

# Verpartnerte Beamte: Rückwirkender Anspruch auf Gleichstellung?

Dr. Tilman Hoppe LL.M.

*Das BVerfG hat am 7.7.2009 entschieden, dass Lebenspartner und Ehe grundsätzlich gleich zu behandeln sind, so z. B. auch bei der Hinterbliebenenversorgung. In zahlreichen Gerichtsverfahren und bei der Anpassung der Beamtengesetze stellt sich nun folgende Frage: Können verpartnerte Beamte aufgrund der Entscheidung des BVerfG für mehrere Jahre rückwirkend Leistungen beanspruchen, die bislang nur verheirateten Beamten zustanden?*

## I. Ausgangssituation

Eheleute können gemeinsam ein Kind zeugen. Diese abstrakte biologische Möglichkeit hat Gesetzgeber und Rechtsprechung bislang als Rechtfertigung gedient, ihnen staatliche Leistungen zu gewähren, die eingetragenen Lebenspartnern versagt bleiben.<sup>1</sup> Dem hat sich das BVerfG mit einer kurzen Feststellung entgegengestellt: „Nicht in jeder Ehe gibt es Kinder. Es ist auch nicht jede Ehe auf Kinder ausgerichtet.“<sup>2</sup> Vielmehr sind Ehe und Lebenspartnerschaft juristisch vergleichbar: Sie begründen eine „auf Dauer übernommene, auch rechtlich verbindliche Verantwortung für den Partner.“<sup>3</sup> Nach dieser Entscheidung können Lebenspartner eine Vielzahl staatlicher Vergünstigungen, wie z. B. besoldungsrechtliche Familienzuschläge, beanspruchen, die bislang nur Eheleuten zustanden.<sup>4</sup> In der Praxis stellen sich die folgenden drei Fragen: Können Lebenspartner Leistungen auch rückwirkend beanspruchen? Kann der Gesetzgeber diesen Anspruch nachträglich zeitlich begrenzen? Muss die Verwaltung in analoger Anwendung bestehender Gesetze leisten oder bedarf es hierzu einer Gesetzesänderung?

## II. Rückwirkung der Entscheidung des BVerfG

Aus § 31 Abs. 1 BVerfGG folgt, dass die aktuelle Entscheidung des BVerfG einschließlich ihrer tragenden Gründe Gesetzgeber, Gerichte und Behörden bindet. Diese Bindung wirkt nicht nur für Gegenwart und Zukunft, sondern auch für die Vergangenheit<sup>5</sup>: Geboten ist „die zeitlich umfassende Heilung eines vom BVerfG festgestellten Verfassungsverstoßes“<sup>6</sup>. Theoretisch denkbar wäre daher eine Rückwirkung der Entscheidung bis zum Inkrafttreten<sup>7</sup> des LPartG zum 1. August 2001. Allerdings entsteht bei den meisten staatlichen Leistungen, wie z. B. Sozialleistungen, der Anspruch ausdrücklich erst mit dem Stellen eines Antrags.<sup>8</sup> Haben Lebenspartner in der Vergangenheit keinen Antrag gestellt, können sie Leistungen nur für die Zukunft beanspruchen. Anders sieht dies im Beamtenrecht aus: Hier entsteht der Anspruch auf staatliche Leistungen mit dem Eintritt des Ereignisses, z. B. der Heirat des Beamten beim Familienzuschlag (§ 41 S. 1 BBesG) oder dem Todes des Beamten bei der Hinterbliebenenversorgung (§ 27 BeamtVG).<sup>9</sup> Nur in Einzelfällen ist gesetzlich vorgesehen, dass der Anspruch erst mit dem Stellen eines Antrags entsteht, ex nunc, wie z. B. bei § 57 Abs. 1 S. 3 BBesG oder § 69 Abs. 3 S. 2 BeamtVG, oder rückwirkend bis zu einem Jahr bei § 54 Bundesbeihilfeverordnung<sup>10</sup>. In keinem Fall können Beamte Leistungen unbegrenzt rückwirkend beanspruchen: Ansprüche verjähren nach den Regelungen des BGB<sup>11</sup>, grundsätzlich also nach Ablauf von drei Jahren, § 195 BGB. Die Verjährungsfrist beginnt nach § 199 I BGB allerdings erst, wenn der Beamte von den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt. Keine Kenntnis hat

er, wenn es sich um eine „unübersichtliche oder zweifelhafte Rechtslage handelt, so dass sie selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag“<sup>12</sup>. Diese Voraussetzung liegt bis zum Jahr 2009 offensichtlich vor, da die deutsche Rechtsprechung bis zu diesem Zeitpunkt Ansprüche verpartneter Beamte einhellig zurückgewiesen hat.<sup>13</sup> In der Vergangenheit bereits bestands- oder rechtskräftig zurückgewiesene Ansprüche sind von der Entscheidung des BVerfG ausgenommen, § 79 II BVerfGG<sup>14</sup>, nicht aber von einer Änderung der Gesetzeslage, § 51 I Nr. 1 VwVfG.

## III. Rückwirkender Ausschluss durch den Gesetzgeber?

Die Gesetzgeber des Bundes und der Länder stehen nun vor der Frage, ob sie die Ansprüche verpartneter Beamter über die Verjährungsfristen hinaus zeitlich begrenzen können. Hiergegen spricht zunächst einmal das Verbot (echter) Rückwirkung: Die Rechtsfolgen eines Gesetzes dürfen nicht für einen vor der Verkündung liegenden Zeitpunkt auftreten.<sup>15</sup> Zu dem Zeitpunkt, zu dem eine Änderung des Beamtenrechts verkündet würde, wäre der Anspruch auf Familienzuschlag aber bereits vollständig entstanden. Allerdings kann der Gesetzgeber bei einer unklaren Rechtslage<sup>16</sup> bzw. bei einer Änderung der Rechtsprechung<sup>17</sup> Ansprüche nachträglich korrigieren. Im Übrigen hat das BVerfG aber entschieden, dass der Gesetzgeber im Beamtenrecht nicht verpflichtet ist, rückwirkend Leistungen zu gewähren, um für die Vergangenheit eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung zu beseitigen.<sup>18</sup> Vielmehr kann der Gesetzgeber rückwirkende Leistungen auf das Haushaltsjahr beschränken, in dem das BVerfG die Verfassungswidrigkeit einer Regelung festgestellt hat; ausgenommen sind Beamte, deren Anspruch noch Gegenstand eines offenen Verwaltungs- bzw.

- 1) BGH, NJW-RR 2007, S. 1441; BVerwGE 129, 129; BVerfG, ZBR 2008, S. 379, Rn. 17.
- 2) BVerfG, DVBl 2009, S. 1510, Rn. 112.
- 3) BVerfG, Fn. 2, Rn. 102.
- 4) Hoppe, T., DVBl 2009, S. 1516; Hillgruber, JZ 2010, S. 41 (44): Der „rechtspolitische Wille zur vollen Gleichstellung [hat] triumphiert“, „Fremdkindadoption“ verbleibt als „letztes Rückzugsgefecht auf diesem Feld“; nicht problematisiert bei Bongers, ArbR 2009, S. 160.
- 5) Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl. 2004, Rn. 1331.
- 6) BVerfGE 81, 363 (384) = ZBR 1990, S. 297.
- 7) Gem. Art. 5 Gesetz v. 16.2.2001, BGBl. I 2001, S. 266.
- 8) S. z. B. § 16 Abs. 4 HIV-Hilfegesetz für die nach § 15 Abs. 4 nur Ehegatten zustehenden Leistungen.
- 9) Plog/Wiedow, BeamtVG, Stand 11/2009, § 27 Rn. 3b; unklar Schinkel/Seifert, Besoldungsrecht, Teil 3a Versorgungsrecht, Lfg. 7/09, § 27, BeamtVG, Rn. 4.
- 10) V. 13.2.2009, BGBl. 2009 I, S. 326.
- 11) BVerwGE 23, 166 (167) = ZBR 1966, S. 345.
- 12) BGH, ZIP 2008, S. 1538 Rn. 7.
- 13) S. nur Fn. 1 und Fn. 23.
- 14) Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 79 Rn. 43 f.
- 15) Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl., 2009, Art. 20, Rn. 68 m. w. Nachw.
- 16) BVerfGE 88, 384 (404).
- 17) BVerfGE 72, 302 (325) = NJW 1986, S. 2817.
- 18) BVerfGE 81, 363 = ZBR 1990, S. 297.

Gerichtsverfahrens ist.<sup>19</sup> Aus nationaler verfassungsrechtlicher Sicht ist es somit möglich, dass die Gesetzgeber des Bundes und der Länder das Beamtenrecht so an die Entscheidung des BVerfG anpassen, dass verpartnerten Beamten lediglich Leistungen ab 1. Januar 2009 zustehen.

Über dem nationalen Recht steht allerdings die europäische Gleichbehandlungs-Richtlinie<sup>20</sup>, die im Berufsleben u. a. beim Entgelt ungleiche Behandlungen wegen sexueller Ausrichtung untersagt. Der EuGH hat entschieden, dass eine Hinterbliebenenversorgung auch als „Entgelt“ im Sinne der Richtlinie einzustufen ist.<sup>21</sup> Für andere Besoldungsbestandteile wie den Familienzuschlag gilt dies erst recht. Ferner widerspricht es nach Auffassung des EuGH der Richtlinie, einem überlebenden Partner Hinterbliebenenversorgung zu versagen, wenn das nationale Recht Lebenspartner und Eheleute in eine vergleichbare Situation versetzt.<sup>22</sup> Ob sich Lebenspartner und Eheleute in einer vergleichbaren Situation befinden, obliegt der Beurteilung durch die nationale Gerichtsbarkeit. Diese Frage haben die deutschen Fachgerichte bislang unterschiedlich beurteilt.<sup>23</sup> Mit der Entscheidung des BVerfG ist dieser Streit nicht mehr von Bedeutung; es gilt nunmehr einheitlich: Die „Privilegierung der Ehe“ gegenüber unverbindlichen Partnerschaften ist gerechtfertigt aufgrund „der auf Dauer übernommenen, auch rechtlich verbindlichen Verantwortung für den Partner. In diesem Punkt unterscheiden sich eingetragene Lebenspartnerschaft und Ehe aber nicht.“<sup>24</sup> Damit folgt auch aus europäischem Recht, dass verpartnerten Beamten Entgeltleistungen wie Familienzuschlag und Hinterbliebenenversorgung zustehen.<sup>25</sup>

- 19) BVerfGE 81, 363 (386, Rn. 69) = ZBR 1990, S. 297.
- 20) Richtlinie 2000/78/EG des Rates v. 27.11.2000, ABl. L 303 v. 2.12.2000, S. 16.
- 21) EuGH, Slg. 2008, I-1757 = ZBR 2008, S. 375 – *Maruko*, Rn. 56; hierzu *Reithmann*, ZBR 2008, S. 365.
- 22) EuGH, Fn. 19, Rn. 73.
- 23) Für Vergleichbarkeit z. B. VG Berlin, NVwZ-RR 2009, 773; VG Sigmaringen, Urteil vom 19.1.2010 – 3 K 1552/08 (Beihilfe); VG Berlin, Urteil vom 7.5.2009 – 7 A 95.07 (Auslandszuschlag); VG Berlin, Urteil vom 6.5.2009 – 5 A 99.08 (Hinterbliebenenversorgung); a. A. OVG Rheinland-Pfalz, DVBl 2009, S. 733; VG Minden, Urteil vom 22.2.2010 – 4 K 2026/08 – (Familienzuschlag).
- 24) BVerfG, Fn. 2, Rn. 102.
- 25) S. z. B. VG Stuttgart, Urteil vom 16.7.2009 – 4 K 2711/08 (Witwergeld); vor der Entscheidung des BVerfG schon z. B. OVG Schleswig vom 22.7.2008 – 3 LB 13/06 (Familienzuschlag); a. A. VG Frankfurt a. M., Urteil vom 24.7.2009 – 9 K 2718/08.F (Familienzuschlag), offensichtlich in Verkennung des wenige Tage zuvor ergangenen Urteils des BVerfG, Fn. 2.
- 26) *Ehricke*, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 234, Rn. 72 m. w. Nachw.
- 27) VG Stuttgart, Fn. 23.
- 28) *Ehricke* (Fn. 24), Art. 234, Rn. 72 m. w. Nachw.; vgl. insbesondere EuGH Slg. 1993, I-5475, Rn. 23.
- 29) Europarechtswidrig daher die kurze Rückwirkung von einem Jahr in Art. 7 II Gesetz zur Änderung besoldungs- und versorgungsrechtlicher Vorschriften 2008, GVBl Bbg 2008 I, S. 363.
- 30) BVerfG, Fn. 2, Rn. 124; gegen eine vergleichbare Beschränkung in BAG, NZA 2009, S. 489, zu Recht *Bruns*, NZA 2009, S. 596 (597).
- 31) So Art. 23 § 3 Abs. 2 Gesetz zur Neuregelung des Besoldungs- und Beamtenversorgungsrechts v. 26.1.2010, HmbGVBl. Nr. 4, S. 23 (108): Rückwirkende Gleichstellung zum 1.8.2001.
- 32) Hierzu *Mankowski*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Aufl., 2003, § 37, Rn. 12.
- 33) EuGH, NVwZ 2009, S. 771; umgesetzt durch BGH, EuZW 2009, S. 865.
- 34) Entspricht Art. 157 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Lissabon).
- 35) EuGH, Slg. 2003, I-12575 = ZBR 2004, S. 246.
- 36) *Bruns* (Fn. 28), unter Verweis auf EuGH, Fn. 21, Rn. 72.
- 37) S. Fn. 29.
- 38) *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., 1991, S. 322, Rn. 87.

Bei der Rechtsprechung des EuGH besteht eine Besonderheit gegenüber der Rechtsprechung des BVerfG: Europarechtlich ist es unzulässig, dass der nationale Gesetzgeber nachträglich Ausschlussfristen einführt, die die unbeschränkte Rückwirkung einer EuGH-Entscheidung eingrenzen.<sup>26</sup> Mit Ablauf der Umsetzungsfrist nach Art. 18 der Gleichbehandlungsrichtlinie zum 2. Dezember 2003 sind verpartnerte Beamte daher verheirateten Beamten gleichzustellen.<sup>27</sup> Europarechtlich zulässig sind lediglich allgemeine nationale Ausschlussfristen, wie z. B. Verjährungs-, Antrags- oder Klagefristen.<sup>28</sup> Europarechtlich gesehen können die Gesetzgeber des Bundes und der Länder daher den Gleichstellungsanspruch verpartneter Beamte nicht nachträglich zeitlich begrenzen; es verbleibt vielmehr bei den allgemeinen nationalen Verjährungsfristen des BGB.<sup>29</sup> Schon aus diesem Grund ist unerheblich, dass das BVerfG die Rückwirkung seiner Entscheidung auf den 1. Januar 2005 beschränkt hat<sup>30</sup>, zumal dies auf den Besonderheiten des zu Grunde liegenden Tarifvertrages beruht und daher nicht allgemein übertragbar ist. Ohne weiteres zulässig ist es aber, wenn der Gesetzgeber Lebenspartner über die Verjährungsfristen hinaus gleichstellt.<sup>31</sup> Verjährte Ansprüche sind damit gleichwohl ausgeschlossen.

Für den theoretischen Fall verjährter Ansprüche wäre ein europarechtlicher Staatshaftungsanspruch<sup>32</sup> gegen die Bundesrepublik ausgeschlossen. Nach § 839 Abs. 3 BGB müssen Geschädigte den Eintritt der Verjährung durch Gebrauch eines Rechtsmittels abwenden. Der EuGH hat eine solche nationale Ausschlussregelung als mit dem Gemeinschaftsrecht für vereinbar erachtet.<sup>33</sup> Damit kommt nur für Beamte, die vor Ablauf der dreijährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB ein Rechtsmittel eingelegt haben, ein Staatshaftungsanspruch für verjährte Ansprüche in Betracht. Der hierfür erforderliche qualifizierte Verstoß des Gesetzgebers gegen Gemeinschaftsrecht liegt auf der Hand: Bereits 2003 hat der EuGH entschieden, dass Hinterbliebenenversorgung Entgelt im Sinne des Art. 141 EGV (Nizza)<sup>34</sup> ist.<sup>35</sup> Ferner waren Lebenspartner im Hinblick auf das konkrete Entgelt, wie Versorgung oder Familienzuschlag, von Anfang an in einer vergleichbaren Situation; europarechtlich unerheblich ist, ob die Rechtsinstitute abstrakt identisch sind.<sup>36</sup> Stellt der Gesetzgeber verpartnerte Beamte aber umfassend zeitlich rückwirkend gleich<sup>37</sup>, folgt der Anspruch statt aus Staatshaftung unmittelbar aus dem Gesetz: Denn der Gebrauch des Rechtsmittels hemmt regelmäßig die Verjährung, § 204 BGB.

#### IV. Keine Leistung ohne Gesetzesänderung?

Die Entscheidung und die tragenden Gründe binden nach § 31 Abs. 1 BVerfGG auch die Verwaltung. Dabei legt der Vorrang des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) die Verwaltung nicht auf den Wortlaut der aktuellen beamtenrechtlichen Vorschriften fest. Dies wäre nur der Fall, wenn das BVerfG eine Norm für verfassungswidrig erklärt hätte. Dann könnte die Verwaltung nur die verfassungswidrig erklärte Norm nicht anwenden, müsste aber etwaige verfassungswidrige Parallelnormen weiter anwenden.<sup>38</sup> Bei der Entscheidung des BVerfG zur Hinterbliebenenversorgung liegt der umgekehrte Fall vor: Keine der beamtenrechtlichen Regelungen hat das BVerfG bislang für verfassungswidrig erklärt; damit muss sie die Verwaltung weiterhin anwenden.

Es stellt sich aber die Frage, ob die Verwaltung die beamtenrechtlichen Regelungen auf Lebenspartner verfassungskonform anwenden kann. Grundsätzlich ist die Verwaltung „wie die Gerichte befugt, scheinbare Lücken mittels der herkömmlichen Auslegungsmethoden zu schließen [...]“. Für echte Regelungslücken steht [jedenfalls im Bereich der Leistungsverwaltung] grundsätzlich auch im Verwaltungsrecht das Instrument der

Analogie zur Verfügung“.<sup>39</sup> Für eine analoge Anwendung fehlt es den beamtenrechtlichen Vorschriften aber im Hinblick auf Lebenspartner an einer planwidrigen Lücke; vielmehr sind die Vorschriften planmäßig lückenhaft.<sup>40</sup> Hierüber ließe sich noch hinwegsehen, da die Anforderungen an eine Lücke im Bereich der Leistungsverwaltung niedriger sein dürften, als im Bereich der Eingriffsverwaltung<sup>41</sup> und die plangemäße Lücke mit der Entscheidung des BVerfG zudem verfassungsrechtlich planwidrig geworden ist. Allerdings hat das BVerfG im Bereich der Beamtenbesoldung Analogien grundsätzlich einen Riegel vorgeschoben: „Verstößt ein seinem Zweck und Inhalt nach eindeutiges Besoldungsgesetz gegen Art. 3 I GG, weil es bestimmte Beamtengruppen nicht berücksichtigt, so darf ein Gericht einem Beamten dieser Gruppe nicht durch ergänzende Gesetzesauslegung die Besoldung aus diesem Gesetz zusprechen. [...] [N]ach [den] hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums [besteht] der Gehalts- und Versorgungsanspruch grundsätzlich nur nach Maßgabe eines – verfassungsmäßigen – Gesetzes. [...] [O]hne ein erneutes – allerdings durch die Verfassung gebotenes – Handeln des Gesetzgebers [steht dem Beamten] ein erhöhter Gehalts- oder Versorgungsanspruch nicht zu.“<sup>42</sup>

Europarechtlich ist aber auch die Verwaltung gehalten, der Richtlinie Geltung zu verschaffen.<sup>43</sup> Zwei Wege sind denkbar: In entsprechender Anwendung der zu Art. 141 EGV (Nizza)<sup>44</sup> entwickelten Rechtsprechung des EuGH haben verpartnerte Beamte einen europarechtlichen Anspruch auf die gleichen Leistungen wie verheiratete Beamte<sup>45</sup>; dogmatisch naheliegender wäre es, die beamtenrechtlichen Vorschriften europarechtskonform auf Lebenspartner anzuwenden<sup>46</sup>. In jedem Fall kann und muss die Verwaltung Leistungen zahlen, falls der Gesetzgeber – entgegen seiner Pflicht aus § 31 Abs. 1 BVerfGG – nicht tätig wird. Dies gilt umso mehr, als Zahlungen der Verwaltung nicht in Widerspruch mit künftigen Gesetzesänderungen geraten können, da der Gesetzgeber bereits entstandene Ansprüche verpartneter Beamte nicht nachträglich begrenzen kann (siehe oben III.).

Beruhet die Ungleichbehandlung nicht auf einem Gesetz, sondern wie bei der Entscheidung des BVerfG auf einem Tarifvertrag<sup>47</sup>, ist der Parteiwille maßgeblich. Eine verfassungskon-

forme Auslegung kommt dann nicht in Betracht<sup>48</sup>, ist aber auch nicht notwendig: Tarifverträge binden staatliche Stellen nicht nach Art. 20 Abs. 3 GG und stehen daher der verfassungsrechtlich gebotenen Leistung an verpartnerte Angestellte des öffentlichen Dienstes nicht entgegen.

## V. Ergebnis

Aus dem verfassungs- und europarechtlichen Gebot der Gleichbehandlung stehen Lebenspartnern beamtenrechtliche Leistungen rückwirkend zu. Allerdings unterliegen Ansprüche verpartneter Beamter der Verjährung nach § 195 BGB; angesichts der bis 2008 ablehnenden Rechtsprechung beginnt die Verjährungsfrist nicht vor 2009 zu laufen. Über diese Verjährungsvorschrift hinaus ist der Gesetzgeber gehindert, Ansprüche verpartneter Beamter nachträglich zeitlich zu begrenzen. Aus diesem Grund und im Hinblick auf Staatshaftungsansprüche empfiehlt es sich, dass der Gesetzgeber verpartnerte Beamte zeitlich umfassend rückwirkend gleichstellt. Hat der Gesetzgeber die gebotene Gleichstellung noch nicht umgesetzt, muss die Verwaltung gleichwohl bestehende beamtenrechtliche Regelungen aufgrund der Gleichbehandlungs-Richtlinie auf verpartnerte Beamte anwenden.

39) *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, 6. Aufl., 2001, § 44, Rn. 53.

40) So z. B. *VG Berlin zur Beihilfe*, Fn. 21.

41) *Vgl. BVerfGE* 116, 69 (83).

42) *BVerfGE* 8, 28.

43) *EuGH, Slg.* 1989, I-1871: „Die Verwaltung – auch auf kommunaler Ebene – ist ebenso wie ein nationales Gericht verpflichtet, EWGRL 305/71 Art 29 Abs 5 anzuwenden und diejenigen Bestimmungen des nationalen Rechts unangewendet zu lassen, die damit nicht im Einklang stehen.“

44) Entspricht Art. 157 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Lissabon).

45) So *VG Berlin zur Beihilfe*, Fn. 21; *VG Stuttgart*, Fn. 23 unter Verweis auf *Blanke*, in: *Calliess/Ruffert, EUV/EGV*, 3. Aufl., 2007, Art. 141 EGV, Rn. 68 f.

46) *Vgl. EUGH, Slg.* 1994, I-3325.

47) *Der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) vom 13.9.2005* sieht keinen Familienzuschlag mehr vor.

48) *OLG Karlsruhe, VersR* 2005, 636 (637).

# Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG und Anforderungsprofil – ein unlösbarer Zwiespalt?

## Zugleich eine kritische Anmerkung zum Beschluss des VG Saarlouis vom 19.2.2009, NVwZ-RR 2009, S. 646 ff.

Dr. Horst Zeiler

*Bei Stellenausschreibungen wird in jüngster Zeit vielfach ein Anforderungsprofil vom Dienstherrn aufgestellt. Hierbei kann es zu Kollisionen mit dem Grundsatz der Bestenauslese gem. Art. 33 Abs. 2 GG kommen. Diesen Problemen soll im Folgenden nachgegangen werden.*

### I. Einleitung

Seit geraumer Zeit werden bei Stellenbesetzungen – insbesondere bei höherrangigen Stellen – in Ausschreibungsverfahren Anforderungsprofile festgelegt, die von den jeweiligen Bewerbern erfüllt sein müssen. Dies ist zwar grundsätzlich zulässig

und folgt letztlich aus der Organisationshoheit des Dienstherrn und dem daraus resultierenden Organisationsermessen. Der Dienstherr ist bei der Bestimmung des Organisationsermessens weitgehend frei. Gleichwohl kann es im Einzelfall dazu kommen, dass der Dienstherr durch die Festlegung eines bestimmten Anforderungsprofils mit dem Grundsatz der Bestenauslese, wie er in Art. 33 Abs. 2 GG festgelegt ist, in Widerspruch gerät<sup>1</sup>. Wann dies der Fall ist, soll im folgenden nachgegangen werden, und zwar insbesondere bei der Besetzung einer hochrangigen Richterstelle.

1) So der Hinweis von *Battis*, *NJW* 2006, S. 817 (820).

die Mobilität eher einschränken. Hessen löst dieses Problem dadurch, dass der mit § 122 Abs. 2 BRRG identische § 18 Abs. 4 S. 1 HBG weiter gilt. „Wer die Befähigung für eine Laufbahn außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes, aber innerhalb des Bundesgebiets einschließlich des Landes Berlin erworben hat, besitzt die Befähigung für eine entsprechende Laufbahn auch im Lande Hessen“ (Satz 1). Laufbahnen entsprechen einander, wenn sie sich im Wesentlichen nur dadurch unterscheiden, dass sie bei verschiedenen Dienstherren bestehen. Sie müssen derselben Laufbahngruppe und derselben Fachrichtung angehören und eine inhaltlich im Wesentlichen gleiche Vor- und Ausbildung aufweisen (§ 18 HBG, Rn. 16). Gesetzgeber und Kommentator sollten allerdings bei der nächsten Novellierung die seit fast 20 Jahren veränderte Verfassungssituation Berlins berücksichtigen.

Die Versetzung der Beamtin oder des Beamten ist gemäß § 15 Abs. 2 S. 2 BeamtStG auch ohne Zustimmung zulässig, wenn das neue Amt mit mindestens demselben Grundgehalt verbunden ist wie das bisherige Amt. Der Verfasser *Burkholz* weist daraufhin, dass nach der bisherigen Rechtslage das Endgrundgehalt entscheidend war. Dass der Bundesgesetzgeber die Amtsamengemessenheit nur betragsmäßig zum Ausdruck bringt, dürfte seine Ursache in Kompetenzerwägungen haben, weil die Länder auch das Besoldungsrecht in eigener Zuständigkeit regeln dürfen (Rn. 40). Zu Recht stellt *Burkholz* fest, dass der Gesetzgeber auch das Endgrundgehalt zum Maßstab hätte nehmen können, denn mit einer solchen Regelung hätte er materiell nicht das Laufbahnrecht, sondern das Statusrecht geregelt (Rn. 40). Der hierin liegende Eingriff in den statusrechtlichen Schutz des Beamten wird allerdings nicht problematisiert. In diesem Zusammenhang ist ein Hinweis auf § 29 Abs. 2 HBG und § 28 Abs. 2 BBG notwendig. Nach beiden Vorschriften ist die Versetzung ohne Zustimmung des Beamten nur in ein Amt mit demselben Endgrundgehalt zulässig. Während § 29 HBG nur landesinterne Versetzungen regelt, gilt § 28 BBG auch für die Versetzung von Bundesbeamten in ein Land. Sie setzt mindestens ein Amt mit demselben Endgrundgehalt voraus, während umgekehrt das Grundgehalt reicht. Diese „Rechtsgemengelage“ wäre zu vermeiden gewesen, wenn der Bund seine verfassungsgemäße Kompetenz für eine bundeseinheitliche Regelung wahrgenommen hätte.

Ausführlich und sehr informativ wird die Ermessensausübung bei der Entscheidung über die Versetzung (Rn. 47 ff.) und die Beteiligung anderer Stellen (Personal-, Schwerbehindertenvertretung, Frauen-, Gleichstellungsbeauftragte, Rn. 80 ff.) bei deren Durchführung und Vollziehung dargestellt. Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass die Versetzung personalvertretungsrechtlich als Einstellung der aufnehmenden Dienststelle angesehen wird. Nach Auffassung des Verfassers *Burkholz* bedürfte es keiner Einstellungsernennung, weil das Beamtenverhältnis gemäß § 15 Abs. 3 S. 2 BeamtStG mit dem neuen Dienstherrn fortgesetzt wird (§ 15 BeamtStG, Rn. 93). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Ob es einer Ernennung bedarf, richtet sich ausschließlich nach § 8 BeamtStG, § 15 Abs. 3 S. 2 ist keine Ausnahmenvorschrift. Da die Länder die Kompetenz für die Besoldung erhalten haben, muss bei abweichendem Besoldungsrecht gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 3 BeamtStG eine Ernennung erfolgen. Nach *Summer* (ZBR 2009, 198, 190) sprechen auch staatsrechtliche Gründe für eine Ernennung durch den neuen Dienstherrn, denn hoheitliches Handeln, wie die Veränderung des Status eines Beamten, setzt eine Handlungsbefugnis aus dem System der Staatlichkeit voraus, die hinter dem hoheitlichen Handeln steht.

Auch die Zuweisung nach § 20 BeamtStG wird durch *Burkholz* umfassend erläutert. Zwar stimmt die Rezensentin mit dem Verfasser nicht in allen Auffassungen überein. So überzeugt es beispielsweise nicht, dass die Zuweisung nach § 20 Abs. 2 BeamtStG lediglich vorübergehend angeordnet werden könne (§ 20 BeamtStG, Rn. 50). Jedoch gebührt dem Kommentator auch hier für die sorgfältige Darstellung der Problematiken dieses Personaleinsatzinstruments große Anerkennung.

Auch § 40 BeamtStG („Nebentätigkeit“) ist ein Beispiel dafür, dass der Bundesgesetzgeber seiner Gesetzgebungskompetenz kaum gerecht wird. Überzeugend begründet *Kohde* die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen diese „Blankettnorm“, der sich „kein unmittel-

bar eigener Regelungsgehalt entnehmen lässt, der ohne konkretisierendes Landesrecht angewandt oder vollzogen werden kann“ (Rn. 3). Die Norm erschöpft sich im Wesentlichen in einer allgemeinen Zielangabe, wonach eine Nebentätigkeit grundsätzlich anzeigepflichtig und unter Erlaubnis- und Verbotsvorbehalt zu stellen ist, soweit sie geeignet ist, dienstliche Interessen zu beeinträchtigen. Die Statuierung von Pflichten für den Landesgesetzgeber war kennzeichnend für das Rahmenrecht, zu dessen Erlass der Bund aber heute nicht mehr berechtigt ist (§ 40, Rn. 3). Im Rahmen seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz hätte der Bundesgesetzgeber die Materie selbst regeln müssen, zumal es beim Nebentätigkeitsrecht um das „Statusrecht im engsten Sinne“ geht (*Battis/Grigoleit*, ZBR 2008, 1, 6).

Der Kommentar der hessischen Verwaltungsrichter zum Beamtenrecht stellt eine umfassende und tiefgründige Kommentierung des in seiner Konzeption nicht unumstrittenen Bundesgesetzes dar. Die „Gesetzgebungshinweise“, mit denen die Kommentierung der einzelnen Paragraphen jeweils beginnt, sind nicht nur historisch interessante Erläuterungen zu der geregelten Materie, sondern liefern einen hervorragenden Einstieg in die folgende Sachkommentierung. Diese enthält umfangreiche Nachweise zu Rechtsprechung und Literatur und ist höchst aktuell. Die Verfasser verbinden ihre ausführlichen Erläuterungen mit Hinweisen auf die einschlägigen Vorschriften des Hessischen Beamtengesetzes, so dass ein kompletter Überblick über die Rechtslage nach der Föderalismusreform entsteht.

Wie bereits in der Vergangenheit wird der Kommentar durch die sorgfältige Bearbeitung und die schnelle Umstellung auf das neue Recht zu den wichtigsten Werken zum Beamtenrecht zählen.

Dr. Sabrina Schönrock

## Autoren dieses Heftes

Ministerialrat Dr. Leonhard Kathke  
Bayerisches Staatsministerium der Finanzen  
Odeonsplatz 4  
80539 München

Susanne Koch  
Bayerisches Staatsministerium der Finanzen  
Odeonsplatz 4  
80539 München

Ass. iur. Henning Blatt  
Universität Hannover  
Welfengarten 1  
30167 Hannover

Dr. Tilman Hoppe LL.M.  
Deutscher Bundestag  
Wissenschaftliche Dienste  
Fachbereich WD 3 Verfassung und Verwaltung  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

Rechtsanwalt Dr. Horst Zeiler  
Am Hesselborn 16  
66292 Riegelsberg

Rechtsanwältin Dr. Sabrina Schönrock  
Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der FU Berlin  
Freie Universität Berlin  
Van't-Hoff-Straße 8  
14195 Berlin