

Simon Sieweke

## Verfassungsrechtliche Anforderungen an das Einstellungsverfahren wissenschaftlicher Mitarbeiter gemäß Art. 33 Abs. 2 GG

*Der Beitrag widmet sich den aus Art. 33 II GG folgenden Anforderungen an das Einstellungsverfahren von wissenschaftlichen Mitarbeitern an staatlichen Hochschulen. Neben den Beschränkungen bei den Auswahlkriterien und den verfahrensrechtlichen Vorgaben wird erörtert, welche Rechtsschutzmöglichkeiten Bewerber bei einem Verstoß gegen die verfassungsrechtlichen Einstellungsanforderungen besitzen.*

### 1 Einleitung

Die Wissenschaft hat sich auch in den Geisteswissenschaften zu einem arbeitsteilig-spezialisierten Prozess entwickelt.<sup>1</sup> Der einzelne Wissenschaftler im einsamen Kämmerlein ist deshalb kaum mehr konkurrenzfähig. Für Nachwuchswissenschaftler ist es daher wichtig, frühzeitig als Mitarbeiter in Forschungsgruppen mitwirken zu können. Die meisten dieser Stellen finden sich an den staatlichen Hochschulen. Dort erfolgt die Einstellung durch den Dienstvorgesetzten, das Rektorat der Hochschule. Die Hochschullehrer fungieren lediglich als Fachvorgesetzte. Die Einstellung findet jedoch auf Vorschlag des jeweiligen Hochschullehrers statt, dem das Rektorat nicht folgen muss,<sup>2</sup> aber praktisch stets tut. Im Hochschulsystem ist es aufgrund dessen weit verbreitet, dass die wissenschaftlichen Mitarbeiterstellen an ehemalige studentische Hilfskräfte des gleichen Lehrstuhls vergeben werden. Auch wenn dies offiziell nie bestätigt wird, wird die Entscheidung für solche „bewährten Mitarbeiter“ nicht selten bereits vor der Ausschreibung getroffen. Diese Form der Patronage ist im Hinblick auf den durch Art. 33 II GG verankerten Grundsatz der Bestenauslese problematisch. Trotzdem finden sich keine aktuellen gerichtlichen Klagen. Ursache dafür könnte zum einen sein, dass effiziente Mechanismen außergerichtlicher Streitbeilegung existieren. Zum anderen könnte der Grund darin liegen, dass die Bewerber die gerichtliche Austragung wegen ihrer allgemeinen Abhängigkeit von statushöheren Wissenschaftlern fürchten.<sup>3</sup> Im Hinblick darauf, dass die Hochschulen für solche Konstellationen keine Mediationsverfahren geschaffen haben, spricht viel dafür, dass der letztere Grund überwiegt.

Um zu verhindern, dass diese Vernachlässigung der Bestenauslese ein „vertrauter Vorgang“ im Hochschulbereich bleibt,<sup>4</sup> werden nachfolgend die verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Einstellungsverfahren bei wissenschaftlichen Mitarbeitern bestimmt. Zunächst wird dazu im ersten Schritt der Frage nachgegangen, ob die Vorgaben des Art. 33 II GG anwendbar sind oder ob diese aufgrund normativer Spezialität durch Art. 5 III GG verdrängt werden. Im zweiten Schritt

1 *Nettesheim, M.*, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, DVBl. 2005, S. 1072 (1076).

2 *Hartmer, M.*, Das Recht des wissenschaftlichen Nachwuchses, in: Hartmer, M./Detmer H. (Hrsg.), Hochschulrecht, Heidelberg 2004, S. 124 (149).

3 Vgl. *Blankenagel, A.*, Vom Recht der Wissenschaft und der versteckten Ratlosigkeit der Rechtswissenschaftler bei Betrachtung des- und derselben, AöR 125, 2000, S. 70 (73).

4 So *Quambusch, E.*, Professorenbeförderungen, RiA 2000, S. 231 (233).

werden die aus Art. 33 II GG folgenden Anforderungen an das Einstellungsverfahren behandelt. Untersucht werden der Schutzbereich von Art. 33 II GG und mögliche Rechtfertigungsgründe für Eingriffe in diesen, bevor der Frage nachgegangen wird, auf welche Weise abgelehnte Bewerber ihre Rechte geltend machen können. Auf eine Erläuterung von Art. 12 I GG wird verzichtet. Zwar ist der Staatsdienst nach Ansicht des *BVerfG* vom sachlichen Schutzbereich erfasst.<sup>5</sup> Allerdings wird den materiellen Prinzipien von Art. 33 II GG generell Vorrang eingeräumt, indem der Gewährleistungsgehalt „auf das Recht des gleichen Zugangs zu den öffentlichen Ämtern“ reduziert wird.<sup>6</sup> Der Schutz durch Art. 12 I GG geht also nicht über den von Art. 33 II GG hinaus. Auch Art. 3 I GG wird nicht thematisiert, da dieser im Anwendungsbereich von Art. 33 II GG verdrängt wird<sup>7</sup> und deshalb nur geringe praktische Relevanz besitzt.

## 2 Ausschluss des Art. 33 II GG im Hochschulbereich durch Art. 5 III GG

Eine (partielle) Verdrängung der Auswahlvorgaben des Art. 33 II GG bei der Einstellung von wissenschaftlichen Mitarbeitern durch Art. 5 III GG, da dieser einen stärkeren Sachbezug zum Hochschulbereich aufweist, ist im Hinblick auf zwei Gesichtspunkte denkbar. Erstens ist es Dienstaufgabe der wissenschaftlichen Mitarbeiter, die Hochschullehrer bei ihrer Arbeit zu unterstützen. Folgerichtig hat das *BVerfG* die Personalentscheidungen in Angelegenheiten der wissenschaftlichen Mitarbeiter in den Bereich der wissenschaftsrelevanten Angelegenheiten, die Forschung und Lehre unmittelbar berühren, eingeordnet. Daher müssen in diesem Bereich Vorkehrungen getroffen werden, um Fehlentscheidungen zu verhindern.<sup>8</sup> Die Professoren können den Inhalt ihrer Forschungs- und Lehrtätigkeit weitgehend selbst bestimmen. Deswegen können sie deutlich besser einschätzen, welche Qualitäten die Bewerber erfüllen müssen. Das ist ein starkes Argument dafür, den Professor, dem die Mitarbeiterstelle zugewiesen ist, allein über das Anforderungsprofil und dessen Erfüllung durch die Bewerber entscheiden zu lassen. Dann könnten personenorientiert zugeschnittene Auswahlverfahren jedoch nicht mehr gerichtlich untersagt werden. Entscheidend für die Einstellung wäre zunehmend, ob der Bewerber ein gutes Verhältnis zum vorgesetzten Professor hat, nicht dagegen seine wissenschaftlichen Leistungen und Fähigkeiten. Die dadurch entstehenden Abhängigkeitsverhältnisse im Hochschulbereich beschränken die wissenschaftliche Entfaltung der Mitarbeiter und die Entwicklung des gesamten Wissenschaftssystems, indem falsche Anreize gesetzt werden. *Ladeur* bezeichnet eine Einstellung unter Verstoß gegen Art. 33 II GG auf diesem Grund zutreffend als „weiterfressenden Mangel“, weil die aus unsachlichen Gründen erfolgte Einstellung infolge ihrer Informations- und Signalfunktionen Auswirkungen auf die Leistungsmotivation und -orientierung der bereits tätigen Bediensteten habe.<sup>9</sup> Im Hinblick auf die wahrgenommene Dienstaufgabe gebietet Art. 5 III GG deshalb nicht, bei den Einstellungsverfahren der wissenschaftlichen Mitarbeiter von Art. 33 II GG abzuweichen.

Gleiches gilt für die in den Hochschulgesetzen normierte und durch Art. 5 III GG gewährleistete Aufgabe der Hochschulen, den wissenschaftlichen Nachwuchs zu fördern. Das *BVerfG* hat diese Aufgabe zwar nicht ausdrücklich als durch Art. 5 III GG geschützt eingestuft. Jedoch hat

5 BVerfGE 7, 377 (397 f.); st. Rspr.

6 BVerfGE 11, 30 (39).

7 *Höfling, W.*, in: Dolzer, R./Vogel, K./Graßhof, K. (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt 2008, Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 384.

8 BVerfGE 35, 79 (123 f.).

9 *Ladeur, K.-H.*, Öffentliche Stellenausschreibung als Gewährleistung des Rechts auf gleichen Zugang zum öffentlichen Dienst, Jura 1992, S. 77 (80).

es die wesentlichen Teilaspekte dieser Aufgabe, zu nennen sind insbesondere die inhaltliche Ausgestaltung der wissenschaftlichen Ausbildung und die Besetzung der wissenschaftlichen Stellen, als gewährleistet angesehen,<sup>10</sup> woraus auf die Gewährleistung der übergeordneten Aufgabe der Nachwuchsförderung geschlossen werden kann. Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses kann so ausgelegt werden, dass der gesamte wissenschaftliche Nachwuchs, also nicht nur der der jeweiligen Hochschule, gefördert werden soll. Insoweit stimmen Art. 5 III GG und Art. 33 II GG überein. Diese Aufgabe kann aber ebenfalls in der Weise verstanden werden, dass neben dem allgemeinen wissenschaftlichen Nachwuchs die Personen in besonderer Weise unterstützt werden sollen, die an der jeweiligen Hochschule ausgebildet worden sind. Auch zur Erfüllung der so verstandenen Aufgabe ist es aber nicht erforderlich, entgegen Art. 33 II GG externe Bewerber lediglich in Auswahlverfahren einzubeziehen, wenn keine geeigneten Absolventen der eigenen Hochschule zur Verfügung stehen. Denn eine solche Verengung des Bewerberkreises dient der Förderung der eigenen Absolventen nicht. Zum einen führt dies dazu, dass Hochschulabsolventen angestrebte wissenschaftliche Mitarbeiterstellen, die an der eigenen Hochschule nicht zur Verfügung stehen, lediglich in Ausnahmefällen erhalten werden. Die Freiheit bei der Entscheidung über die thematische Ausrichtung der eigenen wissenschaftlichen Tätigkeit ist dadurch erheblich verringert. Die damit einhergehende Beschränkung beim personellen Austausch im Hochschulbereich hat zudem negative Folgen für die Fortentwicklung des Gesamtsystems der Wissenschaft, weil dadurch der Austausch wissenschaftlicher Methoden und Ergebnisse beeinträchtigt wird. Zum anderen hat die Begrenzung des Bewerberkreises die falsche Signalwirkung, dass nicht nur die Qualität der Bewerber, sondern auch eine vorherige Bindung zur Hochschule für den Erhalt von Hochschulstellen im Allgemeinen entscheidend ist. Auch wenn es gesetzlich eindeutig normiert ist, dass bei Professorenstellen Hausberufungen nur unter sehr engen Voraussetzungen möglich sind, kann dies trotzdem leicht dazu führen, dass sich wissenschaftliche Mitarbeiter ausschließlich an der hochschulinternen Konkurrenz orientieren und dadurch ihre Chancen auf eine weiterführende Tätigkeit im Hochschulbereich falsch einschätzen. Es bleibt damit festzuhalten, dass Art. 33 II GG durch Art. 5 III GG nicht verdrängt wird.

### 3 Schutzbereich von Art. 33 II GG

Die Bestenauslese soll eine funktionstüchtige und effiziente Verwaltung sichern.<sup>11</sup> Auch wenn teilweise die primäre Funktion von Art. 33 II GG in dem Schutz dieser objektiven Wertentscheidung gesehen wird, kann aufgrund des eindeutigen individualschützenden Wortlauts kein Zweifel daran bestehen, dass die Norm auch eine subjektiv-rechtliche Verfassungsposition gewährleistet.<sup>12</sup> Der Anspruch auf Zugangsgleichheit zu öffentlichen Ämtern umfasst materiell das Recht auf eine den Kriterien des Art. 33 II GG gerecht werdende Berücksichtigung der Bewerbung.<sup>13</sup> Der Begriff des öffentlichen Amtes umfasst dabei alle Funktionen öffentlich-rechtlicher Art auch bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts, wozu die staatlichen Hochschulen gehören,<sup>14</sup> einschließlich der Arbeiter und Angestellten im öffentlichen Dienst.<sup>15</sup> Die Einstellungsanforde-

10 BVerfGE 35, 79 (123).

11 BAGE 101, 153, 157; *Dollinger, F.-W./Umbach, D. C.*, in: *Umbach, D. C./Clemens, T.* (Hrsg.), *Grundgesetz*, Bd. 1, Heidelberg 2002, Art. 33 Rn. 31.

12 BVerfGE 1, 167 (184); BAGE 87, 165 (169); 103, 212 (215); 112, 13 (17).

13 *Trute, H.-H.*, in: *Denninger, E./Hoffmann-Riem, W./Schneider, H.-P./Stein, E.*, *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., Loseblatt 2007, Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 34.

14 *Dollinger/Umbach* (Anm. 11), Art. 33 Rn. 36.

15 BVerwGE 61, 325 (330); BAGE 103, 212 (215); 104, 295 (299).

rungen gelten also für die Begründung eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses, zu denen das der wissenschaftlichen Mitarbeiter regelmäßig gehört. Zwar bewegt sich die Hochschule bzw. das Land dabei formal auf dem durch das Prinzip der Vertragsfreiheit geprägten Gebiet des Privatrechts. Indes entbindet dies nicht von den Verpflichtungen von Art. 33 II GG, andernfalls würde der grundrechtliche Schutz ohne große Mühe unterlaufen werden können.<sup>16</sup> Wissenschaftliche Mitarbeiterstellen sind demnach öffentliche Ämter.

### 3.1 Anforderungsprofil als Maßstab der Eignung

Art. 33 II GG stellt eine abschließende Positivliste für die Kriterien (Eignung, Befähigung und fachliche Leistung) der Bestenauslese auf. Diese Eignungsbewertung erfordert einen „festen Vergleichsrahmen“.<sup>17</sup> Andernfalls kann die Einstellungsbehörde, wenn nach dem ursprünglichen Anforderungsprofil eine ihr nicht gewollte Person zwingend als bester Bewerber einzustufen ist, dieses so ändern, dass der von ihr gewünschte Bewerber es am besten erfüllt. Geboten ist daher eine sukzessive Bindung des Dienstherrn an seine Entscheidungen im Einstellungsverfahren.<sup>18</sup> Dadurch wird zudem gesichert, dass die gerichtliche Kontrolle der Entscheidung nicht unnötig aufwendig und erschwert wird. Der feste Vergleichsrahmen wird durch das Anforderungsprofil des konkret zu besetzenden Amtes, zu dessen Festlegung die Einstellungsbehörde aufgrund ihrer Organisationsgewalt generell befugt ist, geschaffen.

Das Anforderungsprofil für wissenschaftliche Mitarbeiterstellen muss demnach zum einen vor der Ausschreibung festgelegt werden.<sup>19</sup> Fehlt dies ganz oder teilweise, ist kein (ausreichender) Bezugspunkt für die Kriterien vorhanden, so dass die Eignung nicht bewertet werden kann. Deshalb ist es konsequent, dass die Gerichte aus einem nicht vorhandenen Profil schließen, dass die Behörde von ihrer Beurteilungsermächtigung fehlerhaft Gebrauch gemacht hat.<sup>20</sup> Außerdem muss das Anforderungsprofil nach der Bekanntmachung der Ausschreibung unverändert bleiben.<sup>21</sup> Inhaltlich folgt aus Art. 33 II GG, dass personenorientiert zugeschnittene Ausschreibungstexte unzulässig sind.<sup>22</sup> Das Anforderungsprofil soll allerdings nur eingeschränkt daraufhin überprüfbar sein, ob das Organisationsermessen der Behörden missbräuchlich ausgeübt worden ist und ob dem Organisationsakt die objektive Zwecktauglichkeit überhaupt fehlt.<sup>23</sup> Eine solche Reduzierung der gerichtlichen Kontrolle des Anforderungsprofils ist solange im Hinblick auf Art. 33 II GG unproblematisch, wie das Anforderungsprofil der Stelle für ein öffentliches Amt eine Bandbreite bietet, die faktisch mehrere Bewerber erfüllen.<sup>24</sup> In diesem Fall ist es unmöglich, einen Bewerber so zu protegieren, dass dieser automatisch das Anforderungsprofil am besten erfüllt. Nach Ansicht von *Dollinger* und *Umbach* ist es jedoch „in der universitären Forschung, vor allem auf naturwissenschaftlichem Gebiet, nicht selten so, dass bereits die Stellenausschreibung für das zu besetzende Amt derart speziell erfolgt, dass die Zugangskriterien nur auf einen bereits

16 *Höfling* (Anm. 7), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 80.

17 *Höfling* (Anm. 7), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 255.

18 *Höfling* (Anm. 7), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 253; *Willke, M.*, Effektiver Rechtsschutz beim Zugang zu öffentlichen Ämtern, JZ 1980, S. 440 (441 f.).

19 *Trute* (Anm. 13), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 69 m. w. N.; a. A. BAGE 104, 295 (300).

20 *Trute* (Anm. 13), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 69; *VGH Kassel*, DVBl. 1994, 593. Demgegenüber wertet das *OLG Hamm*, NVwZ-RR 1998, 535 (537) das Anforderungsprofil nur als Hilfskriterium.

21 Vgl. *Höfling* (Anm. 7), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 255; *OVG Magdeburg*, Beschl. v. 02.09.2009 – 1 M 62/09.

22 *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 1996, 677; *Masing, J.*, in: Dreier, H. (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 2, 2. Aufl., Tübingen 2006, Art. 33 Rn. 39.

23 *BVerwG*, NVwZ 1992, 573; *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 1999, 49 (50); *Trute* (Anm. 13), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 69.

24 *Dollinger/Umbach* (Anm. 11), Art. 33 Rn. 41.

im Voraus ausgewählten Bewerber zutreffen. Dadurch wird die nach Art. 33 II GG gebotene verfassungsmäßige Auswahlentscheidung unterlaufen.<sup>25</sup> Im Hinblick auf Art. 33 II GG ist daher das Anforderungsprofil einer genauso intensiven gerichtlichen Kontrolle wie die Auswahlentscheidung zu unterwerfen.<sup>26</sup>

Konkret bedeutet dies, dass, soweit im Anforderungsprofil für wissenschaftliche Mitarbeiter über den Studienabschluss hinaus Spezialkenntnisse zwingend verlangt oder auch nur gewünscht werden,<sup>27</sup> einerseits deren Notwendigkeit nachgewiesen werden muss. Andererseits muss dargelegt werden, dass diese nicht in einem überschaubaren Zeitrahmen angeeignet werden können. So darf z. B. bei Stellen an juristischen Fakultäten Kenntnissen des Landesrechts keine starke Bedeutung beigemessen werden. Andernfalls wären Bewerber aus anderen Bundesländern von Anfang an ohne wirkliche Chance. Einem solchen Protektionismus von Landesangehörigen will Art. 33 II GG gerade entgegenwirken.<sup>28</sup> Dagegen ist die geforderte Absicht des Bewerbers, eine Doktorarbeit zu erstellen, nicht zu beanstanden. Zwar ist die Dissertation nicht Gegenstand der ausübenden Tätigkeit. Die wissenschaftlichen Mitarbeiterstellen dienen indes auch der finanziellen Absicherung der Doktoranden. Sie erfüllen damit eine wichtige Funktion im Rahmen der wissenschaftlichen Nachwuchsförderung, weshalb aufgrund von Art. 5 III GG die Promotionsabsicht ein zulässiges (Ausschluss-)Kriterium ist.

## 3.2 Kriterien der Bestenauslese

### 3.2.1 Befähigung

Von den drei Merkmalen zur Feststellung der Qualität der Bewerber ist das der Befähigung am stärksten auf die zu besetzende Stelle bezogen. Es bezieht sich auf Vor- und Ausbildung, Wissen und Erfahrung,<sup>29</sup> im Hinblick auf die wissenschaftlichen Mitarbeiterstellen also insbesondere die Hochschulabschlüsse. Indes geben sie nicht nur Auskunft über die Befähigung zu wissenschaftlicher Arbeit, sondern zumindest auch über die Befähigung zu praktischer beruflicher Tätigkeit im außeruniversitären Bereich. Das gilt vor allem für Staatsexamensstudiengänge, die auf die Ausübung eines bestimmten Berufs konzipiert sind. Dies hebt den Aussagewert der Abschlussnote nicht auf, zwingt jedoch dazu, die Befähigung nicht allein anhand der Abschlussnote zu beurteilen. Es können daher zusätzlich Seminar-, Haus- und Abschlussarbeiten herangezogen werden. Insbesondere in Fächern, in denen eine Inflation an sehr guten Bewertungen existiert, ist dies erforderlich, da die Abschlussnoten der Bewerber häufig kaum differieren werden.

Ein Kernproblem bei der Heranziehung der Abschlussnoten ist, ob eine unterschiedliche Gewichtung abhängig vom Ort des Studienabschlusses zulässig ist. Eine Privilegierung von Landeskindern stellt dies nur dar, wenn der sachliche Aussagewert der Noten identisch ist.<sup>30</sup> Selbst bei gleichlautenden und gleich definierten Noten kann dieser sowohl aufgrund unterschiedlicher Prüfungsanforderungen als auch differierender Benotungspraxen verschieden sein.<sup>31</sup> Im Hinblick

25 Dollinger/Umbach (Anm. 11), Art. 33 Rn. 41.

26 In diese Richtung *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 1996, 677; *VG Frankfurt*. Beschl. v. 26.06.2009 – 9 L 338/09.F.

27 Vgl. zur Unterscheidung konstitutiver und nicht konstitutiver Merkmale in Anforderungsprofilen *OVG Münster*, Beschl. v. 30.10.2009 – 1 B 1347/09.

28 *Ladeur* (Anm. 9), S. 77.

29 BVerfGE 110, 304 (322); *Trute* (Anm. 13), Art. 33 Rn. 38; *Höfling* (Anm. 7), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 228.

30 *Trute* (Anm. 13), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 44; *OVG Lüneburg*, NVwZ 1995, 803 (803 f.).

31 BVerfGE 68, 109 (115); *Höfling* (Anm. 7), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 231.

auf den durch Art. 33 II GG gewährleisteten Leistungsgrundsatz ist in solchen Konstellationen eine Gewichtung nicht nur zulässig,<sup>32</sup> sondern sogar geboten. So zeigen sich beispielsweise bei den Benotungen des ersten Staatsexamens im Bereich der Rechtswissenschaft deutliche Unterschiede. Während 2006 in Hamburg 24,4 Prozent der zur Prüfung angetretenen Studenten diese mit neun Punkten oder besser bestanden, liegt der Anteil in Bayern lediglich bei 16,3 Prozent.<sup>33</sup> Auch wenn Qualitätsunterschiede im Hinblick auf die Befähigung der Studenten in den Bundesländern wahrscheinlich sind, sind diese infolge des Grundsatzes der Kapazitätsserschöpfung, der eine elitäre Auswahl der Studenten unmöglich macht, nicht erheblich. Hauptgrund für die aufgezeigten Unterschiede sind entweder höhere Anforderungen an die Prüflinge oder eine strengere Benotung durch die Prüfer in Bayern. Die h. M. will deshalb der Einstellungsbehörde einen Beurteilungsspielraum zubilligen, welchen Aussagewert sie in anderen Bundesländern erzielten Noten im Vergleich zu denen im eigenen Land beimisst.<sup>34</sup> Dadurch könnten die Hochschulen allerdings auswärtigen Absolventen den Zugang zu wissenschaftlichen Mitarbeiterstellen erheblich erschweren. Stattdessen ist daher im Hinblick auf Art. 33 II GG die Vergleichbarkeit der Zeugnisse herbeizuführen, wozu eine Auf- und Abwertung im Umfang der Abweichung von den durchschnittlichen Ergebnissen notwendig ist. Nur wenn sich die Noten der Bewerber danach lediglich in geringem Umfang, beim juristischen Staatsexamen im Rahmen zwischen 0,5 bis einen Punkt, unterscheiden, ist die Befähigung „im Wesentlichen gleich“.<sup>35</sup>

### 3.2.2 Eignung im engeren Sinn

Die Eignung i. e. S. umfasst alle Persönlichkeitsmerkmale einschließlich charakterlicher Eigenschaften,<sup>36</sup> die für die zu besetzende Stelle von Bedeutung sind und nicht von den Kriterien Befähigung und fachliche Leistung erfasst werden.<sup>37</sup> Das Kriterium geht also über fachliche Gesichtspunkte hinaus, weshalb automatisch die Gefahr besteht, dass „es im Einstellungsverfahren zu einer von den Anforderungen des konkreten Amtes isolierten bloßen Persönlichkeitsbewertung kommt“.<sup>38</sup>

### 3.2.3 Fachliche Leistung

Die fachliche Leistung umfasst die praktische Tätigkeit und Bewährung im Amt.<sup>39</sup> Da die Bewerber für die wissenschaftlichen Mitarbeiterstellen häufig vorher nicht im Wissenschaftsbereich beruflich tätig gewesen sind, können sie selten fachliche Leistungen vorweisen.

32 *OVG Lüneburg*, NVwZ 1995, 803 (803 f.); *Trute* (Anm. 13), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 44.

33 Vgl. [www.bmj.bund.de/files/-/2457/Ausbildungsstatistik\\_2006.pdf](http://www.bmj.bund.de/files/-/2457/Ausbildungsstatistik_2006.pdf) (Stand: 15.12.2009).

34 BVerwGE 68, 109 (115); *Höfling* (Anm. 7), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 231.

35 Vgl. *VGH Kassel*, NVwZ-RR 1996, 49 (50).

36 BVerwGE 11, 139, (141); *Trute* (Anm. 13), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 38.

37 BVerfGE 110, 304 (322); *Jachmann, M.*, in: v. Mangoldt, H./Klein, F./Starck, C. (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 2, 5. Aufl., München 2005, Art. 33 Rn. 17.

38 *Höfling* (Anm. 7), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 151.

39 BVerfGE 110, 304 (322); BVerwGE 122, 147 (150); *Trute* (Anm. 13), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 38.

### 3.2.4 Kriterium „bekannt und bewährt“

Viele wissenschaftliche Mitarbeiterstellen werden an Bewerber vergeben, die vorher am selben Lehrstuhl als studentische Hilfskräfte tätig waren. Aufgrund dieser persönlichen Bekanntschaft kann die Eignung des Bewerbers besser eingeschätzt werden. Gleichzeitig sind vor allem Persönlichkeitsmerkmale in kurzen Bewerbungsgesprächen schwierig einzuschätzen, so dass die Beurteilungen von unbekanntem Bewerbern mit höherer Wahrscheinlichkeit fehlerhaft sind. Es wird daher vertreten, dass die Berücksichtigung persönlicher Beziehungen des Bewerbers zu eventuellen Kollegen und Vorgesetzten nicht ausnahmslos sachwidrig ist.<sup>40</sup> Jedoch ist die Gefahr der Fehleinschätzung des Bewerbers bei jeder Stellenbesetzung immanent. Auch kann bei den regelmäßig befristeten Mitarbeiterstellen auf solche falschen Bewertungen zeitnah reagiert werden. Vor allem aber würde die Berücksichtigung einer solchen Nähebeziehung den durch Art. 33 II GG gewährleisteten Leistungsgrundsatz unterlaufen. Die positive Berücksichtigung persönlicher Beziehungen ist aufgrund dessen sachwidrig. Vielmehr kann eine besondere persönliche Beziehung zum unmittelbar vorgesetzten Hochschullehrer, insbesondere das Bestehen einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft, sogar eine Eignungsbewertung unmöglich machen und folglich zum Ausschluss vom Bewerbungsverfahren führen, weil dadurch eine unbefangene Beurteilung zumindest dem Anschein nach ausgeschlossen ist.<sup>41</sup>

### 3.2.5 Gewichtung der Kriterien

Dem Wortlaut von Art. 33 II GG ist keine Gewichtung der Kriterien Befähigung, Eignung und fachliche Leistung zu entnehmen. Teilweise wird vertreten, die Einstellungsbehörde habe über die Gewichtung zu entscheiden.<sup>42</sup> Nach anderer Ansicht ergibt sich die Bedeutung der einzelnen Kriterien aus den Anforderungen der zu besetzenden Mitarbeiterstelle.<sup>43</sup> Gegen das Abstellen auf die Einschätzung der Einstellungsbehörde spricht, dass das Kriterium der Eignung zu einer bloßen Persönlichkeitsbewertung und infolgedessen zur Patronage des bereits vor Beginn des Verfahrens feststehenden Wunschbewerbers missbraucht werden kann. Abzustellen ist daher auf die Erfordernisse des öffentlichen Amtes. Wissenschaftliche Mitarbeiterstellen sind in erster Linie Arbeitsplätze für Berufseinsteiger. Das hat Auswirkungen auf die Gewichtung der Kriterien. Der fachlichen Bewährung kommt im Laufe der Zeit eine immer größere Bedeutung zu, während die Wichtigkeit der Befähigung abnimmt. Infolgedessen muss bei der Besetzung der wissenschaftlichen Mitarbeiterstellen der Befähigung deutlich mehr Gewicht beigemessen werden als der fachlichen Leistung. Um dem Missbrauch des Eignungskriteriums entgegenzuwirken, darf dieses zudem nicht wichtiger sein als die Befähigung des Bewerbers.

## 3.3 Verpflichtung zur Differenzierung

Keine Verletzung von Art. 33 II GG liegt vor, wenn die Einstellungsbehörde die Auswahl unter gleich geeigneten Bewerbern nach Maßgabe eines unzulässigen Hilfskriteriums trifft.<sup>44</sup> In dieser Konstellation ist Art. 3 I GG einschlägig. Daraus kann sich für die Einstellungsbehörde ein

40 Masing (Anm. 22), Art. 33 Rn. 45.

41 OVG Berlin, NVwZ 1996, 500.

42 BVerwGE 122, 147 (150 f.); Dollinger/Umbach (Anm. 11), Art. 33 Rn. 56.

43 Trute (Anm. 13), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 39.

44 BVerwGE 122, 147, 150; BAG, NZA 1999, 717 (718); OVG Münster, NVwZ-RR 1999, 593; Trute (Anm. 13), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 40; a. A. Höfling (Anm. 7), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 282.

Anreiz ergeben, die Eignungsgleichheit der Bewerber manipulativ herbeizuführen. Letzteres ist beispielsweise der Fall, wenn die Befähigung der Bewerber nur danach beurteilt wird, ob ein Hochschulabschluss vorliegt, aber nicht wie dieser benotet wurde. Teilweise wird diese fingierte Gleichheit als eignungswidrige Benachteiligung eingestuft.<sup>45</sup> Die h. M. nimmt dagegen überzeugend an, Art. 33 II GG verlange, dass die Einstellungsbehörde die Kriterien so auswähle, dass eine hinreichende Differenzierung zu erwarten sei.<sup>46</sup> Andernfalls wäre es (zu) einfach möglich, ein nivelliertes Bewerberfeld herbeizuführen, in dem entgegen Art. 33 II GG Hilfskriterien die Auswahlentscheidung vorgeben.<sup>47</sup>

### 3.4 Beurteilungsspielraum

Befähigung, Eignung und fachliche Leistung sind unbestimmte Rechtsbegriffe. Damit stellt sich fast automatisch die Frage, ob die Einstellungsbehörde in Bezug auf deren Feststellung einen Beurteilungsspielraum besitzt. Das *BVerwG* hat sich früh für die Annahme eines solchen Spielraums entschieden.<sup>48</sup> Auch das *BAG*<sup>49</sup> und vor allem das *BVerfG*<sup>50</sup> haben der Einstellungsbehörde einen Beurteilungsspielraum zugebilligt.

Ausgangspunkt der Bewertung dieser Rspr. ist der durch Art. 19 IV GG vorgegebene Grundsatz von der vollständigen gerichtlichen Kontrolle in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht. Dieser schließt Beurteilungsspielräume zwar nicht vollständig aus,<sup>51</sup> macht sie aber rechtfertigungsbedürftig. Die Befürworter begründen die Notwendigkeit von Beurteilungsspielräumen damit, „dass die genannten Auswahlkriterien unbestimmte Rechtsbegriffe darstellen, die im konkreten Einzelfall einer wertenden Entscheidung bedürfen“.<sup>52</sup> Dadurch würde jedoch die Überprüfung unbestimmter Rechtsbegriffe der gerichtlichen Kontrolle fast vollständig entzogen. Als weitere Begründung kommt die Personal- und Aufgabenverantwortung der Einstellungsbehörde in Betracht,<sup>53</sup> der aber wiederum der Zugangsgleichheitsanspruch entgegensteht. Diese Kollision ist indes dann aufgehoben, wenn das Einstellungsverfahren so ausgestaltet ist, dass die Entscheidungsträger besonderen Sachverstand besitzen und eine Pluralität von Perspektiven gewährleistet ist, so dass die Auswahlentscheidung eine hohe Richtigkeitsgewähr besitzt.<sup>54</sup> Ein solch aufwendiges Besetzungsverfahren wird bei der Vergabe von wissenschaftlichen Mitarbeiterstellen jedoch regelmäßig nicht betrieben, was für eine unbeschränkte gerichtliche Überprüfung der Einstellungsentscheidung spricht. Andererseits darf die Verantwortung der Hochschule für ihr Personal und die Erfüllung der ihr zugewiesenen Aufgabenverantwortung nicht vollständig durch das Gericht übernommen werden. Es muss also eine praktische Konkordanz erreicht werden. Dazu ist der Einstellungsbehörde nur ein reduzierter Beurteilungsspielraum zuzubilligen. Bei der Konkretisierung und Präzisierung der Kriterien von Art. 33 II GG und der Ermittlung der die

45 *Jarass, H.D./Pieroth, B.*, Grundgesetz, 9. Aufl., München 2007, Art. 33 Rn. 12.

46 *VGH Kassel*, NVwZ-RR 1996, 49 (51); *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 1996, 456 (457 f.); *Höfling* (Anm. 7), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 286; *Trute* (Anm. 13), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 40.

47 *Trute* (Anm. 13), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 40; ähnlich *VGH Kassel*, NVwZ-RR 1996, 49 (51).

48 Seit *BVerwGE* 5, 153 (162) st. Rspr.

49 *BAGE* 82, 211 (218); 107, 18 (25); 112, 13.

50 *BVerfGE* 39, 334 (354); 108, 282 (296).

51 *BVerfGE* 88, 40 (56); *Trute* (Anm. 13), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 80.

52 *LAG Hannover*, NVwZ-RR 1995, 584 (585).

53 *Trute* (Anm. 13), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 81.

54 *Trute* (Anm. 13), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 80 nennt als Beispiel die Richterwahlausschüsse.

Kriterien betreffenden Tatsachen ist er abzulehnen, bei deren Gewichtung ist er nur beschränkt vorhanden.<sup>55</sup>

### 3.5 Verfahrensrechtliche Anforderungen

#### 3.5.1 Pflicht zur Stellenausschreibung

Die h. M. leitet aus Art. 33 II GG eine grundsätzliche Ausschreibungspflicht für öffentliche Ämter ab.<sup>56</sup> Dadurch wird die Vergrößerung des Bewerberkreises gefördert, was es der Einstellungsbehörde erschwert, Teilqualifikationen protegierter Bewerber so stark zu gewichten, dass andere Bewerber selbst mit deutlich besseren Prüfungsergebnissen chancenlos sind. Dieser Umstand hat ebenfalls Auswirkungen auf die Art und Weise der Ausschreibung. Wenn eine Stellenanzeige nur innerhalb der eigenen Hochschule ausgehängt wird, werden Absolventen von anderen Hochschulen sich praktisch nicht bewerben können. Aus Art. 33 II GG resultiert daher, dass Art und Umfang der Stellenausschreibung so ausgestaltet sein müssen, dass für die Besetzung ein die Bestenauslese ermöglichender Personenkreis informiert wird.<sup>57</sup> Es muss also nicht jeder potentielle Bewerber erreicht werden. Angesichts der Etablierung des Internets als Informationsquelle für offene Stellen im Hochschulbereich ist es ausreichend, wenn die Ausschreibungen dort bekannt gegeben werden. Die Bewerbungsfrist darf dabei eine Woche nicht unterschreiten, da es nicht üblich ist, solche Seiten täglich zu kontrollieren. Zu betonen ist dabei, dass es sich grundsätzlich nicht um eine Ausschlussfrist handelt, weshalb verspätete Bewerbungen nur zurückgewiesen werden dürfen, wenn das Einstellungsverfahren bereits weit fortgeschritten ist.<sup>58</sup>

#### 3.5.2 Informationspflichten gegenüber abgelehnten Bewerbern

Mit dem Abschluss des Auswahlverfahrens hat die Einstellungsbehörde alle Bewerber über dessen Ausgang zu informieren. Diese Pflicht folgt aus Art. 33 II i. V. m. Art. 19 IV GG.<sup>59</sup> Ihr Umfang ist bislang nicht eindeutig geklärt. Nicht ausreichend ist jedenfalls die Auskunft an den Bewerber, dass dieser nicht ausgewählt wurde. Mitgeteilt werden muss auch das positive Ergebnis der Stellenbesetzung.<sup>60</sup> Zweifelhaft ist, ob der erfolgreiche Mitbewerber namentlich genannt werden muss<sup>61</sup> und/oder ob es erforderlich und ausreichend ist, wenigstens in Grundzügen die Entscheidungsgründe darzulegen.<sup>62</sup> Für die Verpflichtung zur Bekanntgabe der Kriterien, die für die Auswahlentscheidung maßgeblich waren, spricht einerseits, dass andernfalls die unterlegenen Bewerber nicht einschätzen können, ob es sinnvoll ist, Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen.<sup>63</sup> An-

55 Ähnlich *Trute* (Anm. 13), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 81 f.; *Höfling* (Anm. 7), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 352 ff.

56 *Trute* (Anm. 13), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 70; *Jachmann* (Anm. 37), Art. 33 Rn. 16; *Ladewig* (Anm. 9), S. 81; *BremStGH*, NVwZ-RR 1993, 417 (418); a. A. BVerwGE 49, 232 (235 ff.); 56, 324 (327); *OLG Hamm*, NVwZ-RR 1998, 535 (536).

57 *Jachmann* (Anm. 37), Art. 33 Rn. 16.

58 BAGE 112, 13 (19).

59 *BGH*, NJW 1995, 2344; *Trute* (Anm. 13), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 73.

60 *Höfling* (Anm. 7), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 261; *BGH*, NJW 1995, 2344.

61 Bejahend: *VG Frankfurt*, NVwZ 1991, 1210; *Wittkowski, B.*, Die Konkurrentenklage im Beamtenrecht, NJW 1993, S. 817 (819).

62 Vgl. *Höfling* (Anm. 7), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 261; *BGH*, NJW 1995, 2344; *OVG Saarbrücken*, NVwZ-RR 2003, 810 (812).

63 *BGH*, NJW 1995, 2344; *Trute* (Anm. 13), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 73; *Höfling* (Anm. 7), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 259.

dererseits sichert dies eine Selbstkontrolle der Einstellungsbehörde.<sup>64</sup> Zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes hat der unterlegene Bewerber grundsätzlich außerdem einen Anspruch auf Akteneinsicht, der generell alle Beurteilungen und Befähigungsberichte der Mitbewerber umfasst.<sup>65</sup> Damit zusammen hängt die Verpflichtung der Behörde, das Verfahren umfangreich zu protokollieren.<sup>66</sup> Angesichts dieser Rechte ist es nicht erforderlich, dass die Einstellungsbehörde den Namen des ausgewählten Bewerbers im Ablehnungsschreiben nennt. Aufgrund der Rspr. der Arbeitsgerichte, wonach gegen Art. 33 II GG verstoßende Arbeitsverträge nicht nach § 134 BGB nichtig sind, müssen die unterlegenen Bewerber angemessene Zeit vor der Einstellung über das Ergebnis des Bewerbungsverfahrens informiert werden.<sup>67</sup> Der als angemessen angesehene Zeitraum differiert zwischen zwei Wochen<sup>68</sup> und einem Monat<sup>69</sup> vor Einstellung des Mitbewerbers, wobei das *BVerfG* eine feste Frist ablehnt und auf die Umstände des Einzelfalls abstellt.<sup>70</sup>

### 3.5.3 Anforderungen an den Abbruch des Bewerbungsverfahrens

Der Abbruch des Besetzungsverfahrens ist ein neuralgischer Punkt. Insbesondere wenn nach dem Abbruch eine geänderte Neuausschreibung vorgenommen wird, besteht die Vermutung, es könnten sachwidrige Motive der Vermeidung bestimmter Bewerber eine Rolle gespielt haben.<sup>71</sup> Der Schutzbereich von Art. 33 II GG umfasst jedoch grundsätzlich nicht die Beendigung des Besetzungsverfahrens, sondern nur eine angemessene Berücksichtigung in diesem. Darum liegt es generell im Ermessen der Einstellungsbehörde, über den Beginn oder Abbruch des Auswahlverfahrens und ggf. eine Veränderung des Anforderungsprofils zu befinden.<sup>72</sup> Weil dieses allerdings missbraucht werden kann, hält die h. M. eine diesbezügliche Kontrolle für zulässig und geboten, d. h. es ist ein sachlicher Grund für den Abbruch notwendig.<sup>73</sup> Das *OVG Lüneburg* hat dagegen die Kompetenzen der Einstellungsbehörde überzeugend beschränkt, indem es den Abbruch und die Neuausschreibung nur für zulässig erachtet, wenn kein (uneingeschränkt) geeigneter Bewerber gefunden wurde.<sup>74</sup> Dadurch ist einerseits gesichert, dass das öffentliche Amt von einer geeigneten Person wahrgenommen wird, so dass die Leistungsfähigkeit der Verwaltung nicht beeinträchtigt wird. Andererseits wird die praktische Durchsetzung des Zugangsgleichheitsanspruchs gefördert. Im Hinblick auf den Abbruch des Besetzungsverfahrens von wissenschaftlichen Mitarbeiterstellen folgt daraus, dass dies ausschließlich damit gerechtfertigt werden kann, dass der beste Bewerber die Anforderungen der Stelle nicht umfänglich erfüllt.

64 *Trute* (Anm. 13), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 72.

65 *Höfling* (Anm. 7), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 260; *VGH Kassel*, DÖD 1994, 234 (235); a. A. *Seitz, S.*, Die arbeitsrechtliche Konkurrentenklage, Köln 1995, S. 70 f.

66 Vgl. *VGH Kassel*, DVBl. 1994, 593 (594 f.); *OVG Bautzen*, Urt. v. 26.10.2009 – 2 B 414/09.

67 *BVerfG*, NJW 1990, 501; *Trute* (Anm. 13), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 73.

68 *Schnellenbach, H.*, Zum vorläufigen Rechtsschutz bei der Einstellungs- und Beförderungsamts-Konkurrenz, NVwZ 1990, S. 637 (638).

69 *Jachmann* (Anm. 37), Art. 33 Rn. 23; *Martens, J.*, Wettbewerb bei Beförderungen, ZBR 1992, S. 129 (131 f.).

70 *BVerfG*, Beschl. v. 09.07.2009 – 2 BvR 706/09.

71 *Trute* (Anm. 13), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 75.

72 BVerwGE 101, 112 (112 f.); *Trute* (Anm. 13), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 75 m. w. N.

73 BVerwGE 101, 112 (115 f.); *Jachmann* (Anm. 37), Art. 33 Rn. 16.

74 *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 1995, S. 276; in diese Richtung ebenfalls *LAG Halle*, Urt. v. 18.02.2009 – 4 Sa 254/08.

## 4 Rechtfertigung von Beeinträchtigungen

Die in Art. 33 II GG normierte Positivliste schließt weitere Differenzierungskriterien nicht aus, macht sie aber zur rechtfertigungsbedürftigen Beeinträchtigung.<sup>75</sup> Diese können nur durch kollidierendes Verfassungsrecht, vor allem durch das Sozialstaatsprinzip, gerechtfertigt werden.<sup>76</sup>

## 5 Rechtsschutzmöglichkeiten der abgelehnten Bewerber

### 5.1 Die arbeitsrechtliche Konkurrentenklage

Macht ein Bewerber für eine Angestelltenstelle des öffentlichen Dienstes geltend, er sei unter Verletzung der Kriterien von Art. 33 II GG abgelehnt worden, kann er arbeitsgerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen (sog. arbeitsrechtliche Konkurrentenklage).<sup>77</sup> Klageziel ist dabei grundsätzlich die Wiederholung der Auswahlentscheidung unter Einhaltung der Eignungskriterien.<sup>78</sup> In Ausnahmefällen kann jedoch sogar ein Einstellungsanspruch bestehen, wenn die anderen Bewerber erkennbar schlechter geeignet sind,<sup>79</sup> da die Einstellung in diesem Fall die einzig rechtmäßige Entscheidung der Behörde ist.

Ohne Inanspruchnahme des einstweiligen Rechtsschutzes werden diese Klageziele aufgrund der Rspr. des *BAG* regelmäßig scheitern. Danach tritt die Erledigung der Konkurrentenklage ein, wenn die Wiederholung der Auswahlentscheidung gegenstandslos wird, weil das Bewerbungsverfahren durch die endgültige Besetzung der Stelle abgeschlossen ist.<sup>80</sup> Eine Verpflichtung der Einstellungsbehörde, bei einer Benachteiligung eines Bewerbers nach Art. 33 II GG, ein Amt mehrfach zu besetzen, wird mit dem Argument abgelehnt, dies wäre ein unzulässiger Eingriff in die Organisationsgewalt der Exekutive.<sup>81</sup> Schwerer wiegt indes, dass dadurch das von Art. 33 II GG verfolgte Ziel der Bestenauslese nicht erreicht wäre.

Die endgültige Besetzung tritt nach dem *BAG* ein, wenn dem ausgewählten Bewerber eine gesicherte Rechtsposition eingeräumt wird, die der Ausgestaltung dieses Amtes entspricht.<sup>82</sup> Da das Gericht annimmt, dass unter Verstoß gegen Art. 33 II GG geschlossene Arbeitsverträge nicht nach § 134 BGB nichtig sind, wird eine gesicherte Rechtsposition regelmäßig nach Abschluss des Arbeitsvertrages vorliegen. Das *BAG* begründet dies damit, dass die Vorgaben von Art. 33 II GG nur für die Einstellungsbehörde gelten. Daher greife der Grundsatz, dass das verbotswidrige Rechtsgeschäft in der Regel gültig ist, wenn es nur für einen Vertragsteil verboten ist.<sup>83</sup> Dieser Verweis überzeugt nicht, weil es sich um ein drittbelastendes Rechtsgeschäft handelt. Vor allem

75 *Trute* (Anm. 13), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 38; *Höfling* (Anm. 7), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 137 f.

76 BVerwGE 122, 237 (239); *Höfling* (Anm. 7), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 295; *Trute* (Anm. 13), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 89.

77 BAGE 87, 165.

78 *Trute* (Anm. 13), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 86; BAGE 82, 211 (218); 103, 212 (215); 107, 18 (26).

79 *Masing* (Anm. 22), Art. 33 Rn. 36; BAGE 82, 211 (218); 107, 18 (26); a. A. BVerfGE 108, 282 (295); BVerwGE 68, 109 (110).

80 BAGE 87, 165; 101, 153 (161 f.); a. A. *LAG Berlin*, ZTR 1994, 33 f.

81 BAGE 101, 153 (158).

82 BAGE 101, 153 (161).

83 BAGE 87, 165 (171). Eine Ausnahme nimmt das BAG nur im Falle eines kollusiven Zusammenwirkens zwischen der Einstellungsbehörde und dem Mitbewerber an (vgl. BAGE 101, 153 (162)).

aber soll der Erfolg des Rechtsgeschäfts ebenfalls von der objektiv-rechtlichen Dimension des Art. 33 II GG verhindert werden.<sup>84</sup>

Nichtsdestotrotz ist in der Praxis die Wiederholung der Auswahlentscheidung unter Einhaltung von Art. 33 II GG nur durch den einstweiligen Rechtsschutz nach § 62 II ArbGG erreichbar. Dabei sind im Hinblick auf Art. 19 IV GG keine übermäßigen Anforderungen zu stellen. Nicht glaubhaft gemacht werden muss daher, dass der unterlegene Bewerber im Falle eines ordnungsgemäßen Verfahrens realistische Chancen auf die Einstellung besitzt. Es ist ausreichend, wenn diese offen sind.<sup>85</sup> Eine vorläufige Einstellung kann im einstweiligen Rechtsschutz trotz Art. 19 IV GG dagegen nicht erreicht werden, da dadurch eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache gegeben wäre.<sup>86</sup>

## 5.2 Schadensersatzanspruch bei endgültiger Besetzung der Stelle

Ist die Stelle bereits besetzt, kann der Bewerber einen Schadensersatzanspruch geltend machen.<sup>87</sup> Als Anspruchsgrundlagen kommen dabei in erster Linie §§ 280 I, § 241 II i. V. m. § 311 II BGB (culpa in contrahendo) und § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG (Amtshaftung) in Betracht, so dass gemäß § 40 II S. 1 VwGO der ordentliche Rechtsweg einschlägig ist. Tatbestandsvoraussetzung ist in beiden Fällen neben einem schuldhaften Verstoß gegen Art. 33 II GG, dass der Bewerber die Möglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes wahrgenommen hat und nur ihm bei Einhaltung der Kriterien von Art. 33 II GG die Stelle übertragen werden dürfte.<sup>88</sup> Nach den Grundsätzen des Prozessrechtes trägt dafür generell der abgewiesene Bewerber die Darlegungs- und Beweislast. Indes kann diese ganz oder teilweise auf die Einstellungsbehörde übergehen, falls sie die Verfahrenspflichten übergeht.<sup>89</sup>

## 6 Gesamtergebnis

Art. 33 II GG stellt umfangreiche Anforderungen an das Einstellungsverfahren von wissenschaftlichen Mitarbeitern. Diese werden in der Praxis jedoch regelmäßig nicht erfüllt. Dass abgelehnte Bewerber trotzdem die Besetzungsentscheidung akzeptieren, erklärt sich in erster Linie damit, dass sie bei gerichtlichen Verfahren Nachteile befürchten, die größer sind als die in Aussicht stehenden potentiellen Vorteile. Dazu hat die Rspr. des BAG erheblich beigetragen. Da innerhalb der Hochschulen ebenfalls keine Tendenzen erkennbar sind, die Einstellungspraxis zu reformieren, ist zu befürchten, dass Art. 33 II GG auch in Zukunft als zentrale Norm für die Einstellungsentscheidungen im öffentlichen Dienst bei der Besetzung von wissenschaftlichen Mitarbeiterstellen nur eine untergeordnete Relevanz besitzen wird.

*Verf.: Dr. Simon Sieweke, Rechtsreferendar in Hamburg, Ritterstr. 59, 22089 Hamburg, E-Mail: s.sieweke@gmx.net*

<sup>84</sup> Trute (Anm. 13), Art. 33 Abs. 1–3 Rn. 88.

<sup>85</sup> BVerfG-K, NVwZ 2003, 200 f.

<sup>86</sup> Seitz (Anm. 65), S. 84 f.

<sup>87</sup> BAGE 107, 18 (26); BGH, NJW 1995, 2344 ff.; Jarass/Pieroth (Anm. 45), Art. 33 Rn. 20.

<sup>88</sup> Vgl. BAGE 87, 165 (170); BGH, NJW 1995, 2344 (2345); BVerwG, NJW 1992, 927 (928).

<sup>89</sup> BGH, NJW 1995, 2344 (2345 f.).