

## Öffentliches Recht – Beamtenrechtliche Konkurrentenklage

### Art 19 IV GG; Art 33 II GG; § 123 VwGO

BVerwG, Urteil vom 21. August 2003 – BVerwG 2 C 14.02 – DVBl 2004, ### = NVwZ 2004, ###

#### >>Leitsatz<<

*Wird entgegen einer einstweiligen Anordnung ein Mitbewerber befördert, so kann der im vorläufigen Rechtsschutz obsiegende Beamte seinen Bewerbungsverfahrensanspruch im Hauptsacheverfahren weiterverfolgen. Dies setzt nicht die Möglichkeit voraus, die bereits erfolgte Ernennung aufzuheben.*

#### >>Sachverhalt<<

Der Kläger ist Beamter im Dienst der Beklagten. Diese schrieb 1992 eine Stelle eines Sachgebietsleiters aus und lehnte die Bewerbung des Klägers ab. Daraufhin suchte der Kläger vor dem Verwaltungsgericht um vorläufigen Rechtsschutz nach, das der Beklagten durch einstweilige Anordnung aufgab, die dem Dienstposten des Sachgebietsleiters zugeordnete Planstelle freizuhalten. Gleichwohl beförderte die Beklagte den Mitbewerber Y zum Amtsrat. Der Kläger beantragte hierauf bei der Beklagten, ihm rückwirkend ab dem Zeitpunkt, zu dem er seiner Auffassung nach hätte befördert werden müssen, den Unterschiedsbetrag zwischen seiner bisherigen Besoldung und der auf der ausgeschriebenen Stelle zu erzielenden Besoldung nebst 4 % Zinsen seit den monatlichen Fälligkeitszeitpunkten zu zahlen. Nach Zurückweisung seines Antrags auch im Widerspruchsverfahren beantragte der Kläger im Klageverfahren, ebenfalls über sein Bewerbungsgesuch erneut zu entscheiden. Die Klage blieb in beiden Tatsacheninstanzen erfolglos.

#### >>Problem<<

Gemäß Art. 33 II GG hat jeder Deutsche ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Ein Beförderungsbewerber hat dementsprechend einen Anspruch darauf, dass der Dienstherr über seine Bewerbung ermessens- und beurteilungsfehlerfrei entscheidet<sup>1</sup>.

Wird die Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt gemäß Art. 33 II GG durch die öffentliche Gewalt gerügt, erfordert das

---

<sup>1</sup> BVerfG DVBl 2002, 1633; NVwZ 2002, 1367

Gebot effektiven Rechtsschutzes unter anderem eine hinreichende richterliche Prüfungsbefugnis über das Rechtsschutzbegehren und eine ausreichende Entscheidungsmacht zur wirksamen Abhilfe der Rechtsverletzung. Dies bedeutet im Streit um den Zugang zu einem öffentlichen Amt, dass der unter Verstoß gegen Art. 33 II GG abgelehnte Bewerber grundsätzlich die Möglichkeit haben muss, vor Gericht die Achtung seines Anspruch aus Art. 33 II GG durchzusetzen. Dabei genügt die bloße Feststellung der Rechtswidrigkeit oder der Verweis auf einen Schadensausgleich in Geld im Regelfall nicht, wenn nicht tatsächliche Umstände oder zwingende Gründe des allgemeinen Wohls der Beseitigung des angegriffenen Hoheitsakts entgegenstehen<sup>2</sup>.

Weil aber der bei der Auswahlentscheidung unterlegene Bewerber seit dem Urteil des BVerwG vom 25.08.1988<sup>3</sup> faktisch vielfach auf das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes verwiesen worden war, galt es nicht selten innerhalb kurzer Zeit für den im Auswahlverfahren Unterlegenen zu entscheiden, die (vermeintliche) Benachteiligung zu akzeptieren oder aber sich auf das riskante Unternehmen des Eilrechtsschutzes einzulassen. Denn aufgrund Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, das die Anfechtbarkeit der Übergabe der Ernennungsurkunde ausschloss und dem Grundsatz der Ämterstabilität den Vorrang vor den Primärrechtsschutzinteressen gab, konnte der unterlegene Konkurrent regelmäßig allein durch Beantragung einer einstweiligen Anordnung nach § 123 I VwGO seinen Anspruch nach Art 33 GG wahren<sup>4</sup>. Nur so war es ihm nämlich möglich, eine Beförderung seines Mitbewerbers und damit die Schaffung vollendeter Tatsachen zu verhindern.

Als Folge dieses Urteils des BVerwG vom 25.08.1988 erreichten beamtenrechtliche Konkurrentenstreitigkeiten es mithin so gut wie gar nicht mehr, so dass ihm dadurch das – auch unter dem Gesichtspunkt der demokratischen Legitimation der Verwaltung – nicht unwichtige Teilrechtsgebiet des beamtenrechtlichen Konkurrentenstreits zu entgleiten drohte. Denn allein mittels der selten anhängig gemachten Verfahren, für die eine erstinstanzliche Zuständigkeit des BVerwG gegeben ist, ließ sich die Rechtseinheit nicht wahren. Doch auch das BVerwG schien diese Situation als misslich erkannt zu haben und nutzte im September 2001 eine sich aufgrund der Konzentration der beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitigkeiten auf den Eilrechtsschutz doch noch bietende Gelegenheit, nachdrückliche Zweifel an der bisherigen Praxis anzubringen<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup>BVerfG NJW 1990, 501

<sup>3</sup>BVerwGE 80, 127

<sup>4</sup>Hermanns, NordÖR 2002, 108, 109 f; i E auch Lemhöfer, ZBR 2003, 14 f

<sup>5</sup>BVerwGE 115, 89 ff hierzu Aulehner JA 2002, 554; Brinktrine, RiA 2003, 15; Grundmann, NordÖR 2002, 106; Hermanns, NordÖR 2002, 108; Lemhöfer, ZBR 2003, 14

In diesem Kontext ist die vorliegende Entscheidung des BVerwG zu sehen, denn sie gab diesem nach der Entscheidung aus dem September 2001 zum ersten mal Gelegenheit, nach den zum Ausdruck gebrachten Zweifel, vor allem aber der zukünftigen Verfahrensweise bei Konkurrentenstreitigkeiten schärfere Konturen zu verleihen.

### >>Lösung des BVerwG<<

Das BVerwG hebt die Urteile der beiden Vorinstanzen auf und verweist die Sache zur weiteren Sachverhaltsklärung an das Oberverwaltungsgericht zurück. Dabei knüpft das BVerwG zunächst an seine zum beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit ergangene Rechtsprechung an und stellt unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung von BGH und BAG<sup>6</sup> fest, dass sich der um eine Beförderungsauswahl geführte Rechtsstreit mit der endgültigen Besetzung der ausgeschriebenen Stelle erledigt, weil Beförderung und Besetzung der Stelle nicht mehr rückgängig gemacht werden können. Die in seinem Urteil vom 13.09.2001 geäußerten Zweifel an der Richtigkeit dieser Rechtsprechung verwirft es unter Hinweis auf den jüngst ergangenen Beschluss des BVerfG<sup>7</sup>, denn eine wirksame Rechtsschutz gewährende gerichtliche Kontrolle ist auch dann gewährleistet, wenn einstweiliger Rechtsschutz unter eingehender tatsächlicher und rechtlicher Prüfung des im Hauptsacheverfahren geltend gemachten Bewerbungsverfahrensanspruchs gewährt wird. Sodann führt das BVerwG im Einzelnen aus, welche Anforderungen Verwaltung und Gerichte erfüllen müssen, um diesem Bewerbungsverfahrensanspruch zu genügen.

„Mit diesen Vorgaben aus Art. 19 Abs. 4 GG in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 GG ist die Annahme unvereinbar, der Bewerbungsverfahrensanspruch gehe auch dann mangels Erfüllbarkeit durch den Dienstherrn unter, wenn dieser unter Verstoß gegen eine den Anspruch sichernde einstweilige Anordnung einen Konkurrenten befördert.“

Weiter führt das BVerwG aus:

„Der Dienstherr kann den verfassungsrechtlich gewährleisteten effektiven Rechtsschutz weder von vornherein noch nachträglich vereiteln. Der Betroffene hat vielmehr einen Anspruch auf Wiederherstellung, wenn die Verwaltung durch ihr Verhalten rechtzeitigen vorläufigen Rechtsschutz verhindert oder sich über dessen erfolgreiche Inanspruchnahme hinweggesetzt hat. ... Das ergibt die gebotene verfassungskonforme Auslegung und Anwendung des Verfahrens- und des materiellen Rechts.“

Dies begründet das BVerwG damit, dass nach dem in § 162 Abs. 2 BGB sowie in den §§ 135 und 136 BGB zum Ausdruck kommenden, auch im öffentlichen Recht geltenden

---

<sup>6</sup> BGHZ 129, 226; BAGE 89, 300

<sup>7</sup> BVerfG DVBl 2002, 1633; hierzu Sattler JA 2002, 370

allgemeinen Rechtsgedanken der Dienstherr einem Bewerber nicht durchgreifend entgegenhalten kann, er könne dessen Bewerbungsverfahrensanspruch mangels Besetzbarkeit der unter Verstoß gegen eine einstweilige Anordnung von ihm als Dienstherrn vergebenen Planstelle nicht mehr erfüllen. Vielmehr kann der betroffene Bewerber verlangen, verfahrensrechtlich und materiellrechtlich so gestellt zu werden, als sei die einstweilige Anordnung beachtet worden.

„Sein durch diese gesicherter Bewerbungsverfahrensanspruch ist im Hauptsacheverfahren unverändert gerichtlich umfassend zu prüfen. Erweist er sich als begründet, ist der Klage stattzugeben.“

Denn die Beförderung eines erweislich zu Unrecht nicht ausgewählten Bewerbers ist von Rechts wegen nicht ausgeschlossen, wenn der Dienstherr eine einstweilige Sicherungsanordnung missachtet hat, da er sich weder auf fehlende Haushaltsmittel noch auf das Fehlen einer besetzbaren Planstelle, die zuvor zu Unrecht mit einem Konkurrenten besetzt wurde, berufen kann. Gegebenenfalls ist eine neue Planstelle zu schaffen. Allerdings kann eine erneut zu treffende Auswahlentscheidung nur zu einer Ernennung mit Wirkung für die Zukunft führen, für die Vergangenheit kommt ausschließlich Schadensersatz in Betracht.

### >>Hinweise<<

Die in der Fachwelt mit Spannung erwartete und nunmehr vorliegende Entscheidung des BVerwG bringt in verschiedenen Punkten des zukünftigen Umgangs mit beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitigkeiten Klarheit, gibt aber auch Rätsel auf. Klar ist jetzt, dass auch das BVerwG es weiterhin grundsätzlich für ausreichend hält, wenn Konkurrentenstreitigkeiten in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ausgetragen werden, solange die von ihm postulierten Anforderungen an die Ausgestaltung der Verwaltungs- und Gerichtsverfahren beachtet werden.

Andererseits stellt sich die Frage, warum ein Bewerber, der in einem Verfahren nach § 123 I VwGO eine Sicherungsanordnung erwirkt, die von der Verwaltung nicht beachtet wird, besser gestellt wird als ein Bewerber, dem zu Unrecht eine solche Sicherungsanordnung versagt wird. Der Umstand nämlich, dass im ersten Fall nur die Verwaltung sich nicht an Recht und Gesetz hält, während im zweiten Fall zusätzlich auch zumindest ein Gericht den Erlass einer einstweiligen Anordnung rechtswidrig ablehnt, kann hierfür nicht ausreichen. Denn im Verfahren nach § 123 I VwGO wird keine endgültige Entscheidung, sondern allein eine an den Folgen der Anordnung orientierte

und auf Prognosen gestützte Ermessensentscheidung getroffen, die keine über das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes hinausgehende Rechtskraft beansprucht. Der „springende Punkt“ dabei ist nun, dass im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren mit Ablehnung des Erlasses einer einstweiligen Anordnung regelmäßig auch über die Besetzung der Beförderungsstelle entschieden worden ist, da die Verwaltung in diesen Fällen dann die Stelle durch Aushändigung der Ernennungsurkunde zu besetzen pflegt. Und obwohl die Entscheidung fehlerhaft sein kann, bedeutet dies – nimmt man das BVerwG beim Wort – dass der Beförderungsverfahrensanspruch infolge der Einhaltung der vom BVerwG aufgestellten Anforderungen an das Verfahren untergegangen ist. Dem unterlegenen Beförderungsbewerber gibt dies freilich Steine statt Brot. Es gilt daher weiter darüber nachzudenken, ob es nicht für sämtliche Verfahrenskonstellationen Mittel und Wege gibt, dem Geeignetsten, Befähigsten und Leistungsfähigsten zu seinem Recht zu verhelfen.

#### >>Fazit<<

1. Der um eine Beförderungsauswahl geführte Rechtsstreit ist mit der endgültigen Besetzung der ausgeschriebenen Stelle erledigt, weil Beförderung und Besetzung der Stelle nicht mehr rückgängig gemacht werden können.
2. Eine wirksame Rechtsschutz gewährende gerichtliche Kontrolle ist auch dann gewährleistet, wenn einstweiliger Rechtsschutz unter eingehender tatsächlicher und rechtlicher Prüfung des im Hauptsacheverfahren geltend gemachten Bewerbungsverfahrensanspruchs gewährt wird.
3. Mit den sich aus Art. 19 IV GG in Verbindung mit Art. 33 II GG ergebenden Anforderungen ist die Annahme unvereinbar, der Bewerbungsverfahrensanspruch gehe auch dann mangels Erfüllbarkeit durch den Dienstherrn unter, wenn dieser unter Verstoß gegen eine den Anspruch sichernde einstweilige Anordnung einen Konkurrenten befördert.
4. Die Beförderung eines erweislich zu Unrecht nicht ausgewählten Bewerbers ist von Rechts wegen nicht ausgeschlossen, wenn der Dienstherr eine einstweilige Sicherungsanordnung missachtet hat, da er sich weder auf fehlende Haushaltsmittel noch auf das Fehlen einer besetzbaren Planstelle, die zuvor zu Unrecht mit einem Konkurrenten besetzt wurde, berufen kann.

#### >>Kurzhinweis<<

Mit den Vorgaben aus Art 19 IV GG i. V. m. Art 33 II GG ist die Annahme unvereinbar, der Bewerbungsverfahrensanspruch gehe auch dann mangels Erfüllbarkeit durch den Dienstherrn unter, wenn dieser unter Verstoß gegen eine den Anspruch sichernde einstweilige Anordnung einen Konkurrenten befördert.

Rechtsanwalt Dr. Caspar David Hermanns, Herten