

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Einleitung 29

I.	Geschichtliche Einleitung	31
II.	Meinungsstand	33
III.	Gang der Untersuchung	38
IV.	Themenbegrenzung	39

Kapitel 2

Verfassungsrechtliche Grundsätze: Analyse des (Beamten)-Verfassungsrechts 41

I.	Art. 33 Abs. 2 GG als grundlegender Anknüpfungspunkt	41
1.	Der Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG	42
2.	Begriff des öffentlichen Amtes	47
a)	Staatlich gebundene Berufe	48
b)	Politische Beamte	49
c)	Kommunale Wahlbeamte	51
d)	Zwischenergebnis	53
3.	Kriterientrias Bestenauslese	53
a)	Befähigung	55
b)	Fachliche Leistung	55
c)	Eignung	56
d)	Bezugspunkt der Auswahlentscheidung	57
e)	Bemessung der Kriterien	58
aa)	Dienstliche Beurteilungen	58
bb)	Anforderungsprofile	61
f)	Hilfskriterien	64
g)	Unzulässige Kriterien	64
4.	Verfassungsrechtliche Verankerung der Organisationsgewalt des Diensttherm	66
5.	Gewährleistungsgehalt von Art. 33 Abs. 2 GG: Garantie der Zugangs- gleichheit	70
a)	Subjektiv-rechtlicher Gehalt	71

b) Objektiv-rechtlicher Gehalt	76
c) Notwendigkeit von Verfahrensregelungen	77
d) Zwischenergebnis	81
6. Zusammenfassung	82
II. Die Ausschreibungspflicht im verfassungsrechtlichen Normgefüge	83
1. Die Ausschreibungspflicht als Bestandteil von Art. 33 Abs. 2 GG	84
a) Argumentationsstand in Literatur und Rechtsprechung	85
b) Auslegung von Art. 33 Abs. 2 GG	91
aa) Grammatikalische Auslegung	91
bb) Systematische Auslegung	94
cc) Historische Auslegung	96
dd) Teleologische Auslegung	99
(1) Objektiv-rechtliche Dimension	100
(2) Subjektiv-rechtliche Dimension	102
(3) Zwischenergebnis	105
ee) Auswertung	105
c) Vereinbarkeit einer Ausschreibungspflicht mit der Organisationsge- walt des Dienstherrn	106
aa) Schaffung von Planstellen und Dienstposten	107
bb) Ausschreibung	109
d) Ergebnis zur öffentlichen Ausschreibungspflicht	111
2. Ausnahmemöglichkeiten von der Ausschreibungspflicht	112
a) Art. 33 Abs. 2 GG	115
aa) Belange, die im Leistungsgrundsatz verankert sind	115
bb) Landeskinderklauseln	116
b) Art. 33 Abs. 5 GG, insbesondere Fürsorgepflicht	118
c) Nichtausschreibung politischer Ämter?	120
aa) Modifizierung des Leistungsgrundsatzes	121
bb) Ausnahme von der Ausschreibungspflicht	123
cc) Zwischenergebnis	125
d) Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen	125
aa) Gefährdung der Funktionsfähigkeit durch Ausschreibungs- pflicht?	127
bb) Beschränkung auf Sonderfälle	128
(1) „Erschwerender Umstand“	128
(2) Sicherheitsgründe	131
(a) Verfassungsschutz und Nachrichtendienste	131
(b) Wehrverwaltung	132
(c) Kriminalämter	135
(d) Zwischenergebnis	135
e) Art. 12 Abs. 1 GG	135
f) Fiskalische Gründe	136

aa) Sparsame Haushaltsführung	138
bb) Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.....	139
cc) Das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht.....	141
dd) Das kommunale Haushaltsrecht, Art. 28 Abs. 2 GG	142
ee) Zwischenfazit	145
g) Rücksichtnahmegebot der Bundesländer	145
h) Die richterliche Unabhängigkeit	146
i) Wissenschaftsfreiheit	148
j) Sozialstaatsprinzip	150
k) Demokratieprinzip, insbesondere Wahlentscheidungen	152
aa) Kommunale Wahlbeamte	153
(1) Spannungsverhältnis zum Demokratieprinzip	153
(a) Hauptverwaltungsbeamte	154
(b) Sonstige kommunale Wahlbeamte.....	157
(2) Meinungsstand	158
(3) Stellungnahme	160
(a) Bestenauslese und Demokratieprinzip	160
(b) Politische Erwägungen in der Eignungsbewertung ..	163
(c) Zwischenergebnis.....	164
bb) Richterwahl	165
3. Fazit	169

Kapitel 3

Die Ausschreibungspflicht im Normkontext: Analyse des einfachen Rechts

172

I. Ausschreibung nach spezialgesetzlichen Regelungen	172
1. Hochschullehrer	173
a) Bund	173
b) Länder	174
2. Richtergesetze	175
a) Bund	176
b) Länder	177
3. Gleichstellungsgesetze	178
4. Personalvertretungsrecht	182
5. Kommunalverfassungsgesetze	183
a) Baden-Württemberg	184
b) Bayern	185
c) Brandenburg	186
d) Hessen	186
e) Mecklenburg-Vorpommern	187
f) Niedersachsen	188

g) Nordrhein-Westfalen	188
h) Rheinland-Pfalz	189
i) Saarland	189
j) Sachsen	190
k) Sachsen-Anhalt	190
l) Schleswig-Holstein	191
m) Thüringen	191
n) Zusammenfassung	192
6. Zusammenfassung und Zwischenfazit	192
II. Ausschreibung in den Beamtengesetzen des Bundes und der Länder	194
1. Bundesbeamtengesetz	194
2. Landesbeamtengesetze	195
a) Vorschriften mit hoher Bindungswirkung	196
aa) Baden-Württemberg	197
bb) Berlin	198
cc) Bremen	198
dd) Rheinland-Pfalz	199
ee) Saarland	199
ff) Sachsen-Anhalt	199
gg) Thüringen	200
b) Soll-Vorschriften	201
aa) Bayern	201
bb) Brandenburg	202
cc) Hamburg	202
dd) Hessen	203
ee) Mecklenburg-Vorpommern	203
ff) Niedersachsen	204
gg) Sachsen	205
hh) Schleswig-Holstein	205
c) Keine Regelung	205
3. Zusammenfassung	206
III. Zwischenfazit	207
IV. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der gesetzlichen Ausnahmen	207
1. Spezialgesetzlich geregelte Ausnahmen	208
a) Hochschulgesetze	208
aa) Bund	208
bb) Länder	208
(1) Juniorprofessur	209
(2) Nachwuchsgruppenleiter	212
(3) Entfristung	213
(4) Rufabwehr/Bleibeverhandlungen	213
(5) Genieklausel	215

(6) Hochschulübergreifendes Förderprogramm/Stiftungsprofessur	216
(7) Weitere Ausnahmen	217
b) Richtergesetze	218
aa) Bund	218
bb) Länder	219
c) Kommunalverfassungen	221
d) Gleichstellungsgesetze	225
2. Beamtenrecht	227
a) Bund	227
aa) § 4 Abs. 2 BLV	228
(1) Nr. 1	228
(a) Politische Beamte	229
(aa) Hergebrachte Grundsätze	230
(bb) Funktionsfähigkeit des Staates	230
(cc) Fachwissen	233
(b) Stellen der Leitungen, die keine politischen Beamten sind	234
(2) Nr. 2	235
(3) Nr. 3	236
(4) Nr. 4	238
(5) Nr. 5	239
(6) Nr. 6	241
bb) § 4 Abs. 3 BLV	242
cc) Rechtsverordnung als Ermächtigung	243
b) Länder	245
aa) Ausnahmekataloge	245
(1) Politische Beamte	246
(2) Stellen mit Leitungsfunktion, persönliche Referenten ..	246
(3) Versetzung, Umsetzung, Abordnung und Umwandlung ..	247
(4) Stellenbesetzung in Anschluss an Ausbildung	248
(5) Verpflichtung	250
(6) Gründe der Personalplanung oder des Personaleinsatzes	252
bb) Besonderheiten in den einzelnen Bundesländern	252
(1) Baden-Württemberg	253
(2) Bremen	253
(3) Sachsen-Anhalt	254
(4) Mecklenburg-Vorpommern	254
(5) Thüringen	255
cc) Landespersonalausschuss	255
dd) Landesregierung/oberste Dienstbehörde etc.	257
ee) Soll-Vorschriften und besonderes dienstliches Interesse	259

V.	Rechtsfolge des Verstoßes	260
VI.	Fazit	264

Kapitel 4

	Rechtliche Probleme bei der Ausschreibung („wie“)	265
I.	Problemaufriss	265
II.	Manipulations- und Missbrauchsbeispiele	266
	1. Bezugspunkt	267
	2. Bekanntgabeform	269
	3. Keine Einbeziehung potenzieller Bewerber	272
	4. Individualisierte Stellenausschreibung	273
	5. Zu enges Anforderungsprofil	277
	6. Unbestimmtes Anforderungsprofil	279
	7. Ämterpatronage und politische Beamte	280
	8. Mindestanforderungen an Inhalt und Form der Ausschreibung	285
	9. Stellenanzahl	287
	10. Abbruch des Auswahlverfahrens	288
	a) Wegfall der zu besetzenden Stelle	290
	b) Stelle wird besetzt	292
	c) Fazit	295
	11. Zusammenfassung und Zwischenfazit	296
III.	Gesetzliche Vorgaben an die Art und Weise der Ausschreibung	297
	1. §§ 11, 7 Abs. 1 i. V.m. § 24 AGG	297
	2. § 6 BGleG	298
	a) Geschlechtsneutrale Ausschreibung	299
	b) Hinweis auf Teilzeit	300
	c) Anforderungs- und Qualifikationsprofil	301
	d) Nähere Regelung durch die oberste Dienstbehörde	302
	3. Zwischenfazit	303
IV.	Ausblick: Vorschlag einer gesetzlichen Regelung	303
V.	Adressat der Ausschreibungspflicht	305
VI.	Fazit	306

Kapitel 5

	Rechtsschutz bei fehlender und fehlerhafter Ausschreibung	308
I.	Konkurrentenstreitverfahren	310
	1. Verletzung der Ausschreibungspflicht	312
	2. Fristversäumnis	315

Inhaltsverzeichnis	15
3. Nichtbeachtung des Anforderungsprofils	316
II. Schadensersatz	316
1. § 15 AGG	317
a) Schadensersatz nach § 15 Abs. 1 AGG	318
b) Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG	321
2. Ergebnis	322
3. Art. 34 S. 1 GG i. V. m. § 839 BGB	323
4. Beamtenrechtlicher Schadensersatzanspruch	327
III. Verfassungsbeschwerde	330
IV. Ergebnis und Fazit	330
 <i>Kapitel 6</i>	
Kernthesen und Schlussbetrachtung	332
I. Die öffentliche Ausschreibung ist das einzige Mittel, um den gleichen Zugang zu den öffentlichen Ämtern zu gewährleisten	332
II. Zwischen der Organisationshoheit des Dienstherrn und Art. 33 Abs. 2 GG besteht kein Spannungsverhältnis	333
III. Einschränkungen und Ausnahmen von der von Verfassungs wegen geforderten Ausschreibungspflicht sind nur durch Grundrechte Dritter oder andere Belange von Verfassungsrang zu rechtfertigen	334
IV. Die einfachgesetzliche Rechtslage enthält unzureichende Ausschreibungspflichten	335
V. Die einfachgesetzliche Rechtslage ist zu großen Teilen verfassungswidrig	335
VI. Die unzureichende Ausgestaltung der Art und Weise der Ausschreibungspflicht ermöglicht Missbrauch und Manipulation	336
VII. Es bedarf einer einheitlichen Regelung der Art und Weise der Ausschreibungspflicht	336
VIII. Unterlegenen Bewerbern steht bei unterbliebener oder fehlerhafter Ausschreibung der Rechtsweg offen	336
IX. Endergebnis	337
Literaturverzeichnis	338
Sachwortregister	354