



**dbb Hessen**

dbb beamtenbund und tarifunion  
Landesbund Hessen

# NACHRICHTEN

## Juli/August 2012

### **Erfolg des dbb Hessen: Beihilfenrecht bleibt unangetastet**

Mit der Zwölften Verordnung zur Änderung der Hessischen Beihilfenverordnung vom 25.6.2012 (GVBl. 2012 S. 182) wurden die aktuellen Novellierungsabsichten des Beihilferechts „ad acta“ gelegt.

Dieser vernünftigen Entscheidung der Hessischen Landeregierung war eine intensive und sachlich geführte Diskussion in allen zu beteiligenden Gremien, u. a. der Landespersonalkommission, und mit Angehörigen aller Fraktionen des Hessischen Landtags vorangegangen.

Durch die Vorlage konkreter Berechnungsbeispiele konnte der **dbb Hessen** die Auswirkungen der zunächst geplanten Einschnitte im Beihilferecht auf die Höhe der Krankenversicherungsbeiträge transparent machen und auf die hohen Beitragserhöhungen für bestimmte Altersgruppen und bei bestimmten Familienkonstellationen, die zur Schließung der Versicherungslücke erforderlich geworden wären, verweisen.

Bereits im Vorfeld war es gelungen, die Sachleistungsbeihilfe - zunächst besitzstandswahrend - zu erhalten. Aber die nach wie vor geplante Streichung des Stationärzuschlags von 15 % und die Anhebung der Eigenbeteiligung bei gesonderter Berechnung der Unterkunft im Krankenhaus wären wesentliche „Kostentreiber“ für eine erforderliche Anpassung des Versicherungsschutzes geworden. Besonders Betroffene hätten mit einer vierstelligen jährlichen Beitragserhöhung ihrer privaten Krankenversicherung rechnen müssen. Dies war aus unserer Sicht unzumutbar.

Dieser Argumentation hat man sich nicht verschlossen und auch unter Anerkennung der den bereits den hessischen Beamtinnen und Beamten gerade in jüngster Zeit (z. B. zeitverzögerte Besoldungserhöhung) auferlegten Sonderopfer, von der Beihilfenovellierung Abstand genommen.

Natürlich hatte die Novellierung partiell auch Verbesserungen vorgesehen (z. B. „Mutter-Kind-Kuren“ und Beihilfefähigkeit von Komplextheraphien), die aufgrund der Weitergeltung der „Altfassung“ jetzt auch nicht zum Tragen kommen. Wägt man aber Vor- und Nachteile ab, kann der **dbb Hessen** mit der jetzt erzielten Lösung – der Entfristung des Altrechts - durchaus zufrieden sein.

## **Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 5 GG und Auswirkungen auf Stellenausschreibungen**

Immer wieder stellt sich die Frage, wie Stellen (z. B. im Kernbereich hoheitlichen Handelns) ausgeschrieben werden, die grundsätzlich verfassungsrechtlich Beamten vorbehalten sind.

Ist die Ausschreibung nur an Beamte zu richten oder können problemlos auch Tarifbeschäftigte einbezogen werden?

Mit dieser Frage -aber auch mit weitgehenden Fragen des Organisationsermessens bei dem Aufgabenzuschnitt der jeweiligen Stelle und zu Fragen des Anforderungsprofils - hat sich jüngst das Bundesverfassungsgericht befasst.

Da diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 25.11.2011 - 2 BvR 2305/11 - eine schöne Zusammenfassung der Gesamtproblematik beinhaltet, drucken wir Kernaussagen - sozusagen als leichte Sommerlektüre - im Nachgang ab:

[12] 1. a) Gemäß Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Danach sind öffentliche Ämter nach Maßgabe des Bestenauslesegrundsatzes zu besetzen. Die Geltung dieses Grundsatzes wird durch Art. 33 Abs. 2 GG unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistet. Die Vorschrift dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung des öffentlichen Dienstes. Zum anderen trägt Art. 33 Abs. 2 GG dem berechtigten Interesse der Beamten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen dadurch Rechnung, dass er grundrechtsgleiche Rechte auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl begründet. Die von Art. 33 Abs. 2 GG erfassten Auswahlentscheidungen können grundsätzlich nur auf Gesichtspunkte gestützt werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffen (vgl. BVerfGK 12, 184 <186>; 12, 284 <287>; BVerfG, Beschlüsse der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 26. November 2010 - 2 BvR 2435/10 -, NVwZ 2011, S. 746 <747>; vom 11. Mai 2011 - 2 BvR 764/11-, NVwZ 2011, S. 1191).

Mit den Begriffen "Eignung, Befähigung und fachliche Leistung" eröffnet Art. 33 Abs. 2 GG bei Entscheidungen über Beförderungen einen Beurteilungsspielraum des Dienstherrn. Dieser unterliegt schon von Verfassungs wegen einer nur begrenzten gerichtlichen Kontrolle (vgl. BVerfGE 39, 334 <354>; 108, 282 <296>; zu dienstlichen Beurteilungen BVerfG, Beschlüsse der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 29. Mai 2002 - 2 BvR 723/99 -, NVwZ 2002, S.1368; vom 11. Mai 2011 - 2 BvR764/11 -, NVwZ2011, S.1191). Art. 33 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG verleiht Beamten in diesem Rahmen das Recht, eine dienstrechtliche Auswahlentscheidung dahingehend überprüfen zu lassen, ob der Dienstherr ermessens- und beurteilungsfehlerfrei über ihre Bewerbung entschieden hat (vgl. BVerfGE 39, 334 <354>; BVerfGK 1, 292 <295 f>; 10, 474 <477>).

Als Voraussetzung für wirksamen Rechtsschutz folgt aus Art. 33 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG die Verpflichtung des Dienstherrn, die wesentlichen Auswahlerwägungen schriftlich niederzulegen (vgl. BVerfGK 11, 398 <402 f. >).

[13] b) Über die Einrichtung und nähere Ausgestaltung von Dienstposten entscheidet der Dienstherr nach organisatorischen Bedürfnissen und Möglichkeiten, ohne dass hierauf subjektive Rechte Einzelner bestünden. Es obliegt daher auch seinem organisatorischen Ermessen, wie er einen Dienstposten zuschneiden will (vgl. BVerfGK 12, 265 <27>). Zum Organisationsermessen einer Behörde gehört es, zu entscheiden, welche Aufgaben ihren einzelnen Untergliederungen zugewiesen werden und inwieweit damit die Besetzung der dafür vorgesehenen Stellen dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG unterliegt, nach dem die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Beamten zu übertragen ist.

[14] c) Bei der Bewerberauswahl hat der Dienstherr die gesetzlichen Vorgaben - und damit insbesondere den Grundsatz der Bestenauslese - zu berücksichtigen und darf sich nicht von sachwidrigen Erwägungen leiten lassen (vgl. BVerfGK 12, 265 <270>). Soweit objektive Rechtsnormen maßgebend für die Eignung des ausgewählten Konkurrenten sind, ist deren Einhaltung im Rahmen des Anspruchs auf eine fehlerfreie Entscheidung über die Bewerbung aus Art. 33 Abs. 2 GG inzident zu prüfen (vgl. BVerfGK 12, 265 <271 f>). Der Bewerbungsverfahrensanspruch beschränkt sich dabei auf das Auswahlverfahren und die Auswahlentscheidung. Er endet grundsätzlich mit der Auswahlentscheidung und erstreckt sich nicht auch auf den Status, der dem ausgewählten Bewerber bei Übertragung des Dienstpostens zuerkannt wird.

[15] d) Die Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung können vom Dienstherrn in Bezug auf den Aufgabenbereich eines konkreten Amtes durch die Festlegung eines Anforderungsprofils bereits im Vorfeld der Auswahlentscheidung konkretisiert werden (BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 26. November 2010 - 2 BvR 2435/10 -, NVwZ 2011, S. 746 <747>). Inwieweit dem Dienstherrn im Rahmen seiner Organisationsgewalt bei der Festlegung des Anforderungsprofils ein mehr oder weniger großer Einschätzungsspielraum zuzugestehen ist, lässt sich nicht abstrakt formulieren, sondern ist bereichsspezifisch anhand des jeweiligen Fachrechts unter Berücksichtigung grundgesetzlicher Vorgaben näher zu bestimmen (BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 26. November 2010 - 2 BvR 2435/10 -, NVwZ 2011, S. 746 <747>). Fehler im Anforderungsprofil führen grundsätzlich auch zur Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens, weil die Auswählerwägungen dann auf sachfremden, nicht am Leistungsgrundsatz orientierten Gesichtspunkten beruhen (BVerfGK 12, 184 <188>; 12, 265 <271>; 12, 284 <289>; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 26. November 2010 - 2 BvR2435/ 10 -, NVwZ 2011, S. 746 <747>). Im Übrigen unterliegt es nur eingeschränkter gerichtlicher Kontrolle, welchen der zur Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zu rechnenden Umständen der Dienstherr im Rahmen seines Auswählersmessens das größere Gewicht beimisst (vgl. BVerfGK 12, 106 <108>; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 26. November 2010 - 2 BvR 2435/10 -, NVwZ 2011, S. 746 <747>).

[16] e) Bei der Überprüfung einer Auswahlentscheidung kann der Beamte sowohl geltend machen, selbst in rechtswidriger Weise benachteiligt worden zu sein, als auch eine auf sachfremden Erwägungen beruhende unzulässige Bevorzugung des ausgewählten Konkurrenten rügen. Der Fehler kann daher sowohl in der Qualifikationsbeurteilung des Beamten als auch in derjenigen des erfolgreichen Bewerbers oder im Leistungsvergleich zwischen den Bewerbern liegen. Ein derartiger Fehler liegt auch dann vor, wenn dem ausgewählten Mitbewerber bereits die Eignung für die zu besetzende Stelle fehlt. Denn die in der Auswahl liegende Feststellung, dass der Mitbewerber für die Wahrnehmung der Stelle geeignet ist - und zwar besser als der Konkurrent -, trifft dann nicht zu. In diesem Fall ist die Auswahlentscheidung nicht auf Grundlage der in Art. 33 Abs. 2 GG vorgegebenen Maßstäbe erfolgt und damit fehlerhaft. Die Auswahl eines Bewerbers, der die Mindestqualifikation für die in Rede stehende Stelle nicht besitzt, verletzt daher den unterlegenen Bewerber in seinem Bewerbungsverfahrensanspruch (BVerfGK 12, 265 <269>).

[17] 2. Gemessen an diesem Maßstab sind die angegriffenen Gerichtsentscheidungen nicht zu beanstanden. Sie haben die Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG weder außer Acht gelassen noch ihren Inhalt verkannt.

[18] a) Die fachgerichtlichen Entscheidungen mussten nicht eine Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs der Beschwerdeführerin daraus herleiten, dass sich die Stellenausschreibung an Beamte und Beschäftigte richtete und mit dem Beigeladenen ein Angestellter für die Stelle ausgewählt wurde.

[19] aa) Dass sich die Ausschreibung an Beamte und Beschäftigte richtete, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Ohne dass hierzu eine grundsätzliche Rechtspflicht bestünde, dient die Öffnung des Auswahlverfahrens auch für Angestellte der Mobilisierung eines umfassenden Bewerberfelds und damit dem Grundsatz der Bestenauslese. Diese Öffnung steht nicht in Konflikt mit dem Strukturprinzip des Art. 33 Abs. 4 GG, wonach die ständige Ausübung hoheitlicher Befugnisse nicht in größerem Umfang auf Nichtbeamte übertragen werden darf (BVerfGE 9, 268 <284>). Eine solche Ausschreibung schließt vielmehr noch nicht aus, dass dem ausgewählten Bewerber, sofern er Angestellter ist, die Funktion unter Berufung in das Beamtenverhältnis übertragen wird.

[20] bb) Auch, dass mit dem Beigeladenen konkret ein Angestellter ausgewählt wurde, haben die Fachgerichte nicht beanstanden müssen. Die Angestellten- oder Beamteneigenschaft ist auch unter dem Blickwinkel des Art. 33 Abs. 4 GG grundsätzlich kein Gesichtspunkt, der unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betrifft (vgl. auch Verfassungsgericht des Landes Brandenburg, Beschluss vom 18. Oktober 2007 - VfGBbg 11/07 EA-, NVwZ 2008, S. 210; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 1. Juni 2007 - OVG 4 S 4.07 -, juris, Rn. 7 f; anders OVG des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 20. Januar 2011 - 1 M 159/10 -, LKV 2011, S. 178 <180f>; OVG für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 6. Mai 2008 - 1 B 1786/07 -, juris, Rn. 50ff.). Für den Fall, dass der Dienstposten die ständige Ausübung hoheitlicher Befugnisse beinhaltet und keine Ausnahme vom Regelvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG gegeben sein sollte, obliegt es dem Dienstherrn, eine Verbeamtung des ausgewählten Bewerbers vorzunehmen. Hierauf bezieht sich der Bewerbungsverfahrensanspruch der Beschwerdeführerin nicht mehr. Dass eine Verbeamtung beim Beigeladenen von vornherein ausschiede, ist weder mit der Verfassungsbeschwerde vorgetragen noch ansonsten ersichtlich.

[21] b) Nach dem oben dargelegten Maßstab stellt es weiterhin keinen Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG dar, wenn die Fachgerichte nicht beanstandet haben, dass der Dienstherr in seinem Anforderungsprofil die Befähigung für die Laufbahn des höheren allgemeinen Verwaltungsdienstes oder vergleichbare Verwaltungserfahrung auf der Grundlage einer abgeschlossenen wissenschaftlichen, insbesondere juristischen oder wirtschaftswissenschaftlichen Hochschulbildung forderte. Die Fachgerichte durften annehmen, dass sich die Fassung des Anforderungsprofils in den Grenzen des Organisationsermessens und des Einschätzungsspielraums des Dienstherrn hält. Dem Grundsatz der Bestenauslese entspricht es, wenn das Anforderungsprofil nicht nur starr auf die Laufbahnbefähigung abstellt, sondern Alternativen in den Blick nimmt. In Anbetracht des Einschätzungsspielraums des Dienstherrn ist das Merkmal der vergleichbaren Verwaltungserfahrung auch nicht zu unbestimmt, zumal die mit dem Adjektiv "vergleichbar" in Bezug genommene Laufbahnbefähigung für den höheren allgemeinen Verwaltungsdienst Anknüpfungspunkte für eine Konkretisierung schafft. Die Fachgerichte mussten auch nicht von Verfassungs wegen davon ausgehen, dass es eine der Laufbahnbefähigung vergleichbare Verwaltungserfahrung nicht geben könne. Die fachgerichtlichen Ausführungen dazu, dass Berufserfahrung durch langjährige und gehobene Tätigkeiten in der Verwaltung mit den im Vorbereitungsdienst vermittelten berufspraktischen Fähigkeiten vergleichbar sein können, sind verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

[22] c) Soweit die Beschwerdeführerin rügt, dass die Verwaltungstätigkeiten des Beigeladenen keine "vergleichbare Verwaltungserfahrung" ergäben, verkennt sie den begrenzten Kontrollauftrag des Bundesverfassungsgerichts. Die Würdigung eines Sachverhalts ist primär Sache des Dienstherrn und allenfalls durch die Fachgerichte überprüfbar (stRspr; vgl. BVerfGE 18, 85 <92>; 68, 361 <372>). Auch diese trifft wegen des Einschätzungsspielraums des Dienstherrn nur eine eingeschränkte Prüfungspflicht. Die Ausführungen der Verwaltungsgerichte, der Beigeladene werde den Anforderungen durch langjährige und gehobene Tätigkeiten in unterschiedlichen Bereichen der Verwaltung gerecht, stellt die Verfassungsbeschwerde vor diesem Hintergrund nicht substantiiert in Frage.

## **Die „echte“ und „unechte“ Rückwirkung aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts**

Das Bundesverfassungsgericht hatte sich aus Anlass der rückwirkenden Inkraftsetzung des § 14a Abs. 1 BeamtVG durch Art. 17 Abs. 1 DNeuG (Bundesbeamtenrecht) mit der Frage zu befassen, ob diesem rückwirkenden Inkrafttreten ein schutzwürdiges Vertrauen negativ betroffener Beamtinnen und Beamten entgegensteht. Im konkreten Fall hat dies das Bundesverfassungsgericht verneint (BVerfG, Beschluss v. 2.5.2012 – 2 BvL 5/10).

Über diesen entschiedenen Fall hinaus, sind aber die allgemeinen Ausführungen zur „echten“ und „unechten“ Rückwirkung belastender Rechtsänderungen von Interesse, da diese Fragen vor dem Hintergrund von „Einschnitten“ in die aktuelle Rechtssituation der Beamtinnen und Beamten immer wieder von Bedeutung sind.

Der **dbb Hessen** darf in diesem Zusammenhang nur an die mit dem Ersten Dienstrechtsmodernisierungsgesetz erfolgte Erhöhung der Lebensarbeitszeitgrenze mit Auswirkungen auf bestehende Altersteilzeitverhältnisse, auf die Neuberechnung des Besoldungszuschlags im Falle der begrenzten Dienstfähigkeit und auf die schon seit geraumer Zeit zu konstatierenden Verschlechterungen im Versorgungsrecht (Absenkung Ruhegehaltssatz, Anrechnung ruhegehaltspflichtiger Zeiten, etc.) verweisen.

Vielfach wird im Kollegenkreis von einem „enttäuschten Vertrauen“ ausgegangen und die Frage gestellt, ob so etwas überhaupt rechtens sein kann.

Hierzu einige Kernaussagen des Bundesverfassungsgerichts, inwieweit die geltende Rechtslage rückwirkend verändert werden kann, wobei die Rechtsprechung insbesondere begrifflich zwischen „echter“ (belastender) und „unechter“ (belastender) Rückwirkung unterscheidet. Regelungen, die rückwirkend Besserstellungen bringen, sind natürlich zulässig, leider aber eher die Ausnahme.

Eine Rechtsnorm entfaltet „echte“ Rückwirkung („Rückbewirkung von Rechtsfolgen“), wenn ihre Rechtsfolge mit belastender Wirkung schon vor dem Zeitpunkt ihrer Verkündung für bereits abgeschlossene Tatbestände gelten soll.

Soweit belastende Rechtsnormen einer Norm erst nach ihrer Verkündung eintreten, tatbestandlich aber von einem bereits ins Werk gesetzten Sachverhalt ausgelöst werden („tatbestandliche Rückanknüpfung“), liegt eine „unechte“ Rückwirkung vor.

Die belastende, echte Rückwirkung ist verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig. Ausnahmsweise können aber zwingende Belange des Gemeinwohls oder ein nicht – oder nicht mehr – vorhandenes schutzwürdiges Vertrauen des Einzelnen eine Durchbrechung des Verbots einer „echten“ Rückwirkung gestatten.

Dagegen ist die „unechte“ Rückwirkung nicht grundsätzlich unzulässig, denn die Gewährung vollständigen Schutzes zugunsten des Fortbestehens der bisherigen Rechtslage würde den dem Gemeinwohl verpflichteten Gesetzgeber in wichtigen Bereichen lähmen und den Konflikt zwischen der Verlässlichkeit der Rechtsordnung und der Notwendigkeit ihrer Änderung im Hinblick auf einen Wandel der Lebensverhältnisse in nicht mehr vertretbarer Weise zu Lasten der Anpassungsfähigkeit der Rechtsordnung lösen. Der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz, der in Art. 33 Abs. 5 GG seine besondere Ausprägung erfahren hat, geht insbesondere nicht so weit, den Staatsbürger vor jeder Enttäuschung zu bewahren. Soweit nicht besondere Momente der Schutzwürdigkeit hinzutreten, genießt die bloß allgemeine Erwartung, das geltende Recht werde zukünftig unverändert fortbestehen, keinen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz.

Dabei sind die Interessen der Allgemeinheit, die mit der Regelung verfolgt werden, und das Vertrauen des Einzelnen auf die Fortgeltung der Rechtslage abzuwägen. Dabei kann für die Frage der „Schutzwürdigkeit“ eine Rolle spielen, ob auf gesetzlichen Entscheidungen beruhende „Vermögensdispositionen“ bereits getroffen wurden.

## Neues aus dem Walhalla-Fachverlag

### Personalvertretungsrecht Hessen 2012

Walter Spieß

Kommentar - mit Wahlordnung

### Ihre Rechte als Personalvertretung



Diese Kommentierung zum Personalvertretungsrecht Hessen richtet sich sowohl an neu gewählte Personalvertretungsmitglieder, die sich schnell mit den Grundzügen des Personalvertretungsrechts vertraut machen wollen, als auch an erfahrene Profis.

Der bewusst verständlich gehaltene Kommentar enthält:

- Präzise Erläuterungen zu den einzelnen Paragraphen
- Aktuelle Rechtsprechung mit zahlreichen Querverweisen
- Fristenkalender
- Beispiele aus der Personalratspraxis

Die Ausgabe 2012 berücksichtigt die personalvertretungsrechtliche Zusammenfassung der Gruppe der Angestellten und Arbeiter zur Gruppe der Arbeitnehmer. Dies berührt neben der Wahlordnung insbesondere die personalvertretungsrechtlichen Vorschriften, die dem gesetzlich zu beachtenden Gruppenprinzip Rechnung tragen.