

**Beamtenrechtliche Konkurrentenklagen auf neuen Wegen? – Bemerkungen zu *BVerwG*,
Urt. v. 13.09.2001 – 2 C 39.00 –.**

Von Referendar am KG Dr. Caspar David *Hermanns*, Berlin

Kommt es bei der Beförderung von Beamten zu Konflikten zwischen konkurrierenden Bewerbern, sind die Entscheidungsmaßstäbe für den Rechtsschutz eigentlich einsichtig festgeschrieben. 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 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, wobei die bloße Feststellung der Rechtswidrigkeit oder der Verweis auf einen Schadensausgleich in Geld im Regelfall nicht genügt, wenn nicht tatsächliche Umstände oder zwingende Gründe des allgemeinen Wohls der Beseitigung des angegriffenen Hoheitsakts entgegenstehen¹. Die Betonung liegt auf „eigentlich“, denn in der Praxis ist die derzeitige Rechtslage vielfach unbefriedigend, ist es doch nicht selten zweifelhaft, ob den hehren Grundsätzen des *BVerfG* noch entsprochen werden kann und entsprochen wird.

„Entsprochen werden kann“ deshalb, weil der bei der Auswahlentscheidung unterlegene Bewerber seit dem Urteil des *BVerwG* vom 25.08.1988² faktisch auf das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes verwiesen worden war. Innerhalb kurzer, manchmal kürzester, Zeit, galt es zu entscheiden, die (vermeintliche) Benachteiligung zu akzeptieren oder sich auf das riskante Unternehmen des Eilrechtsschutzes einzulassen. Eines nämlich ist klar: Es ist ein ungeschriebenes Gesetz, daß derjenige, der den Konkurrentenstreit anstrengt, ihn auch gewinnen muß, wird sein berufliches Fortkommen ansonsten doch vielfach auf „kaltem Wege“ aufs Abstellgleis gestellt. Über die Zahl der allein deshalb unterbliebenen und unterbleibenden Konkurrentenstreitigkeiten läßt sich nur spekulieren – wenige werden es jedenfalls nicht sein.

Doch auch das „Entsprechen“ selbst ist ein Problem. Es ist nämlich grundsätzlich unbefriedigend, wenn nahezu ausschließlich³ über das berufliche Fortkommen konkurrierender Bewerber nach „summarischer Prüfung“ und teilweise auch unter

¹*BVerfG*, Beschl. v. 19.09.1989 – 2 BvR 1576/88 – NJW 1990, 501.

²*BVerwG*, Urt. v. 25.08.1988 – 2 C 62.85 – BVerwGE 80, 127.

³Ausführliche Nachweise bei *Finkelburg/Jank*, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren, 4. A., München 1998, Rn. 1149.

Beschränkung auf eine Kontrolle auf offensichtliche Fehler⁴ im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes entschieden wird, zumal das durch die 6. VwGO-Novelle zum 01.01.1997 eingeführte⁵ – inzwischen seit dem 01.01.2002 glücklicherweise wieder abgeschaffte⁶ – Beschwerde Zulassungsrecht ein übriges an Unsicherheit brachte. Daß gerade in der jüngsten Vergangenheit wieder zahlreiche⁷, teilweise sehr öffentlichkeitswirksame⁸, Konkurrentenstreitigkeiten ausgetragen wurden, mag auch politische Gründe haben, reduziert das Unbehagen bezüglich der derzeitigen Situation aber dennoch nicht.

Als Folge des schon erwähnten Urteils des *BVerwG* vom 25.08.1988 erreichten beamtenrechtliche Konkurrentenstreitigkeiten dieses 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 und läßt sich die Rechtseinheit nicht wahren.

Nun scheint auch das *BVerwG* die Situation als mißlich erkannt zu haben und nutzte eine sich aufgrund der Konzentration der beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitigkeiten auf den Eilrechtsschutz wohl nur noch selten bietende Gelegenheit, das von ihm selbst geschaffene „Kartell der Obergerichte“ aufzubrechen⁹ und nicht jeder der genannten Aspekte für sich rechtfertigt es, aber alle zusammen – soviel sei hier vorweggenommen – gebieten es geradezu, den jetzt vom *BVerwG* eingeschlagenen Weg zu folgen. Dabei war der Anlaß – wenn natürlich auch nicht für den Kläger selbst – gemessen an den zu erwartenden Auswirkungen der Entscheidung genauso gering wie auch für einen Konkurrentenstreit untypisch. Doch schon in der mündlichen Verhandlung deutete sich ein Paukenschlag an, der wohl noch auf unabsehbare Zeit nicht nur in den Ohren verschiedener Personalreferenten nachklingen wird. Was war geschehen? Ein politischer Beamter wurde, nach Kräfteverschiebungen in der lokalen politischen Landschaft, in den einstweiligen Ruhestand versetzt, seine Stelle mit einem anderen Beamten besetzt. Ein Vorgang, wie er im Bund und in den Ländern jährlich immer wieder vorkommt, im Grunde nichts besonderes also. Besonders war hier aber, daß der

⁴So *OVG Schleswig*, Beschl. v. 31.07.2000 – 3 M 16/00 – NordÖR 2001, 256; ähnlich *OVG Münster*, Beschl. v. 05.04.2001 – 1 B 1877/00 – NWVBl. 2001, 305.

⁵Hierzu *Berkemann*, DVBl. 1998, 446; *Schenke*, NJW 1997, 81; *Stüer/Hermanns*, VBIBW 2000, 256.

⁶Ausführlich *Stüer/Hermanns*, BayVBl. 2001, 385.

⁷Beispielsweise *OVG Schleswig*, Beschl. v. 17.08.2001 – 3 M 22/01 – NordÖR 2001, 500; Beschl. v. 31.07.2000 – 3 M 16/00 – NordÖR 2001, 256; *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 09.02.2000 – 2 M 4517/99 – NdsVBl. 2001, 19.

⁸Vor allem *OVG Schleswig*, Beschl. v. 15.10.2001 – 3 M 34/01 – NordÖR 2001, 456; aber auch Beschl. v. 15.01.1999 – 3 M 61/98 – NordÖR 1999, 153; Beschl. v. 16.11.1998 – 3 M 50/98 – NordÖR 1999, 23; *OVG Greifswald*, Beschl. v. 16.02.2001 – 2 M 4/01 – NordÖR 2001, 364.

⁹*BVerwG*, Urt. v. 13.09.2001 – 2 C 39.00 –.

in den Ruhestand versetzte Beamte sich nicht mit seinem Schicksal abfinden wollte und den Rechtsweg beschritt. Dabei wiesen die ersten beiden Instanzen die Klage unter Berufung auf die Rechtsprechung des *BVerwG*¹⁰ als unzulässig ab und begründeten dies im wesentlichen damit, daß der Nachfolger des Klägers nicht nur den Dienstposten übertragen bekommen hatte, sondern auch entsprechend seines nun von ihm bekleideten Amtes ernannt worden war, mithin das statusrechtliche Amt und die zugeordnete Planstelle nicht mehr für den Kläger zur Verfügung ständen und es daher an dessen Sachentscheidungsinteresse fehle. Auch der für das Beamtenrecht zuständige 2. Senat des *BVerwG* wies die Klage, sich auf § 144 IV VwGO stützend, nutzte dabei jedoch die Gelegenheit, wohl eine Wende der Rechtsprechung einzuleiten.

Dabei ist zunächst festzustellen, daß das *BVerwG* in der zitierten Entscheidung seinerzeit von der Unbegründetheit und nicht von der Unzulässigkeit der Klage ausgegangen ist. Hieran hält sich der *BVerwG* nicht länger auf, es hält sein Urteil vom 09.03.1989 – 2 C 4.87 – hier von vornherein nicht für einschlägig, weil es im vorliegenden Fall nicht um konkurrierende Beförderungsbewerber ging, sondern der Kläger allein die Aufhebung seiner Versetzung, mithin die Rückkehr in sein bisheriges Amt forderte – und einen solchen Fall hatte das *BVerwG*, soweit ersichtlich, bislang nicht entschieden. Allerdings muß man den Vorinstanzen eine jedenfalls vergleichbare rechtliche Ausgangskonstellation zugestehen. Wäre nämlich die Versetzung in den Ruhestand aufgehoben worden, hätten zwei Beamte entsprechend derselben Planstelle beschäftigt und auch aus ihr heraus besoldet werden müssen.

Diese Konstellation ist nun wiederum keine andere, als wenn einem zu unrecht übergangenen Beförderungsbewerber derselbe Dienstposten und dasselbe statusrechtliche Amt zugewiesen werden sollen, zwischenzeitlich aber schon der Dienstposten mit einem Mitbewerber besetzt und dieser auch entsprechend befördert worden ist. Der Unterlegene Beförderungsbewerber wurde dann auf den steinigen Weg des Amtshaftungsanspruchs verwiesen, wobei dieser nur selten geeignet war, zum Ziel zu führen¹¹. Nach bisheriger Auffassung war nämlich eine weitere Anfechtung der Beförderung nicht mehr möglich, weil Dienstposten und statusrechtliches Amt im konkreten Fall eben nur einmal zur Verfügung standen – genauso wie im vorliegenden Fall.

Mithin ist der Rückgriff auf die Rechtsprechung des *BVerwG* bisher auch nicht verfehlt gewesen. Doch das *BVerwG* hat nun seine Linie geändert und für den vorliegenden Fall entschieden, daß es keineswegs unmöglich wäre, den Kläger gegebenenfalls wieder

¹⁰*BVerwG*, Urt. v. 09.03.1989 – 2 C 4.87 – DVBl. 1989, 1150.

¹¹Ausnahmsweise eine Amtspflichtverletzung bejahend *BGH*, Urt. v. 06.04.1995 – III ZR 183/94 – BGHZ 129, 226.

statusgemäß zu beschäftigen und zu besolden, unter anderem weil ebenso die Inhaber eines funktionsgebundenen Amtes gegebenenfalls versetzt werden könnten¹². Zwar gilt weiterhin der Grundsatz, daß auch eine rechtswidrig besetzte Planstelle nicht ohne weiteres besetzbar ist. Gleichwohl gibt es keinen Grund dafür, daß die neue Linie nur für die Inhaber funktionsgebundener Ämter gelten soll¹³. Vielmehr drängt sich ein „Erst-recht-Schluß“ auf, denn je geringer ein Amt eingestuft wird, desto breiter sind regelmäßig die Verwendungsmöglichkeiten, so daß auch ein im Konkurrentenstreit übergangener Bewerber befördert und amtsangemessen beschäftigt werden könnte, ohne daß in die rechtswidrig besetzte Planstelle eingegriffen wird.

Bleibt aber die Frage, wie der übergangene Mitbewerber prozessual seinen Anspruch verfolgen kann, denn hierauf hat das *BVerwG* keine Antwort gegeben, wobei es dies mangels Fallrelevanz auch nicht mußte, da der Kläger nicht – gleichsam offensiv – seine Rechtsstellung erweitern wollte, sondern für ihn eine Verteidigung seiner bisherigen Rechtsposition ausreichend gewesen wäre. Ihm dürfe seine Rechtsstellung nicht zunächst rechtswidrig genommen und nach Feststellung der Rechtswidrigkeit dann eine Rückgängigmachung mit dem Argument verweigert werden, die Wiederbesetzung seiner früheren Stelle lasse dies nicht zu und das Haushaltsrecht verbiete es, zwei Beamte aus der gleichen Planstelle heraus zu besolden. Das Haushaltsrecht sei nämlich im Lichte des Art. 19 IV GG auszulegen. So ermächtige § 37 II (1) LHO den Bremer Senator für Finanzen im Falle eines unvorhergesehenen und unabweisbaren Bedürfnisses seine Einwilligung für außerplanmäßige Ausgaben zu erteilen, wenn die Ausgaben nicht zurückgestellt werden könnten. Diese Voraussetzungen seien erfüllt, wenn eine Versetzung in den Ruhestand ~~Nichtbeförderung im Konkurrentenstreit die Dinge nicht~~ wesentlich anders. Bislang galt zwar, daß die Übertragung eines höherwertigen Dienstpostens an einen von mehreren Bewerbern kein Verwaltungsakt mit Doppelwirkung und deshalb die Entscheidung über die Beförderung des erfolgreichen Konkurrenten getrennt von der Entscheidung über die Nichtbeförderung des übergangenen Mitbewerbers zu sehen sei. Auch wenn der unterlegene Bewerber durch die Verwaltungsentscheidung als belastet anzusehen sei, könne seinem Begehren gleichwohl nach der Ernennung seines Mitbewerbers nicht entsprochen werden. Denn für eine Beförderung auf eine seiner Bewerbung entsprechenden Stelle sei kein Raum mehr, weil der Dienstherr aufgrund der Ausschreibung dieses statusrechtliche Amt mit der ihm zugeordneten Planstelle

¹²*BVerwG*, Urt. v. 02.09.1999 – 2 C 36.98 – *BVerwGE* 109, 292, 293.

¹³So schon *BVerwG*, Beschl. v. 31.10.1973 – 2 B 21.73 – Buchholz 235.12 § 22 LBesG Berlin Nr. 1 S. 3.

und dem Dienstposten nicht nochmals vergeben dürfe¹⁴. Diese Rechtsauffassung, die später durch das *BVerfG* abgesegnet¹⁵ und dann zur gefestigten Rechtsprechung¹⁶ wurde, führte aber wohl zu dem unzureichenden Rechtsschutz im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit. Und hiermit scheint das *BVerwG* jetzt Schluß machen zu wollen, wenn es als obiter dictum ausspricht, daß es „mit Art. 19 Abs. 4 GG schwer vereinbar (erscheint), einem Beamten den Rechtsschutz mit der Begründung zu versagen, sein Anspruch auf eine den Grundsätzen des Art. 33 Abs. 2 GG entsprechende Auswahlentscheidung sei durch den Vollzug der getroffenen, dies Grundsätze möglicherweise verletzenden Auswahlentscheidung untergegangen“.

Das *BVerwG* scheint nun also der Auffassung zu sein, Art. 19 IV GG gebiete es, daß der unterlegene Mitbewerber die Auswahl und Ernennung seines Konkurrenten anfechten können muß, was tatsächlich eine, sehr zu begrüßende, Aufwertung von Art. 19 IV GG im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit bedeuten würde. Wenn das *BVerwG* gleichwohl davon ausgeht, daß die angefochtene Ernennung des zwischenzeitlich beförderten Konkurrenten nur unter den Voraussetzungen des § 9 BRRG und des § 12 BBG zurückgenommen werden könne, mutet dies allerdings ungewohnt an, denn eine erfolgreiche Klage führt dann nicht etwas zur Rückgängigmachung der rechtsfehlerhaften Ernennung, sondern begründet vielmehr nun einen eigenen Beförderungsanspruch des erfolgreichen Klägers. Es stellt sich daher, ohne am Ergebnis rühren zu wollen, die Frage, ob der nun eingeschlagene Weg dogmatisch richtig ist, da die Anfechtung der Ernennung des Konkurrenten so nämlich nur zum Mittel für die eigene Beförderung wird, ohne daß sich statusrechtlich für den – dann wohl jedenfalls einfach beizuladenden – bislang erfolgreichen Mitbewerber etwas ändert. So ist weiterhin zweifelhaft, wie die ablehnende Auswahlentscheidung seitens des unterlegenen Bewerbers prozessual zu behandeln ist. Einerseits könnte gefordert werden, auch dieser komme wie auch in der Vergangenheit eigenständige Wirkung zu, weshalb sie zukünftig genauso wie bisher anzufechten sei, während man andererseits vertreten könnte, wenn es schon möglich ist, die Ernennung des erfolgreichen Mitbewerbers anzugreifen, impliziere dies den Angriff der gegen sich selbst abschlägigen Auswahlentscheidung. Sicher dürfte aber sein, daß das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutz als faktisch alleinige gerichtliche Rechtskontrolle bei beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitigkeiten ausgedient haben dürfte.

¹⁴*BVerwG*, Urt. v. 25.08.1988 – 2 C 62.85 – *BVerwGE* 80, 127 entgegen der Vorinstanz *OVG Lüneburg*, Urt. v. 07.05.1985 – 2 A 29/82 – DVBl. 1985, 1245.

¹⁵*BVerfG*, Beschl. v. 19.09.1989 – 2 BvR 1576/88 – NJW 1990, 501.

¹⁶*BVerwG*, Urt. v. 09.03.1989 – 2 C 4.87 – DVBl. 1989, 1150; Beschl. v. 30.06.1993 – 2 B 64.93 – Buchholz 232 § 8 BBG Nr. 49 S. 10; Urt. v. 21.11.1996 – 2 A 3.96 –.

Das *BVerwG* hat den Rechtsschutz des im Verwaltungsverfahren unterlegenen Beförderungsbewerbers wohl ein ganzes Stück weit nach vorne gebracht, zugleich aber viele „neue alte“ Fragen aufgeworfen, die nun einer Klärung harren. Man darf gespannt sein, wie die Verwaltungen und zwangsläufig auch die Instanzgerichte der neuen Linie folgen und nun aus den noch eher dürren Vorgaben des *BVerwG* machen werden, bevor dieses durch die erste (Sprung-)Revision zu klareren Aussagen gezwungen wird. In der Zwischenzeit heißt es nun für die interessierte Fachöffentlichkeit gebannt nach Lüneburg und Schleswig, sowie später vor allem nach Leipzig zu blicken.