

Stellenbesetzungen im öffentlichen Dienst – Einfache Verwaltungsentscheidungen machen Art. 33 Abs. 2 GG wirkungslos

Dr. Stefan Braun (MLR)

Mit guten Gründen ist das Beamtentum für die Funktionsfähigkeit unseres Gemeinwesens essentiell. Abgesichert wird dies durch die Garantien des Art. 33 GG, insbesondere der Stellenbesetzung nach dem Leistungsprinzip und dem gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern. Art. 33 Abs. 2 GG ist aber das meistverletzte Grundrecht. In der Folge haben Stellenbesetzungen die entgegen dieses Grundsatzes erfolgen, insbesondere aufgrund von Ämterpatronage, eine systemgefährdende Wirkung. Die Mechanismen, aufgrund derer Ämterpatronage sehr einfach möglich ist, sind vielfältiger Art und finden auf jeder Ebene von Stellenbesetzungsverfahren statt, ohne dass die „Täter“ hier auch nur das geringste Unrechtsbewusstsein hätten. Sehr bedenklich ist, dass diese Vorgänge von der Rechtsprechung weitgehend mitgetragen werden.

I. Einführung

Für den Erfolg und das Funktionieren jedes Unternehmens und jeder Behörde spielen viele Faktoren eine Rolle. Der zentrale Faktor ist aber, welche Personen insbesondere auf der Leitungsebene, die das Unternehmen und die Behörde strategisch ausrichtet, tätig sind. Im Besonderen gilt dies für Ministerien als obersten Behörden, welche die strategischen Vorgaben für deren ganzen Geschäftsbereich machen. Zwar unterliegen Behörden völlig anderen Rahmenbedingungen als privatwirtschaftliche Unternehmen, gleichwohl greifen auch dort strukturimmanente Zwangsläufigkeiten bei der Strukturierung von komplexen Organisationen, die in allen Bereichen zu zwingenden Parallelen in der Selbstorganisation führen. Man könnte es auf den kurzen Nenner bringen: Je fähiger das Personal, desto größer der Erfolg bei der Aufgabenerfüllung der Organisationseinheit, vorliegend der Behörde.

Diese letztlich simple Erkenntnis hat auch das Grundgesetz vor Augen. Dieses will eine möglichst gute Besetzung der Positionen im öffentlichen Dienst dadurch absichern, dass es mit Art. 33 Abs. 2 GG eine Bestenauslese als grundrechtsgleiches Recht statuiert.¹ Zum einen gewährt dieser Grundsatz einen Anspruch für einen Bewerber nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ausgewählt zu werden. Zum anderen hat dies aber auch eine kollektivrechtliche Funktion, indem durch die bestmögliche Besetzung von Stellen im öffentlichen Dienst auch eine bestmögliche Aufgabenerfüllung und damit ein bestmöglich funktionierendes Gemeinwesen gewährleistet werden soll. D.h., Art. 33 Abs. 2 GG dient dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes. Zudem vermittelt Art. 33 Abs. 2 GG Bewerbern ein grundrechtsgleiches Recht auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl (Bewerbungsverfahrensanspruch).²

In der Praxis ist Art. 33 Abs. 2 GG aber das am meisten verletzte Grundrecht.³ Wer die Ämtervergabe im öffentlichen Bereich über einen längeren Zeitraum betrachtet, muss leider feststellen, dass eine zu jeder Zeit praktizierte Ämterpatronage durch fort-

schreitende Potenzierung längst systemgefährdende Ausmaße angenommen hat.⁴

Verhängnisvoll ist dieses System auf der Zeitschiene, weil – sobald die entsprechenden Personen einmal im öffentlichen Dienst und der Behördenstruktur integriert sind – sie wegen der weitgehenden Unmöglichkeit, sich von einem Beamten trennen zu können, dort auch bleiben. Auf der Zeitschiene führt dies dazu, dass sich letztlich verschiedene Parallelsysteme in Behördenstrukturen wiederfinden, die sich im besten Fall tolerieren, im Normalfall aber belauernd gegenüberstehen und im schlechtesten Fall offen bekriegen. Dabei bleiben oft genug die Interessen der Allgemeinheit an einer bestmöglich funktionierenden Verwaltung auf der Strecke und das System beschäftigt sich Gutteils mit sich selbst.

Man könnte nun die Hoffnung haben, dass Artikel 33 GG hier eine Brandmauer ist, die ein Übergreifen eines Großbrandes der Unfähigkeit auf die Verwaltungen und Behörden verhindern könnte. Nachfolgend wird an einigen Themenbereichen, mehr exemplarisch und bei weitem nicht abschließend, aufgezeigt, dass Art. 33 GG in der Praxis weitgehend leerläuft. Dies ist insbesondere deshalb bedenklich, weil die Rechtsprechung in vielen Fällen die Aushebelung von Verfassungsrecht, namentlich Art. 33 GG, durch die Praxis durch einfache Verwaltungsentscheidungen zulässt und mitträgt. Damit wird der Manipulation von Stellenbesetzungsverfahren im öffentlichen Dienst Tür und Tor geöffnet und den konkurrierenden „normalen“ Mitbewerbern und Konkurrenten de facto eine Durchsetzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs, d. h. ihrer Rechte, im Ergebnis verwehrt.

II. Normenhierarchie

Der Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Normenhierarchie oder Normenpyramide. Diese beschreibt das Über- und Unterordnungsverhältnis der Rechtsnormen. Nach der Kollisionsregel *Lex superior derogat legi inferiori* hat eine in der Normenhierarchie höherstehende Norm Geltungsvorrang vor einer niedriger stehenden Norm. Das „normale Verwaltungshandeln“ einer Behörde bezieht sich auf die alltäglichen Tätigkeiten und Entscheidungen, die von den Mitarbeitern der Behörde im Rahmen ihrer Zuständigkeiten und Befugnisse ausgeführt werden. Dieses Handeln muss sich grundsätzlich an die gesetzlichen Vorgaben halten und den Prinzipien des Verwaltungsrechts entsprechen. Namentlich sind dies insbesondere Gesetzestreue, Rechtssicherheit, Verhältnismäßigkeit, Gleichbehandlung und Willkürverbot. Diese Tätigkeiten müssen sich

1) Vgl. zur „Grundrechtsverwirklichung im Amt“ *Kenntner*, ZBR 2024, S. 361 ff.

2) Vgl. BVerwG, Urteil vom 28.10.2004 – 2 C 23.03; BVerwG, Urteil vom 4.11.2010 – 2 C 16.09.

3) *Domgörgen*, DVBl 2021, S. 1351 (1353).

4) Vgl. dazu auch grds. *Immich*, ZBR 2024, S. 238.