

# Rechtsfragen statusübergreifender Auswahlentscheidungen im öffentlichen Dienst

Jürgen Lorse\*

*Der Beitrag untersucht Auswahlentscheidungen im öffentlichen Dienst, in denen Bewerber/innen unterschiedlicher Statuszugehörigkeit in Konkurrenz um Beförderungsposten treten. Hierbei existieren unterschiedliche Fallgestaltungen: Beamte und Arbeitnehmer konkurrieren um Beförderungsposten, sei es, dass der Dienstherr selbst einen statusübergreifenden Wettbewerb eröffnen wollte, sei es, dass Arbeitnehmer oder aber Seiteneinsteiger außerhalb des öffentlichen Dienstes ihre Teilnahme an diesem Wettbewerb erzwingen wollen. Ähnliche Konstellationen bestehen, wenn in der Justiz Beamte (z. B. Staatsanwälte) und Richter um herausgehobene Führungspositionen konkurrieren. Noch wenig beachtet, existieren schließlich Konkurrenzsituationen, in denen Beamte und Soldaten um Beförderungsposten konkurrieren. Neben der Überprüfung des zulässigen Organisationsermessens im Vorfeld der Stellenausschreibung interessiert, welche leistungsbezogenen und miteinander vergleichbaren Auswahlgrundlagen innerhalb oder außerhalb der Systematik dienstlicher Beurteilungen die Entscheidung tragen. Diese Untersuchung referiert und bewertet schließlich die durchaus divergenten Judikate in verwaltungs- und arbeitsgerichtlichen Konkurrentenstreitverfahren, die in Fällen statusübergreifender Auswahlentscheidungen ergangen sind.*

## I. Stellenausschreibungen als Rahmen setzende Faktoren im Vorfeld von Auswahlprozessen

Stellenausschreibungen erfolgen zur Besetzung freier oder planbar frei werdender Dienstposten in öffentlichen Verwaltungen. Sie sind ein Instrument der Bestenauslese i. S. d. Art. 33 Abs. 2 GG und schaffen ein Forum des Wettbewerbs bei gleichzeitiger Transparenz hinsichtlich Aufgabenprofil und Beschreibung der an die Bewerber/innen zu stellenden Anforderungen. Deshalb legen § 8 Abs. 1 BBG i. V. m. § 4 Abs. 1 BLV sowie vergleichbare landesrechtliche Regelungen<sup>1</sup> die Stellenausschreibung – abgesehen von eng begrenzten Ausnahmefällen – als Regelfall einer Nachbesetzung fest. Diesem Regel-/Ausnahmeprinzip entspricht es, zumindest für den Bereich des Bundes, dass § 75 Abs. 3 Nr. 14 BPersVG nur das Absehen von der Ausschreibung von Dienstposten, die besetzt werden sollen, der Mitbestimmungspflicht unterwirft<sup>2</sup>.

### 1. Prüffragen im Vorfeld eines Stellenausschreibungsverfahrens

Zuvor kann der Dienstherr allerdings Grundsatzentscheidungen in Ansehung des vakanten Dienstpostens treffen: Will er diesen Dienstposten nachbesetzen oder in Wegfall bringen? Besteht die Möglichkeit der Fusion der Aufgaben mit einem anderen Dienstposten, gewissermaßen im Wege der „Anwachsung“? Hat sich das Aufgabenprofil der Aufgabe derart geändert, dass die Kontinuität der Aufgabe und damit die Identität des Dienstpostens entfallen ist? Berührt der sich in der Aufgabe abbildende Veränderungsprozess der Verwaltung auch die Wertigkeit des Dienstpostens innerhalb einer Laufbahngruppe oder Laubahngruppen überschreitend? Führen Rationalisierungsprozesse zu einer Herabbewertung der Anforderungen, die an die Erfüllung dieser Aufgabe zu stellen sind? Haben ge-

setzliche Änderungen das Aufgabenprofil angehoben mit der Folge, dass die ehemals durch einen Beamten des gehobenen Dienstes wahrgenommene Aufgabe nunmehr Anforderungen stellt, die regelmäßig durch einen Beamten des höheren Dienstes wahrzunehmen sind? Handelt es sich um Dienstposten bis zum zweiten Beförderungsposten der jeweiligen Laufbahn, bei denen eine lange berufliche Erfahrung ein wesentliches Merkmal des Anforderungsprofils darstellt und die deshalb für ein Aufstiegsverfahren nach § 27 BLV in Betracht kommen?

Ein weiteres Untersuchungsfeld vor Entscheidung über die Einleitung der Stellenausschreibung ist schließlich die Frage, ob es sich um eine Aufgabe handelt, die nur von einer bestimmten Statusgruppe oder auch – statusübergreifend – wahrzunehmen ist. Hierbei gibt es unterschiedliche Betrachtungsebenen: Die personalwirtschaftliche knüpft an das Vorhandensein einer Planstelle als Voraussetzung der Besetzung mit einem Beamten oder einem Tarifbeschäftigten an oder aber umgekehrt an eine Stelle für Tarifbeschäftigte, die eine Besetzung mit Beamten (und Soldaten) aus haushaltsrechtlichen Gründen ausschließt. Ein – freilich korrekturfähiger – Maßstab der Personalführung ist hierbei zumeist die Frage, welchen Status der Amtsvorgänger hatte.

Ein in der Personalpraxis eher selten genutzte Prüfmaßstab ist derjenige, den das Grundgesetz in Art. 33 Abs. 4 GG bereit hält: Ist die Wahrnehmung der Aufgabe mit der Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse verbunden, die als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen ist, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen? Besteht bei Polizisten im Vollzugsdienst, Angehörigen der Feuerwehr, Mitarbeitern des Ordnungsamtes von Kommunen noch eine Schärfe in der Feststellung, dass die Ausübung hoheitlicher Befugnisse für die Aufgabenerfüllung (überwiegend) konstitutiv ist, verändert sich die Granularität der Betrachtung zunehmend bei Mitarbeitern im Bereich der Leistungsverwaltung, insbesondere aber bei Lehrern, die von den Ländern zunehmend – vorgeblich aus Kosten-, nicht aus Rechtsgründen – entbeamtet werden. Diese Erosion spiegelt sich aktuell in der Rechtsprechung des BVerwG<sup>3</sup> zum Streikverbot von Beamten unter dem Eindruck der jüngsten Rechtsprechung des EGMR<sup>4</sup> wider, in der das festgefügte Beamtenbild nunmehr in „Kern- und Randbereichsbeamte“ zerfällt. Aber auch in der personalpolitischen Praxis werden die Trennlinien zwischen Aufgaben, die nur

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

- 1) Exemplarisch § 11 SächsBG, § 10 LBG Schl.-H., § 8 Abs. 2 HessBG.
- 2) Zu den Zielsetzungen dieses Mitbestimmungstatbestandes vgl. *Ilbertz/Widmaier/Sommer*, Komm. BPersVG, 13. Aufl. 2014, § 75, Rn. 176.
- 3) BVerwG, Urteil vom 27.2.2014 – 2 C 1/13, ZBR 2014, 195 ff; kritisch zu dieser Rechtsprechung *Battis*, Anm. zu BVerwG, Urteil vom 27.2.2014, ZBR 2014, S. 201 f.; *Lorse*, ZBR 2015, S. 109 ff. (113 ff.); a. A. *Neuhäuser/Otto*, DVBl 2016, S. 393 ff.
- 4) EGMR, Große Kammer, Urteil vom 12.11.2008 – 34503/97 *Demir und Baykara/Türkei*, NZA 2010, 1423; EGMR, III. Sektion, Urteil vom 21.4.2009 – 68959/01 *Enerji Yapı-Yol Sen/Türkei*, NZA 2010, 1423 ff.