

## Repetitorium ÖR

Prof. Dr. Ralf Brinktrine\*

# Konkurrentenstreitverfahren im Beamtenrecht

DOI 10.1515/jura-2015-0237

*Das Phänomen des beamtenrechtlichen Konkurrentenstreits ist seit jeher ein besonders schwieriges und kontrovers diskutiertes Problem des Verwaltungsprozessrechts. Besonders umstritten war und ist, auf welchem prozessualen Wege den Interessen des unterlegenen Bewerbers am besten Rechnung getragen werden kann. Die hierzu in Rechtsprechung und Literatur vertretenen divergierenden Ansätze unterschieden bzw. unterscheiden sich vor allem darin, welche Bedeutung sie dem so genannten Grundsatz der Ämterstabilität für die Frage der Zulässigkeit einer Anfechtungsklage des unterlegenen Bewerbers gegen die Ernennung des erfolgreichen Konkurrenten zubilligen und welche Konsequenzen sich daraus für die weiteren Rechtsschutzoptionen des nicht ausgewählten Kandidaten ergeben<sup>1</sup>. In die festgefahrene Diskussion ist durch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. 11. 2010<sup>2</sup> neue Bewegung gekommen. Der nachfolgende Beitrag erörtert die Problematik des beamtenrechtlichen Konkurrentenstreits auf der Basis der aktuellen dogmatischen Entwicklung und illustriert die mit der Fragestellung zusammenhängenden Aspekte anhand mehrerer kleinerer Fälle.*

## I. Einführung

Konkurrentenklagen sind ein klassisches Problemfeld des Verwaltungsprozessrechts und zugleich ein nicht seltener Prüfungsgegenstand im Staatsexamen. Sie treten in unterschiedlichen Erscheinungsformen auf. Weithin verbreitet in Schrifttum und Rechtsprechung ist die Unterscheidung zwischen der negativen (defensiven) Konkurrentenklage und der positiven (offensiven) Konkurrentenklage<sup>3</sup>. Bei

der *negativen Konkurrentenklage* ist es das Ziel des Klägers, dass die einem Konkurrenten gewährte Begünstigung, z. B. eine Ausnahmegewilligung oder eine den Wettbewerb beeinflussende Subvention, aufgehoben wird<sup>4</sup>. Weitere Absichten verfolgt der Kläger mit seiner Klage nicht. Für dieses Rechtsschutzanliegen ist daher die *Anfechtungsklage* die geeignete Rechtsschutzform<sup>5</sup>. Anders sieht es bei der *positiven Konkurrentenklage* aus. Hier will der Kläger »nicht ausschließlich die Begünstigung des Konkurrenten verhindern, sondern selbst eine Begünstigung erreichen ...«<sup>6</sup>. In diesem Fall ist deshalb *grundsätzlich die Verpflichtungsklage* einschlägig<sup>7</sup>. Eine besondere Situation ist jedoch bei der als *Mitbewerberklage*<sup>8</sup> (oder auch *Konkurrentenverdrängungsklage*<sup>9</sup>) bezeichneten Form der positiven Konkurrentenklage gegeben. Ihr Spezifikum liegt darin, »dass hier mehrere Konkurrenten einen begünstigenden Verwaltungsakt begehren, der aber nur einem von ihnen erteilt werden kann«<sup>10</sup>, so z. B. bei einer Spielbankkonzession<sup>11</sup>. Hat aber die zuständige Behörde die Begünstigung »bereits an einen Dritten vergeben, dann ist die Vergabeentscheidung für den Kl. zwar ein belastender VA, für den nicht Berücksichtigten reicht es aber in der Regel nicht aus, wenn die Begünstigung des Konkurrenten durch Anfechtungsklage aufgehoben wird.«<sup>11a</sup> Nach einer, zuweilen als »herrschend« bezeichneten<sup>12</sup> Ansicht soll der Rechtsschutz in dieser Fallkonstellation durch eine *Kombination von Anfechtungs- und Ver-*

<sup>1</sup> Vgl dazu den Überblick bei Wichmann/Langer/Wichmann Öffentliches Dienstrecht, 7. Aufl 2014, Rn 315ff.

<sup>2</sup> BVerwGE 138, 102 = NJW 2011, 695 = NVwZ 2011, 358.

<sup>3</sup> Siehe zu dieser Unterscheidung und Terminologie z. B. Schenke Verwaltungsprozessrecht, 14. Aufl 2014, Rn 273 u. 275; Hufen Verwal-

tungsprozessrecht, 9. Aufl 2013, § 14 Rn 66 u. § 15 Rn 7; Kopp/Schenke/Schenke VwGO, 21. Aufl 2015, § 42 Rn 46 u 47.

<sup>4</sup> Vgl Schenke Verwaltungsprozessrecht, 14. Aufl 2014, Rn 273; Kopp/Schenke/Schenke VwGO, 21. Aufl 2015, § 42 Rn 46.

<sup>5</sup> So Schenke Verwaltungsprozessrecht, 14. Aufl 2014, Rn 273; Hufen Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl 2013, § 14 Rn 66.

<sup>6</sup> Hufen Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl 2013, § 15 Rn 7.

<sup>7</sup> Schenke Verwaltungsprozessrecht, 14. Aufl 2014, Rn 275.

<sup>8</sup> Terminologie bei Schenke Verwaltungsprozessrecht, 14. Aufl 2014, Rn 275; Kopp/Schenke/Schenke VwGO, 21. Aufl 2015, § 42 Rn 48.

<sup>9</sup> Begriff bei Kopp/Schenke/Schenke VwGO, 21. Aufl 2015, § 42 Rn 48.

<sup>10</sup> Schenke Verwaltungsprozessrecht, 14. Aufl 2014, Rn 275.

<sup>11</sup> Vgl dazu die Fallgestaltung in BVerwG NVwZ 1995, 478.

<sup>11a</sup> Hufen Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl 2013 S 15 Rn 7.

<sup>12</sup> So von Kopp/Schenke/Schenke VwGO, 21. Aufl 2015, § 42 Rn 48.

\***Kontaktperson:** Ralf Brinktrine, der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Deutsches und Europäisches Umweltrecht und Rechtsvergleichung an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

*pflichtungsklage* zu bewerkstelligen sein<sup>13</sup>. Nach der im Vordringen befindlichen Gegenauffassung ist eine zusätzliche Anfechtung der Begünstigung des Konkurrenten in dieser Konstellation hingegen nicht erforderlich<sup>14</sup>, da es sich um eine einheitliche Verteilungsentscheidung handelt<sup>15</sup>. Dem Rechtsschutzbegehren des Klägers wird nach dieser Auffassung durch die *Verpflichtungsklage in Form der Bescheidungsklage nach § 113 V 1 VwGO* ausreichend Rechnung getragen<sup>16</sup>, zumal dann, »wenn der Behörde bei Rechtswidrigkeit der Begünstigung des Konkurrenten noch ein Auswahlermessen bleibt«<sup>17</sup>.

Die schwierige Problematik der Mitbewerberklage stellt sich in besonderer Schärfe im Beamtenrecht<sup>18</sup>, das deshalb neben wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Fallkonstellationen das Hauptanwendungsfeld der positiven Konkurrentenklage ist<sup>19</sup>. Positive Konkurrentenklagen in Gestalt der Mitbewerberklage spielen im Beamtenrecht sowohl bei der erstmaligen Einstellung in den öffentlichen Dienst<sup>20</sup> als Beamter bzw. Richter als auch bei Entscheidungen über Beförderungen<sup>21</sup> von Beamten bzw. Richtern eine große Rolle<sup>22</sup>, da hier in der Regel nur eine Planstelle besetzt

werden kann. Ist die Planstelle durch die Ernennung des ausgewählten Bewerbers besetzt worden, können die anderen, unterlegenen Bewerber nicht mehr zum Zuge kommen<sup>23</sup>. Bei diesen statusbegründenden bzw. statusverändernden Entscheidungen des Dienstherrn, die durch Ernennung erfolgen (müssen)<sup>24</sup>, ist deshalb zu beobachten, dass sie zunehmend von den unterlegenen Mitbewerbern verwaltungsgerichtlich angegriffen werden<sup>25</sup>. Zu der in den letzten Jahren stetig steigenden Zahl beamtenrechtlicher Konkurrentenstreitverfahren haben auch mehrere neuere Judikate des Bundesverfassungsgerichts<sup>26</sup> und des Bundesverwaltungsgerichts<sup>27</sup> seit Mitte der 2000er Jahre beigetragen, die die bisherige gefestigte Dogmatik<sup>28</sup> der beamtenrechtlichen Konkurrentenklage entscheidend verändert haben<sup>29</sup>. Diese neue Rechtsprechung hat maßgeblich zu einer Stärkung und besseren verwaltungsprozessualen Absicherung des so genannten Bewerbungsverfahrensanspruchs<sup>30</sup> der unterlegenen Mitbewerber geführt.

Auf diese verwaltungsprozessualen Aspekte der beamtenrechtlichen Konkurrentenklage bzw. des beamtenrechtlichen Konkurrentenstreits<sup>31</sup> wird unter IV.–VI. näher eingegangen. Eine besondere Würdigung erfährt dabei auch der vorläufige Rechtsschutz, dem gerade wegen der

<sup>13</sup> Referierend zu dieser Position Kopp/Schenke/Schenke VwGO, 21. Aufl. 2015, § 42 Rn 48 mit umfassenden Nachweisen in Fn 88; aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung z. B. BVerfG NVwZ 2004, 718 (719); BVerwG NVwZ 2011, 613 (614); BVerwG NVwZ 1995, 478 (478).

<sup>14</sup> BVerwGE 80, 270 (272 f) mit Blick auf eine Güterverkehrsgenehmigung; *Hufen* Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl. 2013, § 15 Rn 7. Die Kombination von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage bleibt aber nach einer vermittelnden Ansicht möglich, vgl. BVerwG DVBl 2009, 44 (45).

<sup>15</sup> *Hufen* Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl. 2013, § 15 Rn 7.

<sup>16</sup> BVerwGE 80, 270 (272 f); ebenso *Hufen* Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl. 2013, § 15 Rn 7 unter unklarer Berufung auf BVerwG NJW 2011, 695 = BVerwGE 138, 102.

<sup>17</sup> *Hufen* Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl. 2013, § 15 Rn 7.

<sup>18</sup> Vgl. *Schenke* Verwaltungsprozessrecht, 14. Aufl. 2014, Rn 277 ff.; *Schnellenbach* Beamtenrecht in der Praxis, 8. Aufl. 2013, § 3 Rn 50 u. Rn 80 ff.

<sup>19</sup> Zur Konkurrentenklage im Beamtenrecht aus neuerer Zeit siehe etwa (chronologisch absteigend sortiert) *Schenke* DVBl 2015, 137; *Battis* DVBl 2013, 637; *Dehoust* SächsVBl 2013, 35; *Burmeister* NdsVBl 2012, 57; *Munding* DVBl 2011, 1512. Frühere Darstellungen des Konkurrentenstreits im Beamtenrecht vor November 2010 sind nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. 11. 2010 – 2 C 16.09 – BVerwGE 138, 102 = NJW 2011, 695 = NVwZ 2011, 358 als überholt anzusehen, da sie nicht mehr die aktuelle Rechtslage widerspiegeln.

<sup>20</sup> Vgl. § 10 I Nr 1 BBG, § 8 I Nr 1 BeamStG.

<sup>21</sup> Vgl. § 22 BBG sowie die einschlägigen Normen der jeweiligen Landesbeamtengesetze wie z. B. § 20 LBG NRW; das BeamStG nimmt zur Frage der (landesinternen) Beförderung nur insoweit Stellung, als hierfür nach § 8 I Nr 3 BeamStG eine Ernennung erforderlich ist.

<sup>22</sup> Vgl. *Schnellenbach* Beamtenrecht in der Praxis, 8. Aufl. 2013, § 3 Rn 50 u. Rn 80 ff.; *Schenke* DVBl 2015, 137 (137). Ferner kommt die Mitbewerberklage bei der Vergabe höherwertiger Dienstposten ins

Spiel; diese Problematik bleibt bei den nachfolgenden Ausführungen mangels Examensrelevanz ausgeblendet, vgl. zu den Rechtsfragen bei dieser Fallkonstellation z. B. *Kienzler/Stehle* Beamtenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2014, Rn 104.

<sup>23</sup> BVerwGE 138, 102 (105, 108 f); *Schoch/Kunig* Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2014, 6. Kapitel Rn 94; *Kienzler/Stehle* Beamtenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2014, Rn 101.

<sup>24</sup> Vgl. § 8 I Nr 1 u. Nr 3 BeamStG, § 10 I Nr 1 u. Nr 3 BBG; zur Bedeutung der Ernennung siehe auch BVerwGE 138, 102 (105).

<sup>25</sup> Ebenso *Schenke* DVBl 2015, 137 (137).

<sup>26</sup> Siehe vor allem BVerfG NVwZ 2007, 1178 (1178 ff.); NVwZ 2008, 194 (194 ff.).

<sup>27</sup> Besonders hervorzuheben ist das schon mehrfach erwähnte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts v. 4. 10. 2010, abgedruckt in BVerwGE 138, 102 = NJW 2011, 695 = NVwZ 2011, 358. Von nicht zu unterschätzender Bedeutung sind ferner BVerwGE 118, 370 und 124, 99.

<sup>28</sup> Zur früheren Rechtslage beispielsweise BVerwGE 80, 127; 118, 370; aus der Literatur z. B. *Wernsmann* DVBl 2005, 276; *Wittkowski* NJW 1993, 817.

<sup>29</sup> Insbesondere das Urteil des BVerwG v. 4. 11. 2010 ist als »spektakulär« (*Schenke* DVBl 2015, 137 [137]) bezeichnet worden.

<sup>30</sup> So die Terminologie in BVerfG NVwZ 2007, 1178 (1178 ff.); ebenso BVerwGE 138, 102 (105, 107); aus der Literatur *Kienzler/Stehle* Beamtenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2014, Rn 100. Den Begriff meidend, in der Sache aber zustimmend *Schoch/Kunig* Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2014, 6. Kapitel Rn 91.

<sup>31</sup> *Kunig* merkt mit Recht an, dass es sich bei dem Begriff »beamtenrechtliche Konkurrentenklage« lediglich um ein Stichwort bzw. um einen Sammelbegriff handelt, der für unterschiedliche prozessuale Situationen steht, vgl. *Schoch/Kunig* Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2014, 6. Kapitel Rn 94.

Besonderheiten des Beamtenrechts in beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren eine herausgehobene Bedeutung zukommt. Um aber diese Besonderheiten und Eigentümlichkeiten der beamtenrechtlichen Konkurrentenklage auf der Basis der neuen Judikatur besser zu verstehen und einordnen zu können, ist zunächst unter II. auf den verfassungsrechtlichen und beamtenstatusrechtlichen Hintergrund von Konkurrentenstreitverfahren im Beamtenrecht einzugehen. Unter III. werden sodann die zentralen verwaltungsverfahrensrechtlichen und verwaltungsprozessualen Konsequenzen überblicksartig behandelt. Der Beitrag schließt mit einer Zusammenfassung (VII.) in Form von Merksätzen.

## II. Der verfassungsrechtliche und beamtenstatusrechtliche Hintergrund von Konkurrentenstreitverfahren im Beamtenrecht

Die Problematik des Konkurrentenstreits im Beamten- (und Richterdienst)recht ist – wie bereits in der Einführung angedeutet – sehr komplex. Sie wird nur dann recht verständlich und in ihrer Komplexität voll erfasst, wenn zunächst der verfassungsrechtliche und beamtenstatusrechtliche Hintergrund des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens beleuchtet wird. Sodann sollen anschließend unter III. die sich aus der materiell-rechtlichen Rechtslage ergebenden verwaltungsverfahrensrechtlichen und verwaltungsprozessualen Konsequenzen aufgezeigt werden, die gerade hier die enorme Bedeutung des vorläufigen Rechtsschutzes bei beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren deutlich werden lassen.

### 1. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

#### a) Das grundrechtsgleiche Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt

**Fall 1:** Der mit Blick auf sein Ressort für die Einstellung von Nachwuchsbeamten zuständige Minister M des Landes L will nach einem Auswahlverfahren für eine Beamtenstelle im Eingangsbesoldungsamt A 13 den Bewerber B einstellen. Zwar ist Kandidat K, der ebenfalls am Auswahlverfahren teilgenommen hat, nach Auffassung der von M mit dem Verfahren betrauten Auswahlkommission der eindeutig beste Bewerber – dieser Meinung ist auch M –, doch ist B dem M persönlich besonders sympathisch. Kann M den B rechtmäßig ernennen?

Nach Art 33 II GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte. Diese Vorschrift normiert nach ständiger Rechtsprechung nicht nur die Geltung des Leistungsprinzips<sup>32</sup>, sondern gewährt zugleich »jedem Deutschen ein *grundrechtsgleiches Recht* auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung«<sup>33</sup>. Einstellungen in den öffentlichen Dienst und Beförderungen im öffentlichen Dienst dürfen prinzipiell nur anhand dieser Kriterien erfolgen<sup>34</sup>; die Bildung und der Einsatz von Hilfskriterien ist bei gleicher Eignung allerdings möglich<sup>35</sup>. Im Ergebnis darf der Dienstherr mithin das Amt »nur demjenigen Bewerber verleihen, den er aufgrund eines den Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG entsprechenden Leistungsvergleichs als den am besten geeigneten ausgewählt hat«<sup>36</sup>.

**Lösung Fall 1:** Nach Art 33 II GG ist derjenige Bewerber zu ernennen, der nach dem Leistungsvergleich aufgrund zulässiger Kriterien als der am besten geeignete eingestuft worden ist. Da K nach dem Urteil der Auswahlkommission und auch der Meinung des M der beste Bewerber ist, darf nur er ernannt werden. Eine Ernennung des B verstieße gegen Art 33 II GG und wäre rechtswidrig.

#### b) Der Anspruch auf ein faires Auswahlverfahren

**Fall 2:** Bewerber B sowie die Kandidaten K 1 und K 2 sind nach einem Auswahlverfahren allesamt als gleich geeignet eingestuft worden. B ist der Meinung, er sei eindeutig der Beste, er müsse daher ernannt werden.

**Fall 3:** Im Fall 1 lässt die Auswahlkommission den B gleich zu Beginn eines Vorstellungsgesprächs spüren, dass die Mitglieder der Kommission den K viel besser finden und sie die Vorstellung des B eigentlich für überflüssig halten. B hält seinen Anspruch auf ein faires Auswahl- und Entscheidungsverfahren für verletzt. Zu Recht?

Aus der Verfassungsbestimmung ergibt sich nach der Judikatur zugleich aber auch, dass ein Bewerber einen »Anspruch darauf [hat], dass der Dienstherr über seine Bewerbung ermessens- und beurteilungsfehlerfrei ent-

<sup>32</sup> BVerwGE 138, 102 (106); Jarass/Pieroth/Jarass, GG, 13. Aufl 2014, Art 33 Rn 7.

<sup>33</sup> Ganz herrschende Meinung, siehe etwa BVerwGE 118, 370 (372).

<sup>34</sup> Vgl BVerwGE 138, 102 (106); Jarass/Pieroth/Jarass, GG, 13. Aufl 2014, Art 33 Rn 12.

<sup>35</sup> BVerwGE 122, 147 (150); Jarass/Pieroth/Jarass, GG, 13. Aufl 2014, Art 33 Rn 13.

<sup>36</sup> So explizit BVerwGE 138, 102 (106); ebenso schon früher BVerfG NVwZ 2003, 200 (201); BVerwGE 122, 147 (149 f); 122, 237 (239 f); 124, 99 (102 f).

scheidet«<sup>37</sup>, also ein subjektives öffentliches Recht des Bewerbers auf eine rechtmäßige Ermessens- bzw. Beurteilungsspielraumausübung<sup>38</sup> (so genannter Bewerbungsverfahrenanspruch)<sup>39</sup>. Anders gewendet hat jeder Bewerber einen *Anspruch auf ein faires Auswahl- und Entscheidungsverfahren*<sup>40</sup>, das auch einen Anspruch auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl einschließt<sup>41</sup>. Ein Anspruch auf Einstellung oder Beförderung ergibt sich aus Art 33 II GG hingegen nur im Ausnahmefall<sup>42</sup>, nämlich dann, wenn »der dem Dienstherrn durch Art. 33 Abs. 2 GG eröffnete Beurteilungsspielraum für die Gewichtung der Leistungskriterien auf Null reduziert ist, d. h. ein Bewerber am besten geeignet ist«<sup>43</sup>. Allein in dieser Konstellation »gibt Art. 33 Abs. 2 GG diesem Bewerber einen Anspruch auf Erfolg im Auswahlverfahren[;] [d]essen Bewerbungsverfahrenanspruch erstarkt zum Anspruch auf Vergabe des ... Amtes«<sup>44</sup>.

**Lösung Fall 2:** Einen Anspruch auf Ernennung hat B nur dann, wenn er nach einem Leistungsvergleich der eindeutig beste Bewerber ist. Dies ist nach objektiven Kriterien zu entscheiden, die subjektive Meinung des Bewerbers ist unerheblich. Bei mehreren gleich geeigneten Kandidaten hat der Dienstherr folglich ein Auswahlermessen. Ein Anspruch des B auf Ernennung besteht mithin nicht.

**Lösung Fall 3:** Der Anspruch auf ein faires Auswahl- und Entscheidungsverfahren ist verletzt, wenn das Auswahlverfahren nicht offen gestaltet wird, insbesondere eine bewusste Benachteiligung gegeben ist<sup>45</sup>. Dies ist bereits dann der Fall, wenn eine Bevorzugung zugunsten eines Bewerbers feststellbar ist und den anderen Kandidaten nicht mehr mit der nötigen Unvoreinge-

nommenheit begegnet wird. Das Verhalten der Kommission gegenüber B verletzt deshalb seinen Bewerbungsverfahrensanspruch.

## 2. Beamtenstatusrechtliche Situation

**Fall 4:** Im Fall 1 ernannt der M den B. Kann K noch verlangen, dass auch er ernannt wird?

Mit Blick auf die beamtenstatusrechtliche Situation betont das Bundesverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung, dass »ein unter Beachtung des Art. 33 Abs. 2 GG ausgewählter Bewerber ... einen Anspruch auf Verleihung des Amtes durch Ernennung [hat]«<sup>46</sup>. Eine nach den Vorschriften des Beamtenrechts erfolgende und damit wirksame Ernennung<sup>47</sup> des erfolgreichen Kandidaten bewirkt zugleich, dass *die Bewerbungsverfahrensansprüche der unterlegenen Bewerber durch die Ernennung des ausgewählten Bewerbers untergehen*<sup>48</sup>, allerdings nur, wenn die Ernennung das Verfahren endgültig abschließt. Dies ist nach der Rechtsprechung regelmäßig der Fall, weil an dieser Stelle der Grundsatz der Ämterstabilität als Ausdruck des beamtenrechtlichen Lebenszeitprinzips nach Art 33 V GG<sup>49</sup> zum Tragen kommt: »... die Ernennung [kann] nach dem Grundsatz der Ämterstabilität nicht mehr rückgängig gemacht werden, sodass das Amt unwiderruflich vergeben ist«<sup>50</sup>.

Dies bedeutet, dass die von dem Ernannten besetzte Stelle von niemand anderem mehr eingenommen werden kann, sie ist ein und für allemal an ihn vergeben und steht für andere Kandidaten nicht mehr zur Verfügung, selbst wenn die Ernennung fehlerhaft ist; entscheidend ist allein, ob sie nach den gesetzlichen Vorschriften des anwendbaren Beamtenrechts *wirksam* ist<sup>51</sup>. Zugleich hat die

<sup>37</sup> So ausdrücklich BVerwGE 118, 370 (372), ebenso bereits früher BVerfG NVwZ 2003, 200 (201); BVerwGE 101, 112 (114 f.); 80, 123 (123 ff.). In der Sache gleichlautend, allerdings mit etwas anderer Wortwahl BVerfG NVwZ 2007, 1178 (1178).

<sup>38</sup> Vgl. Schoch/Kunig Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2014, 6. Kapitel Rn 91; Kienzler/Stehle Beamtenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2014, Rn 100; Eyermann/Happ VwGO, 14. Aufl. 2014, § 42 Rn 104.

<sup>39</sup> BVerfG NVwZ 2007, 1178 (1178 ff.); ebenso BVerwGE 138, 102 (105, 107); aus der Literatur Kienzler/Stehle Beamtenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2014, Rn 100; Eyermann/Happ VwGO, 14. Aufl. 2014, § 42 Rn 104.

<sup>40</sup> Schoch/Kunig Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2014, 6. Kapitel Rn 91.

<sup>41</sup> BVerwGE 138, 102 (107).

<sup>42</sup> Schoch/Kunig Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2014, 6. Kapitel Rn 91 und 92.

<sup>43</sup> BVerwGE 138, 102 (107); ebenso aus der Literatur Kienzler/Stehle Beamtenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2014, Rn 100.

<sup>44</sup> BVerwGE 138, 102 (107).

<sup>45</sup> Vgl. Wichmann/Langer/Wichmann Öffentliches Dienstrecht, 7. Aufl. 2014, Rn 145, 150. Ausführlich zu möglichen Verstößen unten unter V.

<sup>46</sup> BVerwGE 138, 102 (108); schon früher BVerwGE 129, 272 (278 f.).

<sup>47</sup> Für die Ernennung von Beamten des Bundes gelten die Vorgaben der §§ 10–12 BBG, für Beamte der Länder und der ihrer Aufsicht unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen greifen die Vorgaben nach §§ 7–10 BeamStG.

<sup>48</sup> So explizit BVerwGE 138, 102 (109) – Hervorhebung von mir. Ebenso schon im Ergebnis BVerwGE 118, 370 (371 f.); aus der Literatur vgl. Kienzler/Stehle Beamtenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2014, Rn 101. Diese These wird in der Literatur zT vehement abgelehnt, vgl. zu den Gegenstimmen Wichmann/Langer/Wichmann Öffentliches Dienstrecht, 7. Aufl. 2014, Rn 313 u. 314.

<sup>49</sup> Das Lebenszeitprinzip ist ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums, vgl. statt vieler BVerfGE 70, 251 (267); 121, 205 (221 f.).

<sup>50</sup> BVerwGE 138, 102 (109) – Hervorhebung von mir; kritisch zu dieser Wirkung des Grundsatzes der Ämterstabilität Schenke DVBl 2015, 137 (138 f.).

<sup>51</sup> Vgl. auch Kienzler/Stehle Beamtenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2014, Rn 102.

wirksame Ernennung i. V. m. mit dem Grundsatz der Ämterstabilität darüber hinaus zur Folge, dass eine Anfechtungsklage gegen die Ernennung prinzipiell keinen Erfolg mehr haben kann<sup>52</sup> – zu dieser Konsequenz und zu etwaigen Ausnahmen unter III. 2. und IV. 4. später noch mehr.

**Lösung Fall 4:** Mit der wirksamen Ernennung des B sind die ausgeschriebene Stelle und das mit ihr verbundene Amt unwiderruflich vergeben. Wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität kann die Ernennung grundsätzlich auch nicht mehr rückgängig gemacht werden, so dass ein etwaiger Anspruch des K auf Ernennung untergegangen ist. K kann mit Blick auf diese Stelle nicht mehr ernannt werden.

### III. Verwaltungsverfahrensrechtliche und verwaltungsprozessuale Folgen der Vorgaben des Verfassungs- und Beamtenrechts

#### 1. Verwaltungsverfahrensrechtliche Konsequenzen

Damit der Bewerbungsverfahrensanspruch des unterlegenen Bewerbers nicht vereitelt wird und der Eintritt der beamtenstatusrechtlichen Folgen durch die Ernennung des erfolgreichen Kandidaten verhindert wird, haben die verfassungs- und verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung verschiedene Anforderungen an die Durchführung des Ernennungsverfahrens postuliert.

##### a) Informationspflicht des Dienstherrn

**Fall 5:** Im Fall 1 ernannt M den B, hält es aber nicht für erforderlich, den K vorab über seine Entscheidung zu informieren. Ist dies rechtmäßig?

Die Rechtsprechung verpflichtet den Dienstherrn zunächst dazu, die nicht ausgewählten Kandidaten über die Aus-

wahlentscheidung zu informieren<sup>53</sup>. Diese *Informationspflicht* hat einen doppelten Inhalt<sup>54</sup>. Erstens ist die negative Auswahlentscheidung als solche dem unterlegenen Bewerber mitzuteilen<sup>55</sup>. Zweitens hat der Dienstherr darüber zu informieren, dass er demnächst einen Konkurrenten ernennen werde<sup>55a</sup>.

Die Informationspflicht erstreckt sich zudem auf alle die Auswahlentscheidung maßgeblich beeinflussenden Verfahrensabschnitte<sup>56</sup>. In gestuften Auswahlverfahren kann dies mithin dazu führen, dass der Dienstherr bei jeder, die Bewerberzahl verkleinernden Entscheidung die aus dem Bewerberkreis ausscheidenden Kandidaten zu informieren hat. Dadurch kann sich die Auswahlentscheidung erheblich verzögern. Zu informieren sind bei einer Gruppe von Bewerbern alle Nichtausgewählten; dies gilt auch bei so genannten Massenbeförderungen<sup>57</sup>.

**Lösung Fall 5:** Nach der Rechtsprechung trifft den M die Pflicht, alle nicht ausgewählten Bewerber über die Auswahlentscheidung und seine Ernennungsabsicht vor der Ernennung zu informieren. Die Ernennung des B ohne vorherige Unterrichtung des K war daher rechtswidrig.

##### b) Dokumentationspflicht des Dienstherrn und Einsichtsrecht des Bewerbers

**Fall 6:** Kandidat K möchte im Fall 1 wissen, aus welchen Gründen er bei der Einstellung nicht zum Zuge gekommen ist. Insbesondere möchte er gern die Bewerbungsunterlagen des obsiegenden Konkurrenten, des Bewerbers B, einsehen. Hat er einen Anspruch darauf, Einblick in die Akten zu nehmen?

Mit der Informationspflicht des Dienstherrn korrespondiert eine grundsätzliche Dokumentationspflicht des Dienstherrn<sup>58</sup>, die überdies mit einem Einsichtsrecht des Bewerbers verbunden ist<sup>59</sup>. Umstritten ist allerdings, was

<sup>52</sup> BVerfG NJW 2007, 1178 (1179); BVerwGE 118, 370 (371f); Schoch/Kunig Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl 2014, 6. Kapitel Rn 94.

Im Falle einer rechtswidrigen, aber wirksamen Ernennung wandelt sich der Anspruch auf ermessensfehlerfreie Auswahl in einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung um, vgl. Schnellenbach Beamtenrecht in der Praxis, 8. Aufl 2013, § 3 Rn 74; Kienzler/Stehle Beamtenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl 2014, Rn 105.

<sup>53</sup> BVerfG NVwZ 2007, 1178 (1179); BVerwGE 138, 102 (111f).

<sup>54</sup> Vgl. Kienzler/Stehle Beamtenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl 2014, Rn 102.

<sup>55</sup> BVerwGE 138, 102 (112), bereits früher schon BVerfG NJW 1990, 501.

<sup>55a</sup> Vgl. Lindner NVwZ 2013, 547 (548); Battis BBG, 4. Aufl 2009, S 9 Rn 34; implizit BVerwGE 138, 102 (112).

<sup>56</sup> Vgl. Wichmann/Langer/Wichmann Öffentliches Dienstrecht, 7. Aufl 2014, Rn 152, 272; implizit angesprochen in BVerwGE 138, 102 (106 f).

<sup>57</sup> BVerwG NVwZ 2004, 1257; Wichmann/Langer/Wichmann Öffentliches Dienstrecht, 7. Aufl 2014, Rn 152.

<sup>58</sup> BVerfG NVwZ 2007, 1178 (1179); VGH Mannheim NVwZ-RR 2009, 216 (217); Kienzler/Stehle Beamtenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl 2014, Rn 102.

<sup>59</sup> Wichmann/Langer/Wichmann Öffentliches Dienstrecht, 7. Aufl 2014, Rn 152 u. 153.

dokumentiert werden muss und in welchem Umfang der unterlegene Bewerber Einsicht in die Akten des Dienstherrn nehmen kann. Hierzu hat sich noch keine abschließende Linie gebildet; verlangt wird aber eine Aufnahme der wesentlichen Entscheidungsgründe<sup>60</sup> und ein Einsichtsrecht »in alle Vorgänge, die Aufschluss darüber liefern, warum ein Mitbewerber den Vorzug erhalten hat«<sup>61</sup>.

**Lösung Fall 6:** K hat aus seinem Bewerbungsverfahrensanspruch ein Recht darauf, Einblick in die Akten des Dienstherrn zu nehmen. Er hat ein Einsichtsrecht in alle Vorgänge, die ihm Einblick geben können, warum er unterlegen ist. Dazu gehören auch die Bewerbungsunterlagen der Konkurrenten einschließlich Angaben über schulische und berufliche Aus- und Fortbildung sowie Zeugnisse<sup>62</sup>. K darf daher auch in die Bewerbungsunterlagen des B Einblick nehmen.

### c) Wartepflicht

**Fall 7:** Seit der Mitteilung über das Ergebnis des Auswahlverfahrens im Fall 1 sind vier Wochen vergangen. Der ausgewählte Kandidat K verlangt deshalb vom Dienstherrn, ihn jetzt endlich zu ernennen. Dienstherr D weigert sich unter Hinweis auf den Bewerbungsverfahrensanspruch der anderen Mitbewerber, obwohl diese bisher nicht das Verwaltungsgericht angerufen haben. Trifft diese Auffassung zu?

Neben der Statuierung einer Informations- und Dokumentationspflicht verlangt die Judikatur von dem Dienstherrn darüber hinaus, eine *angemessene Wartefrist* einzuhalten<sup>63</sup>, bevor er den ausgewählten Bewerber ernennt. Als angemessene Wartefrist sieht die Rechtsprechung einen Zeitraum von mindestens zwei Wochen ab Zugang der Mitteilung an den nicht ausgewählten Bewerber an<sup>64</sup>.

Die *Funktion der Wartefrist* ist, dem Unterlegenen die Möglichkeit zu geben, verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz gegen die beabsichtigte Ernennung zu erlangen<sup>65</sup>. Er kann zu diesem Zweck den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO beantragen, mit der dem Dienstherrn die Ernennung des Ausgewählten vorläufig untersagt wird. Allein diese Verfahrensweise trägt nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts der Durchsetzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs nach Art 33 II

GG i. V. m. dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes nach Art 19 IV GG Rechnung<sup>66</sup>.

Die Pflicht des Dienstherrn zur Einhaltung einer angemessenen Wartefrist ist damit allerdings noch nicht als endgültig erfüllt anzusehen. Sie *aktualisiert* sich in der Folgezeit vielmehr *immer wieder neu*. Wird der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das Verwaltungsgericht nämlich abgelehnt, hat der Dienstherr erneut abzuwarten, ob der unterlegene Bewerber innerhalb der zweiwöchigen Beschwerdefrist nach §§ 146 IV, 147 I VwGO Beschwerde zum VGH/OVG einlegt<sup>67</sup>. Verliert der nicht ausgewählte Bewerber auch dieses Verfahren, so darf der Dienstherr noch immer nicht die Ernennung vornehmen, sondern er muss gleichwohl weiter warten und dem Unterlegenen noch Gelegenheit geben, Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht zu erheben oder eine einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG zu beantragen<sup>68</sup>. Die Wartefrist ist hier mit einem Monat sogar noch länger, da das Bundesverwaltungsgericht in dieser Frage auf § 93 I 1 BVerfGG rekurriert<sup>69</sup>. Ist diese Frist allerdings verstrichen, ohne dass Verfassungsbeschwerde eingelegt wurde, so darf der Dienstherr jetzt den ausgewählten Bewerber ernennen. Ist jedoch Verfassungsbeschwerde eingelegt worden, so muss auch noch der Ausgang dieses Verfahrens abgewartet werden<sup>70</sup>.

**Lösung Fall 7:** Den Dienstherrn trifft nach der Rechtsprechung grundsätzlich eine Pflicht, eine angemessene Zeit nach der Mitteilung mit der Ernennung zu warten, damit die Unterlegenen das Verwaltungsgericht anrufen können. Eine angemessene Wartefrist sind zwei Wochen nach Mitteilung bzw. Zustellung der Mitteilung an die Mitbewerber. Diese Frist ist verstrichen, ohne dass die Mitkonkurrenten um gerichtlichen Rechtsschutz nachgesucht haben. Der Dienstherr braucht also mit der Ernennung nicht mehr zu warten, vielmehr ist er verpflichtet, K jetzt zu ernennen.

## 2. Verwaltungsprozessuale Konsequenzen

Aus der aufgezeigten materiell-rechtlichen Rechtslage ergeben sich des Weiteren verschiedene verwaltungsprozessuale Konsequenzen. Die erste wichtige Folge ist, dass für den Rechtsschutz des unterlegenen Mitbewerbers zwischen zwei Zeitpunkten zu unterscheiden ist, nämlich dem

<sup>60</sup> BVerfG NVwZ 2007, 1178 (1179).

<sup>61</sup> Wichmann/Langer/Wichmann *Öffentliches Dienstrecht*, 7. Aufl 2014, Rn 153.

<sup>62</sup> Vgl. Wichmann/Langer/Wichmann *Öffentliches Dienstrecht*, 7. Aufl 2014, Rn 153.

<sup>63</sup> BVerwGE 138, 102 (111 f).

<sup>64</sup> BVerwGE 138, 102 (112).

<sup>65</sup> BVerwGE 138, 102 (111).

<sup>66</sup> Vgl. BVerwGE 138, 102 (111 f, 113).

<sup>67</sup> Vgl. *Kienzler/Stehle* *Beamtenrecht Baden-Württemberg*, 2. Aufl 2014, Rn 102; BVerwGE 138, 102 (112).

<sup>68</sup> BVerwGE 138, 102 (112).

<sup>69</sup> *Kienzler/Stehle* *Beamtenrecht Baden-Württemberg*, 2. Aufl 2014, Rn 102.

<sup>70</sup> *Kienzler/Stehle* *Beamtenrecht Baden-Württemberg*, 2. Aufl 2014, Rn 102.

Zeitraum *vor* der Ernennung und dem Zeitraum *nach* der Ernennung<sup>71</sup>. Für den Zeitraum vor der Ernennung steht dem unterlegenen Bewerber noch das gesamte Arsenal an verwaltungsprozessualen Möglichkeiten zur Verfügung. Diese umfassen erstens die Option, Widerspruch zu erheben, zweitens die Möglichkeit, den Erlass einer einstweiligen Anordnung zu beantragen und drittens schließlich die Gelegenheit, eine Verpflichtungsklage zu erheben. Er muss dann allerdings auch diese – in der Literatur als »Dreiklang der Rechtsschutzinstrumente«<sup>72</sup> bezeichneten – Mittel ergreifen. Für den Zeitraum nach der Ernennung gilt hingegen, dass die verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten im Regelfall keinen Erfolg mehr versprechen, da eine Klage des unterlegenen Mitbewerbers grundsätzlich nicht mehr zulässig ist<sup>73</sup>.

Eine zweite wichtige Auswirkung ist, dass die rechtliche Prüfung der Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung für den Zeitraum vor der Ernennung in den vorläufigen Rechtsschutz vorverlagert werden muss, um eine rechtswidrige Ernennung des zunächst erfolgreichen Bewerbers zu verhindern<sup>74</sup>. Das Verfahren nach § 123 VwGO tritt damit funktional an die Stelle des Hauptsacheverfahrens<sup>75</sup>.

Die Ablehnung eines Rechtsanspruchs auf Ernennung bei gleichzeitiger Anerkennung eines Rechtsanspruchs auf eine sachgerechte Auswahlentscheidung hat drittens zur Folge, dass für den unterlegenen Bewerber in der Regel nur eine Verpflichtungsklage in Form der Bescheidungsklage nach § 113 V 2 VwGO eröffnet ist<sup>76</sup>. Eine Verpflichtungsklage nach § 113 V 1 VwGO wird er nur dann erheben, wenn zweifelsfrei feststeht, dass er der beste Bewerber ist oder ein anderer Grund für eine Ermessensreduktion des Dienstherrn gegeben ist<sup>77</sup>, wofür der Kandidat die volle Beweislast trägt<sup>78</sup>.

71 Vgl. Kienzler/Stehle *Beamtenrecht Baden-Württemberg*, 2. Aufl. 2014, Rn 102.

72 Kienzler/Stehle *Beamtenrecht Baden-Württemberg*, 2. Aufl. 2014, Rn 102.

73 Siehe BVerwGE 80, 127 (129 ff.); Kienzler/Stehle *Beamtenrecht Baden-Württemberg*, 2. Aufl. 2014, Rn 100 u. 102.

74 Vgl. BVerfG NVwZ 2007, 1178 (1179).

75 BVerwGE 138, 102 (111); Kienzler/Stehle *Beamtenrecht Baden-Württemberg*, 2. Aufl. 2014, Rn 102.

76 Kienzler/Stehle *Beamtenrecht Baden-Württemberg*, 2. Aufl. 2014, Rn 100; Schoch/Kunig *Besonderes Verwaltungsrecht*, 15. Aufl. 2014, 6. Kapitel Rn 91.

77 Bei Ersteinstellungen kann sich eine solche Ermessensreduktion etwa aus einer wirksamen Einstellungszusicherung ergeben, vgl. Wichmann/Langer/Wichmann *Öffentliches Dienstrecht*, 7. Aufl. 2014, Rn 147 ff.

78 Vgl. Schnellenbach *Beamtenrecht in der Praxis*, 8. Aufl. 2013, § 3 Rn 53 u. Rn 88.

Schließlich hat die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts viertens zum Resultat, dass die Konkurrentenklage nach bereits erfolgter Ernennung nur dann zugelassen werden kann, wenn der Dienstherr dem unterlegenen Bewerber nicht den durch Art 19 IV GG, Art 33 II GG gebotenen Rechtsschutz gewährt hat, sondern ihn vielmehr daran gehindert hat, die Rechtsschutzmöglichkeiten auszuschöpfen<sup>79</sup>. In diesem Fall der Rechtsschutzverhinderung muss der verfassungsgerichtlich gebotene Rechtsschutz durch die Anfechtungsklage nachgeholt werden können<sup>80</sup>.

Auf die Einzelfragen der Konkurrentenklage ist nun im folgenden einzugehen.

## IV. Prozessuale Voraussetzungen einer beamtenrechtlichen Konkurrentenklage im Hauptsacheverfahren

### 1. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

**Fall 8:** Assessor A bewirbt sich nach bestandem zweiten Staatsexamen bei der zuständigen Einstellungsbehörde des Landes L für die Einstellung in den höheren Verwaltungsdienst. Seine Bewerbung bleibt mit der Begründung erfolglos, dass andere Bewerber qualifizierter seien. A möchte wissen, ob er eine Klage auf Neubescheidung seiner Bewerbung vor den Verwaltungsgerichten anhängig machen kann.

Die Eröffnung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes in beamtenrechtlichen Fragen bestimmt sich *nicht* nach der *Generalklausel* des § 40 I VwGO, sondern nach den *spezialgesetzlichen Zuweisungsregelungen* in den *Beamtenengesetzen*<sup>81</sup>, wenn es sich um Streitigkeiten handelt, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis stehen (»Klagen aus dem Beamtenverhältnis«). Als spezialgesetzliche Zuweisungsregelung greift für Beamte des Bundes § 126 I BBG, für Beamte iSd § 1 BeamStG kommt § 54 I BeamStG – bzw. nach anderer Ansicht gleichzeitig auch § 126 I BBRG<sup>82</sup> – zum Tragen. Eine Klage aus dem Beamtenverhältnis ist nach diesen Vorschriften

79 Siehe BVerwGE 138, 102 (109, 112 ff.); Kienzler/Stehle *Beamtenrecht Baden-Württemberg*, 2. Aufl. 2014, Rn 103.

80 Vgl. BVerwGE 138, 102 (109, 113).

81 Vgl. statt vieler *Hufen* *Verwaltungsprozessrecht*, 9. Aufl. 2013, § 11 Rn 11 mit Rn 9.

82 Zu dem nach wie vor nicht abschließend geklärten Verhältnis der beiden Normen *Terhechte* NVwZ 2010, 996 (996 ff.).

gegeben, »wenn der geltend gemachte Anspruch seine Grundlage im Beamtenrecht hat und ein konkretes Beamtenverhältnis betrifft«<sup>83</sup>. Für Streitigkeiten in Beförderungskonkurrenzen ist damit klar, dass diese immer vor den Verwaltungsgerichten auszutragen sind, da sich diese Bewerber bereits – in aller Regel – in einem Beamtenverhältnis befinden. Gleiches gilt aber auch bei Einstellungskonkurrenzen: Zu den »Klagen aus dem Beamtenverhältnis« zählen nach ständiger Rechtsprechung nämlich auch Streitigkeiten über die ein solches Rechtsverhältnis vorbereitenden Maßnahmen und Verabredungen<sup>84</sup>, also auch solche Schritte, die im Zusammenhang mit der Begründung eines Beamtenverhältnisses stehen<sup>85</sup>.

**Lösung Fall 8:** Für die Streitigkeit ist nach § 54 I BeamStG der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet. Es handelt sich um eine Streitigkeit aus dem Beamtenverhältnis, da das Begehren des A auf Prüfung und Sicherung seines beamtenrechtlichen Bewerbungsverfahrensanspruchs mit Blick auf eine zukünftige Ernennung gerichtet ist.

## 2. Statthafte Klageart

**Fall 9:** Im Fall 1 informiert M den K verfahrensgerecht über seine Absicht, den B demnächst zu ernennen. K ist über die geplante Ernennung des B so verärgert, dass er sofort nach der Mitteilung »Anfechtungsklage gegen die Auswahlentscheidung« erhebt. M hält diese Klage für unstatthaft. Mit Recht?

### a) Vor Ernennung

Eine *Anfechtungsklage* des Mitbewerbers gegen die Auswahlentscheidung des Dienstherrn vor Ernennung ist unstatthaft, da ohne Ernennung noch kein Verwaltungsakt existiert und daher kein tauglicher Klagegegenstand vorliegt. Erst mit der Ernennung des ausgewählten Bewerbers ist ein anfechtbarer, drittbelastender Verwaltungsakt gegeben, der von den unterlegenen Bewerbern angegriffen werden kann<sup>86</sup>.

Hingegen ist eine *Verpflichtungsklage* des nicht ausgewählten Bewerbers auf seine Ernennung oder – als Minus – auf Neubescheidung seiner Bewerbung statthaft, da sie auf den Erlass eines Verwaltungsakts gerichtet ist<sup>87</sup>.

<sup>83</sup> Eyermann/Rennert VwGO, 14. Aufl 2014, § 40 Rn 166.

<sup>84</sup> Eyermann/Rennert VwGO, 14. Aufl 2014, § 40 Rn 166.

<sup>85</sup> Vgl BVerwGE 26, 31 (33); Eyermann/Rennert VwGO, 14. Aufl 2014, § 40 Rn 165.

<sup>86</sup> Vgl BVerwGE 138, 102 (105 f).

<sup>87</sup> Vgl Hufen Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl 2013, § 15 Rn 7; Kienzler/Stehle Beamtenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl 2014, Rn 100, 102.

### b) Nach Ernennung

Nach der Rechtsprechung führt eine wirksame Ernennung des obsiegenden Bewerbers zur Unstatthaftigkeit einer zuvor zulässig erhobenen Verpflichtungsklage, da diese sich durch die Ernennung erledigt hat<sup>88</sup>. Denn mit der wirksamen Ernennung des ausgewählten Bewerbers ist das Amt unwiderruflich vergeben<sup>89</sup>, eine gleichwohl erhobene Verpflichtungsklage des unterlegenen Mitbewerbers auf Ernennung wäre folglich aussichtslos<sup>90</sup>. Nach anderer Ansicht bleibt die vor Ernennung erhobene Verpflichtungsklage statthaft, ihr fehlt aber jetzt das Rechtsschutzbedürfnis<sup>91</sup>. Ebenso fehlt einer nach Ernennung erhobenen Verpflichtungsklage auf Neubescheidung das Rechtsschutzbedürfnis<sup>92</sup>.

Nach der maßgeblichen neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts seit dem Urteil v 4. 11. 2010 kann dem unterlegenen Bewerber nach der Ernennung des ausgewählten Bewerbers mithin Rechtsschutz nur noch im Wege der *Anfechtungsklage* gegen die Ernennung gewährt werden<sup>93</sup>. Möglich ist aber, die Anfechtungsklage mit einer

<sup>88</sup> Vgl BVerfG NvwZ 2007, 1178 (1179); BVerwGE 118, 370 (371 f), ebenso aus der Literatur Kienzler/Stehle Beamtenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl 2014, Rn 101.

Offen ist, ob eine Verpflichtungsfeststellungsklage in analoger Anwendung von § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO zulässig wäre; Rechtsprechung und Literatur gehen dieser Frage häufig nicht näher nach, siehe aber Schnellenbach Beamtenrecht in der Praxis, 8. Aufl 2013, § 3 Rn 78. Selbst wenn man diese Variante in Betracht zieht, so bestehen jedoch Zweifel am Vorliegen des erforderlichen Feststellungsinteresses; allenfalls der Aspekt der Verfolgung eines Amtshafungsanspruchs könnte ein solches begründen, ebenso Schnellenbach Beamtenrecht in der Praxis, 8. Aufl 2013, § 3 Rn 78. Schadensersatzansprüche wegen rechtswidriger Ernennung eines Konkurrenten können jedoch aufgrund ihrer zT beamtenrechtlichen Grundlage direkt vor den Verwaltungsgerichten geltend gemacht werden, es bedarf keines Prozesses zur Klärung von Vorfragen, dazu Kienzler/Stehle Beamtenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl 2014, Rn 105. Umfassend zu Schadensersatzansprüchen wegen unterbliebener Beförderung Schnellenbach Beamtenrecht in der Praxis, 8. Aufl 2013, § 3 Rn 74.

<sup>89</sup> BVerwGE 138, 102 (109 f). Eine etwaige Fehlerhaftigkeit der Ernennung wegen Verstoßes gegen Art 33 II GG spielt keine Rolle, vgl BVerwGE 138, 102 (110), 80, 127 (130 f).

<sup>90</sup> BVerwGE 80, 127 (130 f); Hufen Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl 2013, § 23 Rn 14.

<sup>91</sup> Dazu unten unter IV.4.b).

<sup>92</sup> Kienzler/Stehle Beamtenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl 2014, Rn 103.

<sup>93</sup> So ausdrücklich BVerwGE 138, 102 (113). AA Hufen Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl 2013, § 23 Rn 14, der von der Zulässigkeit einer isolierten Bescheidungsklage auch nach Ernennung ausgeht; die Berufung auf BVerwG NJW 2011, 695 = BVerwGE 138, 102 ist allerdings fragwürdig, da das BVerwG explizit von der Zulässigkeit einer Anfechtungsklage ausgeht.

Verpflichtungsklage auf Neubescheidung gemäß § 113 V 2 VwGO (oder sogar Ernennung) zu verbinden, durch die erneut über den Bewerbungsverfahrenanspruch entschieden werden kann.

**Lösung Fall 9:** Die Mitteilung über die Auswahlentscheidung ist nach der Rechtsprechung ein unselbstständiger Verfahrensakt, der noch keinen Verwaltungsakt darstellt. Dies ist erst die Ernennung, die das Auswahlverfahren abschließt<sup>94</sup>. K kann daher keine Anfechtungsklage gegen die Mitteilung über die Auswahlentscheidung erheben, da kein tauglicher Klagegegenstand gegeben ist.

### 3. Klagebefugnis

#### a) Vor Ernennung

Die nach § 42 II VwGO erforderliche Klagebefugnis einer vor der Ernennung des erfolgreichen Konkurrenten erhobenen Verpflichtungsklage auf Neubescheidung ergibt sich aus dem grundrechtsgleichen Recht aus Art 33 II GG. Nach dieser Verfassungsnorm besteht – wie oben bereits dargelegt – ein Anspruch des Mitbewerbers auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung des Dienstherrn über seine Bewerbung<sup>95</sup>.

#### b) Nach Ernennung

Die Klagebefugnis einer gegen die Ernennung erhobenen Anfechtungsklage des Mitbewerbers folgt ebenfalls aus Art 33 II GG, denn die Ernennung bewirkt nach der neueren Rechtsprechung einen Eingriff in seine, aus dieser Norm resultierenden Rechte<sup>96</sup>. Dies deshalb, weil die Ernennung einen drittbelastenden Verwaltungsakt darstellt, »der darauf gerichtet ist, unmittelbare Rechtswirkungen für die durch Art 33 II GG gewährleisteten Bewerbungsverfahrensansprüche der unterlegenen Bewerber zu entfalten«<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> Vgl BVerwGE 138, 102 (105 ff.).

<sup>95</sup> BVerwGE 118, 370 (372); BVerfG NVwZ 2007, 1178 (1178); Schoch/Kunig Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl 2014, 6. Kapitel Rn 91; Kienzler/Stehle Beamtenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl 2014, Rn 100; Eyermann/Happ VwGO 14. Aufl 2014, § 42 Rn 104.

<sup>96</sup> So jetzt ausdrücklich BVerwGE 138, 102 (105). Frühere Ansätze der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, nach denen nach Ernennung bei der Anfechtungsklage die Klagebefugnis fehlte (vgl dazu referierend Kopp//Schenke/Schenke, VwGO, 21. Aufl 2015, § 42 Rn 49 mit Fn 94), sind damit aufgegeben.

<sup>97</sup> BVerwGE 138, 102 (105).

### 4. Rechtsschutzbedürfnis

Ein weiterer kritischer Punkt bei beamtenrechtlichen Konkurrentenklagen ist das Erfordernis, dass der klagende Mitbewerber das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses nachweisen muss. Nach den allgemeinen Grundsätzen besteht das Rechtsschutzbedürfnis nicht, wenn die Klage sinnlos ist. Dies ist nach der Literatur der Fall, wenn die Klage den Kläger auch im Erfolgsfall in der Sache seinem Ziel nicht näher bringt, »weil dieses aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht erreichbar ist oder weil der Erfolg einer Klage ohne jede praktische Bedeutung ist«<sup>98</sup>. Die Sinn- oder Aussichtslosigkeit einer Klage in einem Konkurrentenstreitverfahren ist je nach Situation unterschiedlich zu beurteilen.

#### a) Vor der Ernennung

Vor der Ernennung ist das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses für eine Verpflichtungsklage des Konkurrenten auf Ernennung ohne weiteres zu bejahen. Eine Anfechtungsklage ist hingegen – wie oben ausgeführt – bereits unstatthaft.

#### b) Nach der Ernennung

**Fall 10<sup>98a</sup>:** R ist Präsident eines LG im Land L. Er bewirbt sich auf die Stelle des Präsidenten des OLG des Landes L. Sein Mitbewerber ist B, der Präsident des LSG des Landes L. Die Stelle des Präsidenten des OLG des Landes L ist frei geworden, weil der bisherige Amtsinhaber M Justizminister des Landes L geworden ist. M gibt dem B aufgrund einer von ihm, dem M, selbst erstellten Anlassbeurteilung den Vorzug. Dies teilt er dem R mit. R stellt daraufhin einen Antrag auf einstweilige Anordnung beim VG, der aber ebenso wie die anschließende Beschwerde zum OVG erfolglos bleibt. Der Beschluss des OVG wird dem Prozessbevollmächtigten des R und dem Justizministerium am 22. Juni 2015 zur Mittagszeit per Fax übermittelt. Ungefähr eine halbe Stunde später händigt M dem B die Ernennungsurkunde aus. R erhebt fristgemäß Anfechtungsklage gegen die Ernennung des B. M meint, wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität habe R für die Anfechtungsklage kein Rechtsschutzbedürfnis mehr.

#### aa) Grundregel: Kein Rechtsschutzbedürfnis bei vollzogener Ernennung

Auch nach dem bahnbrechenden Urteil des BVerwG v 4. 11. 2010 liegt das Rechtsschutzbedürfnis in der Regel

<sup>98</sup> Hufen Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl 2013, § 23 Rn 13.

<sup>98a</sup> Fallgestaltung nach BVerwGE 138, 102.

nicht mehr vor, wenn der Konkurrent inzwischen wirksam ernannt worden ist. Denn mit der wirksamen Ernennung des ausgewählten Bewerbers ist das Amt unwiderruflich vergeben<sup>99</sup>, eine gleichwohl erhobene Anfechtungsklage auf Aufhebung der Ernennung des Konkurrenten oder eine Verpflichtungsklage des unterlegenen Mitbewerbers auf Ernennung wäre folglich aussichtslos<sup>100</sup>. Da durch die wirksame Ernennung das Rechtsschutzbedürfnis entfällt bzw. fehlt<sup>101</sup>, ist die Klage – sei es als Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage – mithin unzulässig<sup>102</sup>.

### bb) Ausnahmen

Von der Regel, dass durch die Ernennung das Rechtsschutzbedürfnis des unterlegenen Bewerbers entfällt, gibt es allerdings anerkannte Ausnahmen. Die erste, schon in der Vergangenheit allgemein akzeptierte Ausnahme betrifft die Frage der Rechtsbeständigkeit der Ernennung<sup>103</sup>. Der Verlust des Rechtsschutzbedürfnisses des unterlegenen Mitbewerbers kann nach Rechtsprechung und Literatur nur eintreten, wenn die Ernennung wirksam ist und kein gesetzlicher Rücknahmetatbestand des Beamtenrechts eingreift<sup>104</sup>. Wenn aber die Ernennung wegen Vorliegen eines der in den Beamtengesetzen genannten Nichtigkeitsgründe (vgl. z. B. § 11 BeamtStG) gar nicht wirksam ist<sup>105</sup> oder bei Vorliegen eines Rücknahmetatbestandes (vgl. z. B. § 12 BeamtStG) rückgängig gemacht werden kann<sup>106</sup>, dann ist die

Ernennung nicht rechtsbeständig mit der Folge, dass auch der Grundsatz der Ämterstabilität nicht zum Tragen kommt<sup>107</sup>.

Eine weitere Ausnahme ist nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gegeben, wenn der Dienstherr den durch Art. 19 Abs. 4, 33 Abs. 2 GG gebotenen Rechtsschutz unterläuft und die Ernennung vor Ausschöpfung der Rechtsschutzmöglichkeiten zur gerichtlichen Nachprüfung der Auswahlentscheidung durch den Mitbewerber vornimmt<sup>108</sup>. In diesem Fall der Rechtsschutzverhinderung kann sich der Dienstherr nicht auf den Grundsatz der Ämterstabilität berufen<sup>109</sup>, denn sonst hätte er es »in der Hand, die Grundrechte unterlegener Bewerber durch vorzeitige Ernennungen auszuschalten«<sup>110</sup>. Vielmehr muss der verfassungsrechtlich gebotene Rechtsschutz bei dieser Fallkonstellation nachgeholt werden<sup>111</sup>. Im für den Ernannten ungünstigen Fall kann dies bedeuten, dass die Ernennung ex nunc aufgehoben wird<sup>112</sup>.

**Lösung Fall 10:** Grundsätzlich besteht nach vollzogener Ernennung für eine Anfechtungsklage kein Rechtsschutzbedürfnis mehr, da die Ernennung wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Dies gilt aber nicht, wenn eine Ausnahmekonstellation gegeben ist. Die Ernennung ist zwar fehlerhaft, aber nicht nichtig. Auch ist kein Rücknahmetatbestand einschlägig. Allerdings stellt die Ernennung des B eine halbe Stunde nach der Bekanntgabe der Entscheidung des OVG eine Rechtsschutzvereitelung durch M dar, weil dem R keine ausreichende Zeit blieb, eine Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht zu erheben. In dem Fall der Rechtsschutzvereitelung kann M sich aber nicht auf den Grundsatz der Ämterstabilität berufen, vielmehr kann die Ernennung für die Zukunft aufgehoben werden. Da die Anfechtungsklage gegen die Ernennung des B deshalb nicht von vornherein aussichtslos ist, hat R ein Rechtsschutzbedürfnis.

<sup>99</sup> BVerwGE 138, 102 (109f). Eine etwaige Fehlerhaftigkeit der Ernennung wegen Verstößes gegen Art 33 Abs. 2 GG spielt keine Rolle, vgl BVerwGE 138, 102 (110), 80, 127 (130f).

<sup>100</sup> BVerwGE 80, 127 (130f); *Hufen* Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl 2013, § 23 Rn 14.

<sup>101</sup> Das Bundesverfassungsgericht und das Bundesverwaltungsgericht gehen mit Blick auf eine anhängige Verpflichtungsklage von dem Vorliegen einer Erledigung aus, vgl BVerfG NVwZ 2007, 1178 (1179); BVerwGE 118, 370 (371f); Teile der Literatur nehmen auch in diesem Fall das Entfallen des Rechtsschutzbedürfnisses an, so z. B. *Hufen* Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl 2013, § 23 Rn 14.

<sup>102</sup> Nicht zuletzt aus diesem Grund ist das – unter VI. noch näher zu betrachtende – Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes bei beamtenrechtlichen Konkurrentenklagen von so großer Bedeutung. Der Bewerbungsverfahrensanspruch des unterlegenen Mitbewerbers wird im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 123 I VwGO in der Weise gesichert, dass die Ernennung erst dann vorgenommen werden darf, wenn er Gelegenheit hatte, alle prozessualen Mittel auszuschöpfen.

<sup>103</sup> Dazu z. B. BVerwGE 138, 102 (109); *Kienzler/Stehle* Beamtenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl 2014, Rn 101.

<sup>104</sup> Vgl *Kienzler/Stehle* Beamtenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl 2014, Rn 101.

<sup>105</sup> Zur Nichtigkeit von Ernennungen näher *Kienzler/Stehle* Beamtenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl 2014, Rn 108ff.

<sup>106</sup> Zu der Möglichkeit der Rücknahme der Ernennung näher *Kienzler/Stehle* Beamtenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl 2014, Rn 112ff.

<sup>107</sup> Siehe BVerwGE 138, 102 (109); *Kienzler/Stehle* Beamtenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl 2014, Rn 101.

<sup>108</sup> BVerwGE 138, 102 (112 f).

<sup>109</sup> BVerwGE 138, 102 (113); aus der Literatur zustimmend *Hufen* Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl 2013, § 23 Rn 14.

<sup>110</sup> BVerwGE 138, 102 (113).

<sup>111</sup> BVerwGE 138, 102 (113).

<sup>112</sup> Vgl BVerwGE 138, 102 (115).

## V. Probleme der Begründetheit von beamtenrechtlichen Konkurrentenklagen

**Fall 11:** Wie Fall 10, nur wartet M mit seiner Ernennung. R ist der Meinung, dass die Auswahl des B an einem materiellen Fehler leidet, da die Beurteilung des M unbrauchbar sei. M habe in seiner Beurteilung – was zutrifft – nur statistische Angaben über die Entwicklung der Sozialgerichtsbarkeit und persönliche Eindrücke aufgrund von gemeinsam besuchten Tagungen verarbeitet. R ist sich sicher, dass sowohl ein Antrag auf einstweilige Anordnung nach § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO als auch eine Verpflichtungsklage auf Neubescheidung seiner Bewerbung in der Sache Erfolg haben werden. Stimmt dies?

### 1. Begründetheit einer Verpflichtungsklage

#### a) Verpflichtungsklage auf Ernennung, § 113 V 1 VwGO

Eine Verpflichtungsklage des nicht ausgewählten Bewerbers auf Ernennung nach § 113 V 1 VwGO ist sowohl bei der Einstellungs- als auch bei Beförderungskonkurrenz nur dann begründet, wenn der Kläger einen Anspruch auf Einstellung bzw. Beförderung und in Folge auf Ernennung besitzt. Ein solcher Anspruch auf Ernennung besteht aber nach dem oben Gesagten nur dann, wenn »der dem Dienstherrn durch Art. 33 Abs. 2 GG eröffnete Beurteilungsspielraum für die Gewichtung der Leistungskriterien auf Null reduziert ist, d. h. ein Bewerber am besten geeignet ist«<sup>113</sup>. Dies ist jedoch nur in Ausnahmefällen der Fall, so dass eine solche Verpflichtungsklage in der Regel unbegründet ist.

#### b) Verpflichtungsklage auf Neubescheidung, § 113 V 2 VwGO

Anders sieht es mit einer Klage auf Neubescheidung gemäß § 113 V 2 VwGO aus. Diese ist bereits dann begründet, wenn der Anspruch des Mitbewerbers auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung des Dienstherrn über seine Bewerbung verletzt worden ist<sup>114</sup>. Die Gerichte haben daher (nur) zu prüfen, ob die Auswahlentscheidung des Dienstherrn einen Ermessens- oder Beurteilungsfehler

aufweist<sup>115</sup>. Unbeschadet dieser aufgrund der dem Dienstherrn eingeräumten Ermessens- und Beurteilungsspielräume eingeschränkten gerichtlichen Kontrolldichte<sup>116</sup> können die Verwaltungsgerichte im Konkurrentenstreitverfahren untersuchen<sup>117</sup>, ob die Ernennungsbehörde

- von einem richtigen Sachverhalt ausgegangen ist,
- die Verfahrensregeln eingehalten hat,
- allgemeine gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet hat,
- von einer treffenden Auslegung des Art. 33 Abs. 2 GG ausgegangen ist oder
- sachwidrige Erwägungen angestellt hat<sup>118</sup>.

Beispielhafte Verfahrensfehler<sup>119</sup> sind etwa die Verletzung der Ausschreibungspflicht oder die Missachtung der Bewerbung des Klägers wegen vermeintlicher Fristversäumnis. Typische materielle Fehler treten vor allem mit Blick auf den Leistungsvergleich zwischen den Bewerbern auf. Dieser Leistungsvergleich erfolgt insbesondere auf der Basis dienstlicher Beurteilungen der Kandidaten<sup>120</sup>. Mängel der berücksichtigten Beurteilungen schlagen daher fast immer auf die Auswahlentscheidung durch. Als materielle Fehler in diesem Zusammenhang sind etwa anerkannt die Heranziehung einer mangelbehafteten Beurteilung zugunsten des ausgewählten Bewerbers, die Berücksichtigung veralteter Beurteilungen oder die falsche Gewichtung von Beurteilungen gegenüber anderen Erkenntnismitteln<sup>121</sup>. Der Leistungsvergleich kann aber auch deshalb fehlerbehaftet sein, weil der Dienstherr bei seiner Auswahlentscheidung Hilfskriterien berücksichtigt hat, die nach Art 33 II GG unzulässig sind<sup>122</sup>, etwa Parteizugehörigkeit oder persönliche Präferenz<sup>123</sup>. Besonders umstritten sind auch geschlechtsbezo-

<sup>115</sup> Schenke DVBl 2015, 137 (142).

<sup>116</sup> Vgl. Schenke DVBl 2015, 137 (142); Kienzler/Stehle Beamtenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2014, Rn 100.

<sup>117</sup> Nachfolgende Aufstellung beruht auf Schenke DVBl 2015, 137 (142); Kienzler/Stehle Beamtenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2014, Rn 100 sowie Schnellenbach Beamtenrecht in der Praxis 8. Aufl. 2013, § 3 Rn 82 f, 84 f.

<sup>118</sup> Fallbeispiele bei Battis BBG, 4. Aufl. 2009, § 9 Rn 5 ff, 33 ff.

<sup>119</sup> Hierzu ausführlich Schnellenbach Beamtenrecht in der Praxis, 8. Aufl. 2013, § 3 Rn 83.

<sup>120</sup> Das Feld der dienstlichen Beurteilungen gehört zu den schwierigsten Bereichen des Beamtenrechts und kann hier nicht näher thematisiert werden, vgl. dazu etwa den Überblick bei Wichmann/Langer/Wichmann Öffentliches Dienstrecht, 7. Aufl. 2014, Rn 230 ff.

<sup>121</sup> Vgl. Schnellenbach Beamtenrecht in der Praxis, 8. Aufl. 2013, § 3 Rn 85.

<sup>122</sup> Hierzu Schnellenbach Beamtenrecht in der Praxis, 8. Aufl. 2013, § 3 Rn 85.

<sup>123</sup> Vgl. Schoch/Kunig Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2014, 6. Kapitel Rn 89.

<sup>113</sup> BVerwGE 138, 102 (107); ebenso aus der Literatur Kienzler/Stehle Beamtenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2014, Rn 100.

<sup>114</sup> Vgl. BVerwGE 138, 102 (107 f); Schenke DVBl 2015, 137 (142); Kienzler/Stehle Beamtenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2014, Rn 100.

gene Aspekte, insbesondere Quoten mit dem Ziel der Frauenförderung<sup>124</sup>.

Ist schon ein einziger dieser Fehler gegeben, so ist der Bewerbungsverfahrensanspruch des Klägers verletzt; er hat dann einen Anspruch auf Neubescheidung, so dass eine Verpflichtungsklage nach § 113 V 2 VwGO begründet ist.

**Lösung Fall 11:** Die Anlassbeurteilung des B durch M ist fehlerhaft, weil sie nicht auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage beruht. Statistische Angaben über die Entwicklung einer Gerichtsbarkeit sind nicht aussagekräftig, weil sie keine Rückschlüsse auf die Leistungen eines Gerichtspräsidenten zulassen, denn Zahlen über Erledigungen können dem Präsidenten nicht unmittelbar zugerechnet werden<sup>125</sup>. Ebenso sind persönliche Eindrücke aufgrund von Tagungen nicht geeignet, valide Erkenntnisse über das Leistungsvermögen eines Präsidenten zu vermitteln<sup>126</sup>. Da die Beurteilung fehlerhaft ist, hätte sie dem Leistungsvergleich nicht zugrunde gelegt werden dürfen. Mithin ist der Bewerbungsverfahrensanspruch des R verletzt, sowohl Antrag als auch Klage haben daher Aussicht auf Erfolg.

## 2. Begründetheit einer Anfechtungsklage, § 113 I 1 VwGO

Eine zulässige Anfechtungsklage des unterlegenen Kandidaten gegen die erfolgte Ernennung des ausgewählten Bewerbers ist begründet, wenn entweder die Auswahlentscheidung an einem verfahrens- oder materiell-rechtlichen Fehler leidet oder die Ernennung selbst fehlerhaft ist. Hinsichtlich des Prüfungsumfangs mit Blick auf die Auswahlentscheidung gilt das zuvor Gesagte entsprechend.

# VI. Die Bedeutung des vorläufigen Rechtsschutzes für beamtenrechtliche Konkurrentenstreitverfahren

## 1. Einführung

Aus den bisherigen Ausführungen ist bereits mehrfach deutlich geworden, welche überragende Bedeutung dem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes für beamtenrechtliche Konkurrentenstreitverfahren für den Zeitraum

vor der Ernennung zukommt. In diesem Teil des Beitrags sollen nunmehr die wesentlichen Sachentscheidungs-voraussetzungen und Fragen der Begründetheitsprüfung einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO angesprochen werden.

## 2. Sachentscheidungs-voraussetzungen einer einstweiligen Anordnung

Selbstverständlich müssen auch bei einem Antrag auf einstweilige Anordnung die formalen Voraussetzungen, insbesondere ein ordnungsgemäßer Antrag gegeben sein. Mit Blick auf den beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit sind indes vor allem die folgenden Punkte diskussionswürdig.

### a) Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

Für die Frage der Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges gilt das unter IV.1. Gesagte entsprechend.

### b) Zuständiges Gericht

Zuständiges Gericht ist das Gericht der Hauptsache, § 123 II 1 VwGO. Mit Blick auf die örtliche Zuständigkeit ist § 52 Nr 4 VwGO einschlägig.

### c) Beteiligtenbezogene Voraussetzungen

Für die Beteiligtenfähigkeit und Prozessfähigkeit gelten §§ 61 und 62 VwGO<sup>127</sup>.

### d) Statthaftigkeit

Die Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs des abgelehnten Bewerbers erfolgt nach ständiger Rechtsprechung allein mittels einer einstweiligen Anordnung nach § 123 I 1 VwGO<sup>128</sup>. Das Verfahren nach § 80 V VwGO spielt im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren keine Rolle<sup>129</sup>, unbeschadet des Umstands, dass die Ernennung als Verwaltungsakt mit Drittwirkung verstanden wird, der

<sup>124</sup> Siehe dazu Schoch/*Kunig* Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl 2014, 6. Kapitel Rn 90.

<sup>125</sup> Vgl BVerwGE 138, 102 (117 f).

<sup>126</sup> Vgl BVerwGE 138, 102 (118).

<sup>127</sup> *Hufen* Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl 2013, § 33 Rn 5.

<sup>128</sup> Vgl nur BVerwGE 138, 102 (110); BVerfG NVwZ 2007, 1178 (1179).

<sup>129</sup> Vgl BVerwGE 138, 102 (110 f); Kopp//Schenke/*Schenke*, VwGO, 21. Aufl 2015, § 123 Rn 5.

in die Rechte der unterlegenen Bewerber aus Art 33 II GG eingreift<sup>130</sup>.

Aus der Rechtsprechung ergibt sich zugleich, dass ausschließlich eine Sicherungsanordnung nach § 123 I 1 VwGO und nicht eine Regelungsanordnung einschlägig ist<sup>131</sup>. Durch den Erlass einer Sicherungsanordnung kann die zu besetzende Stelle bis zu einer abschließenden Entscheidung über den Bewerbungsverfahrenanspruch des nicht ausgewählten Kandidaten frei gehalten werden.

### e) Antragsbefugnis

Hinsichtlich der Antragsbefugnis nach § 42 II VwGO analog gilt das unter IV.3. Ausgeführte entsprechend.

### f) Rechtsschutzbedürfnis

Wegen der das Hauptsacheverfahren ersetzenden Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes<sup>132</sup> sind an das Vorliegen des Rechtsschutzbedürfnisses keine hohen Anforderungen zu stellen. Es ist in der Regel gegeben, da das Verfahren der einstweiligen Anordnung ja gerade dazu dienen soll, den Bewerbungsverfahrenanspruch des unterlegenen Bewerbers zu sichern<sup>133</sup>.

### g) Ordnungsgemäßer Antrag

Inhaltlich muss der Antrag dahin gehen, dass dem Dienstherrn einstweilen untersagt wird, den ausgewählten Bewerber zu ernennen<sup>134</sup>.

## 3. Begründetheit einer einstweiligen Anordnung

Da das einstweilige Anordnungsverfahren nach § 123 VwGO für den Zeitraum vor der Ernennung die Funktion des Hauptsacheverfahrens übernimmt, darf das Verfahren

<sup>130</sup> BVerwGE 138, 102 (105f).

<sup>131</sup> BVerwGE 118, 370 (372); BVerfG NVwZ 2007, 1178 (1179); aus der Literatur Kopp/Schenke/Schenke, VwGO, 21. Aufl. 2015, §123 Rn 7; Kienzler/Stehle Beamtenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2014, Rn 102.

<sup>132</sup> Vgl BVerwGE 138, 102 (110f); Kienzler/Stehle Beamtenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2014, Rn 102.

<sup>133</sup> Vgl BVerwGE 138, 102 (111).

<sup>134</sup> Vgl BVerwGE 138, 102 (110); Kopp/Schenke/Schenke, VwGO, 21. Aufl. 2015, § 123 Rn 5 u. 7.

nach der Rechtsprechung »nach Prüfungsmaßstab, –umfang und -tiefe nicht hinter einem Hauptsacheverfahren zurückbleiben«<sup>135</sup>. Dies bedeutet zugleich, »dass sich die Verwaltungsgerichte nicht auf eine wie auch immer gartete summarische Prüfung beschränken dürfen«<sup>136</sup>. Es erfolgt vielmehr eine Vollkontrolle der Entscheidung des Dienstherrn im einstweiligen Anordnungsverfahren<sup>137</sup>; diese umfassende tatsächliche und rechtliche Überprüfung der Bewerberauswahl im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ist nach Ansicht der Judikatur verfassungsrechtlich geboten<sup>138</sup>. Der Preis des Zwangs zur Vollkontrolle ist allerdings eine deutlich längere Verfahrensdauer und damit verbunden auch eine Verzögerung der Ernennung<sup>139</sup>.

Hinsichtlich des Vortrags des Antragstellers, vornehmlich mit Blick auf die Glaubhaftmachung, bzw. die Erfolgsaussichten des Bewerbers gilt, dass nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts die Gerichte die Anforderungen nicht überspannen dürfen<sup>140</sup>, es genügt schon die *Erfolgsmöglichkeit*<sup>141</sup>: »Stellen sie [i.e. die Gerichte] eine Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs fest, muss die Ernennung des ausgewählten Bewerbers bereits dann durch einstweilige Anordnung untersagt werden, wenn die Auswahl des Antragstellers bei rechtsfehlerfreier Auswahl jedenfalls möglich erscheint«<sup>142</sup>.

### a) Anordnungsanspruch

Ein Anordnungsanspruch ist folglich gegeben, wenn der Bewerbungsverfahrensanspruch des Bewerbers durch eine verfahrensrechtliche Maßnahme des Dienstherrn oder durch die Auswahlentscheidung selbst, und zwar aufgrund ihrer Fehlerhaftigkeit<sup>143</sup>, verletzt worden ist. Ersteres

<sup>135</sup> BVerwGE 138, 102 (111).

<sup>136</sup> BVerwGE 138, 102 (111).

<sup>137</sup> Deutliche Kritik an der Forderung nach Vollkontrolle bei Schenke DVBl 2015, 137 (139f), der auf die Interessen des zu Ernennenden oder des Dienstherrn hinweist, die durch den Zwang zur Vollkontrolle berührt würden.

<sup>138</sup> BVerwGE 138, 102 (111); BVerfG NVwZ 2007, 1178 (1179).

<sup>139</sup> Kritisch auch Schenke Verwaltungsprozessrecht, 14. Aufl. 2014 Rn 277b sowie Schenke DVBl 2015, 137 (139f), allerdings sind die von ihm vorgeschlagenen Lösungen, ua Aufgabe bzw. weitere Einschränkungen des Grundsatzes der Ämterstabilität, ebenfalls mit Nachteilen verbunden.

<sup>140</sup> BVerfG NVwZ 2007, 1178 (1179).

<sup>141</sup> BVerfG NVwZ 2003, 200 (201); BVerfG NVwZ 2007, 1178 (1179).

<sup>142</sup> So BVerwGE 138, 102 (111) unter Berufung auf eine ständige Rechtsprechung, u.a BVerfG NJW 1990, 501.

<sup>143</sup> Vgl BVerfG NVwZ 2007, 1178 (1179).

ist der Fall, wenn die erwähnten Informations-, Dokumentations- oder Wartepflichten durch den Dienstherrn missachtet worden sind. Letzteres ist gegeben, wenn bei der Auswahlentscheidung nicht sachgerechte Kriterien herangezogen wurden oder ungeeignete Hilfskriterien eine Rolle gespielt haben<sup>144</sup>. Beispielhaft ist – wie oben schon dargelegt – der Rückgriff auf fehlerhafte oder ungeeignete Beurteilungen zu erwähnen. Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung des Anordnungsanspruchs dürfen – wie bereits gesagt – nicht überspannt werden<sup>145</sup>.

### b) Anordnungsgrund

Ein Anordnungsgrund besteht bereits dann, wenn die Gefahr besteht, dass der Bewerbungsverfahrensanspruch durch die drohende Ernennung vereitelt wird.

### c) Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache

Die das Hauptsacheverfahren übernehmende bzw. ersetzende Funktion des einstweiligen Anordnungsverfahrens und die damit verbundene Pflicht des Gerichts zur umfassenden Überprüfung der Auswahlentscheidung des Dienstherrn im Verfahren nach § 123 VwGO haben zugleich zur Folge, dass das so genannte Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache<sup>146</sup> im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit nicht zur Anwendung gelangt<sup>147</sup>. Das Gericht muss vielmehr eine Sachentscheidung über den Bewerbungsverfahrensanspruch treffen, damit die oben beschriebenen Wirkungen einer wirksamen Ernennung nicht eintreten. Wird nach Ausschöpfung aller prozessualen Möglichkeiten der Antrag endgültig abgelehnt, dann ist sogleich der Weg frei für eine Ernennung, die auch keine Rechtsschutzvereitelung darstellt, weil sämtliche verfassungsrechtlichen Vorgaben beachtet worden sind<sup>148</sup>.

<sup>144</sup> Zu den möglichen Fehlerquellen ausführlich *Schnellenbach* Beamtenrecht in der Praxis, 8. Aufl 2013, § 3 Rn 28 ff, 82f u 84.

<sup>145</sup> BVerfG NVwZ 2007, 1178 (1179).

<sup>146</sup> Das Problem der Vorwegnahme der Hauptsache ist richtigerweise in der Begründetheit zu prüfen, es wird aber auch vertreten, die Frage bei der Untersuchung des Rechtsschutzbedürfnisses anzuschneiden, vgl *Hufen* Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl 2013, § 33 Rn 10.

<sup>147</sup> Vgl *Schenke* Verwaltungsprozessrecht, 14. Aufl 2014, Rn 1036; *Hufen* Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl 2013, § 33 Rn 18.

<sup>148</sup> Vgl BVerwGE 138, 102 (111): »Ansprüche aus Art 33 Abs. 2, Art 19 Abs. 4 GG erfüllt«.

## VII. Zusammenfassung und Klausurhinweise

Das beamtenrechtliche Konkurrentenstreitverfahren ist wegen des Einflusses verfassungs- und beamtenrechtlicher Vorgaben prozessual besonders komplex und schwierig. Die Übertragung allgemeiner dogmatischer Erkenntnisse im Bereich der Konkurrentenklage ist auf beamtenrechtliche Fallgestaltungen nur mit Einschränkungen möglich. Bei ihnen spielt vielmehr die Frage der Ernennung eine entscheidende Rolle.

Die zur Verfügung stehenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten hängen wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität entscheidend davon ab, ob bereits eine wirksame Ernennung des obsiegenden Bewerbers vorliegt oder nicht. In der Klausur ist deshalb – gerade wenn nur nach den Rechtsschutzmöglichkeiten des unterlegenen Kandidaten gefragt wird – zunächst sorgfältig zu untersuchen, ob der Fall im Zeitraum vor oder nach einer Ernennung spielt.

Ist die Ernennung noch nicht erfolgt, ist auf den prozessualen Dreiklang von Widerspruch, einstweiliger Anordnung und Verpflichtungsklage in Form der Bescheidungsklage zur Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs einzugehen. Gibt die Aufgabe allerdings eine konkrete Fragestellung vor, ist selbstverständlich diese zu erörtern und zu prüfen. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 I 1 VwGO ist begründet, wenn die formalen Vorgaben an ein sachgerechtes Bewerbungsverfahren missachtet worden sind oder die Auswahlentscheidung inhaltlich fehlerhaft ist.

Ist die Ernennung schon erfolgt, ist eine Anfechtungsklage gegen die Ernennung zu untersuchen<sup>149</sup>. Im Kontext des Rechtsschutzbedürfnisses einer Anfechtungsklage ist vor allem auf das Problem der Wirksamkeit der Ernennung einzugehen. Ist die Ernennung zwar wirksam, liegt aber eine Rechtsschutzvereitelung wegen Verstoßes gegen Art 33 II, 19 IV GG durch eine voreilige Ernennung durch den Dienstherrn vor, ist die Anfechtungsklage nach neuerer Rechtsprechung gleichwohl zulässig. Im Rahmen der Prüfung der Begründetheit der Anfechtungsklage ist dann zu untersuchen, ob eine Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs gegeben ist. Ist dies zu bejahen, so kann die Ernennung des ausgewählten Bewerbers dann für die Zukunft aufgehoben werden. Zugleich kann mit dieser Klage eine Verpflichtungsklage auf Neubescheidung verbunden werden.

<sup>149</sup> Vgl BVerwGE 138, 102 (105, 109); aA *Hufen* Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl 2013, § 23 Rn 14 Bescheidungsklage ausreichend.