

# Der beamtenrechtliche Bewerbungsanspruch

Prof. Dr. Josef Franz Lindner\*

*Art. 33 Abs. 2 GG gewährleistet nach heute gefestigter Rechtsprechung den sog. „Bewerbungsverfahrensanspruch“, also den Anspruch jedes Bewerbers auf „leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl“. Nicht abschließend geklärt ist bislang die Frage, ob dieser Anspruch auch das Recht umfasst, sich überhaupt um die Verleihung eines öffentlichen Amtes bewerben, also die Rechtsstellung eines Bewerbers um ein öffentliches Amt erlangen zu können. Ziel dieses Beitrages ist es, Rechtsgrund, Inhalt und Grenzen eines solchen „beamtenrechtlichen Bewerbungsanspruches“ herauszuarbeiten.*

## I. Die Unterscheidung von Bewerbungsverfahrensanspruch und Bewerbungsanspruch

Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner „Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte“. Der verfassungsrechtlich verbürgte sachwidrigkeitsbefreite Zugangsanspruch ist Kern des Beamtenverfassungsrechts und essentieller Baustein des republikanischen Verfassungsstaates. Unter „öffentlichem Amte“ ist dabei jedes Amt im statusrechtlichen Sinne zu verstehen, also nicht nur ein Eingangsamte, sondern auch ein Beförderungsamte.<sup>1</sup> Aus Art. 33 Abs. 2 GG folgt zwar grundsätzlich kein Anspruch auf Verleihung eines Amtes, also auf Ernennung, wohl aber ein Anspruch auf fehlerfreie Auswahl unter den Bewerbern nach den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG. Diese Verfassungsrechtsnorm eröffnet mit den dort verwendeten unbestimmten Begriffen allerdings einen Beurteilungsspielraum<sup>2</sup> des Dienstherrn, der nur einer „begrenzten gerichtlichen Kontrolle“<sup>3</sup> unterliegt. Die reduzierte materielle Kontrolldichte muss, damit Art. 33 Abs. 2 GG in seiner praktischen Bedeutung nicht leer läuft, durch eine intensivere Ausprägung verfahrensrechtlicher Anforderungen an die Auswahlentscheidung kompensiert werden.<sup>4</sup> Dazu haben Bundesverfassungsgericht (BVerfG) und Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) den sog. „Bewerbungsverfahrensanspruch“ entwickelt: Aus Art. 33 Abs. 2 GG folge – verfahrensrechtlich – ein grundrechtsgleiches Recht auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl sowie darauf, dass eine Bewerbung nur aus solchen (zudem dokumentierten) Gründen zurückgewiesen wird, die durch den Leistungsgrundsatz gedeckt seien.<sup>5</sup> Dieser Bewerbungsverfahrensanspruch gibt den Bewerbern um ein öffentliches Amt ein Recht darauf, dass ihre Bewerbung bei der Auswahl (nach Maßgabe der in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien) berücksichtigt und nicht grundlos „aussortiert“ wird. Davon zu unterscheiden ist die Frage, wie man überhaupt „Bewerber“ um ein Amt öffentliches Amt wird und ob es einen Anspruch darauf gibt, die Rechtsstellung eines Bewerbers erlangen zu können. Bewerbungsverfahrensanspruch (im Sinne der soeben skizzierten Rechtsprechung) und Bewerbungsanspruch sind also zweierlei und daher auch rechtlich von einander zu trennen. Freilich hängen sie logisch zusammen: Der Bewerbungsverfahrensanspruch setzt voraus, dass man überhaupt Bewerber ist. Eine an einem öffentlichen Amt interessierte Person kann ihren Bewerbungsverfahrensanspruch, also ihren Anspruch auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl (und Zurückweisung der Bewerbung nur aus Gründen, die dem Art. 33 Abs. 2 GG gerecht werden) nur geltend machen, wenn sie überhaupt den Status eines Bewerbers erlangt oder erlangen kann. Eine nicht vorhan-

dene Bewerbung kann schon aus tatsächlichen Gründen nicht Gegenstand einer Bewerberauswahl und damit Substrat des Bewerbungsverfahrensanspruches sein.

## II. Problem: Umfasst der Bewerbungsverfahrensanspruch auch einen Bewerbungsanspruch?

Umfassen Art. 33 Abs. 2 GG und der aus ihm abgeleitete Bewerbungsverfahrensanspruch auch ein Recht darauf, dass man sich um die Verleihung eines öffentlichen Amtes bewerben kann, dass man also überhaupt den Status eines „Bewerbers“ erreichen kann? Diese Frage ist bislang offen geblieben, da Parteien gerichtlicher Konkurrentenstreitigkeiten meist (bereits vorhandene) Bewerber um ein Amt sind und sich die Frage nach einem Bewerbungsanspruch dann nicht stellt. Sie müsste eigentlich – so sollte man denken – selbstverständlich zu bejahen sein, da der Dienstherr Art. 33 Abs. 2 GG anderenfalls problemlos unterlaufen und den Bewerbungsverfahrensanspruch ins Leere laufen lassen könnte. Nämlich einfach dadurch, dass er die beabsichtigte Besetzung einer Stelle – sei es in der Modalität der Einstellung sei es in der Modalität der Beförderung – einfach „verheimlicht“, damit den Bewerberkreis minimiert oder sogar auf eine seiner Auffassung nach geeignete Person reduziert und dieser Person dann das Amt im statusrechtlichen Sinne verleiht (sie also ernennt). Gleichwohl ist bisher weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur ein Anspruch auf Bewerbung ausdrücklich anerkannt, wobei die Diskussion allerdings häufig unter dem verkürzten Blickwinkel einer Ausschreibungspflicht geführt wird.

Da der Bewerbungsanspruch überhaupt erst den Bewerbungsverfahrensanspruch und eine Auswahl unter mehreren Bewerbern ermöglicht, ist er gewissermaßen die erste und notwendige Bedingung für die Realisierung der verfahrensrechtlichen Dimension des Art. 33 Abs. 2 GG. Er sei daher nachfolgend näher untersucht. Anlass dazu ist auch eine bislang weitgehend unbeachtet gebliebene Formulierung des BVerwG, aus der man einen entsprechenden Anspruch ableiten kann (sogleich III.). Für die Annahme eines Bewerbungsanspruches spricht zudem, dass das BVerwG die verfahrensrechtlichen Anforderungen an Art. 33 Abs. 2 GG insgesamt deutlich verschärft hat, so dass die Annahme eines Bewerbungsanspruches nur folgerichtig wäre und die Ablehnung eines solchen Anspruchs als systemwidriger Wertungswiderspruch erschiene (IV.). Der Bewerbungsanspruch ist die erste Stufe, gewissermaßen das Eintrittsbillet in das insgesamt von Art. 33 Abs. 2 GG geprägte, mehrstufige Be-

\* Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Verfassers wieder.

- 1) BVerwG, Urteil vom 4.11.2010 – 2 C 16/09 = ZBR 2011, S. 91 ff., Tz. 20. Im Rahmen dieses Beitrages geht es nur um statusbegründende oder statusverändernde beamtenrechtliche Maßnahmen (also Ernennungen), nicht hingegen um die Besetzung von Beförderungsdienstposten; vgl. zur Unterscheidung *Schöbener*, BayVBl. 2001, S. 321.
- 2) BVerfG vom 11.5.2011 – 2 BvR 764/11 = NVwZ 2011, S. 1191 f., Tz. 10.
- 3) BVerfG (Fn. 2).
- 4) Vgl. zur Funktion des Verfahrensrechts grundsätzlich *Gurlit/Fehling*, Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, VVDStRL 2010, S. 227 ff./278 ff. Stichwort: Grundrechtsschutz durch Verfahren.
- 5) BVerwG, Urteil vom 30.6.2011 – 2 C 19/10, Tz. 14 = ZBR 2012, S. 42 ff. sowie BVerwG, Urteil vom 4.11.2010 – 2 C 16/09 = ZBR 2011, S. 91 ff., Tz. 21; BVerfG, NVwZ 2012, S. 366 f., Tz. 21.