

Tut er dies nicht, hat er alle potenziellen Bewerber in das Auswahlverfahren mit einzubeziehen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Dienstherr alle potenziell für eine Beförderung in Betracht kommenden Personen überblickt und davon ausgehen kann, dass diese auch tatsächlich an einer Beförderung interessiert sind. Das wird insbesondere im Fall von Regel- und Routinebeförderungen nach Beförderungsranglisten zu bejahen sein.³¹ Eine gesonderte Ausschreibung von Beförderungsstellen ist nicht notwendig, wenn die Beförderungsstellen – quasi automatisch – an die Listenbesten vergeben werden. Der einzelne Beförderungswillige muss sich nicht bewerben, er kann vielmehr davon ausgehen, dass er in die Auswahl einbezogen wird und zum Zug kommt, wenn seine Platzziffer im Hinblick auf die zur Verfügung stehenden und zur Besetzung anstehenden Planstellen genügt.³² Davon zu unterscheiden ist allerdings die Frage, ob denjenigen Personen, die in einer Beförderungsrunde nicht zum Zug kommen, dies vor der Beförderung, also vor der Aushändigung der entsprechenden Ernennungsurkunden an die berücksichtigten Bewerber mitgeteilt werden muss. Eine solche Mitteilungspflicht bejaht das BVerwG.³³

VII. Ergebnis

Art. 33 Abs. 2 GG umfasst den Anspruch jedes an einem öffentlichen Amt Interessierten auf Bewerbung um dieses Amt. Dieser Bewerbungsanspruch ist die erste und unabdingbare Stufe des Bewerbungsverfahrensanspruchs. Eine Verletzung des Bewerbungsanspruches – sei es dass der Dienstherr eine Bewerbung durch Heimlichkeit oder Verschleierung des Besetzungsverfahrens tatsächlich unmöglich macht, sei es dass er eine eingehende Bewerbung nicht zur Kenntnis nimmt oder grundlos vorab „aussortiert“ – führt dazu, dass der (potenzielle) Bewerber die spätere (rechtswidrige) Ernennung anfechten kann, ohne dass einer gerichtlichen Aufhebung der Grundsatz der Ämterstabilität entgegensteht.³⁴ Der Bewerbungsanspruch hat einen doppelten Inhalt: Erstens muss der Dienstherr Bewerbungen tatsächlich ermöglichen, insbesondere durch rechtzei-

tige Information über die beabsichtigte Stellenbesetzung. Zweitens muss er eine bei ihm eingehende Bewerbung zulassen, also als Bewerbung behandeln und in das Auswahlverfahren einbeziehen. Zur Erfüllung des Bewerbungsanspruches ist indes nicht stets eine öffentliche Ausschreibung notwendig. Vielmehr ist zu unterscheiden: Der Dienstherr muss entweder den für die Besetzung der Stelle in Betracht kommenden Kreis der Bewerber dadurch „erreichen“, dass er über die beabsichtigte Besetzung der Stelle in dafür geeigneter Weise informiert. Oder er muss in der Lage sein, den Kreis der für die Besetzung in Betracht kommenden Personen von sich aus – und zwar vollständig – zu erfassen. Letzterenfalls ist eine Ausschreibung entbehrlich, wenn der Dienstherr von sich aus tatsächlich den gesamten (vermuteten) Bewerberkreis in das Auswahlverfahren einbezieht.

- 31) Allerdings muss dann die Beförderungsrangliste (bzw. deren Zustandekommen) ihrerseits den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG genügen. Dazu BVerwG (Fn. 5).
- 32) Von der Entbehrlichkeit einer Ausschreibung in solchen Fällen scheint auch das BVerwG auszugehen. Denn interessanterweise findet sich die Formulierung aus der Entscheidung des BVerwG vom 4.11.2010 „Der Dienstherr muss Bewerbungen von Richtern oder Beamten um das höherwertige Amt zulassen“ in der Entscheidung vom 30.6.2011 (Fn. 5) nicht. Daraus kann man schließen, dass das BVerwG von einer Ausschreibungspflicht im Vorfeld von Beförderungen in einer personalintensiven Verwaltung absehen möchte.
- 33) BVerwG (Fn. 5), Tz. 25.
- 34) Etwas anderes gilt dann, wenn etwa bei unterbliebener Ausschreibung ein potenzieller Bewerber gleichwohl von dem Stellenbesetzungsverfahren erfährt. Dann hat er die tatsächliche Möglichkeit, sich zu bewerben. Unterlässt er dies, geht er seines Bewerbungsverfahrensanspruches verlustig. Bewirbt er sich, bezieht der Dienstherr die Bewerbung aber nicht in seine Auswahlentscheidung ein, hat er Rechtsschutz über § 123 VwGO zu suchen. Vereitelt der Dienstherr dies, weil er den Konkurrenten vorher ernannt, so kann die Ernennung angegriffen werden, ohne dass der Grundsatz der Ämterstabilität entgegensteht, BVerwG (Fn. 1).

Hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums zum Nebentätigkeitsrecht?

Dr. Hellmuth Günther

Die Frage, welche hergebrachten Grundsätze zum Nebentätigkeitsrecht es gibt, hat wegen der sehr knappen Regelung zur Nebentätigkeit im BeamtStG an Bedeutung noch gewonnen. Der Aufsatz entfaltet das historische Material stärker als gewohnt und kommt zu Ergebnissen, die bisherige Antworten zwar teils bestätigten, teils aber auch korrigieren.

I. Einführung

Nach Inkrafttreten des vom Bund gesetzten Statusrechts der Landesbeamten wird die Gleichordnung des Nebentätigkeitsrechts von Bund und Ländern nicht mehr durch einfaches Bundesrecht gewährleistet. Das BeamtStG trifft für Landesbeamte lediglich eine Minimalaussage (§ 40), ist weit weniger substanzial als die frühere Rahmennorm (§ 42 BRRG). Der Bundesrat hatte sogar dem ursprünglich kargerem Regierungsentwurf (§ 41 BeamtStG-E)¹ nicht beipflichten, den Ländern völlig freie Hand lassen wollen.²

Zu diesem Befund, dem Fehlen einfachgesetzlicher Gewähr eines parallelen Nebentätigkeitsrechts, vertreten die Motive des BeamtStG die Ansicht, nach Einbeziehen höherrangigen Rechts stelle sich das Resultat positiver dar. Sie postulieren, „die im Bundesstaat notwendige Einheitlichkeit des öffentlichen Dienstes“ sei von Verfassungs wegen „gewährleistet“, aufgrund der Pflicht des Bundesgesetzgebers wie der Landesgesetzgeber, die hergebrachten Prinzipien des Berufsbeamtentums zu berücksichtigen.³ Jene Annahme lässt sich freilich in ihrer Allgemeinheit nicht verifizieren. Sie beruht auf Überschätzung dessen, was als hergebracht mit Grundsatzrang gelten kann, sowie auf Unterschätzung der Gestaltungsmacht des einfachen Gesetzgebers beim Berücksichtigen hergebrachter Prinzipien. Gleichwohl: die Antwort auf die Frage, ob herge-

1) BT-Drs. 16/4027.

2) BR-Drs. 780/06 (S.11).

3) Regierungsentwurf (Fn. 1), S. 1.

brachte Grundsätze zur Nebentätigkeit elaboriert werden können, ist noch wichtiger geworden.

Das BVerfG hat solche Grundsätze bejaht; weitere derartige Grundsätze hat es erwogen. Das Schrifttum bietet eine größere Bandbreite. Nicht alle Versionen sind durch historisches Material belegt. Die folgende Skizze erkundet, welche Prinzipien sich substantiieren lassen. Außer einen Blick auf Kriterien der Verfassungsbestimmung (Art. 33 Abs. 5 GG) bedingt das die Sichtung geschichtlichen Stoffs an Nebentätigkeitsrecht, primär des Reichs wie Preußens. Nebenbeschäftigung außerhalb des öffentlichen Dienstes wird im Vordergrund stehen. Vollständigkeit ist bei der Materialfülle nicht angestrebt.⁴

II. Hergebrachte Grundsätze: Tatbestand des Art. 33 Abs. 5 GG

1. Grundsätze

Das BVerfG versteht unter diesem Merkmal den „Kernbestand von Strukturprinzipien des Berufsbeamtentums“. Diese frühe Definition des Terminus Grundsätze⁵ hat es nicht erkennbar korrigiert. Nicht mit der Version „funktionswesentliche Grundstrukturen“.⁶ Eben so wenig dadurch, dass es „Kernbereich von Regelungen grundsätzlicher Art“ formuliert hat.⁷ Pointierter wirkt die Variante „Regelungen, die das Bild des Beamtentums“ in seiner bisherigen Art „maßgeblich prägen“.⁸ Sie steht jedoch im Kontext der Differenzierung zwischen zu berücksichtigenden und zu beachtenden Grundsätzen; sie kennzeichnet letztere, die essentiellen Prinzipien, die für die institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums konstitutiv sind.⁹ Abgrenzend hat das BVerfG bemerkt, zu den „Strukturprinzipien“ gehöre nicht „jede überlieferte Einzelregelung“.¹⁰ Die h. M. im Schrifttum teilt die Grundannahmen.¹¹

Die Feststellung, nicht „jede überlieferte Einzelregelung“ sei relevant, überzeugt. Abgesehen vom Text der Verfassungsnorm, der nur Grund-Sätze garantiert, ergeben das Sinn und Zweck des Verfassungsartikels wie sie aus seiner Genese folgen, aus Distanzierung des Grundgesetzes vom korrespondierenden Beamtenartikel der WRV (Art. 129 Abs. 1 S. 3). Ge-

währleistet sind nicht mehr „wohlerworbene Rechte“. Die Debatten im Parlamentarischen Rat erhellen, dass keine Restauration überkommenen Beamtenrechts beabsichtigt war.¹² Allerdings: ausnahmsweise kann selbst eine „Einzelregelung“ den Rang des Prinzips haben.

Die positiven Formulierungen des BVerfG überzeugen ebenso. Der Begriff „Grundsätze“ kann mit „Regelungen grundsätzlicher Art“ umschrieben werden. „Grundsätze“ lassen sich mit „Strukturprinzipien“ gleichsetzen. Die Verfassungsnorm hebt auf das „Berufsbeamtentum“ ab, auf die Figur (nicht auf das Beamten-Recht). Zudem leuchtet ein, dass „Regelungen, die das Bild des Beamtentums ... maßgeblich prägen“ bzw. „substantiell identitätsprägend“ waren,¹³ besonderen Rang haben, nicht nur berücksichtigt, vielmehr beachtet werden müssen. Relevant sind die jeweiligen Fundamentalregeln, die, addiert, das Besondere des Berufsbeamtentums ausmachen. Überhaupt muss die Systematik der Verfassungsnorm in den Blick genommen werden. Das Grundgesetz legt zwei Elemente ausdrücklich fest: das öffentlich-rechtliche Treueverhältnis (Art. 33 Abs. 4) mit seinen Faktoren sowie das Leistungsprinzip (Art. 33 Abs. 2). Aber das Grundgesetz belässt es nicht dabei. Es fixiert durch offenere Formel das Gebot zur Berücksichtigung gravierender Aspekte des Berufsbeamtentums bei Ausgestaltung des Treueverhältnisses, weil diese Aspekte zwar nicht zu den konstitutiven Faktoren gehören, aber als wesentlich für die Institution des Berufsbeamtentums sanktioniert werden sollen, oder, um sie, wegen etwaiger Zweifel an ihrer Qualität als konstitutive Merkmale, mit der Ausgestaltungsformel zu stützen.¹⁴ Der Redaktionsausschuss des Parlamentarischen Rates hatte den Sinn der Norm deshalb dahin erläutert, sie solle „sicherstellen, dass die traditionellen und institutionellen Grundzüge des seitherigen Berufsbeamtentums erhalten bleiben“.¹⁵

Wegen des Fokus auf dem „Berufsbeamtentum“ erscheint es nicht als selbstverständlich, dass auch Regeln tatbestandsmäßig sind, die lediglich spezielle Gruppen von Beamten betreffen. Das BVerfG hält die Qualifizierung für denkbar und hat sie bejaht soweit es um das Recht beamteter Hochschullehrer, kommunaler Wahlbeamter, beamteter Chefärzte geht.¹⁶ Dem ist mit der Maßgabe zuzustimmen, dass die Kriterien erfüllt sein müssen, an denen sonst die Grundsatzbedeutung gemessen wird: die betreffende Gruppe darf nicht lediglich marginal und ihre Regeln müssen für das „Berufsbeamtentum“ wesentlich sein.

Ebenfalls wegen der Orientierung am „Berufsbeamtentum“ (nicht dem, zum Beispiel, irgendeines kleineren Bundesstaates) kann von „Grundsätzen“ keine Rede sein, wenn die Regeln nur örtlich begrenzt bestanden haben. Vielmehr muss ihr Gehalt nahezu durchweg wenigstens im Reich und in Preußen (als bei weitem größtem Bundesland) anerkannt gewesen sein, bei Kommunalbeamten in Preußen und in sonstigen größeren Bundesstaaten. Die Dienstpragmatiken des Reichs und Preußens hatten ohnehin Leitbildfunktion für die Gesetzgebung der sonstigen Bundesstaaten.¹⁷

Die so zu verstehenden Grundsätze folgen aus dem hergebrachten „Rechtszustand“, den „anerkannten Rechtsprinzipien“, sie ergeben sich aus der „Rechtsentwicklung“¹⁸ des Dienst- und Treueverhältnisses; bloße Verwaltungspraxis bietet nicht die nötige Substanz. Jener „Rechtszustand“ ist primär der der Verfassungen bzw. der der „Verfassungswirklichkeit“.¹⁹ Alsdann der der einfachen „Gesetzgebung“,²⁰ sozusagen der der Gesetzwirklichkeit. Jener „Rechtszustand“ ist aber ferner das Ergebnis anderer Rechtsquellen, des Gewohnheitsrechts (in diesem Kontext mag Exekutivpraxis einen Wertungsfaktor bilden) und allgemeiner Rechtsgrundsätze. Das BVerfG hat die Feststellung von „Strukturprinzipien“ des Berufsbeamtentums

- 4) Auf eine Skizze zur Nebentätigkeit von Suspendierten, zur Nebentätigkeit kommunaler Wahlbeamter, auf Details der Ablieferungspflicht, des Nutzungsentgelts sei verzichtet.
- 5) BVerfGE 117, 330 (348 f.).
- 6) BVerfGE 119, 247 (261).
- 7) BVerfGE 62, 374 (383).
- 8) Zuerst diss. vote BVerfGE 43, 154 (185).
- 9) BVerfGE 119, 247 (262 f.). Das BVerfG formuliert gelegentlich so, dass die Differenzierung verwischt wirkt: BVerfGE 114, 258 (286).
- 10) BVerfGE 71, 255 (268).
- 11) *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33, Rn. 65; *Isensee*, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts II, 2. Aufl. 1995, S. 1527 (1556 ff.); *Jachmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II, 6. Aufl. 2010, Art. 33 Abs. V, Rn. 43; *Lecheler*, in: Berliner Kommentar zum GG, C Art. 33, Rn. 65; *Leisner*, in: Sodan, GG, 2009, Art. 33, Rn. 24; *Masing*, in: Dreier, GG II, 2. Aufl. 2006, Art. 33, Rn. 73 ff.
- 12) *Bachmann*, in: Schneider, GG, Dokumentation seiner Entstehung X, 1996, S. 371 ff. (z. B. 418).
- 13) *Hense*, in: Epping/Hillgruber, GG, 2009, Art. 33, Rn. 37; Typologie *Isensee* (Fn. 11), S. 1558 ff.; *Hense* (s. o.), Rn. 39 ff.
- 14) Debatte Parlamentarischer Rat (Bedarf von Art. 33 Abs. 5 trotz Art. 33 Abs. 4): *Bachmann* (Fn. 12), S. 480 f., 483, 485, 487.
- 15) Hauptausschuss *Bachmann* (Fn. 12), S. 487.
- 16) BVerfGE 7, 55 (163f, 167). St. Rspr.
- 17) Zu Sonderkonstellation BVerfGE 7, 155 (164).
- 18) BVerfGE 37, 167 (174).
- 19) BVerfGE 8, 332 (349).
- 20) BVerfGE 8, 332 (349).