

Analogie zur Verfügung“.³⁹ Für eine analoge Anwendung fehlt es den beamtenrechtlichen Vorschriften aber im Hinblick auf Lebenspartner an einer planwidrigen Lücke; vielmehr sind die Vorschriften planmäßig lückenhaft.⁴⁰ Hierüber ließe sich noch hinwegsehen, da die Anforderungen an eine Lücke im Bereich der Leistungsverwaltung niedriger sein dürften, als im Bereich der Eingriffsverwaltung⁴¹ und die plangemäße Lücke mit der Entscheidung des BVerfG zudem verfassungsrechtlich planwidrig geworden ist. Allerdings hat das BVerfG im Bereich der Beamtenbesoldung Analogien grundsätzlich einen Riegel vorgeschoben: „Verstößt ein seinem Zweck und Inhalt nach eindeutiges Besoldungsgesetz gegen Art. 3 I GG, weil es bestimmte Beamtengruppen nicht berücksichtigt, so darf ein Gericht einem Beamten dieser Gruppe nicht durch ergänzende Gesetzesauslegung die Besoldung aus diesem Gesetz zusprechen. [...] [N]ach [den] hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums [besteht] der Gehalts- und Versorgungsanspruch grundsätzlich nur nach Maßgabe eines – verfassungsmäßigen – Gesetzes. [...] [O]hne ein erneutes – allerdings durch die Verfassung gebotenes – Handeln des Gesetzgebers [steht dem Beamten] ein erhöhter Gehalts- oder Versorgungsanspruch nicht zu.“⁴²

Europarechtlich ist aber auch die Verwaltung gehalten, der Richtlinie Geltung zu verschaffen.⁴³ Zwei Wege sind denkbar: In entsprechender Anwendung der zu Art. 141 EGV (Nizza)⁴⁴ entwickelten Rechtsprechung des EuGH haben verpartnerte Beamte einen europarechtlichen Anspruch auf die gleichen Leistungen wie verheiratete Beamte⁴⁵; dogmatisch naheliegender wäre es, die beamtenrechtlichen Vorschriften europarechtskonform auf Lebenspartner anzuwenden⁴⁶. In jedem Fall kann und muss die Verwaltung Leistungen zahlen, falls der Gesetzgeber – entgegen seiner Pflicht aus § 31 Abs. 1 BVerfGG – nicht tätig wird. Dies gilt umso mehr, als Zahlungen der Verwaltung nicht in Widerspruch mit künftigen Gesetzesänderungen geraten können, da der Gesetzgeber bereits entstandene Ansprüche verpartneter Beamte nicht nachträglich begrenzen kann (siehe oben III.).

Beruhet die Ungleichbehandlung nicht auf einem Gesetz, sondern wie bei der Entscheidung des BVerfG auf einem Tarifvertrag⁴⁷, ist der Parteiwille maßgeblich. Eine verfassungskon-

forme Auslegung kommt dann nicht in Betracht⁴⁸, ist aber auch nicht notwendig: Tarifverträge binden staatliche Stellen nicht nach Art. 20 Abs. 3 GG und stehen daher der verfassungsrechtlich gebotenen Leistung an verpartnerte Angestellte des öffentlichen Dienstes nicht entgegen.

V. Ergebnis

Aus dem verfassungs- und europarechtlichen Gebot der Gleichbehandlung stehen Lebenspartnern beamtenrechtliche Leistungen rückwirkend zu. Allerdings unterliegen Ansprüche verpartneter Beamter der Verjährung nach § 195 BGB; angesichts der bis 2008 ablehnenden Rechtsprechung beginnt die Verjährungsfrist nicht vor 2009 zu laufen. Über diese Verjährungsvorschrift hinaus ist der Gesetzgeber gehindert, Ansprüche verpartneter Beamter nachträglich zeitlich zu begrenzen. Aus diesem Grund und im Hinblick auf Staatshaftungsansprüche empfiehlt es sich, dass der Gesetzgeber verpartnerte Beamte zeitlich umfassend rückwirkend gleichstellt. Hat der Gesetzgeber die gebotene Gleichstellung noch nicht umgesetzt, muss die Verwaltung gleichwohl bestehende beamtenrechtliche Regelungen aufgrund der Gleichbehandlungs-Richtlinie auf verpartnerte Beamte anwenden.

39) *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, 6. Aufl., 2001, § 44, Rn. 53.

40) So z. B. VG Berlin zur Beihilfe, Fn. 21.

41) Vgl. BVerfGE 116, 69 (83).

42) BVerfGE 8, 28.

43) EuGH, Slg. 1989, I-1871: „Die Verwaltung – auch auf kommunaler Ebene – ist ebenso wie ein nationales Gericht verpflichtet, EWGRL 305/71 Art 29 Abs 5 anzuwenden und diejenigen Bestimmungen des nationalen Rechts unangewendet zu lassen, die damit nicht im Einklang stehen.“

44) Entspricht Art. 157 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Lissabon).

45) So VG Berlin zur Beihilfe, Fn. 21; VG Stuttgart, Fn. 23 unter Verweis auf *Blanke*, in: *Calliess/Ruffert, EUV/EGV*, 3. Aufl., 2007, Art. 141 EGV, Rn. 68 f.

46) Vgl. EUGH, Slg. 1994, I-3325.

47) Der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) vom 13.9. 2005 sieht keinen Familienzuschlag mehr vor.

48) OLG Karlsruhe, VersR 2005, 636 (637).

Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG und Anforderungsprofil – ein unlösbarer Zwiespalt?

Zugleich eine kritische Anmerkung zum Beschluss des VG Saarlouis vom 19.2.2009, NVwZ-RR 2009, S. 646 ff.

Dr. Horst Zeiler

Bei Stellenausschreibungen wird in jüngster Zeit vielfach ein Anforderungsprofil vom Dienstherrn aufgestellt. Hierbei kann es zu Kollisionen mit dem Grundsatz der Bestenauslese gem. Art. 33 Abs. 2 GG kommen. Diesen Problemen soll im Folgenden nachgegangen werden.

I. Einleitung

Seit geraumer Zeit werden bei Stellenbesetzungen – insbesondere bei höherrangigen Stellen – in Ausschreibungsverfahren Anforderungsprofile festgelegt, die von den jeweiligen Bewerbern erfüllt sein müssen. Dies ist zwar grundsätzlich zulässig

und folgt letztlich aus der Organisationshoheit des Dienstherrn und dem daraus resultierenden Organisationsermessen. Der Dienstherr ist bei der Bestimmung des Organisationsermessens weitgehend frei. Gleichwohl kann es im Einzelfall dazu kommen, dass der Dienstherr durch die Festlegung eines bestimmten Anforderungsprofils mit dem Grundsatz der Bestenauslese, wie er in Art. 33 Abs. 2 GG festgelegt ist, in Widerspruch gerät¹. Wann dies der Fall ist, soll im folgenden nachgegangen werden, und zwar insbesondere bei der Besetzung einer hochrangigen Richterstelle.

1) So der Hinweis von *Battis*, NJW 2006, S. 817 (820).

II. Begriff des Anforderungsprofils

Das Anforderungsprofil ist eine Maßnahme der Personalauswahl mit dem Ziel, den geeigneten Bewerber für eine zu besetzende Stelle zu finden². Mit der Aufstellung eines Anforderungsprofils wird auf die Besetzung des jeweiligen Dienstpostens als solchen unabhängig von den jeweiligen Bewerbern abgestellt³. Beim Anforderungsprofil geht es nicht schon um den Vorgang der Dienstpostenbesetzung, sondern vielmehr um den Maßstab, mit dem der geeignetste Bewerber gefunden wird, wobei derjenige der Geeignetste ist, dessen Fähigkeiten, Fertigkeiten, Kenntnisse und Motivation so ausgeprägt sind (= Befähigungsprofil), dass sie den Anforderungen der zu besetzenden Stelle (= Anforderungsprofil) am besten entsprechen⁴. Wenn ein Anforderungsprofil für die Besetzung einer Stelle erstellt wird, dann ist dies gewissermaßen eine antizipierte Auswahlentscheidung. Damit schichtet der Dienstherr das Auswahlverfahren ab; das Anforderungsprofil wird zur Grundentscheidung des Auswahlverfahrens gemacht, es wird gleichsam „vor die Klammer des Auswahlverfahrens im eigentlichen Sinne gezogen“⁵.

Liest man diese Ausführungen unbefangen, so wird der durchaus positive Eindruck erweckt, dass das Anforderungsprofil der Objektivierung des Stellenbesetzungsverfahrens dient. Dem ist jedoch nicht durchgängig so, wie bereits an dieser Stelle vermerkt werden soll. Es ist daher mehr als voreilig, wenn – wie zumindest teilweise geschehen – diese grundlegende Veränderung in der Personalführung schon als Fortschritt angesehen wird⁶. Die grundlegende Veränderung in der Praxis der Personalführung, dass Ausschreibungen, die als Anforderungskriterien den Hinweis auf die Befähigung zum Richteramt und Durchsetzungsvermögen genügen lassen, der Vergangenheit angehören⁷, stellt für sich genommen keinen positiven Befund dar⁸. Gerade die Aufnahme von Anforderungsprofilen in die Stellenausschreibung ist ein Einfallstor für mögliche Manipulationen des Dienstherrn, was unten anhand von Beispielen aus der Rechtsprechung belegt werden soll.

Man unterscheidet herkömmlicherweise zwischen zwei Arten von Anforderungsprofilen, nämlich dem beschreibenden und dem konstitutiven. Gebräuchlich ist auch die Terminologie allgemeines und spezielles Anforderungsprofil⁹. Im folgenden wird die Terminologie beschreibendes und konstitutives Anforderungsprofil verwendet.

1. Das beschreibende Anforderungsprofil

Nach den in Literatur und Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen liegt ein beschreibendes Anforderungsprofil immer dann vor, wenn über die speziellen Eignungsanforderungen für die zu besetzende Stelle anhand der dienstlichen Beurteilung entschieden werden kann. Hier ist das Anforderungsprofil lediglich eine zusätzliche Beschreibung und Information über die mit dem Dienstposten verbundenen Aufgaben und Tätigkeiten. Das beschreibende Anforderungsprofil informiert den möglichen Bewerber über den Dienstposten und die auf ihn zukommenden Aufgaben¹⁰. Ihrer bedarf es häufig nicht unbedingt, denn vielfach ergibt sich das beschreibende Anforderungsprofil ohne weiteres aus dem angestrebten Statusamt.

Werden etwa fundierte Kenntnisse des regionalen Arbeitsmarktes gefordert, so handelt es sich um ein nicht konstitutives Element des Anforderungsprofils, denn ob die betreffenden Kenntnisse als „fundiert“ eingestuft werden können, entzieht sich weitestgehend einer Feststellung anhand objektiver Kriterien.

Immer wenn Eignungsanforderungen aufgestellt werden, die durch den Inhalt von dienstlichen Beurteilungen umfassend abgedeckt sind, handelt es sich um ein deskriptives Anforderungsprofil¹¹.

2. Das konstitutive Anforderungsprofil

Im Gegensatz zum beschreibenden Anforderungsprofil ist das konstitutive Anforderungsprofil dadurch gekennzeichnet, dass es für die Bestenauslese einen ganz neuen, von den dienstlichen Beurteilungen jedenfalls vom Ausgangspunkt her abgekoppelten Maßstab enthält¹², der objektiv nachprüfbar ist, etwa das Verlangen von EDV-Kenntnissen oder Fremdsprachenkenntnissen.

Die Unterscheidung zwischen konstitutivem und deskriptivem Anforderungsprofil ist nicht nur ein akademischer Streit, sondern von höchst praktischem Interesse. Ob konstitutive oder deskriptive Merkmale im Anforderungsprofil einer Stellenausschreibung betroffen sind, hat zentrale Bedeutung für die Frage einer uneingeschränkten oder nur eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung¹³. Nur konstitutive Anforderungskriterien unterliegen in vollem Umfang der gerichtlichen Kontrolle.

Erfüllt ein Bewerber ein sog. konstitutives Anforderungsmerkmal nicht, führt dies normalerweise allein schon zum unmittelbaren Ausscheiden aus dem Bewerberfeld. Nicht konstitutive Merkmale, die einen Wertungsspielraum eröffnen, können dagegen erst ausschlaggebend sein, wenn der Bewerber das zulässigerweise aufgestellte konstitutive Anforderungsprofil erfüllt¹⁴. Daher ist die die Stelle ausschreibende Behörde gefordert, die Stellenausschreibung bei Zugrundelegung eines Anforderungsprofils unter Beachtung der Rechtsprechungsgrundsätze zu gestalten.

Daß dies nicht durchgängig einfach ist, zeigen zwei Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs¹⁵ aus jüngerer Zeit. In beiden Fällen ging es um Beförderungsentscheidungen, in denen ein Anforderungsprofil aufgestellt war. In beiden Fällen hatten die Verwaltungsgerichte – Regensburg und München – jeweils ein nach Auffassung des VGH unzutreffendes

2) OVG Koblenz, NVwZ-RR 2003, S. 762 (763); *Joerger/Geppert* Hsg., Grundzüge der Verwaltungslehre, Band 2, 3. Aufl. 1983, S. 192 ff.

3) Fn. 2.

4) Fn. 2.

5) Fn. 2; *Joerger/Geppert*, Fn. 1, S. 192 ff.

6) *Lorse*, *VerwArch* 2007, S. 262 ff. (270).

7) Fn. 6.

8) Kritisch zum Anforderungsprofil *Klaus Schmiemann*, in *Festschrift für Hans-Joachim Driehaus*, 2005, S. 388 ff.

9) Vgl. *Schmiemann*, Fn. 8, S. 388 ff. (389).

10) BVerwGE 115, 58 (60 ff.); OVG Koblenz, Fn. 2, 762 ff.; OVG Koblenz, DÖD 1994, S. 294 ff.; OVG Münster, NWVBl. 2004, S. 463; OVG Münster, ZBR 2009, S. 276 ff.; VGH Kassel, ZBR 1994, S. 347 ff. (349); OVG Bremen, Beschluss vom 27.7.2009 – 2B 166/09 – juris Rn. 38; OVG Lüneburg, Beschluss vom 9.7.2009 – 5LA 142/07 – juris Rn. 9; BayVGh, Beschluss vom 21.4.2009 – 3 CE 08.3410 juris – Rn. 15; BayVGh, Beschluss vom 11.5.2009 – 3 CE 09.596 – juris Rn. 19; *Eckstein*, ZBR 2009, S. 86, 87; *Schmiemann*, Fn. 8, S. 388 (389).

11) OVG Koblenz, Fn. 2, 762 (763); OVG Münster, RiA 2008, S. 84 (85); OVG Koblenz, IÖD 2008, S. 220 (222).

12) OVG Koblenz, Fn. 2, 762 (763); OVG Koblenz, DÖD 1994, S. 294 ff. (296); OVG Schleswig, NordÖR 2006, S. 468 (469).

13) OVG Münster, ZBR 2009, S. 276 ff. (277).

14) So zu Recht der Praxishinweis (ohne Autor) in RiA 2009, S. 86.

15) BayVGh, Beschluss vom 21. 4.2009 – 3CE 08.3410 – juris Rn 35,36. und BayVGh, Beschluss vom 11.5.2009 – 3 CE 09.596- juris Rn 19.