

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1477

**Organisatorische Rückwirkungen
der Art. 33 Abs. 2 und 19 Abs. 4 Satz 1 GG
auf die Ausgestaltung beamtenrechtlicher
Stellenbesetzungsverfahren**

Von

Karsten Hoof



Duncker & Humblot · Berlin

KARSTEN HOOF

Organisatorische Rückwirkungen
der Art. 33 Abs. 2 und 19 Abs. 4 Satz 1 GG
auf die Ausgestaltung beamtenrechtlicher
Stellenbesetzungsverfahren

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1477

Organisatorische Rückwirkungen der Art. 33 Abs. 2 und 19 Abs. 4 Satz 1 GG auf die Ausgestaltung beamtenrechtlicher Stellenbesetzungsverfahren

Eine Untersuchung zu den Rechtsschutzmöglichkeiten
übergangener Bewerber unter besonderer Berücksichtigung
der Entscheidung des BVerwG vom 04.11.2010,
Az. 2 C 16/19, BVerwGE 138, 102

Von

Karsten Hoof



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung
des Förderungsfonds Wissenschaft der VG WORT

Die Juristische Fakultät
der Universität Potsdam
hat diese Arbeit im Jahr 2019
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpär
Druck: Meta Systems Publishing & Printservices GmbH, Wustermark
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-15955-0 (Print)
ISBN 978-3-428-55955-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Februar 2019 bei der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam eingereicht und im Wintersemester 2019/2020 als Dissertationsschrift angenommen.

Literatur und Rechtsprechung wurden bis Dezember 2018 berücksichtigt. Für die Drucklegung konnten noch im Jahr 2019 erschienene neue Auflagen der zitierten Monografien und Kommentare sowie einzelne Entscheidungen des BVerwG aus dem Jahr 2019 nachträglich eingearbeitet werden.

Herzlich danke ich meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Matthias Dombert für die stets wohlwollende Unterstützung und Begleitung meines Dissertationsvorhabens und die zügige Erstellung des Erstgutachtens.

Frau Prof. Dr. Carola Schulze danke ich herzlich für die große wissenschaftliche Freiheit und Förderung, die sie mir während meiner Jahre als Mitarbeiter an ihrem Lehrstuhl zuteil werden ließ, die wertvollen Diskussionen, durch die diese Arbeit bereichert wurde und die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Auf dem langen Weg der Entstehung der Arbeit hat mich meine Familie stets liebevoll begleitet, motiviert und uneingeschränkt unterstützt. Bei ihr möchte ich mich an dieser Stelle herzlich für ihren steten Zuspruch und die Geduld bedanken, mit der sie den jahrelangen Einsatz auch zahlloser Wochenenden für diese Arbeit hingenommen hat. Ganz besonders danke ich meiner Frau Ruth, die zudem mit ihren fachlichen Anregungen und durch die akribische Korrekturlesung des Skripts maßgeblich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen hat.

Meiner Familie widme ich diese Arbeit.

Potsdam, im März 2022

Karsten Hoof

Inhaltsübersicht

Einführung	25
A. Motivation	25
B. Gegenstand der Untersuchung	30
I. Ziele	30
II. Beschränkung auf die Ämter der Statusbeamten	31
C. Gang der Untersuchung	32

Erstes Kapitel

Der Zugang zum öffentlichen Dienst nach Art. 33 Abs. 2 GG	33
A. Der Ämterzugang in der deutschen Verfassungsgeschichte	34
I. Historische Entwicklung	34
II. Ämterzugang unter dem Grundgesetz	42
B. Art. 33 Abs. 2 GG im Kontext des Grundgesetzes	46
I. Normzweck	46
II. Stellung im Normengefüge des Grundgesetzes	48
III. Die Konkretisierung der Auswahlkriterien durch das einfache Recht	53
C. Der objektive Normbefehl des Art. 33 Abs. 2 GG	55
I. Anwendungsbereich	55
II. Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung	62
III. Leistungsauslese im Kontext von Organisationsgewalt und Personalhoheit	74
IV. Die Leistungsauslese als gesetzlich unbestimmt gebundene Entscheidung	82
D. Der Individualanspruch auf gleichen Zugang	96
I. Die Subjektivität des Art. 33 Abs. 2 GG	96
II. Der Inhalt der subjektiven Gewährleistung	100
E. Zwischenergebnis	108

Zweites Kapitel

Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz als Korrektiv fehlerhafter Auswahlentscheidungen	109
A. Grundlagen des Rechtsschutzes gegen beamtenrechtliche Auswahlentscheidungen ..	111
I. Grundsatz des Primärrechtsschutzes	111
II. Rechtsschutz im ein- und mehrpoligen Rechtsverhältnis	112

B. Prozessuale Rechtsschutzpraktik des BVerwG	116
I. Entwicklung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzdogmatik	117
II. Ziele des Primärrechtsschutzes	133
III. Verfahrensarten	136
IV. Kritische Würdigung	201
V. Zusammenfassung	258
C. Materiell-rechtlicher Prüfungsumfang – Kontrolldichte	260
I. Kontrolldichtebegrenzung durch Beurteilungsspielraum und Ermessen	261
II. Rechtfertigung eines Beurteilungsspielraums bei Art. 33 Abs. 2 GG?	266
III. Gerichtliche Prüfungsdichte in der Praxis	287
IV. Verurteilung (nur) zur Neubescheidung	299
V. Zusammenfassung	302
D. Sekundärrechtsschutz	303
I. Überblick	303
II. Anspruchsgrundlagen	308
III. Erfolgsaussichten von Schadensersatzklagen unterlegener Bewerber	335
IV. Zusammenfassung	340
E. Zwischenergebnis	341

Drittes Kapitel

Verfassungsunmittelbare organisatorische Rückwirkungen auf das Auswahlverfahren	344
A. Theoretische Grundlagen	345
I. Funktionaler Zusammenhang zwischen Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess	345
II. Vorwirkungen des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG auf das Verwaltungsverfahren	347
III. Grundrechtunmittelbarer Rechtsschutzanspruch	348
IV. Verfahrensabhängigkeit des Zugangsrechts	349
B. Konkrete Anforderungen an die Organisation des Auswahlverfahrens	351
I. Stellenausschreibung	351
II. Schaffung eines unveränderlichen Vergleichsrahmens	371
III. Dokumentationspflichten	392
IV. Mitteilungs- und Wartepflichten	400
V. Begründungspflichten	404
C. Zwischenergebnis	411
Zusammenfassung	413
Literaturverzeichnis	417
Sachverzeichnis	441

Inhaltsverzeichnis

Einführung	25
A. Motivation	25
B. Gegenstand der Untersuchung	30
I. Ziele	30
II. Beschränkung auf die Ämter der Statusbeamten	31
C. Gang der Untersuchung	32

Erstes Kapitel

Der Zugang zum öffentlichen Dienst nach Art. 33 Abs. 2 GG	33
A. Der Ämterzugang in der deutschen Verfassungsgeschichte	34
I. Historische Entwicklung	34
1. Entstehung des modernen Beamtentums	34
2. Die Normierung der Zugangsgleichheit	35
a) Die Überwindung der Kastenherrschaft	35
b) Die Gleichheit des Zugangs zu den Staatsämtern	37
3. Normbefehl und Rechtswirklichkeit	39
a) Die Missachtung des geltenden Rechts	39
b) Mangel an rechtlicher Handhabe zur Durchsetzung des Normbefehls	40
II. Ämterzugang unter dem Grundgesetz	42
1. Entstehung des Art. 33 Abs. 2 GG	42
2. Der Weg zum subjektiven Recht auf gleichen Ämterzugang	43
B. Art. 33 Abs. 2 GG im Kontext des Grundgesetzes	46
I. Normzweck	46
1. Staatsorganisatorische Komponente	46
a) Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes	46
b) Egalität des öffentlichen Dienstes	47
2. Grundrechtliche Komponente	48
II. Stellung im Normengefüge des Grundgesetzes	48
1. Art. 33 Abs. 2 GG als spezieller Gleichheitssatz	48
a) Verhältnis zu Art. 3 Abs. 1 GG	48

b) Die speziellen Diskriminierungsverbote	49
2. Verhältnis zu Art. 12 Abs. 1 GG	50
a) Konzeption der herrschenden Meinung	50
b) Kritik	51
c) Stellungnahme	51
III. Die Konkretisierung der Auswahlkriterien durch das einfache Recht	53
C. Der objektive Normbefehl des Art. 33 Abs. 2 GG	55
I. Anwendungsbereich	55
1. Persönlicher Anwendungsbereich	55
2. Sachlicher Anwendungsbereich	56
a) Statusämter der Beamten	56
(1) Statusverändernde Personalmaßnahmen	56
(2) Nichtstatusverändernde Personalmaßnahmen	58
b) Verfassungsimmanente Beschränkungen des Gewährleistungsbereichs	59
(1) Abgrenzung zu politischen Wahlämtern	59
(2) Politische Beamte	61
II. Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung	62
1. Abgrenzung der drei Auswahlkriterien	62
2. Auswahl als Prognoseentscheidung	63
3. Relativität der Auswahlkriterien	64
a) Amtsbezogenheit der Auswahlkriterien	64
b) Allgemeingültige Auswahlkriterien	69
4. Die Kriterientrias des Art. 33 Abs. 2 GG im Einzelnen	69
a) Eignung	69
b) Befähigung	71
c) Fachliche Leistung	72
5. Gleichrangigkeit der Auswahlkriterien	72
6. Berücksichtigung sonstiger Eigenschaften	73
III. Leistungsauslese im Kontext von Organisationsgewalt und Personalhoheit	74
1. Die Begriffe Organisationsgewalt und Personalhoheit	74
2. Ausübung der Organisationsgewalt als Vorbedingung der Bewerberauswahl	76
a) Entschließung zur Stellenbesetzung	76
b) Entschließung zur Stellenbesetzung durch statusverändernde Maßnahmen	77
c) Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens	77
3. Personalhoheit und Leistungsprinzip	79
a) Bindung der Personalhoheit durch das Leistungsprinzip	79
b) Geltung des Leistungsprinzips für alle Stufen des Auswahlverfahrens	80
IV. Die Leistungsauslese als gesetzlich unbestimmt gebundene Entscheidung	82
1. Lockerung der Gesetzesbindung	83

2. Dogmatik von Beurteilungsspielraum und Ermessen	84
a) Ermessen	84
b) Beurteilungsspielraum	85
3. Anwendung auf Art. 33 Abs. 2 GG	88
a) Rechtsprechung	89
b) Auffassung der Literatur	91
c) Stellungnahme	92
(1) Abgrenzung des Organisationsermessens	92
(2) Zuordnung von Tatbestand und Rechtsfolge bei Art. 33 Abs. 2 GG	93
(3) Anwendung der Auslesekriterien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung	94
(4) Auswahlgleichstand und Hilfskriterien	94
d) Zusammenfassung	95
D. Der Individualanspruch auf gleichen Zugang	96
I. Die Subjektivität des Art. 33 Abs. 2 GG	96
1. Bestehen einer objektiven Verpflichtung	96
2. Feststellung einer subjektiven Schutzrichtung	97
a) Schutznormtheorie	97
b) Grammatikalische Auslegung	98
c) Systematische Auslegung	98
d) Objektiv-teleologische Auslegung	99
e) Historische Auslegung	100
II. Der Inhalt der subjektiven Gewährleistung	100
1. Anspruch auf beurteilungs- und ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung	100
2. Anspruch auf willkürfreie Ausübung des personalpolitischen Ermessens	103
3. Anspruch auf Übertragung eines bestimmten Amtes	103
a) Anknüpfungspunkte außerhalb des Art. 33 Abs. 2 GG	104
b) Anknüpfungspunkte unmittelbar in Art. 33 Abs. 2 GG	105
(1) Voraussetzungen einer Beurteilungs- und Ermessensreduzierung auf Null	105
(2) Annahme einer Beurteilungs- und Ermessensreduzierung im Auswahl- verfahren	106
(a) Bestqualifikation	106
(b) Fortbestehende Besetzungsabsicht	107
4. Zusammenfassung	107
E. Zwischenergebnis	108

*Zweites Kapitel***Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz als Korrektiv fehlerhafter
Auswahlentscheidungen**

109

A. Grundlagen des Rechtsschutzes gegen beamtenrechtliche Auswahlentscheidungen	111
I. Grundsatz des Primärrechtsschutzes	111
II. Rechtsschutz im ein- und mehrpoligen Rechtsverhältnis	112
1. Rechtsschutz des einzigen Bewerbers	112
2. Rechtsschutz im Konkurrenzverhältnis	113
a) Das Konkurrentenverdrängungsproblem	113
b) Prozessualer Begriff der beamtenrechtlichen Konkurrentenklage	114
(1) Beamtenrechtliche Konkurrentenklage im ursprünglichen Sinne	114
(2) Erweiterung des Begriffs	114
(3) Verwendung in dieser Arbeit	115
B. Prozessuale Rechtsschutzpraktik des BVerwG	116
I. Entwicklung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzdogmatik	117
1. Primärrechtsschützerschwerende beamtenrechtliche Grundthesen des BVerwG bis zum Jahre 2003	118
a) These von der Unaufhebbarkeit beamtenrechtlicher Ernennungen	118
b) Grundsatz der Einmaligkeit und Unvermehrbarkeit öffentlicher Ämter	119
c) Folgen für den Rechtsschutz nach der Ernennung eines Konkurrenten	120
2. Primärrechtsschutz nur durch einstweiligen Rechtsschutz im Vorfeld der Ernennung	121
a) Rechtsschutz durch einstweilige Sicherungsanordnung gem. § 123 Abs. 1 VwGO	121
b) Notwendige Mitwirkung der Behörde an der Rechtsschutzgewährung	122
3. Modifikationen seit dem Jahr 2001	123
a) Das obiter dictum vom 13.09.2001	124
b) Abweichung vom Grundsatz der Unvermehrbarkeit öffentlicher Ämter	126
c) Partielle Zulassung der beamtenrechtlichen Konkurrentenklage unter Rückkehr zum Grundsatz der Unvermehrbarkeit öffentlicher Ämter im Urteil vom 04.11.2010	130
(1) Verfahrensgang	130
(2) Anerkennung der Klagebefugnis	131
(3) Partielle Aufgabe des Grundsatzes der Ämterstabilität	131
(4) Kein Vertrauensschutz des rechtswidrig ernannten Konkurrenten (mehr)	132
(5) Rückkehr zum Grundsatz der Unvermehrbarkeit öffentlicher Ämter	132
4. Sekundärrechtsschutz durch die Gewährung von Schadensersatz	132
II. Ziele des Primärrechtsschutzes	133
1. Rechtsschutz gegen behördliche Maßnahmen vor Mitteilung der Auswahlentscheidung	133

- 2. Rechtsschutz nach Mitteilung der Auswahlentscheidung 135
- 3. Beschränkung der Untersuchung auf den Rechtsschutz nach Mitteilung der Auswahlentscheidung 136
- III. Verfahrensarten 136
 - 1. Hauptsacheklage zur Durchsetzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs 137
 - a) Verwaltungsrechtsweg und Gerichtszuständigkeit 137
 - (1) Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs 137
 - (2) Gerichtszuständigkeit 140
 - (a) Örtliche Zuständigkeit 140
 - (b) Sachliche Zuständigkeit 140
 - (c) Stellungnahme 141
 - b) Zulässigkeit 141
 - (1) Statthafte Klageart 141
 - (2) Klagebefugnis 143
 - (a) Bewerbungsverfahrensanspruch als möglicherweise verletztes subjektives Recht 143
 - (b) Mögliche Rechtsverletzung der „Bewerber“ 144
 - (c) Mögliche Rechtsverletzung von „Nichtbewerbern“ 144
 - (3) Vorverfahren 146
 - (a) Erforderlichkeit 146
 - (b) Widerspruchsfrist 147
 - (c) Untätigkeitsklage 148
 - (4) Klagefrist 148
 - (5) Antragsgegner 148
 - c) Beiladung des ausgewählten Konkurrenten 149
 - (1) Einfache Beiladung 149
 - (2) Notwendige Beiladung 149
 - d) Begründetheit 151
 - 2. Verwaltungsgerichtlicher Eilrechtsschutz 152
 - a) Verwaltungsrechtsweg, Gerichtszuständigkeit 152
 - (1) Verwaltungsrechtsweg 152
 - (2) Gerichtszuständigkeit 153
 - b) Zulässigkeit 154
 - (1) Statthafte Verfahrensart 154
 - (2) Antragsbefugnis 156
 - (3) Rechtsschutzbedürfnis 156
 - (a) Vorbefassung des Dienstherrn 156
 - (b) Vorbeugender Rechtsschutz 158
 - (c) Freihaltung mehrerer Stellen bei sog. Massenbesetzungsverfahren 158
 - c) Beiladung des ausgewählten Konkurrenten 162

d) Möglichkeit von Zwischenverfügungen	164
e) Begründetheit	165
(1) Anordnungsgrund	166
(a) Stellenbesetzung mit Ernennung des Konkurrenten	166
(b) Stellenbesetzung ohne Ernennung des Konkurrenten	167
(c) Sonderfall: Freihaltung einer dritten, streitunbefangenen Stelle	172
(2) Anordnungsanspruch	174
3. Verfassungsgerichtlicher Eilrechtsschutz	175
a) Eilrechtsschutz durch das BVerfG	175
(1) Zulässigkeit	175
(2) Beiladung des ausgewählten Konkurrenten	177
(3) Begründetheit	177
(4) Praktische Aussichtslosigkeit	179
b) Eilrechtsschutz durch die Landesverfassungsgerichte	180
(1) Einschränkungen gegenüber dem bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsschutz	180
(a) Existenz einer landesrechtlichen Individualverfassungsbeschwerde	180
(b) Landesverfassungsgerichtlicher Rechtsschutz nur gegen die Ableh- nung einstweiligen Rechtsschutzes durch die Landesgerichte	181
(c) Prüfungsmaßstab	181
(2) Zulässigkeit und Begründetheit	183
(3) Praktische Erfolgsaussichten	183
4. Konkurrentenklage im Falle der Vereitelung wirksamen vorläufigen Rechts- schutzes	184
a) Rechtsweg/Zuständigkeit	185
(1) Rechtsweg	185
(2) Zuständigkeit	186
b) Zulässigkeit	186
(1) Statthafte Klageart	186
(2) Klagebefugnis	188
(3) Vorverfahren	189
(a) Erforderlichkeit	189
(b) Frist	190
(c) Untätigkeitsklage	191
(4) Klagefrist	191
(5) Rechtsschutzbedürfnis	191
c) Beiladung des Ernannten	192
d) Begründetheit	192
(1) Rechtliche Möglichkeit der Aufhebung der Ernennung	193
(2) Rechtswidrigkeit der Ernennung	194

(3) Rechtsverletzung	195
e) Rechtsfolge: Aufhebung ex nunc	196
5. Eilrechtsschutz zur vorläufigen Suspendierung einer anfechtbaren Ernennung?	197
a) Verwaltungsgerichtlicher Eilrechtsschutz	198
b) Verfassungsgerichtlicher Eilrechtsschutz	200
6. Zusammenfassung	201
IV. Kritische Würdigung	201
1. Neuordnung der rechtlichen Struktur des Bewerbungsverfahrens	202
a) Struktur des Bewerbungsverfahrens bis zum Urteil vom 04. 11. 2010	202
(1) Nebeneinander voneinander unabhängiger Bewerbungsverfahrensan- sprüche	202
(2) Keine Rechtsverletzung durch die Ernennung des Konkurrenten	203
(a) Ernennung als ein die unterlegenen Bewerber nicht betreffender Verwaltungsakt	203
(b) Begründungsansätze	204
(aa) Rechtsverletzung nur durch Ablehnungsmitteilung	204
(bb) Rechtsverletzung nur durch Planstelleneinweisung	205
(cc) Dennoch Antragsbefugnis für Verfügungsverfahren	206
b) Neue Struktur des Bewerbungsverfahrens	206
(1) Aufgabe der Separationsdoktrin	206
(2) Rechtsnatur von Auswahlentscheidung, Ablehnungsmitteilungen und Ernennung	207
2. Zum Mythos der Ämterstabilität als Verfassungsgrundsatz	210
a) Keine Rücknehmbarkeit von Amts wegen im Verwaltungsverfahren	211
b) Aufhebbarkeit im Rechtsmittelverfahren des unterlegenen Bewerbers	212
(1) Materiell-rechtlicher Beseitigungsanspruch als ungeschriebene Tatbe- standsvoraussetzung des § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO	213
(2) Kein Ausschluss des Beseitigungsanspruchs durch die Beamtengesetze	215
(a) Früheres Argument aus § 59 BRRG a.F.	215
(b) Wortlaut der beamtenrechtlichen Rücknahmenvorschriften	216
(c) Fehlen einer § 50 VwVfG entsprechenden beamtenrechtlichen Vor- schrift	216
(d) Entstehungsgeschichte	218
(e) Zwischenergebnis	220
(3) Kein verfassungsunmittelbarer Ausschluss des Beseitigungsanspruchs	220
(a) Ämterstabilität	220
(aa) Keine Spezialität von Art. 33 Abs. 2 GG gegenüber Art. 33 Abs. 5 GG	221
(bb) Art. 33 Abs. 5 GG als unmittelbar geltendes Recht	221
(cc) Kein hergebrachter Grundsatz der Unaufhebbarkeit rechtswid- riger Ernennungen	222

(dd) Voraussetzungen zur Annahme eines „hergebrachten Grundsatzes“	222
(ee) Grundsatz der Ämterstabilität als Ausfluss des Lebenszeitprinzips	223
(ff) Inhalt des Grundsatzes der Ämterstabilität in der Weimarer Zeit	223
(gg) Einschränkung der Nichtigkeits- und Rücknahmemöglichkeiten in der NS-Zeit	224
(hh) Keine Versteinerung grundrechtswidriger Grundsätze	224
(ii) Standpunkt des BVerwG	225
(jj) Zwischenergebnis	225
(b) Kein absoluter Vertrauensschutz des Ernannten	225
(c) Rechtssicherheit für die Bürger	226
(d) Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes	227
(e) Zwischenergebnis	229
c) Möglichkeit einfachgesetzlicher Anordnung der Ämterstabilität	230
(1) Prüfungsmaßstab	230
(a) Art. 33 Abs. 2 GG	230
(b) Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG	231
(2) Rechtsschutzbeschränkungen zur Wahrung „ausgewogenen Rechtsschutzes“	233
(a) Einheitlicher Rechtfertigungsmaßstab für Eingriffe in Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG	233
(b) Abwägung kollidierender Verfassungsgüter	234
(3) Rechtfertigung eines partiellen Ausschlusses der Konkurrentenklage	235
(a) Erfolgreiche Stellenblockade im einstweiligen Rechtsschutzverfahren	235
(b) Erfolgreiche Durchführung des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens	235
(c) Vereitelung einstweiligen Rechtsschutzes vor der Ernennung	237
(d) Versäumung subjektiv möglichen einstweiligen Rechtsschutzes	238
d) Zusammenfassung	239
3. Verlagerung der endgültigen gerichtlichen Entscheidung in den Eilrechtsschutz	240
a) Einschränkungen der Verfahrensstandards im vorläufigen Rechtsschutzverfahren	240
b) Angleichung der Verfahrensstandards an das Hauptsacheverfahren bei drohendem irreparablen Rechtsverlust	242
c) Auswirkungen auf den beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit	243
4. Vorläufiger Rechtsschutz nach § 123 Abs. 1 VwGO statt nach §§ 80, 80a VwGO	245
a) Vollziehbare Auswahlentscheidung als Voraussetzung der Ernennung	245
b) Festhaltung am Rechtsschutz über § 123 Abs. 1 VwGO	247

c) Stellungnahme	248
(1) Auswahlentscheidung als Verwaltungsakt	248
(2) Aufschiebende Wirkung des Verpflichtungswiderspruchs	249
(3) Folgen der aufschiebenden Wirkung	251
d) Konsequenzen für den vorläufigen Rechtsschutz	251
5. Unbestimmtheit der Länge der vom Dienstherrn einzuhaltenden Wartezeiten	252
a) Wartezeit nach Mitteilung der Auswahlentscheidung	253
b) Handlungsfrist bei Abbruch des Auswahlverfahrens	254
c) Wartezeit nach erstinstanzlicher Ablehnung des Antrags	254
d) Wartezeit nach rechtskräftiger Ablehnung verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutzes	254
e) Stellungnahme	256
(1) Bemessung der Wartezeiten	256
(2) Kenntnis der Rechtsprechung wird vorausgesetzt	257
V. Zusammenfassung	258
C. Materiell-rechtlicher Prüfungsumfang – Kontrolldichte	260
I. Kontrolldichtebegrenzung durch Beurteilungsspielraum und Ermessen	261
1. Kontrolldichtebegrenzungen und Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG	261
2. Abgrenzung möglicher Kontrolldichtebegrenzungen bei Art. 33 Abs. 2 GG	263
II. Rechtfertigung eines Beurteilungsspielraums bei Art. 33 Abs. 2 GG?	266
1. Begründungen in der Rechtsprechung	266
2. Überzeugungskraft der Argumente für einen Beurteilungsspielraum	270
a) Akt wertender Erkenntnis, Maßgeblichkeit persönlichen Eindrucks	271
b) Höchstpersönliche Entscheidung	273
c) Prognoseentscheidung	274
d) Gewaltenteilung	276
e) Normative Ermächtigungslehre	276
f) Funktionsgrenzen der Rechtsprechung	281
3. Auswirkungen der Prüfungsrechtsbeschlüsse des BVerfG auf die Kontrolle beamtenrechtlicher Eignungsbewertungen?	284
III. Gerichtliche Prüfungsdichte in der Praxis	287
1. Anwendung der Kontrolldichteformel	288
2. Ablauf des Auswahlverfahrens, Entscheidungsfindung	288
3. Kasuistik möglicher Auswahlfehler	290
a) Willkürkontrolle bei den Organisationsgrundscheidungen	290
(1) Stellenbesetzung mit oder ohne Statusveränderung	290
(2) Stellenzuschnitt und Anforderungsprofil	292
(3) Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens	293
b) Beurteilungsfehlerkontrolle bei der Leistungsauslese	293
(1) Verfahrensfehler	294

(2) Materielle Fehler	296
(a) Sachverhaltsfeststellung	296
(b) Verkennung des anzuwendenden Begriffs oder des gesetzlichen Rahmens des Beurteilungsspielraums	297
(c) Nichtbeachtung allgemein gültiger Wertmaßstäbe	297
IV. Verurteilung (nur) zur Neubescheidung	299
V. Zusammenfassung	302
D. Sekundärrechtsschutz	303
I. Überblick	303
1. Schadensersatz und Entschädigung	303
2. Schadensersatz nur durch Zahlung von Geld	305
3. Nichterfüllungs- und Verzögerungsschäden	307
a) Ansprüche bei endgültiger Nichterfüllung des Bewerbungsverfahrens- anspruchs	307
b) Ansprüche bei verspäteter Erfüllung des Bewerbungsverfahrensanspruchs	308
c) Ansprüche bei „verspäteter Ernennung“ in einem nachfolgenden Beset- zungsverfahren	308
II. Anspruchsgrundlagen	308
1. Amtshaftungsanspruch	309
a) Anknüpfungspunkt der Haftung	309
b) Kausaler Schaden	311
c) Stellenbesetzung mit einem Konkurrenten als Anspruchsvoraussetzung	312
d) Verschulden	313
(1) Verstoß gegen anerkannte Verfahrens- oder Auswahlgrundsätze	313
(2) Verschuldensausschluss durch Kollegialgerichtsregel?	314
e) Haftungsbeschränkungen und Haftungsausschlüsse	316
(1) Anderweitige Ersatzmöglichkeit	316
(2) Nichtgebrauch eines Rechtsmittels	316
(3) Verstoß gegen Schadensminderungspflicht	319
f) Verjährung	320
g) Rechtsweg	320
2. Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des beamtenrechtlichen Für- sorgeanspruchs bzw. des Bewerbungsverfahrensanspruchs	321
a) Anknüpfungspunkt der Haftung	321
(1) Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht	321
(2) Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Bewerbungsverfah- rensanspruchs	323
(3) Keine Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs (nur) durch be- hördliche Verfahrenverzögerung	324
b) Kausaler Schaden	324

- c) Stellenbesetzung mit einem Konkurrenten als Anspruchsvoraussetzung . . . 327
- d) Verschulden 330
- e) Haftungsbeschränkungen und Haftungsausschlüsse 331
- f) Verjährung 331
- g) Rechtsweg 331
- 3. Landesrechtlicher Staatshaftungsanspruch 332
 - a) Anknüpfungspunkt der Haftung 332
 - b) Kausaler Schaden 333
 - c) Verschulden 333
 - d) Haftungsbeschränkungen und Haftungsausschlüsse 333
 - e) Verjährung 334
 - f) Rechtsweg 334
- 4. Folgenbeseitigungsanspruch 334
- III. Erfolgsaussichten von Schadensersatzklagen unterlegener Bewerber 335
 - 1. Vergleich der Anspruchsgrundlagen 335
 - 2. Rechtswegübergreifende Rechtskrafterstreckung 336
 - 3. Ersatz des Verzögerungsschadens 337
 - 4. Ersatz des Nichterfüllungsschadens 338
 - a) Wegfall des wesentlichen Anwendungsbereichs 338
 - b) Untergang des öffentlich-rechtlichen Schadensersatzanspruchs durch Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens 338
 - c) Schadensersatz nach erfolglosem Primärrechtsschutz 339
- IV. Zusammenfassung 340
- E. Zwischenergebnis 341

Drittes Kapitel

**Verfassungsunmittelbare organisatorische Rückwirkungen
auf das Auswahlverfahren** 344

- A. Theoretische Grundlagen 345
 - I. Funktionaler Zusammenhang zwischen Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess 345
 - II. Vorwirkungen des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG auf das Auswahlverfahren 347
 - III. Grundrechtsunmittelbarer Rechtsschutzanspruch 348
 - IV. Verfahrensabhängigkeit des Zugangsrechts 349
- B. Konkrete Anforderungen an die Organisation des Auswahlverfahrens 351
 - I. Stellenausschreibung 351
 - 1. Begriff 351
 - 2. Funktionen der Stellenausschreibung 352

3. Einfachgesetzliche Regelung der Stellenausschreibung	353
a) Bund	353
b) Länder	355
c) Zusammenfassung	355
4. Verfassungsunmittelbare Pflicht zur Stellenausschreibung	356
a) Auffassung von Rechtsprechung und Literatur	356
b) Grundsätzlich allgemeine Ausschreibungspflicht	358
(1) Einstellungen	359
(2) Beförderung	360
(a) Pflicht zur Ausschreibung	360
(b) Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung	362
(3) Zwischenergebnis	363
c) Schranken der Ausschreibungspflicht	364
(1) Das Leistungsprinzip als Schranke der Ausschreibungspflicht	364
(2) Das Demokratieprinzip	366
(3) Laufbahnprinzip – Fürsorgepflicht	367
(4) Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen	367
(5) Kosten und Aufwand der Ausschreibung	368
5. Rechtsschutz bei Fehlern der Stellenausschreibung	368
a) Unterbleiben einer rechtlich gebotenen Ausschreibung	368
b) Inhaltliche Fehler der Ausschreibung	370
6. Zusammenfassung	370
II. Schaffung eines unveränderlichen Vergleichsrahmens	371
1. Notwendigkeit der sukzessiven Bindung des Dienstherrn an seine eigenen Vorentscheidungen	371
2. Bindungen im Laufe des Stellenbesetzungsverfahrens	373
a) Anforderungsprofil	373
b) Festgelegter Bewerberkreis durch Organisationsgrundentscheidung	374
c) Gewichtung der Auswahlkriterien, Bildung einer Rangfolge der Bewerber	375
3. Auflösung aller Bindungen durch Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens	377
a) Auffassung von Rechtsprechung und Literatur	377
(1) Unbeschränktes Abbruchrecht aufgrund fehlender Pflicht zur Stellenbesetzung	377
(a) Grundsätzliche Abbruchbefugnis	377
(b) Gefahr der sachwidrigen Ergebnismanipulation	379
(c) Nur Missbrauchskontrolle	380
(2) Vielzahl der sachlichen Abbruchgründe	380
(3) Zuweisung des Risikos der Unaufklärbarkeit des Abbruchgrundes an die Bewerber	382

b) Stellungnahme	384
(1) Rechtsschutzdefizit bei der Kontrolle der Abbruchentscheidung	384
(2) Folgerungen	385
(a) Abbruch als Eingriff in den Bewerbungsverfahrensanspruch	385
(b) Sukzessive Einschränkung des freien Abbruchrechts	386
(c) Modifikationen der „anerkannten“ Abbruchgründe	388
(aa) Endgültige Aufgabe der Besetzungsabsicht	388
(bb) Veränderung der Anforderungen an den beamtenrechtlichen Status der Kandidaten	389
(cc) Rechtsfehlerhaftes Auswahlverfahren	389
4. Rechtsschutz bei Abweichungen vom Vergleichsrahmen	390
5. Zusammenfassung	391
III. Dokumentationspflichten	392
1. Grundsätzliche Pflicht zur schriftlichen Dokumentation	392
a) Aktenführungspflicht als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips	392
b) Aktenführungspflicht als Voraussetzung wirksamen gerichtlichen Rechts- schutzes	393
c) Aktenführungspflicht auf einfachgesetzlicher Grundlage	394
2. Konkretisierung der Dokumentationspflichten durch die Rechtsprechung ...	394
3. Beamtenrechtliche Stellenbesetzungsverfahren	396
a) Maßgebliche Auswählerwägungen	396
b) Abbruch des Auswahlverfahrens	397
c) Organisationsgrundentscheidungen	398
4. Rechtsschutz bei Verletzungen der Dokumentationspflichten	400
5. Zusammenfassung	400
IV. Mitteilungs- und Wartepflichten	400
1. Mitteilung der Auswahlentscheidung	401
2. Mitteilung des Abbruchs des Auswahlverfahrens	401
3. Wartepflichten	402
4. Rechtsfolgen bei Verletzungen der Mitteilungs- und Wartepflichten	403
5. Zusammenfassung	403
V. Begründungspflichten	404
1. Grundsätzliche Pflicht zur Begründung von Verwaltungsentscheidungen ...	404
2. Einfachgesetzliche Begründungspflicht, insbesondere für Verwaltungsakte ...	405
3. Begründungspflichten im beamtenrechtlichen Stellenbesetzungsverfahren ...	406
a) Grundsätzliche Begründungspflicht	406
(1) Begründungspflicht unter der Separationsdoktrin	406
(2) Begründungspflicht nach Aufgabe der Separationsdoktrin	407
b) Mindestinhalt der erforderlichen Begründung	408
4. Rechtsfolgen bei Verletzungen der Begründungspflicht	409

C. Zwischenergebnis	411
Zusammenfassung	413
Literaturverzeichnis	417
Sachverzeichnis	441

Einführung

A. Motivation

Art. 33 Abs. 2 GG gewährt jedem Deutschen nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Die Norm bestimmt das Leistungsprinzip zum einzig zulässigen Maßstab für die Auswahl von Bewerberinnen und Bewerbern bei der Besetzung öffentlicher Ämter. Ihre unmittelbare rechtliche Verbindlichkeit wurde nie ernsthaft bestritten. Dennoch wurde bereits im Jahr 1964 festgestellt, dass die Norm, was ihre Effektivierung anlangt, zu den problematischen Vorschriften des Grundgesetzes gehört.¹ An der Aktualität dieser Feststellung hat sich bis heute nur wenig geändert. So sind Verstöße gegen Art. 33 Abs. 2 GG an der Tagesordnung,² auch wenn verlässliche statistische Untersuchungen aufgrund nahe liegender Probleme bei der Datenerhebung nicht existieren.³ In der öffentlichen Diskussion wird zumeist auf das Problem der partei- bzw. verbandspolitischen Ämterpatronage⁴ hingewiesen, die vor allem bei der

¹ So *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, 1964, Art. 33 Rn. 3. Die Kommentierung des Art. 33 von *Maunz* aus dem Jahre 1964 wurde erst im Jahr 2009 durch die neue Kommentierung von *Badura* aktualisiert.

² Vgl. z. B. v. *Arnim*, Staat ohne Diener, S. 129, der sogar von täglich Hunderten von Fällen ausgeht. In der Tagespresse erscheinen freilich nur die aufgedeckten Verstöße, soweit sie z. B. wegen der öffentlichen Bedeutung des zu vergebenden Amtes auch noch hinreichend spektakulär für eine öffentliche Berichterstattung sind. Exemplarisch ist z. B. der ausnahmsweise gescheiterte Versuch, die Spitze des Brandenburgischen Rechnungshofes im Dezember 2006 unter Umgehung eines regulären Auswahlverfahrens mit einer Parteikandidatin zu besetzen (vgl. dazu *Beyerlein*, Gericht stoppt Neubesetzung der Rechnungshof-Spitze, in: *Berliner Zeitung* v. 15.12.2006, S. 23). Der Versuch, das Amt des Berliner Polizeipräsidenten im Jahr 2011 mit dem Wunschkandidaten des Innensensors zu besetzen, scheiterte jedenfalls im ersten Anlauf (vgl. dazu *Herrmann*, Die Suche nach einem Polizeipräsidenten in Berlin – Provinzposse oder Trauerspiel?, in: *LKV* 2012, S. 253).

³ Gewisse Rückschlüsse lassen sich aber aus dem Umstand ziehen, dass der Anteil von Parteimitgliedern unter den leitenden Beamten generell überdurchschnittlich hoch ist. So sollen z. B. im Jahr 1992 80 % der Amtsleiter in der Kölner Stadtverwaltung Parteimitglieder gewesen sein (*Scheuch*, Cliques, Klüngel und Karrieren, S. 100, dort Fn. 57).

⁴ Vgl. grundlegend *Eschenburg*, Ämterpatronage (1961). Aus jüngerer Zeit z. B. *Baier*, Parteipolitische Ämterpatronage. Eine Gefahr für die Funktionalität der öffentlichen Verwaltung? (2013); *Battis*, in: *Sachs*, GG, Art. 33 Rn. 39; *Bieler*, Ämterpatronage im diplomatischen Dienst?, in: *NJW* 2000, S. 2400; *Dippel*, Ämterpatronage durch politische Parteien, in: *Nord-ÖR* 2009, S. 102; *Franz*, Staatssekretäre und Leistungsprinzip, in: *ZBR* 2008, S. 236; *Klieve*, Parteipolitische Ämterpatronage, in: *VR* 2003, S. 183; *Lindenschmidt*, Zur Strafbarkeit der parteipolitischen Ämterpatronage in der staatlichen Verwaltung (2011), S. 1; *Machura*, Ämterpatronage, in: *Handwörterbuch des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland*

Vergabe von Spitzenämtern eine Rolle spielt. Weniger öffentlich sichtbar, aber ebenfalls von erheblicher Bedeutung sind nicht verbandspolitisch motivierte alltägliche Verstöße gegen das Leistungsprinzip. Diese sind auf vielfältige sonstige Ursachen zurückzuführen. Persönliche Stellenbesetzungspräferenzen der jeweiligen Entscheidungsträger spielen eine Rolle, wenn die Auswahl einer bestimmten Person das Ergebnis einer falsch verstandenen – weil rechtswidrigen – „Netzwerkpflege“ ist oder wenn Söhne und Töchter, Bekannte und Verwandte im öffentlichen Dienst „untergebracht“ werden, obwohl die Leistung ihnen diese Türen nie geöffnet hätte.⁵ Zum Teil sind rechtswidrige Auswahlentscheidungen aber auch Folge einer eingeschliffenen Bequemlichkeit,⁶ welche die Verwaltung an einfach durchführbaren, aber im Hinblick auf das Leistungsprinzip fragwürdigen Auswahlpraktiken festhalten lässt.⁷

Dieser Befund stimmt schon aus staatsorganisatorischer Sicht bedenklich. Warum ist ein Staat, dessen Grundlage die Bindung der öffentlichen Gewalt an die verfassungsmäßige Ordnung sowie an Gesetz und Recht ist, vermeintlich nicht in der Lage oder willens, einer unbestritten verbindlichen Verfassungsnorm uneingeschränkt zum Durchbruch zu verhelfen? Dies verwundert umso mehr, als heute Einigkeit darüber besteht, dass Art. 33 Abs. 2 GG dem Einzelnen ein als Bewerbungsverfahrenanspruch bezeichnetes subjektives Recht auf ein den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG genügendes Auswahlverfahren vermittelt. Ein Verstoß gegen das Leistungsprinzip stellt mithin nicht nur eine objektive Rechtsverletzung, sondern auch eine Verletzung dieses subjektiven Rechts des einzelnen Amtsbewerbers dar. In dem von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG gerade auf den Schutz subjektiver Rechte ausgerichteten Rechtsschutzsystem des Grundgesetzes sollte die Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle der Auswahlentscheidungen längst zu einer Effektivierung des Art. 33 Abs. 2 GG geführt haben. Die Annahme jedoch, dass dies trotz der mittlerweile erreichten gerichtlichen Fallzahlen noch nicht gelungen ist, ist verbreitet.⁸

(2009), S. 5; *Nokiel*, Bedeutung und Umfang des Begriffs „Eignung“ in Art. 33 Abs. 2 GG im Recht der Beamtinnen und Beamten des Bundes, in: DÖD 2017, S. 301 (305 f.); *Spellbrink*, Das Bundessozialgericht aus dem Blickwinkel der Rechtssoziologie – oder Wie wird man Bundesrichter?, in: FS 50 Jahre BSG, S. 875 (877 f.); *Wahl*, Ämterpatronage – ein Krebsübel der Demokratie? (2004); *Towfigh*, Das Parteien-Paradox (2015), S. 132 ff.; *Wassermann*, Ämterpatronage durch politische Parteien, in: NJW 1999, S. 2330.

⁵ Vgl. *Jung*, Der Zugang zum Öffentlichen Dienst nach Art. 33 II GG, S. 29 f.

⁶ Zu dieser Ursache fehlerhaften Verwaltungshandelns vgl. *Kopp*, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, S. 168, der in Anlehnung an *Tetzner*, Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens, S. 31, insofern von *unbewusster Willkür* spricht, die aus Eilfertigkeit, Zeitmangel oder Oberflächlichkeit der Verwaltung entspringt, im Gegensatz zu *bewusster Willkür*, die auf Vorsatz beruht.

⁷ Vgl. hierzu z. B. den Fall des BVerfG, Beschl. v. 29. 07. 2003 – 2 BvR 311/03 – ZBR 2004, S. 45. Dort hatte der Dienstherr zunächst 21 Beförderungsbewerber undifferenziert mit der Spitzennote beurteilt und die Auswahlentscheidung dann – bequem messbar – allein nach dem Beförderungsdienstalter getroffen.

⁸ Vgl. z. B. *Haferanke*, Horror Vacui – Unbesetzte Richterämter im Konkurrentenstreit, in: DRiZ 2014, S. 24 (27).

Zugleich ist aber auch offensichtlich, dass der steigende Anteil der Stellenbesetzungsverfahren, die durch eine gerichtliche Auseinandersetzung längere Zeit blockiert werden, eine geordnete Personalplanung der Behörden zunehmend erschwert. Nur ganz vereinzelt wird vertreten, dass verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz schon grundsätzlich nicht geeignet ist, das Leistungsprinzip durchzusetzen.⁹

Sucht man nach den Gründen, warum gerichtlicher Rechtsschutz im Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG trotz zunehmender Fallzahlen keine ausreichende Wirkung zu zeigen scheint, vermutet man die Antwort alsbald auf zwei Ebenen:

Erstens ist Rechtsschutz im Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG zumeist Konkurrenzschutz, d. h. ein zunächst unterlegener Bewerber versucht, sich mit Hilfe des Gerichts doch noch gegen den vom Dienstherrn ausgewählten Konkurrenten durchzusetzen. Den daraus resultierenden beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit unterwirft die Rechtsprechung ganz besonderen prozessualen Regeln. So kommt die gerichtliche Aufhebung der bereits erfolgten Ernennung des Konkurrenten aufgrund beamtenrechtlicher Besonderheiten nach h. M. im Regelfall nicht in Betracht. Primärrechtsschutz ist daher nur im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes innerhalb der häufig sehr kurzen Zeitspanne bis zur Amtsübertragung an den ausgewählten Konkurrenten zu erlangen.¹⁰ Immerhin hat das BVerwG mit seiner bahnbrechenden Entscheidung vom 04.11.2010¹¹ rechtswidrige Ernennungen zumindest in jenen Fällen für anfechtbar erklärt, in denen der nicht zum Zuge gekommene Bewerber keine Möglichkeit hatte, vor der Ernennung einen den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG genügenden gerichtlichen Rechtsschutz zu erlangen. Die Entscheidung schließt die bis dato bestehende prozessuale Rechtsschutzlücke, wirft aber neue Fragen auf.

Zweitens billigt die Rechtsprechung den Dienstherren auf materieller Ebene einen weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraum¹² zu, der gerichtlich nur sehr eingeschränkt überprüfbar sein soll.¹³ Zwar hat die Rechtsprechung mittlerweile

⁹ So etwa von *Riecker*, Können die Gerichte das „Leistungsprinzip“ durchsetzen? – Bemerkungen zu einer bedenklichen Fehleinschätzung, in: ZBR 1997, S. 180 und – jedenfalls für Beförderungen – neuerdings auch von v. *Roetteken*, Art. 33 Abs. 2 GG gewährleistet nur die Zugangsgleichheit für den Eintritt in den öffentlichen Dienst?, in: ZBR 2017, S. 145.

¹⁰ St. Rspr. seit BVerwG, Urt. v. 25.08.1988 – 2 C 62/85 – E 80, 127 und Urt. v. 09.03.1989 – 2 C 4/87 – ZBR 1989, S. 281; gebilligt durch das BVerfG, Beschl. v. 19.09.1989 – 2 BvR 1576/88 – NJW 1990, S. 501.

¹¹ BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – E 138, 102.

¹² Zum Nebeneinander von Beurteilungs- und Ermessensspielraum bei der Anwendung des Art. 33 II GG z. B. explizit BVerwG, Urt. v. 21.09.2005 – 2 A 5/04 – Juris, Rn. 21.

¹³ St. Rspr. seit BVerwG, Urt. v. 27.02.1959 – VI C 235/57 – E 8, 192 (195) und Urt. v. 25.11.1959 – VI C 347.57 – unveröff. (Urteilsabdruck, S. 14); anders noch BVerwG, Urt. v. 21.11.1958 – VII C 149/57 – Buchholz 11 Art. 12 GG Nr. 18, m. w. N. aus der früheren Instanzrechtsprechung. Ähnlich aus der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte BAG, Urt. v. 17.01.2006 – 9 AZR 226/05 – AP Nr. 6 zu § 24 BAT-O; Urt. v. 07.09.2004 – 9 AZR 637/03 – E 112, 13; LAG Nürnberg, Urt. v. 06.12.2005 – 7 Sa 192/05 – NZA-RR 2006, S. 273.