



Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 18/7616

Landeshaus, Düsternbrooker Weg 70, 24105 Kiel

An den
Vorsitzenden der Piraten-Fraktion
Herrn Dr. Patrick Breyer, MdL

- im Hause -

Ihr Zeichen:

Ihre Nachricht vom: 18. August 2016

Mein Zeichen: L 202 - 248/18

Meine Nachricht vom:

Bearbeiter/in: Dr. Sonja Riedinger

Telefon (0431) 988-1104

Telefax (0431) 988-1250

sonja.riedinger@landtag.ltsh.de

14. Dezember 2016

Einstellungsverfahren der Landespolizei in 2016

Sehr geehrter Herr Dr. Breyer,

mit Schreiben vom 18. August 2016 hatten Sie um eine rechtliche Einschätzung zum o. g. Einstellungsverfahren gebeten. Hierzu hatten wir bereits am 14. September 2016 im Rahmen der 141. Sitzung des Innen- und Rechtsausschusses darauf hingewiesen, dass ohne Kenntnis der Umstände des jeweiligen Einzelfalles Aussagen zu konkreten Einstellungsverfahren nicht getroffen werden können und dass aus diesem Grund lediglich eine abstrakte Bewertung des Sachverhalts vorgenommen werden kann.

Nach einer daraufhin mit Ihrem Einverständnis vorgenommenen Rücksprache mit dem Ministerium für Inneres und Bundesangelegenheiten (MIB) stellt sich dieser Sachverhalt nach der Darstellung des MIB wie folgt dar:

Zu den Einstellungsterminen 01.08.2016/01.02.2017 sollten insgesamt 400 Bewerberinnen und Bewerber in den Vorbereitungsdienst der PD AFB aufgenommen werden. Diese 400 Stellen sind im Wege der Bestenauslese besetzt worden. Allerdings hatten bereits während des laufenden Auswahlverfahrens einige Bewerberinnen und Bewerber eine Einstellungszusage erhalten, um die nach den Erfahrungswerten der Vorjahre bestgeeigneten Bewerberinnen und Bewerber frühzeitig an das Land Schleswig-

Holstein zu binden. Nach den Angaben des MIB handelte es sich bei diesen „Einstellungszusagen“ um Zusicherungen i. S. d. § 108a LVwG.¹ Bei Abschluss des Auswahlverfahrens stellte sich jedoch heraus, dass der Rankingwert für diese Einstellungszusagen zu tief gewählt worden war, d. h. dass über die im Rahmen der 400 zu vergebenden Plätze hinaus 53 Einstellungszusagen an Bewerberinnen und Bewerber mit niedrigeren Punktzahlen ausgesprochen worden waren. Unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes wurde entschieden, die Zusicherungen nicht nach § 116 LVwG zurückzunehmen, sondern diese 53 Bewerberinnen und Bewerber zusätzlich zu den 400 im Wege der Bestenauslese ermittelten Bewerberinnen und Bewerbern einzustellen.

Hierzu nehmen wir wie folgt Stellung:

Ernennungen – u. a. zur Begründung eines Beamtenverhältnisses – sind gem. § 9 BeamtStG nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ohne Rücksicht auf Geschlecht, Abstammung, Rasse oder ethnische Herkunft, Behinderung, Religion oder Weltanschauung, politische Anschauungen, Herkunft, Beziehungen oder sexuelle Identität vorzunehmen. Damit wird Art. 33 Abs. 2 GG Rechnung getragen, wonach jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt hat.

Bei der Entscheidung, welchem von mehreren in Betracht kommenden Bewerbern ein Dienstposten übertragen wird, ist daher das sog. Prinzip der Bestenauslese zu beachten. Der Dienstherr hat Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber zu bewerten und zu vergleichen. Ein besser qualifizierter Bewerber darf nicht übergangen werden. Der einzelne Bewerber hat in einer Konkurrenzsituation ein Recht auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über die Stellenbesetzung (vgl. *BVerwGE* 118, 370, 372). Bestehen hieran Zweifel, steht es einem abgewiesenen Bewerber offen, seinen vermeintlichen Anspruch auf Ernennung im Wege einer sog. Konkurrentenklage vor den Verwaltungsgerichten durchzusetzen.

Ein Anspruch auf Ernennung kann sich unabhängig davon ferner daraus ergeben, dass dem Bewerber die Ernennung von Seiten der zuständigen Behörde rechtswirksam zugesichert wird (vgl. *Kunig*, in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2005, 6. Kap., RN 89 m. w. N.; vgl. auch *VG Minden*, Beschluss vom

¹ Das Vorliegen einer Einstellungszusicherung kann nur unter engen Voraussetzungen angenommen werden, vgl. hierzu *Günther*, Über Einstellungs- und Beförderungszusicherungen, ZBR 1982, S. 193 ff. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte wird im Rahmen dieser Stellungnahme gleichwohl entsprechend der Angaben des MIB vom Vorliegen von Zusicherungen i. S. d. § 108a LVwG ausgegangen.

28.08.2008, Az.: 4 L 424/08, RN 10 – zit. nach juris). Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch einer rechtswidrigen Zusicherung, sofern sie nicht nichtig ist, bis zu ihrer Aufhebung die volle Bindungswirkung zukommt (vgl. *OVG Münster*, Beschluss vom 10.01.2008, Az.: 6 A 2144/05, RN 6 – zit. nach juris). Vorliegend ist nichts mitgeteilt worden, woraus auf eine Nichtigkeit der hier erteilten „Einstellungszusagen“ zu schließen wäre.

Ändert sich nach Abgabe der Zusicherung die Sach- oder Rechtslage derart, dass die Behörde bei Kenntnis der nachträglich eingetretenen Änderung die Zusicherung nicht gegeben hätte oder aus rechtlichen Gründen nicht hätte geben dürfen, so ist die Behörde gem. § 108a Abs. 3 LVwG an die Zusicherung nicht mehr gebunden, so dass die Bindung an die Zusicherung *eo ipso* erlischt. Ein solcher Fall kann auch dann vorliegen, wenn im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens zu einem späteren Zeitpunkt ein Bewerber auftritt, der aus der maßgeblichen gegenwärtigen Sicht besser als der Zusicherungsempfänger geeignet ist und deshalb den Vorzug verdient (*Schnellenbach*, *Konkurrenzen im öffentlichen Dienst*, 2015, S. 27). Allerdings ist § 108a Abs. 3 LVwG nur dann einschlägig, wenn die Zusicherung nicht von Anfang an rechtswidrig war; in einem solchen Fall sind vielmehr die Voraussetzungen für die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes nach § 116 LVwG maßgeblich (vgl. *Stelkens*, in: *ders./Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz*, 8. Aufl. 2014, § 38 RN 96).

Daher ist der Frage nachzugehen, ob es rechtmäßig ist, Bewerberinnen und Bewerbern vor Abschluss eines Bewerbungsverfahrens eine „Einstellungszusage“ mit der Rechtswirkung einer Zusicherung i. S. d. § 108a LVwG zukommen zu lassen.

Eine Auswertung der Rechtsprechung ergibt, dass auch in anderen Bundesländern die Praxis festzustellen ist, Bewerbern für den Polizeivollzugsdienst bereits vor Abschluss des Auswahlverfahrens Schreiben zukommen zu lassen, mit denen ihnen signalisiert wird, dass die zuständige Behörde beabsichtigt, sie einzustellen (vgl. *VG Gelsenkirchen*, Beschluss vom 11.09.2008, Az.: 1 L 1059/08; *VG Minden*, Beschluss vom 29.08.2008, Az.: 4 L 433/08; *OVG Münster*, Beschluss vom 09.01.2008, Az.: 6 B 1763/07 – zit. nach juris). Allerdings ist in den genannten Fällen das Vorliegen einer auf eine Einstellung bezogenen Zusicherung nicht angenommen worden.² Dabei führte das *VG Gelsenkirchen* (aaO., RN 28) aus:

„Vor dem Hintergrund des Prinzips der Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG) dürfen auf eine Einstellung bezogene Zusicherungen vor Abschluss eines Stellen-

² Aufgrund der konkreten Formulierungen der jeweils versandten Schreiben wurde das Vorliegen einer verbindlichen Zusicherung i. S. d. § 38 VwVfG NRW, der § 108a LVwG entspricht, verneint.

bewerbungsverfahrens im Regelfall wohl auch nicht rechtmäßigerweise abgegeben werden können (...).“

Dieser Einschätzung schließt sich auch der Wissenschaftliche Dienst an. Denn die zuständige Behörde kann nicht ohne Weiteres gewährleisten, ihrer Verpflichtung nachzukommen, Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber auf eine Stelle zu bewerten und zu vergleichen und besser qualifizierte Bewerber nicht zu übergehen, wenn bereits vor Abschluss des Verfahrens einem Teil der frühzeitigen Bewerber verbindliche Einstellungszusagen erteilt werden. Bei einer solchen Verfahrensweise ist ein Konflikt mit dem Prinzip der Bestenauslese auf Dauer unvermeidlich, es sei denn, dass dies aufgrund der Besonderheiten des Verfahrens vollständig ausgeschlossen werden kann. Dies war im hier in Rede stehenden Verfahren offensichtlich nicht der Fall.

Die Wirksamkeit der Ernennung der betroffenen Anwärterinnen und Anwärter wird durch diese Einschätzung nicht berührt.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen
Für den Wissenschaftlichen Dienst

gez. Dr. Sonja Riedinger