

Konkretisierung des Prinzips der Bestenauslese in der neueren Rechtsprechung

Dr. Torsten von Roetteken

Das BVerwG hat in den letzten 1 1/2 Jahren einige Entscheidungen getroffen, die sich – auch – mit den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Auswahl nach dem Bestenausleseprinzip befassen. Hinzugekommen sind drei jüngere Kammerentscheidungen des 2. Senats des BVerfG. Daraus ergeben sich einige Änderungen für die praktische Handhabung von Auswahlverfahren.

I. Bestenausleseprinzip

In jüngeren Entscheidungen definiert das BVerfG die unmittelbar aus Art. 33 Abs. 2 GG hergeleiteten Grundsätze für die Vergabe öffentlicher Ämter, d. h. deren Ausrichtung auf Eignung, Befähigung und fachliche Leistung als **Bestenauslesegrundsatz**¹. Damit wiederholt es seine diesbezügliche Aussage aus

dem nach § 31 Abs. 1 BVerfGG i. V. m. § 93c Abs. 1 S. 2 BVerfGG bindenden Kammerbeschluss vom 2.10.2007². In dieser Entscheidung wird allerdings – im Unterschied zu beiden jüngeren Beschlüssen – auch der Begriff des Leistungsgrundsatzes verwendet und offenbar als synonym zum Bestenausleseprinzip aufgefasst. Dieser Sprachgebrauch ist auch in anderen Entscheidungen anzutreffen³. Der 2. Senat des BVerwG bezieht sich in seinen jüngeren Entscheidungsgründen dagegen regelmäßig auf den Leistungsgrundsatz bzw. den Anspruch auf eine leistungsgerechte Einbeziehung in eine Auswahlentscheidung⁴.

Es handelt sich nur scheinbar um einen semantischen oder – je nach Auffassung bedeutungslosen – Unterschied. Das BVerwG legt sprachlich den Schwerpunkt auf leistungsbezogene Kriterien⁵. Maßgebend ist, welche **zeitliche** Perspektive dem Begriff der Leistungen zugrunde gelegt wird. Dies wird in den Entscheidungen oft nicht hinreichend deutlich.

Nach § 2 Abs. 4 BLV ist die fachliche Leistung insbesondere nach den Arbeitsergebnissen, der praktischen Arbeitsweise, dem Arbeitsverhalten und für Beamtinnen, Beamte, die bereits Vorgesetzte sind, nach ihrem Führungsverhalten zu beurteilen. Das Maß, in dem die Beamtin, der Beamte den Anforderungen seines Dienstpostens genügt, macht nach Auffassung des BVerwG ihre/seine fachliche Leistung i. S. d. Art. 33 Abs. 2 GG aus⁶. Der Begriff der fachlichen Leistung erfasst daher die bisherige Bewährung in den bis zur individuellen Beurteilung wahrzunehmenden Aufgaben und der dabei wahrzunehmenden Verantwortung⁷. Die fachliche Leistung ist damit vergangenheitsorientiert, also retrospektiv⁸. Wer daher den Begriff des Leistungsgrundsatzes, der Leistungsorientierung oder der leistungsbezogenen Kriterien verwendet, läuft zumindest Gefahr, die in Art. 33 Abs. 2 GG, § 9 S. 1 BBG, § 9 BeamStG genannten Qualifikationskriterien auf eine solche zeitliche Perspektive zu verkürzen und aus erbrachten Leistungen ohne jeden weiteren gedanklichen Zwischenschritt auf die Qualifikation für ein neues Amt zu schließen, dessen Anforderungen sich womöglich nicht unerheblich von denen unterscheiden, die in der bisherigen dienstlichen Tätigkeit zu erbringen waren.

Dagegen bringt der Begriff des Bestenausleseprinzips⁹ deutlicher zum Ausdruck, dass es für eine Einstellung oder eine Beförderung bzw. die ihr vorausgehende Übertragung eines entsprechend bewerteten (höherwertigen) Dienstpostens zur Bewährung¹⁰ vor allem einer **Prognose** der Qualifikation des/der auszuwählenden Personen bedarf, um deren künftige Eignung, deren Befähigung und deren künftiges Leistungsvermögen auf dem in Aussicht genommenen Einsatzgebiet einzuschätzen¹¹.

Dieser Ansatz liegt dem Urteil des BVerwG vom 4. 11. 2010¹² zugrunde, wenn dort ausdrücklich davon die Rede ist, es gehe darum, die Einschätzung des **erwarteten Leistungsvermögens** zur Grundlage der Auswahlentscheidung zu machen. Wenn der Begriff Leistungsgrundsatz mit dieser prognostischen, zukunftsbezogenen Perspektive verwendet wird, stimmt er mit dem alternativen Begriff des Bestenausleseprinzips überein. Den jüngeren Entscheidungen des BVerwG ist das nicht immer mit der gebotenen Deutlichkeit zu entnehmen. Die bisher erbrachten und bewerteten Leistungen können dabei nur die Auf-

- 1) BVerfG 1. Kammer 2. Senat, Beschluss vom 11.5.2011 – 2 BvR 764/11 – NVwZ 2011, 1191, 1192, Rn. 10; 16.11.2010 – 2 BvR 2435/10 – NVwZ 2011, 746, 747, Rn. 9.
- 2) BVerfG 1. Kammer 2. Senat, Beschluss vom 2.10.2007 – 2 BvR 2457/04 – BVerfGK 12, 265, 268 = ZBR 2008, 164, 165, vom 25.11.2011 – 2 BvR 2305/11 – juris; so auch BVerwG, Beschluss vom 21.7.2011 – 1 WB 46.10 – juris, Rn. 46, vom 24.5.2011 – 1 WB 59.10 – juris, Rn. 41, Urteil vom 3.3.2011 – 5 C 16.10 – NZA 2011, 977, 979, Rn. 20, vom 21.8.2003 – 2 C 14.02 – BVerwGE 370, 376 = ZBR 2004, 101; BAG Urteil vom 7.4.2011 – 8 AZR 679/09 – NZA-RR 2011, 494, 497, Rn. 45, vom 12.10.2011 – 9 AZR 518/09 – ZTR 2011, 237, 238, Rn. 23, vom 12.9.2006 – 9 AZR 807/05 – NZA 2007, 507, 511, Rn. 33; BGH, Beschluss vom 18.7.2011 – NotZ (Brfg) 1/11 – juris, Rn. 16, 18, vom 11.8.2009 – NotZ 4/09 – juris, Rn. 9, 16, vom 28.7.2008 – NotZ 3/08 – NJW-RR 2009, 202 f., Rn. 11, 17, vom 22.3.2004 – NotZ 20/03 – NJW 2003, 859, 860.
- 3) BVerwG, Urteil vom 3.3.2011 – 5 C 16.10 – NZA 2011, 977, 979, Rn. 21.
- 4) BVerwG, Urteil vom 11.2.2009 – 2 A 7.06 – NVwZ 2009, 787, 788, Rn. 16 f., vom 4.11.2010 – 2 16.09 – BVerwGE 138, 102, 106, Rn. 20 = ZBR 2011, 91, vom 30.6.2011 – 2 C 19.10 – ZBR 2012, 41, 42, Rn. 13, Beschluss vom 25.10.2011 – 2 VR 4.11 – NVwZ-RR 2012, 241, 242, Rn. 14 – nur leistungsbezogene Kriterien dürfen zugrunde gelegt werden.
- 5) BVerwG, Beschluss vom 25.10.2011 – 2 VR 4.11 – NVwZ-RR 2012, 241, 242, Rn. 14 f., Urteil vom 30.6.2011 – 2 C 19.10 – ZBR 2012, 41, 43, Rn. 16, vom 27.2.2003 – 2 C 16.02 – ZBR 2003, 420.
- 6) BVerwG, Urteil vom 24.11.2005 – 2 C 34.04 – BVerwGE 124, 356, 362; ähnlich BVerwG, Urteil vom 28.10.2004 – 2 C 23.03 – BVerwGE 122, 147, 150 = ZBR 2005, 162, das auf das Fachwissen und das Fachkönnen abstellt.
- 7) Battis, BBG, 4. Aufl., § 9 BBG, Rn. 10; Lemhöfer, in: Plog/Wiedow, BBG, Stand Oktober 2011, § 9 BBG 2009, Rn. 17; Günther, ZBR 1979, S. 93, 96; Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl., Art. 33 GG, Rn. 26; Maiwald, in: Schütz/Maiwald, Beamtenrecht des Bundes und der Länder, Stand Oktober 2011, § 7 LGB NW a. F., Rn. 45; vgl. Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis, 7. Aufl., § 10, Rn. 10, 16.
- 8) Laubinger, VwArch 1992, S. 246, 255; Kunig, in: v. Münch/Kunig, Art. 33 GG, Rn. 26.
- 9) Schnellenbach (Fn. 7), § 3, Rn. 64.
- 10) § 22 Abs. 2 BBG, § 32 Nr. 2 BLV und § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 BRRG a. F. entsprechendes Landesrecht.
- 11) BVerfG, Urteil vom 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02 – BVerfGE 108, 282, 296 = ZBR 2004, 137; v. Roetteken, in: v. Roetteken/Rothländer, BeamStG, Stand Oktober 2011, § 9 BeamStG, Rn. 312 ff.; zum Prognosecharakter dienstlicher Beurteilungen BVerfG 1. Kammer 2. Senat, Beschluss vom 5.9.2007 – 2 BvR 1855/07 – BVerfGK 13, 106, 109.
- 12) 2 C 16.09 – BVerwGE 138, 102, 116, Rn. 46 = ZBR 2011, 91.