

# Leistungsbezogene Bestenauslese am Maßstab des Statusamtes oder des Anforderungsprofils?

Juergen Lorse\*

*Der Beitrag diskutiert die Rechtsprechung des BVerwG<sup>1</sup> zum Maßstab einer leistungsbezogenen Bestenauslese aus jüngster Zeit und die sichtbaren Divergenzen in der Rechtsprechung<sup>2</sup> selbst. Hierbei ist insbesondere ein Paradoxon der Rechtsprechung zu diskutieren: einerseits die Forderung nach der Entwicklung besonders ausgeschärfter Anforderungsprofile als Grundlage für Stellenausschreibungen, andererseits die Zementierung die dienstlichen Beurteilung als entscheidender Maßstab für einen Leistungsvergleich. Ein weiteres Anliegen des Beitrags ist es, eine rechtlich tragfähige Grenzziehung vorzunehmen zwischen dem verfassungsrechtlich legitimierten Anspruch der Verwaltung auf Schutz des Kernbereichs organisatorischer und personeller Souveränität und dem Anspruch der Rechtsprechung, unter Hinweis auf die Verwirklichung des verfassungsrechtlich nobilitierten Leistungsprinzips die materiellen und formellen Inhalte von Auswahlprozessen mitzugestalten, zumindest aber zu determinieren. Ziel dieses Teils der Untersuchung ist es, sachgerechte Abwägungskriterien zu entwickeln, die den Kernbereich individuellen Rechtsschutzes mit der Funktionsfähigkeit der Verwaltung sachgerecht ausbalancieren.*

## I. Rechtliche Rahmensetzung des Problems

### 1. Art. 33 Abs. 2 GG als Grundlage personeller Auswahlprozesse

Zu den Stereotypen verfassungs- und verwaltungsgerichtlicher Dezision<sup>3</sup> in Konkurrentenstreitverfahren gehört die Feststellung, dass Auswahlentscheidungen ausschließlich auf Gesichtspunkte gestützt werden könnten, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber/innen betreffen (Art. 33 Abs. 2 GG). Damit korrespondiert die Negativfeststellung, Belange, die nicht im Leistungsgrundsatz verankert seien, könnten bei der Besetzung öffentlicher Ämter nur Berücksichtigung finden, wenn ihnen ebenfalls Verfassungsrang einzuräumen sei. Es handelt sich hierbei um eine objektive Wertentscheidung des Grundgesetzes, die alle Staatsgewalten gleichermaßen bei der Vergabe von öffentlichen Ämtern bindet und verpflichtet.<sup>4</sup> Die Absolutheit der verfassungsrechtlich vorgegebenen Auswahlkriterien, die eigentlich zuvörderst dem öffentlichen Interesse an einer funktionsfähigen und effizienten Verwaltung (und Rechtsprechung) zu dienen bestimmt ist, verbindet sich mit einem richterrechtlich entwickelten, subjektiv-öffentlichen Anspruch eines jeden Bewerbers, dass über seine Bewerbung ausschließlich nach diesen Auswahlkriterien entschieden wird. Diese Entwicklung zu einer Individualisierung des Leistungsprinzips führt bisweilen zu einer richterlichen Postpriorisierung personalwirtschaftlicher, organisatorischer oder personalpolitischer Zielsetzungen einer Verwaltung, die in personalstarken Verwaltungen mit strategischem Ansatz das „Masseverfahren“ Auswahlentscheidungen mit beeinflussen<sup>5</sup>. Eine Revue der hierzu ergangenen Rechtsprechung endet deshalb stets mit einer pflichtgemäßen Prüfung, ob Belange der Funktionsfähigkeit der Verwaltung eine Beschränkung des Leistungsprinzips im Einzelfall zu rechtfertigen vermögen, was aber – weil hieran durch die Rechtsprechung überhöhte Anforderungen gestellt werden – nahezu immer verneint wird<sup>6</sup>.

Die verfassungsrechtliche Individualisierung des Leistungsprinzips wird zudem gefördert durch die Nobilitierung dieses hergebrachten Grundsatzes des Berufsbeamtentums im Wege einer herausgehobenen Stellung in Art. 33 Abs. 2 GG. Gleichwohl gilt es, auch das Verhältnis des Leistungsprinzips zu Art. 33 Abs. 5 GG stärker in den Blick zu nehmen. Es fällt auf, dass gerichtliche Begründungen in Konkurrentenstreitverfahren zwar regelmäßig die Grundlagen des Beschlusses durch entsprechende Textbausteine zum materiellen und verfahrensrechtlichen Gehalt des Art. 33 Abs. 2 GG absichern, aber auf Ausführungen verzichten, die den institutionellen Gehalt dieses hergebrachten Grundsatzes des Berufsbeamtentums näher bewerten. Der Ertrag einer solchen Wechselbetrachtung des Leistungsprinzips ist es, neben der grundrechtlichen Dimension dieses Prinzips auch die staatsorganisatorische Bedeutung des Leistungsprinzips freizulegen<sup>7</sup>. Das Leistungsprinzip i. S. d. Art. 33 Abs. 2 GG dient in erster Linie – daran gilt es gelegentlich zu erinnern – dem öffentlichen Interesse an einer personell funktionstüchtigen Verwaltung und nimmt auf diese Weise teil an dem Weiterentwicklungsgebot des Art. 33 Abs. 5 GG<sup>8</sup>.

## 2. Konfliktlinien zwischen Art. 33 Abs. 2 und Abs. 5 GG

Ein in diesem Zusammenhang noch zu leistender Erkenntnisfortschritt ist schließlich die Klärung des Verhältnisses zwischen Art. 33 Abs. 5 GG und der gerichtlichen Zubilligung einer entwicklungsfähigen Personal- und Organisationsgewalt des Dienstherrn, die die Rechtsprechung zwar einerseits in psalmodierenden Leerformeln bekräftigt, in der nüchternen Spruchpraxis andererseits jedoch weitgehend leerlaufen lässt. Zu den größten Herausforderungen moderner Personalplanung gehört etwa die Bewältigung des demografischen Wandels im Bereich des öffentlichen Dienstes<sup>9</sup>, da nur so die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes in einer sich verändernden

\* ) Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Verfassers wieder.

- 1) BVerwG, Beschluss vom 20.6.2013 – 2 VR 1/13, ZBR 2013, 376 ff.
- 2) Vgl. nur VG Frankfurt a. M., Beschluss vom 26.8.2013 – 99 L 2542/13.F – juris, gegen den Beschluss des BVerwG (Fn. 1) und VG Darmstadt, Beschluss vom 16.8.2013 – 1 L 1525/12 DA – zustimmend zu diesem Beschluss.
- 3) Vgl. beispielhaft BVerfG, Beschluss vom 8.10.2007 – 2 BvR 1846/07, NVwZ 2008, 69 f. (69).
- 4) Vgl. Jarras/Pieroth, Komm. GG, 12. Aufl. 2012, Art. 33, Rz. 7.
- 5) Vgl. Malinka, Leistung und Verfassung, 2000, S. 137.
- 6) Exemplarisch BVerwG, Beschluss vom 26.1.2012 – 2 A 7/09, NVwZ 2012, 1477 ff. (1477); ebs. OVG Sachsen, Beschluss vom 7.2. 2013 – 3 B 391/12 – juris, Rz. 19.
- 7) Ähnlich Badura, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz u. a., Komm. GG, Stand 5/2009, Art. 33, Rz. 23.
- 8) Ebs. Badura (Fn. 7), Rz. 26.
- 9) Vgl. Allmendinger/Ebner, Zeitschrift für Arbeits- und Organisationspsychologie 2006, S. 227–239; Behrend, Demografischer Wandel und Konsequenzen für die betriebliche Personalpolitik, in: Thomas Schott (Hrsg.) Eingliedern statt ausmustern, 2005, S. 23 ff.; Deller/Kern/Hausmann/Diederichs, Personalmanagement im demografischen Wandel, 2008; Jock/Lessau, VuM 2011, S. 198 ff.