

## **Bevorzugung von Beamten gegenüber Angestellten aus haushaltsrechtlichen Erwägungen – unzulässig (BAG v. 5.11.2002, 9 AZR 451/01)**

Das Nebeneinander von Beamten und Angestellten im öffentlichen Dienst ist Anlaß für einige Reibungspunkte, insbesondere im Bereich der Stellenbesetzung und Beförderung – und natürlich auch im Arbeitskampfrecht, obwohl dies derzeit im Lande keine große Rolle spielt.

Unstreitig ist aber jegliche Tätigkeit im öffentlichen Dienst ein öffentliches Amt im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG, so dass gilt:

(2) Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt.

Und so kommt es im Zusammenhang mit Besetzungsauswahlverfahren immer wieder zu arbeitsgerichtlichen Auseinandersetzungen, für die das Verfahren, welches dem bezeichneten Urteil zu Grunde lag, beispielhaft sein kann.

### **1. Der Sachverhalt**

Daß sich der Fall in Nordrhein-Westfalen abspielte, ändert nichts an der Übertragbarkeit der Ausgangsposition und der Feststellungen des Bundesarbeitsgerichtes.

In einem Versorgungsamt arbeitete der Kläger als Sachbearbeiter, eingruppiert in die BAT-VergGr. IV b, allerdings vertretungsweise auf einer Position, die der BAT-VergGr. IV a entspricht – und dementsprechend mit Vertretungszulage gem. § 24 Abs. 3 BAT. Als in einem anderen Versorgungsamt eine Sachgruppenleiterstelle mit der Eingruppierung BAT-VergGr. IV a bzw. BBesO-BesGr. A 11 ausgeschrieben wurde, bewarb sich der Klägers darauf.

In einem ersten Auswahlverfahren wurde er nicht berücksichtigt, weil generell nur Beamte in die Auswahlentscheidung einbezogen wurden.

Dagegen ging er erfolgreich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes vor.

**UWE JAHN**  
RECHTSANWALT

ARBEITSRECHT  
Fachanwalt

WIRTSCHAFTSRECHT  
Tätigkeitsschwerpunkt

MEDIZINRECHT  
Tätigkeitsschwerpunkt

Neumühler Straße 22  
19057 Schwerin

Tel 0385 616106  
Tel/Fax 0385 612680

e-mail:  
ra-jahn@mvnet.de  
www.ra-uwe-jahn.de

Nicht ohne Hintergedanken wurde ihm daraufhin die bisher vertretungsweise übertragene Tätigkeit dauerhaft übertragen unter Eingruppierung in die BAT-VergGr. IV a. In das neue Auswahlverfahren wurde der Kläger, der seine Bewerbung aufrecht erhielt, zwar einbezogen, letztlich aber nicht berücksichtigt. Zur Begründung führte das beklagte Land zum einen die Umstände an, die der Fortgang des Klägers aus seiner bisherigen Position bereiten würden, insbesondere die Notwendigkeit der aufwendigen Einarbeitung eines Nachfolgers. Außerdem verwies es darauf, dass es sich bei der Bewerbung des Klägers nur noch um eine Versetzungsbewerbung handle, nicht mehr um eine Beförderung.

Hintergrund für dieses Vorgehen des Landes waren haushaltsrechtliche und personalstellenbewirtschaftungstechnische Erwägungen. So werden dort auf Angestellten-Planstellen grundsätzlich keine Beamten befördert. Zum Ausgleich werden daher Beamte, die nach BBesO-BesGr. A 10 besoldet werden, aber bereits länger eine höherwertige Tätigkeit ausüben, bevorzugt auf einen A-11-Posten versetzt.

## 2. Die materiellrechtliche Seite

Ausgangspunkt für die Argumentation des Bundesarbeitsgerichts auch in diesem Fall war die Feststellung, dass eine Bevorzugung von Beamten bei einer Stellenbesetzung nur und ausschließlich dann mit Art. 33 Abs. 2 GG vereinbar ist, wenn hoheitliche Aufgaben übertragen werden sollen, für die in Art. 33 Abs. 4 GG die entsprechende Ausnahme formuliert wurde:

(4) Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ist als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen.

Die Auslegung des BAG bestätigt die bisherige Rechtsprechung:

„Art. 33 IV GG soll gewährleisten, dass die hoheitlichen Aufgaben jederzeit, vor allem auch in Krisenzeiten loyal, zuverlässig und qualifiziert erledigt werden. Dies wird nur sichergestellt, wenn die Bediensteten, die in die Aufgabenerledigung eingebunden sind und an den obrigkeitlichen Verfügungen mitwirken, dem für Beamte geltenden Dienstrecht, insbesondere dem Streikverbot, unterliegen (Senat [11.8.1998] BAGE 89, 300 = NZA 1999,767).

Die Beurteilung einer Aufgabe als hoheitlich i.S. von Art 33 IV GG bestimmt sich nach ihrem Inhalt und dem Umfang des zur Verfügung stehenden ordnungsbehördlichen Instrumentariums (Senat, NZA 1999, 767).“

Und zu den hoheitlichen Aufgaben der ausgeschriebenen Sachgruppenleiterstelle hat das beklagte Land offenbar bis zuletzt nichts Erhebliches vorgetragen. Jedenfalls ist das BAG nicht bereit, die Ausnahme des Art 33 Abs. IV GG auf den vorliegenden Fall anzuwenden. Der wohl taktische Schritt des beklagten Landes, den Kläger im zweiten Auswahlverfahren zumindest einzubeziehen, wendet sich gegen das Land selbst. Das BAG schließt daraus messerscharf, dass dann doch wohl keine grundsätzlichen Erwägungen aus der ausgeschriebenen Tätigkeit heraus gegen eine Übertragung auf einen Angestellten sprechen.

Die weiteren Überlegungen des Landes werden als unerheblich angesehen:

- Insbesondere kann ein Ausschluß von Angestellten aus einem Auswahlverfahren nicht auf haushaltsrechtliche Gründe gestützt werden.
- Die Benachteiligung der Beamten bei der Besetzung von Angestelltenstellen berechtigen nicht zu diesem grundgesetzwidrigen Ausgleich.
- Die Umstände, die die Versetzung des Klägers macht, sind typisch für die Situation und daher keine einschlägigen Argumente.
- Auch eine Versetzungsbewerbung genießt das Privileg des Art. 33 Abs. II GG und steht insoweit einer Beförderungsbewerbung gleich (vgl. BAG NZA aaO.)

### 3. Die prozessrechtliche Seite

Konkurrentenklagen im öffentlichen Dienst sind – auch in der Arbeitsgerichtsbarkeit – inzwischen alltäglich und als Institut keineswegs umstritten.

Unsicherheit bei Parteien und Gericht ergibt sich allerdings bei der praktischen Umsetzung u.a. des Grundsatzes, dass der Bewerber in den seltensten Fällen einen Anspruch auf die betreffende Stelle geltend machen und begründen kann. Es wird in den meisten Fällen lediglich um die Rüge von Ermessensfehlern im Auswahlverfahren und den Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung gehen können. Auch die im Beamtenrecht übliche verwaltungsrechtliche Argumentation bedarf der Anpassung.

So muß im vorliegenden Fall noch in der dritten Instanz das BAG den Hilfsantrag des Klägers auslegen, der sich offenbar an verwaltungsrechtlichen Erfordernissen orientierte und auf die Aufhebung eines belastenden Verwaltungsaktes, des Ablehnungsbescheides, zielte. Zutreffend wird daraus in der Lesart des BAG ein Antrag auf erneute Durchführung des Auswahlverfahrens und Unterlassung der anderweitigen Besetzung der Stelle vor dessen Abschluß.

Schließlich ist zu beachten, dass es keinen Anspruch darauf gibt, eine einmal besetzte Stelle im Nachhinein zu räumen und mit dem Kläger zu besetzen. Dem bleibt der – steinige – Weg zum Schadensersatz über den schwierigen Nachweis, dass die Auswahlentscheidung bei ordnungsmäßiger Durchführung auf ihn hätte fallen müssen.

Daher empfiehlt es sich grundsätzlich, wie auch im vorliegenden Fall erfolgreich vorgemacht, die Besetzung der Stelle durch ein einstweiliges Verfügungsverfahren zu unterbinden bzw. aus Sicht eines öffentlich-rechtlichen Arbeitgebers, mit der Umsetzung der Auswahlentscheidung nicht zu bummeln.

Uwe Jahn  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht