

# Art. 33 Abs. 2 GG gewährleistet nur die Zugangsgleichheit für den Eintritt in den öffentlichen Dienst?

Dr. Torsten von Roetteken

*Art. 33 Abs. 2 GG wird heute von der Rechtsprechung in erster Linie als Gewährleistung des Prinzips der Bestenauslese oder auch des Leistungsprinzips für den öffentlichen Dienst und den beruflichen Aufstieg in ihm aufgefasst<sup>1</sup>. Die Literatur folgt dem<sup>2</sup>. Die Reichweite und Schlüssigkeit dieses Ansatzes soll hier in Frage gestellt und mit einem Alternativvorschlag konfrontiert werden.*

## I. Vorstellung des Problems

Aus diesem Ansatz hat sich – beginnend in 60er Jahren des letzten Jahrhunderts und intensiviert seit 1985 – eine immer stärker ausdifferenzierte Dogmatik zu den Bedingungen für eine am Bestenausleseprinzip orientierte Personalauswahl entwickelt, die sich in erster Linie nicht mehr auf den Zugang zum öffentlichen Dienst, sondern vor allem auf den beruflichen Aufstieg im öffentlichen Dienst bezieht. Federführend war hier bis zum Jahr 2010 vor allem die Rechtsprechung der zweitinstanzlichen Verwaltungsgerichte, seit dem Jahr 2007 maßgeblich begleitet von Kammerentscheidungen des 2. Senats des BVerfG, das hinsichtlich dieser Thematik erst in den Jahren 2015 und 2016 zu Senatsentscheidungen gekommen ist.

Das BAG ist der von den zweitinstanzlichen Verwaltungsgerichten ausgebildeten Konkurrenzrechtsprechung im Wesentlichen gefolgt und hat sich 1996 ohne nähere Begründung dafür entschieden, auch Beförderungen in den Geltungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG einzubeziehen<sup>3</sup>. Das BVerwG hat sich der entsprechenden Thematik erst ab dem Jahr 2010 intensiver zugewandt<sup>4</sup> und sich zuvor im Wesentlichen damit begnügt, die mangelnde Anfechtbarkeit einer Ernennung durch eine im Auswahlverfahren unterlegene Person als Grundsatz aufzustellen<sup>5</sup>.

Die sich daraus ergebenden Probleme für die Besetzung von höherwertigen Positionen und für Beförderungen im öffentlichen Dienst, insbesondere die oft längere und zum Teil sogar mehrjährige Blockade zu besetzender Positionen haben zu einem Versuch des BVerwG geführt, die Reichweite des vorbeugenden Rechtsschutzes beim Konkurrenzschutz im öffentlichen Dienst einzuschränken<sup>6</sup>. Dieser Vorstellung zufolge soll ein Bewährungsvorsprung auf einem höherwertigen Dienstposten dann unberücksichtigt bleiben müssen, wenn und soweit dieser Dienstposten im Verhältnis zu einer fehlerhaft überangenen Person erworben wurde. Stattdessen sei die Qualifikation der fehlerhaft ausgewählten Person ohne Berücksichtigung der auf dem höherwertigen Posten erworbenen Qualifikationen durch Anknüpfung an die vor der Dienstpostenübertragung bestehende Qualifikation entsprechend § 33 Abs. 3 BLV fiktiv fortzuschreiben. Daraus zieht das BVerwG den Schluss, ein Eilrechtsschutz gegen bloße Dienstpostenübertragungen, auch wenn es sich um Beförderungsdienstposten handele, komme grundsätzlich nicht mehr in Betracht, weil die davon ausgehenden Vorwirkungen für die Beförderungsernennung im Verhältnis zu einer rechtswidrig überangenen Person zwingend auszublenden seien.

## II. Wesentliche Kritikpunkte des neuen Ansatzes

Einen wirklich gangbaren Weg zeigt dieser Ansatz des BVerwG, vertieft vom Mitglied des 2. Revisionssenats *Kenntner*<sup>7</sup>, nicht auf, sondern führt nur zu weiteren Problemen und dogmatischen Verästelungen im System der beamtenrechtlichen Personalauswahl.

### 1. Keine Rechtsgrundlage für die Vorenthaltung eines Qualifikationserwerbs durch die ausgewählte Person

Zunächst stellt sich die Frage, auf welcher Rechtsgrundlage einer/m Beschäftigten der Anspruch vorenthalten werden soll, dass eine aufgrund einer Aufgabenwahrnehmung tatsächlich erworbene Qualifikation bei deren Ermittlung (§ 9 Abs. 1 S. 1

- 1) Beispielhaft zuletzt BVerfG, Beschluss vom 20.9.2016 – 2 BvR 2453/15, ZBR 2017, 34, 36, Rn. 19; vom 16.12.2015 – 2 BvR 1958/13, ZBR 2016, 128, 131, Rn. 31 f.; BAG, Urteil vom 12.4.2016 – 9 AZR 673/14, PersV 2016, 466, 470, Rn. 17; vom 23.1.2007 – 9 AZR 492/06, NZA 2007, 1450, 1453, Rn. 39; BVerwG, Beschluss vom 10.5.2016 – 2 VR 2.15, ZBR 2016, 317, 318, Rn. 22; Urteil vom 17.3.2016 – 2 A 4.15, ZBR 2016, 417, 418, Rn. 14, 16; Beschluss vom 20.6.2013 – 2 VR 1.13, ZBR 2013, 376, 377, Rn. 14; die Anerkennung eines landesverfassungsrechtlich im Hinblick auf Art. 19 VerfRhIPf begründeten Bewerbungsverfahrensanspruchs ausdrücklich offenlassend VerfGH RhIPf, Beschluss vom 16.8.1994 – VGH B 15/93, ZBR 1995, 23, 25.
- 2) Beispielhaft *Battis*, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl., Art. 33, Rn. 19; *Badura*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Stand September 2016, Art. 33, Rn. 20; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl., Art. 33, Rn. 73; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl., Art. 33, Rn. 14; *Jachmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 6. Aufl., Art. 33, Rn. 12; *Hense*, in: Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, Epping/Hillgruber, Stand 1.12.2016, Art. 33, Rn. 8; *Höfiling*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, Stand Oktober 2016, Art. 33 Abs. 1-3, Rn. 62; *Kenntner*, ZBR 2016, S. 181; *Lorse*, ZBR 2017, S. 11, 13.
- 3) BAG, Beschluss vom 22.6.1993 – 1 AZR 590/92 (A), NZA 1994, 77, 78; Urteil vom 7.3.1996 – 1 AZR 590/92(A), ZTR 1996, 416, 417; nachfolgend BAG, Urteil vom 2.12.1997 – 9 AZR 445/96, ZTR 1998, 417, 418 und – 9 AZR 668/96, ZTR 1998, 419.
- 4) BVerwG, Urteil vom 4.11.2010 – 2 C 16.09 – BVerwGE 138, 102 = ZBR 2011, 91.
- 5) BVerwG, Urteil vom 25.8.1988 – 2 C 62.85 – BVerwGE 80, 127, 129 f. = ZBR 1989, 280; nicht beanstandet durch BVerfG, 3. Kammer 2. Senat, Beschluss vom 19.9.1989 – 2 BvR 1576/88, NJW 1990, 501; aufgegeben durch BVerwG, Urteil vom 4.11.2010 – 2 C 12.09 – BVerwGE 138, 102, 106, Rn. 19 = ZBR 2011, 92.
- 6) BVerwG, Beschluss vom 10.5.2016 – 2 VR 2.15, ZBR 2016, 317, 319, Rn. 27 ff.; dem folgend OVG Saarland, Beschluss vom 9.9.2016 – 1 B 60/16 – juris; VGH BW, Beschluss vom 27.7.2016 – 4 S 1083/16 – juris; in diesem Sinn auch *Kenntner*, ZBR 2016, S. 181; teilweise kritisch *Kathke*, RiA 2016, S. 197; ablehnend zu dieser Rechtsprechungsänderung *Lorse*, ZBR 2017, S. 11, 13 ff.; an der bisherigen Rspr. festhaltend OVG NW, Beschluss vom 1.6.2016 – 1 B 201/16, IÖD 2016, 164; vom 14.7.2016 – 6 B 653/16, IÖD 2016, 223; Nds-OVG, Beschluss vom 3.1.2017 – 5 ME 157/16 – DÖD 2017, 75 m.w.N.
- 7) ZBR 2016, 181.