 Der Begriff der Unzumutbarkeit bezieht sich insbesondere auf die wirtschaftliche Situation des Beamten. Es ist in den Blick zu nehmen, welche Auswirkungen der mit der Teilzeitbeschäftigung verbundene Verlust eines Teils der Alimentation unter Berücksichtigung der sonstigen Einkünfte für die Lebensverhältnisse des Beamten hat. Der Begriff der dienstlichen Belange ermöglicht es dem Dienstherrn, die organisatorischen und personalwirtschaftlichen Folgen einer Rückkehr zur Vollzeitbeschäftigung in die Entscheidungsfindung einzubeziehen. Erforderlich ist stets eine fallbezogene Abwägung der Belange des Beamten und des Dienstherrn. Je gewichtiger die Gründe sind, die für eine Vollzeitbeschäftigung sprechen, desto höher muss das Gewicht der dienstlichen Belange sein, um den Beamten an der Teilzeitbeschäftigung festzuhalten. Das Fehlen einer Planstelle im Haushaltsplan rechtfertigt die Ablehnung des Antrags auf Vollzeitbeschäftigung nur für das Haushaltsjahr, in dem der Antrag gestellt wird.
- 19 Darf Beamten, die freiwillig Teilzeitbeschäftigung eingegangen sind, die Rückkehr zur Vollzeitbeschäftigung in der Teilzeitphase nicht bereits wegen der Bestandskraft des Teilzeitbewilligungsbescheids verweigert werden, so muss dies erst recht für Beamte gelten, die unfreiwillig teilzeitbeschäftigt sind. Dem verfassungsrechtlich verankerten Vorrang der Vollzeitbeschäftigung muss hier im Rahmen der Ermessensausübung nach § 51 Abs. 5, § 48 Abs. 1 VwVfG Rechnung getragen werden.
- 20 Dem steht nicht entgegen, dass gesetzliche Regelungen über die unfreiwillige Teilzeitbeschäftigung einen Anspruch auf Vollzeitbeschäftigung ausgeschlossen haben (vgl. § 76a Abs. 1 Satz 2 ThürBG). Derartige Regelungen haben bei der Ermessensentscheidung nach § 51 Abs. 5, § 48 Abs. 1 VwVfG unberücksichtigt zu bleiben, weil sie als untrennbarer Bestandteil des Regelungskonzepts der unfreiwilligen Teilzeitbeschäftigung an dessen Verfassungswidrigkeit teilnehmen. Darüber hinaus tragen sie auch für sich genommen dem Verfassungsgrundsatz der amtsangemessenen Alimentation nicht Rechnung. Der Gesetzgeber darf Beamten die von der Vollzeitbeschäftigung abhängige Gewäh-

rung der vollen Alimentation nicht unabhängig von den wirtschaftlichen Folgen für den Beamten teilweise vorenthalten.

- 21 Das Oberverwaltungsgericht hat die dargestellten, in der Rechtsprechung des Bundesverfassungs- und des Bundesverwaltungsgerichts herausgearbeiteten Rechtsgrundsätze zutreffend angewandt. Danach kann die Klägerin verlangen, dass der Beklagte über die Aufhebung der Teilzeitanordnung für die Zeit vom 27. September 2006 bis zum 31. Juli 2008 in Anlehnung an § 76 Abs. 3 Satz 2 ThürBG a.F. entscheidet. Das Oberverwaltungsgericht hat zu Recht darauf hingewiesen, dass der Beklagte die tatsächlichen Beschäftigungsumfänge und die geleistete Mehrarbeit in die erforderliche Abwägung der privaten und dienstlichen Belange einbeziehen muss. Dagegen darf der Klägerin weder zum Nachteil gereichen, dass sie infolge der ihr auferlegten Teilzeitbeschäftigung nicht die volle Dienstleistung erbracht hat, noch dass der Landeshaushalt in den Jahren 2007 und 2008 nicht genügend Planstellen enthalten hat, um alle teilzeitbeschäftigten Lehrer in Vollzeit zu beschäftigen (Urteil vom 17. Juni 2010 - BVerwG 2 C 86.08 - BVerwGE 137, 138 = Buchholz 240 § 6 BBesG Nr. 28 Rn. 28 und 29).
- 22 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Festsetzung des Streitwertes für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 47 Abs. 1 und 3, § 52 Abs. 1 GKG.

Domgörgen

Dr. Heitz

Thomsen