



**FACHHOCHSCHULE LUDWIGSBURG
HOCHSCHULE FÜR ÖFFENTLICHE VERWALTUNG UND
FINANZEN**

Wahlpflichtfach Nr. 14 - Personalentscheidungen in Betrieben
und Verwaltungen

**- Die Rechtsstellung des Beamtenbewerbers
bei der Beförderungsauswahl -**

D I P L O M A R B E I T

zur Erlangung des Hochschulgrades
Diplom - Verwaltungswirtin (FH)

im

Studienjahr 2007 / 2008

vorgelegt von

Anja Kosian

Erstgutachter: Prof. Dr. P.P. Alber

Zweitgutachter: Prof. M. Matjeka

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	VI
1 Einführung	1
2 Verfassungs- und beamtenrechtliche Grundlagen bei der Personalauswahl im öffentlichen Dienst	3
2.1 <i>Die Bedeutung des Art. 33 GG</i>	3
2.1.1 Hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums	3
2.1.2 Das Leistungsprinzip	4
2.2 <i>Die Ernennungsgrundsätze des § 11 (1) LBG</i>	6
2.2.1 Anforderungsprofil als Basis für die Auswahlentscheidung	6
2.2.2 Entscheidungsgrundlagen	7
2.2.3 Ermessensspielraum des Dienstherrn	10
2.3 <i>Zulässigkeit von Hilfskriterien</i>	12
3 Sonstige Pflichten des Dienstherrn im Beförderungsauswahlprozess	15
3.1 <i>Gesetzliche Vorgabe der Beförderungskriterien</i>	15
3.1.1 Vorgaben des BBesG	15
3.1.2 Haushaltsrechtliche Voraussetzungen	16
3.1.3 Subjektive und objektive Voraussetzungen	16
3.1.4 Beförderungsverbote	17
3.2 <i>Die Ausschreibungspflicht</i>	20
3.2.1 Zielsetzung von Stellenausschreibungen	20
3.2.2 Die Vorgaben des § 11 (3) LBG	21
3.2.3 Anforderungen an das Ausschreibungsverfahren	23
3.2.4 Ausnahmeregelungen	24
3.3 <i>Zulässigkeit von diversen Auswahlmethoden</i>	24

3.3.1	Das Vorstellungsgespräch	24
3.3.2	Das Assessment-Center	25
3.4	<i>Die Rolle des Personalrates</i>	27
3.4.1	Zusammenwirken von Dienststelle und Personalrat	27
3.4.2	Das Mitbestimmungsrecht des Personalrates	28
4	Der Beförderungsauswahlprozess unter besonderer Berücksichtigung der Rechte des Beamten	31
4.1	<i>Rechtsbeziehung zwischen Dienstherrn und Beamten</i>	31
4.1.1	Das Beamtenverhältnis als Dienst- und Treueverhältnis	31
4.1.2	Die Fürsorge- und Schutzpflicht des Dienstherrn	32
4.2	<i>Rechtliche Aspekte im Rahmen des Auswahlprozesses</i>	34
4.2.1	Das subjektiv-öffentliche Recht des Bewerbers	34
4.2.2	Ansprüche im Zusammenhang mit der Ausschreibung	35
4.2.3	Anspruch auf Einrichtung von Planstellen	36
4.2.4	Anspruch auf Beförderung	37
4.2.5	Bewerbungsverfahrensanspruch	40
4.2.6	Differenzierte Anwendung des Leistungsprinzips	41
4.3	<i>Rechte nach Abschluss des Auswahlverfahrens</i>	43
4.3.1	Beförderungszusage	43
4.3.1.1	Ernennung	43
4.3.1.2	Planstelleneinweisung	45
4.3.1.3	Rechtsbeständigkeit von Ernennungen	45
4.3.2	Beförderungsabsage	46
4.3.2.1	Mitteilung und Begründung	46
4.3.2.2	Anhörung	50
4.4	<i>Rechtsbehelfsmöglichkeiten des abgelehnten Bewerbers</i>	53
4.4.1	Widerspruchs- und Klagebefugnis	53
4.4.2	Verpflichtungs- und Bescheidungsklage	54
4.4.3	Anfechtungsklage	56
4.4.4	Einstweilige Sicherungsanordnung	59

4.4.5	Fortsetzungsfeststellungsklage	60
4.4.6	Vorbeugender Rechtsschutz	61
4.5	<i>Schadensersatzansprüche des übergangenen Bewerbers</i>	62
4.5.1	Rechtsgrundlagen	62
4.5.2	Anspruchsvoraussetzungen	63
5	Abschließende Betrachtung und Ausblick auf das Beamtenstatusgesetz	66
	Literaturverzeichnis	VIII
	Erklärung nach § 26 III S. 2 APrORV gD	XI

Abbildungsverzeichnis

Abb. 1:	Art. 33 GG	3
Abb. 2:	Dienstliche Beurteilung	8
Abb. 3:	Auswahlkriterien	13
Abb. 4:	Beförderungsverbote	17
Abb. 5:	Ausschreibungspflicht	21
Abb. 6:	Beamtenrechte	31
Abb. 7:	Zusammenfassung der Konkurrenzen	43
Abb. 8:	Ansprüche des Bewerbers	52
Abb. 9:	Klagearten	54
Abb. 10:	Schadensersatzansprüche	62

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abb.	Abbildung
AC	Assessment-Center
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BBesG	Bundesbesoldungsgesetz
BBG	Bundesbeamtengesetz
BeamtStG-E	Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern (Beamtenstatusgesetz) i. d. F. BR-Drucks. 16/4027 v. 12.01.2007
Bef.	Beförderung
BeurtVO	Beurteilungsverordnung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BLV	Bundeslaufbahnverordnung
BPersVG	Bundespersönalvertretungsgesetz
BR-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundesrates
BRL	Beurteilungsrichtlinien
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Sammlung von Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
ChancenG	Chancengleichstellungsgesetz
d. h.	das heißt
DÖD	Der Öffentliche Dienst (Zeitschrift)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
Erg.-Lfg.	Ergänzungslieferung
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
Hrsg.	Herausgeber
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. e. S.	im engeren Sinne
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne

krit.	kritisch
LBG	Landesbeamten-gesetz
LBesG	Landesbesoldungs-gesetz
LDG	Landesdisziplinar-gesetz
LHO	Landeshaushalts-ordnung
LPA	Landespersonal-ausschuss
LPVG	Landespersonal-vertretungs-gesetz
LVO	Landeslaufbahn-verordnung
LVwVfG	Landesverwaltungs-verfahrens-gesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NRW, NW	Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungsreport
OVG	Oberverwaltungsgericht
ö.-r.	öffentlich-rechtlich
RiA	Recht im Amt (Zeitschrift)
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannte(n)
u. a.	unter anderem
VBIBW	Verwaltungsblätter Baden-Württemberg
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwV-Beförderung	Verwaltungsvorschrift des Innenministeriums über die Verleihung von Beförderungsämtern
VwV-LBG	Verwaltungsvorschrift zur Durchführung des LBG
z. B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
z. T.	zum Teil

1 Einführung

In den letzten Jahren hat die Aufgabendichte und –komplexität in der öffentlichen Verwaltung stark zugenommen. Parallel hierzu hat sich die Erwartungshaltung der Bürger gegenüber den Behörden enorm gesteigert. Die Schaffung von Leistungsanreizen, wodurch die Motivation der Beschäftigten stärker ausgebaut werden soll, ist als logische Folge dieser Entwicklung anzusehen.

Das Dienstrechtsreformgesetz vom 24.02.1997 diente in diesem Zusammenhang vor allem dem Ziel, den leistungsorientierten Personaleinsatz zu verbessern sowie das Wettbewerbs- und Effizienzbewusstsein der öffentlichen Verwaltung durch Verstärkung des Leistungsgedankens zu fördern. Durch ein reformiertes Bezahlungssystem sollen bessere Leistungen und höhere Flexibilität bei den Beamten erreicht werden.

Kompetente und motivierte Mitarbeiter¹ sind die Grundvoraussetzung dafür, um dem Anspruch, die Verwaltungen als moderne Dienstleistungszentren zu führen, gerecht zu werden. Als traditionell vorgesehene Anreizinstrumente genießt die Beförderung hohe Bedeutung für die Motivation der Beschäftigten. Aufgrund der seit Jahren immer knapper werdenden finanziellen Mittel der öffentlichen Hand sind Beförderungsstellen im öffentlichen Dienst allerdings nur begrenzt vorhanden, zumal das Besoldungsrecht die Anzahl von Beförderungssämtern nach oben hin kontingiert.

Vor diesem Hintergrund stelle ich mir die Frage, welche Position der Beamte bei diesen schwierigen Rahmenbedingungen einnimmt, insbesondere welche Rechte er im Rahmen eines Auswahlprozesses um eine Beförderungsstelle hat und wie er diese durchsetzen kann.

Mit dieser Diplomarbeit soll ein Überblick über die Rechtsstellung des Beamten bei der Beförderungsauswahl gegeben werden. Aufgrund quantitativ vorgegebener Grenzen können jedoch nicht alle Aspekte in der Ausführlichkeit und Tiefe behandelt werden, wie es aufgrund der umfangreichen Literatur und

¹ Anmerkung der Verfasserin: Bei Personenbezeichnungen wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit der Diplomarbeit grundsätzlich auf die Differenzierung des Geschlechtes verzichtet; es ist stets die weibliche und männliche Form gemeint.

Rechtsprechung möglich wäre. Für den Prozess der Personalauswahl gibt es zahlreiche gesetzliche Regelungen. Es werden daher erforderlicherweise entsprechende Schwerpunkte gesetzt und grundlegende Rechtsvorschriften, die für den Beförderungsauswahlprozess von großer Bedeutung sind, erläutert. Darüber hinaus werden relevante Aspekte in Bezug auf das Stellenbesetzungsverfahren behandelt. Ziel ist es aufzuzeigen, welche rechtliche Position der Bewerber im Auswahlprozess einnimmt und welche Rechte ein unterlegener Bewerber geltend machen kann. Ergänzend hierzu werden auch etwaige Rechtsbehelfsmöglichkeiten in Grundzügen erläutert.

Auf etwaige Ausnahmen für Beamte mit besonderer Rechtsstellung, wie z. B. Hochschullehrer, Polizeibeamte oder politische Beamte wird nicht eingegangen.

Die Ausführungen erfolgen anhand des Landesbeamtenrechts Baden-Württemberg. Den Kern beamtenrechtlicher Bestimmungen bilden das LBG, die Laufbahnverordnung, das LDG, das LPVG und das LBesG. Aufgrund der mit der am 01.09.2006 in Kraft getretenen Föderalismusreform erfolgten Neuordnung der Kompetenzen werden weitere Kodifikationen in den Bereichen der Besoldung, Versorgung und Laufbahnen hinzukommen, für die die Länder nunmehr die alleinige Gesetzgebungskompetenz haben.

Bereits an dieser Stelle möchte ich anmerken, dass ich über die umfangreiche Ausgestaltung und Fülle von Vorschriften und Gesetzen zu dieser Thematik, die zum Teil die Vorgänge sehr detailliert regeln, überrascht bin. Ich frage mich, wie dies alles in der Praxis beherrschbar und fehlerfrei umsetzbar sein soll.

2 Verfassungs- und beamtenrechtliche Grundlagen bei der Personalauswahl im öffentlichen Dienst

2.1 Die Bedeutung des Art. 33 GG

2.1.1 Hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums

Bevor eine Beförderung erfolgt, muss eine sorgfältige und erfolgreiche Personalauswahl stattfinden. Der öffentliche Dienst hat sich dabei an die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Art. 33 GG zu halten. Die verschiedenen Absätze dieser Vorschrift finden jedoch nicht alle bei der Bewerberauswahl Anwendung.

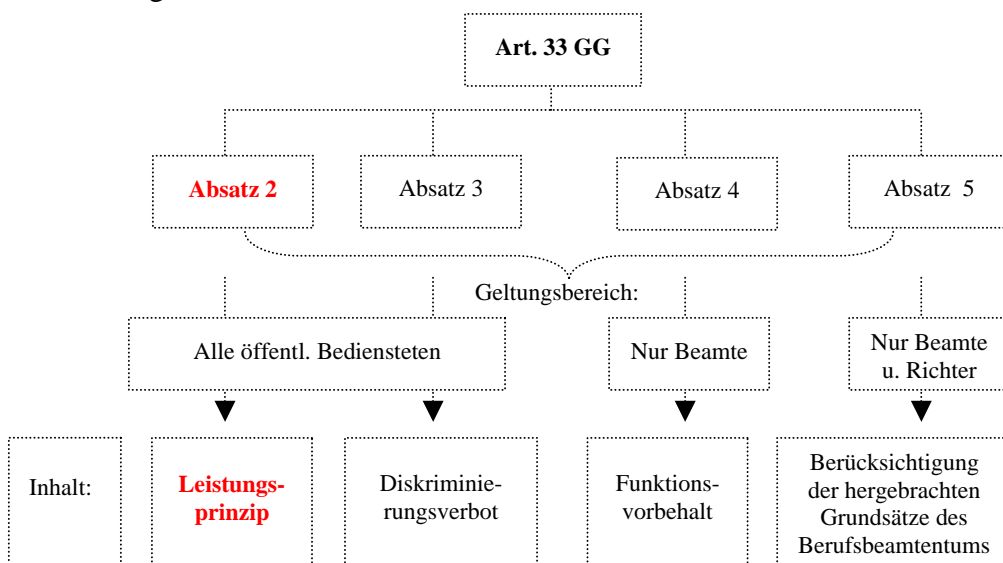


Abb. 1: Art. 33 GG (Quelle: eigene Darstellung)

Während Art. 33 (2) und (3) GG für den gesamten öffentlichen Dienst gilt, d. h. sowohl für Beamte als auch für Angestellte und Arbeiter der öffentlichen Verwaltung, enthalten die Absätze (4) und (5) beamtenspezifische Regelungen.²

Art. 33 (4) GG regelt den sog. *Funktionsvorbehalt*. Dieser besagt, dass hoheitsrechtliche Befugnisse in der Regel als ständige Aufgabe Beamten zu übertragen sind. Die Vorschrift stellt somit sicher, dass dem Beamtentum ein substantiell bedeutsamer Tätigkeitsbereich erhalten bleibt.

Art. 33 (5) GG schreibt vor, wie das Beamtenverhältnis inhaltlich zu gestalten und fortzuentwickeln ist. Die Vorschrift ist nicht lediglich Programmsatz, sondern

² Scheerbarth, H., Beamtenrecht, 6. Aufl., S. 79 - § 5 I.

unmittelbar geltendes Recht. Sie verpflichtet den Gesetzgeber, die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums bei der Regelung des Beamtenrechts zu berücksichtigen; hierbei ist ihm jedoch ein erheblicher Gestaltungsspielraum eingeräumt, wie stark er einzelne Grundsätze zur Geltung bringt.³

Die Frage, welche Bereiche zu den hergebrachten Grundsätzen zählen, ist abschließend nur schwer zu beantworten. Als hergebrachte Grundsätze hat das BVerfG z. B. die Fürsorge- und Schutzpflicht des Dienstherrn, das Laufbahn- oder auch das Leistungsprinzip anerkannt. Eine Rangordnung, dass ein Grundsatz generell hinter einem anderen zurücktritt, besteht dabei nicht.

Zusammen enthalten die Absätze (4) und (5) eine institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums.⁴

2.1.2 Das Leistungsprinzip

Für die Bewerberauswahl hat Art. 33 (2) GG herausragende Bedeutung. Diese Vorschrift statuiert das *Leistungsprinzip*, welches eines der wesentlichen und ausschließlich im Grundgesetz verankerten hergebrachten Grundsätze des Beamtenrechts darstellt. Es besagt, dass jeder Deutsche gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt hat, und zwar allein nach den Kriterien *Eignung*, *Befähigung* und *fachliche Leistung*. Hiermit normiert die Verfassung gleichzeitig den Grundsatz der Chancengleichheit.⁵

Bei den vorgenannten Kriterien handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die auslegungsbedürftig sind. Alle drei Kriterien werden unter dem Oberbegriff der Eignung i. w. S. zusammengefasst als Gesamtheit der Eigenschaften, die das jeweilige Amt von seinem Inhaber fordert.

Unter *Eignung* i. e. S. versteht man die allgemeinen beamtenrechtlichen Voraussetzungen und die zur Erfüllung der Aufgaben nötigen intellektuellen, physischen und charakterlichen Eigenschaften.

³ Vgl. Wichmann, M., Dienstrecht, 6. Aufl., S. 43f. - Rn 19; S. 48ff. - Rn 22; S. 65f. - Rn 39.

⁴ Werres, S. in Maiwald, J., BeamtenR, 5. Aufl., § 1, S. 15 - Rn 35ff.

⁵ Vgl. Kämmerling, G., DÖD 2007, S. 149.

Die *Befähigung* umfasst die für die vorgesehene Verwendung wesentlichen Fähigkeiten und Kenntnisse. Sie bezieht sich damit spezieller als die Eignung auf die geplante dienstliche Verwendung des Beamten.

Die *fachliche Leistung* betrifft die praktische Bewährung in der bisherigen Tätigkeit und misst sich an den Arbeitsergebnissen.⁶ Dieses Kriterium kommt erst dann zum Tragen, wenn der Beamte vor Erwerb der Laufbahnprüfung bereits beruflich tätig war. Es erlangt damit vor allem bei Beförderungen Bedeutung.⁷

Art. 33 (2) GG stellt mit diesen Auslese Kriterien auf sachliche Auswahlprinzipien ab. Die Norm enthält somit eine abschließende Positivliste derjenigen Gesichtspunkte, die zur Auswahl dienen dürfen und schließt damit sachfremde und sachwidrige Auswahlaspekte aus, verbietet insbesondere Günstlingswirtschaft und Ämterpatronage.⁸

In engem Zusammenhang mit Art. 33 (2) GG ist Art. 33 (3) GG zu sehen. Neben bzw. ergänzend zu Art. 33 (2) GG zählt dieser eine Reihe von Merkmalen auf, die bei der Übertragung eines öffentlichen Amtes keine Rolle spielen dürfen - so z. B. Geschlecht, Abstammung, Rasse, Glauben und religiöse oder politische Anschauungen, Heimat und Herkunft (sog. Negativkatalog). Durch Betonung des Gleichheitsprinzips des Art. 3 GG verbietet er damit jegliche Art von Diskriminierung.

Der in den Absätzen (2) und (3) des Art. 33 GG erwähnte Begriff des öffentlichen Amtes umfasst nicht nur Eingangs-, sondern auch Beförderungsämtler, was bedeutet, dass der Leistungsgrundsatz nicht nur für die erstmalige Einstellung, sondern auch für Beförderungen gilt.⁹

Die Personalauswahl nach dem Leistungsprinzip dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes; dessen fachliches Niveau und rechtliche Integrität sollen

⁶ Vgl. Battis, U. in Sachs, M., GG, 4. Aufl., S. 1.084f. - Rn 27-31.

⁷ Vgl. Maiwald, J. in Maiwald, J., siehe Fn 4, § 7, S. 13 - Rn 46.

⁸ BVerfG, DÖD 2005, S. 162, 163f.

⁹ Vgl. Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 37f. - Rn 17.

dadurch gewährleistet werden. Zum anderen dient sie aber auch dem berechtigten Interesse des Beamten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen.¹⁰

Ergänzt und im Sinne einer Rahmenbedingung beschränkt wird das Leistungsprinzip allerdings durch das Laufbahnprinzip. Danach vollzieht sich die gesamte berufliche Entwicklung eines Beamten im Rahmen der Laufbahn, für die er die Befähigung erworben hat.¹¹

2.2 Die Ernennungsgrundsätze des § 11 (1) LBG

2.2.1 Anforderungsprofil als Basis für die Auswahlentscheidung

Angelehnt an die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 33 GG ist das Leistungsprinzip als allein maßgebender Grundsatz bei der Auswahl unter den für Ernennungen aller Art in Betracht kommenden Personen durch § 11 (1) LBG im Landesrecht verankert.¹²

Um den Leistungsgedanken zu wahren, muss der Dienstherr zunächst das spezifische Anforderungsprofil der zu besetzenden Stelle bestimmen – soweit dieses nicht bereits durch Gesetz, Verordnung oder Verwaltungsvorschriften vorgegeben wird. Danach werden die Kriterien verbindlich festgelegt, anhand derer die Bewerberauswahl stattfinden soll. Dabei liegt es im organisatorischen und personalwirtschaftlichen Ermessen des Dienstherrn, welche Anforderungen an die Besetzung einer bestimmten Stelle gestellt werden. Das erstellte Anforderungsprofil ist somit gewissermaßen als antizipierte Auswahlentscheidung zu verstehen, wodurch die Bewerberauswahl bereits mittelbar vorgeprägt wird.¹³

Dem Dienstherrn sind durch Art. 33 (2) GG bzw. § 11 (1) LBG insoweit Grenzen gesetzt, als die Auslese der Bewerber nur aufgrund von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung im Sinne einer Bestenauslese zu erfolgen hat. Die in Art. 33 (3) GG bzw. § 11 (1) LBG genannten Negativkriterien dürfen weder zur Benachteiligung noch zur Bevorzugung des Bewerbers führen, was bedeutet, dass solche nicht in das Anforderungsprofil aufgenommen werden dürfen. Aus dem

¹⁰ BVerwG, DÖD 2005, S. 165.

¹¹ Müller, G., LBG, Bd. 1, § 9, S. 34/3 - Rn 3.

¹² Ebenda, § 11, S. 2 - Rn 1.

¹³ Vgl. Kämmerling, G., siehe Fn 5, S. 149, 152ff.

Anforderungsprofil muss sich klar ergeben, ob der Bewerberkreis auf bestimmte Beamte beschränkt ist. Ein Anforderungsprofil, durch das bewährte Personen jedoch von vornherein ausgeschlossen werden, verstößt gegen den Grundsatz der Bestenauslese. Ferner muss es leistungsbezogen sein und dem zu besetzenden Amt gerecht werden. Es darf kein auffälliges Missverhältnis zwischen dem Leistungsprofil und den Anforderungen bestehen.¹⁴ Der Dienstherr ist im laufenden Stellenbesetzungsverfahren an das festgelegte Anforderungsprofil gebunden. Er ist verpflichtet, es vorher zu dokumentieren und darf es nachträglich nicht mehr ändern.¹⁵

2.2.2 Entscheidungsgrundlagen

Vor einer Beförderungsentscheidung ist ein aktueller Leistungs- und Eignungsvergleich der Kandidaten vorzunehmen, auf den es bei der sachgerechten Auslese zur Vorbereitung einer Beförderung ankommt. Der Dienstherr hat diesen Qualifikationsvergleich in erster Linie auf der Grundlage der dienstlichen Beurteilungen und des weiteren Inhalts der Personalakte im Hinblick auf das spezifische Anforderungsprofil des zu besetzenden Dienstpostens durchzuführen.¹⁶

Die dienstlichen Beurteilungen bilden eine wichtige und unentbehrliche Entscheidungsgrundlage für eine am Leistungsprinzip orientierte optimale Personalplanung, da sie Auskunft über Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Beamten geben.¹⁷

Der Leistungsgrundsatz fordert den Vergleich der Bewerber im Auswahlverfahren auf Basis von aktuellen, zeitnahen und aussagekräftigen, d. h. auf hinreichend differenzierten und gleichen Bewertungsmaßstäben beruhenden dienstlichen Beurteilungen vorzunehmen.¹⁸ Hierdurch wird ein an aktueller Leistung

¹⁴ Fürst, W. in Fürst, W., GKÖD, Bd.1, § 8, S. 21f. - Rn 32.

¹⁵ Vgl. Kämmerling G., siehe Fn 5, S. 149, 152.

¹⁶ Vgl. Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 212 - Rn 131.

¹⁷ Vgl. Kämmerling, G., siehe Fn 5, S. 149, 153.

¹⁸ BVerwG, DÖD 2005, S. 162, 164.

orientierter Leistungsgrundsatz sichergestellt und gewährleistet, dass sich niemand auf eine Einstellungsbeurteilung auch in Zukunft berufen kann.¹⁹

Grundsätzlich hat der Dienstherr im Rahmen ordnungsgemäßer Personalbewirtschaftung gem. § 115 LBG dafür zu sorgen, dass seine Beamten in regelmäßigen Zeitabständen dienstlich beurteilt werden. Zu beachten ist dabei sowohl die auf Grundlage dieser Norm erlassene Beurteilungsverordnung als auch die von den Landesministerien und dem Rechnungshof gemeinsam erlassenen Beurteilungsrichtlinien.²⁰

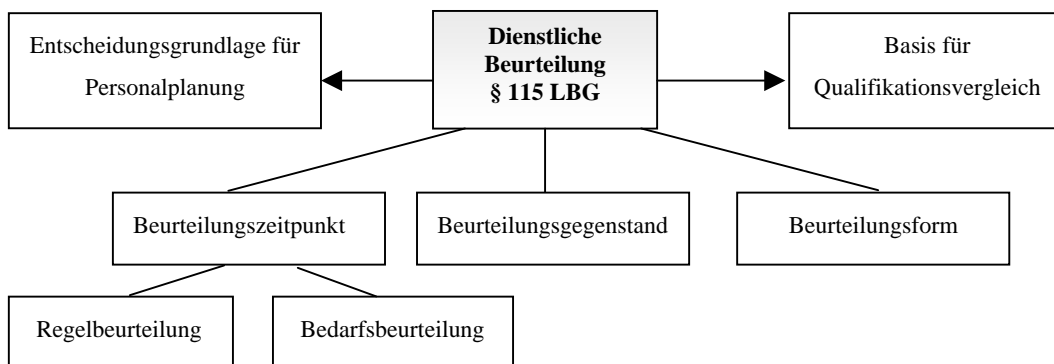


Abb. 2: Dienstliche Beurteilung (Quelle: eigene Darstellung)

Unabhängig davon, zu welchem Anlass eine Beurteilung erstellt wird, ist immer zwischen verschiedenen Beurteilungsarten zu unterscheiden. In Bezug auf den Beurteilungszeitpunkt ist zwischen Regel- und Bedarfsbeurteilungen zu differenzieren.

Regelbeurteilungen werden in bestimmten Zeitabständen, möglichst zu Stichtagen, erstellt. Für Landesbeamte sind sie gem. § 2 BeurVO bzw. Nr. 3 BRL im Abstand von drei Jahren durchzuführen. Zielsetzung ist, eine größere Zahl von Beamten derselben Laufbahn und Besoldungsgruppe zu bewerten – ohne dass eine Personalmaßnahme unmittelbar bevorsteht.²¹ Als zeitlich aktuell gilt eine

¹⁹ Vgl. Remmel, J., Konkurrentenklage, 1. Aufl., S. 29.

²⁰ Kienzler, H., Verwaltungsrecht, 1. Aufl., S. 113f. - Rn 88.

²¹ Vgl. Schnellenbach, H., Praxis, 6. Aufl., S. 289 - Rn 433f.

Regelbeurteilung, wenn sie sich auf einen Beurteilungszeitraum bezieht, der zum Zeitpunkt der Auswahl noch nicht länger als drei Jahre zurückliegt.²²

Dagegen werden Bedarfsbeurteilungen zu einem bestimmten Anlass abgegeben, beispielsweise dann, wenn sich der Beamte um eine Beförderungsstelle beworben hat.²³ Wegen der latenten Gefahr, dass solche Beurteilungen am möglicherweise bereits vorab feststehenden oder vom Dienstherrn gewünschten Ergebnis ausgerichtet werden, sieht § 1 (2) BeurtVO diese nur noch für die Fälle vor, in denen ein Beamter befördert oder ihm ein höherwertiger Dienstposten übertragen werden soll und er an der letzten Regelbeurteilung nicht teilgenommen hat.²⁴ Regel- und Anlassbeurteilungen sind insoweit als gleichwertig zu betrachten.²⁵

Die Zweckbestimmung von dienstlichen Beurteilungen entfällt nicht dadurch, dass der Beamte erneut beurteilt oder befördert wurde. Vielmehr können selbst frühere dienstliche Beurteilungen für künftige Verwendungs- und Auswahlentscheidungen wichtig sein. Die vollständige Vernachlässigung der Vorbeurteilungen begründet für sich betrachtet einen entscheidungserheblichen Mangel. Dem Dienstherrn obliegt eine erhöhte Begründungs- und Substantiierungspflicht, wenn er diesen für den Qualifikationsvergleich keine Bedeutung beimessen will.²⁶

Neben dem Interesse des Dienstherrn an den zu Personalauswahl bzw. –einsatz dienenden Beurteilungen decken diese auch das schutzwürdige Interesse des Beamten, seiner Qualifikation entsprechend beruflich aufzusteigen und bei der Auslese sachgerecht behandelt zu werden.²⁷

Um mögliche Unstimmigkeiten auszuräumen, ist dem Beamten vor Aufnahme der Beurteilung in die Personalakte Gelegenheit zu geben, von seiner Beurteilung Kenntnis zu nehmen und sie mit dem Vorgesetzten zu besprechen.²⁸ Mängel einer

²² OVG NW, DÖD 2001, S. 315.

²³ Vgl. Schnellbach, H., siehe Fn 21, S. 289f. - Rn 434.

²⁴ Kienzler, H., siehe Fn 20, S. 115 - Rn 89.

²⁵ BayVerfGH, ZBR 2006, S. 46, 48.

²⁶ Vgl. Kämmerling, G., siehe Fn 5, S. 149, 155.

²⁷ Vgl. Scheerbarth, H., siehe Fn 2, S. 467 - § 17 IV.

²⁸ Vgl. Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 434 - Rn 231.

im Zusammenhang mit einer Auswahlentscheidung zugrunde gelegten dienstlichen Beurteilung können schließlich bewirken, dass auch die Auswahlentscheidung rechtswidrig ist.²⁹

Die Eignungsbeurteilung der Bewerber und die maßgeblichen Auswahlwägungen sind inhaltlich nachvollziehbar und zeitnah schriftlich niederzulegen, um ggf. entsprechend dem Gebot der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes eine gerichtliche Überprüfung zu ermöglichen. Dieses Dokumentationsgebot ist für die Transparenz der Auswahlentscheidung unverzichtbar.³⁰

2.2.3 Ermessensspielraum des Dienstherrn

So wie es im Vorfeld der Auswahlentscheidung im organisatorischen und personalwirtschaftlichen Ermessen des Dienstherrn steht, welche fachliche Anforderungen an die Besetzung einer bestimmten Stelle gestellt werden, steht es in seinem *Entschließungsermessen*, wie viele Planstellen er einrichtet und ob eine ausgewiesene Planstelle überhaupt besetzt werden soll.³¹

Hat sich der Dienstherr zur Besetzung einer Beförderungsstelle entschlossen, liegt die Entscheidung über die Auswahl unter mehreren Bewerbern sowie das dabei anzuwendende Verfahren ebenfalls in seinem pflichtgemäßen Ermessen. Die im Rahmen dieser Ermessensentscheidung vorzunehmende Beurteilung von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ist ein *Akt wertender Kenntnis*, bei dem der Dienstherr einen *Beurteilungsspielraum* hat.³² Dieser bezieht sich sowohl auf die individuelle Bewertung der einzelnen Bewerber als auch auf den Leistungsvergleich.³³

Der Beurteilungsspielraum steht allein dem Dienstherrn zu; er darf nicht auf außenstehende Dritte übertragen werden. Dadurch wird sichergestellt, dass die eigentliche Auswahlentscheidung im alleinigen Verantwortungsbereich des

²⁹ Kämmerling, G., siehe Fn 5, S. 149, 153.

³⁰ Müller, G., siehe Fn 11, § 9, S. 34/2 - Rn 3.

³¹ Vgl. Fürst, W., siehe Fn 14, § 8, S. 16f. - Rn 22.

³² Vgl. Scheerbarth, H., siehe Fn 2, S. 254f. - § 12 I.

³³ Fürst, W., siehe Fn 14, § 8, S. 18 - Rn 24.

Dienstherrn verbleibt.³⁴ Im Rahmen des ihm zustehenden Beurteilungsspielraums kann er bestimmen, welchen der zum Leistungsgrundsatz zählenden Umständen er das größere Gewicht beimisst. Hierdurch verbleibt ihm ein weiter Ermessensspielraum, in welcher Weise er den Grundsatz des gleichen Zugangs zu jedem öffentlichen Amt nach dem Leistungsprinzip verwirklicht, solange er sich an den von Art. 33 (2) GG bzw. § 11 (1) LBG vorgegebenen Rahmen hält.³⁵

Die Auswahlentscheidung des Dienstherrn kann im Rechtsmittelverfahren von Gerichten nur eingeschränkt darauf überprüft werden, ob die Verwaltung einen anzuwendenden Rechtsbegriff oder den vorgegebenen gesetzlichen Rahmen verkannt, der Beurteilung einen unrichtigen Sachverhalt zugrunde gelegt, allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachwidrige Erwägungen angestellt hat.³⁶ Als unrichtiger Sachverhalt gilt dabei auch ein unvollständiger. Ein solcher ist beispielsweise dann gegeben, wenn die eigens für die aktuelle Bewerbung gefertigten Anlassbeurteilungen bei der Entscheidung nicht berücksichtigt wurden.³⁷ Durch die eingeschränkte Überprüfbarkeit der Auswahlentscheidung seitens der Verwaltungsgerichte wird der Rechtsschutz erfolgloser Bewerber erheblich eingeschränkt, so dass deren Klagen regelmäßig erfolglos sind.³⁸

Ob der Dienstherr die von ihm im Rahmen des erstellten Anforderungsprofils selbst gesetzten Auswahlkriterien beachtet hat, unterliegt jedoch – im Gegensatz zu der Auswahlentscheidung selbst – der uneingeschränkten gerichtlichen Kontrolle.³⁹

Es ist zwar zu erwarten, dass die Gerichte die Grenzen des Beurteilungsspielraums künftig grundsätzlich enger ziehen werden, insbesondere wenn es um die allgemeine Frage geht, inwieweit aus bestimmten tatsächlichen oder fachlichen Erkenntnissen überhaupt bestimmte Wertungen gezogen werden dürfen. Ausgenommen hiervon bleibt jedoch die individuelle Leistungsbeurteilung. Die

³⁴ Vgl. Maiwald, J., siehe Fn 4, § 7, S. 18 - Rn 62.

³⁵ Vgl. Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 185 - Rn 121.

³⁶ Maiwald, J., siehe, Fn 4, § 7, S. 16 - Rn 56.

³⁷ Vgl. Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 185 - Rn 121.

³⁸ Adam, Roman F., Ria 2005, S. 225, 226.

³⁹ Vgl. Maiwald, siehe Fn 4, § 7, S. 19 - Rn 67.

gerichtliche Überprüfung darf insgesamt nicht dazu führen, dass das Gericht eine fachlich tragfähige Wertung der Einstellungsbehörde durch eine eigene ersetzt.⁴⁰

2.3 Zulässigkeit von Hilfskriterien

Die Auswahlentscheidung hat sich grundsätzlich an leistungsbezogenen Hauptkriterien zu orientieren.⁴¹

Gelangt der Dienstherr im Rahmen der Auswahlentscheidung zu dem Ergebnis, dass mehrere Bewerber für das Beförderungsamt im Wesentlichen gleich geeignet sind (sog. Pattsituation), besteht ein *Auswahlermessen*, bei dem weiter nach sachgerechten Kriterien zu differenzieren ist. Diese werden als *Hilfskriterien* bezeichnet und müssen auch dem Leistungsprinzip unterliegen.⁴²

Als im Wesentlichen gleich qualifiziert sind Beamte anzusehen, deren Gesamtnote in der Beurteilung nur geringfügig innerhalb einer Notenstufe differiert.⁴³ In solchen Fällen ist der Dienstherr nicht nur berechtigt, sondern sogar dazu verpflichtet, eine weitergehende inhaltliche Auswertung in Betracht zu ziehen, indem er auf Einzelmerkmale der Beurteilung zurückgreift, die hinsichtlich der Anforderung der zu besetzenden Stelle besondere Bedeutung haben. In diesen Fällen wäre es mangels Gleichgeeignetheit fehlerhaft, bereits jetzt auf Hilfskriterien zurückzugreifen. Sind die Beurteilungen verschiedener Bewerber trotz dieser Vorgehensweise immer noch im Wesentlichen gleich, muss der Dienstherr danach unmittelbar leistungsbezogene Kriterien hinzuziehen, wie zum Beispiel ältere dienstliche Beurteilungen. Diese selbst stellen keine Hilfskriterien dar, sondern sind diesen gegenüber vorrangig und somit bereits auf der Ebene des Qualifikationsvergleichs zu berücksichtigen.⁴⁴

Erst wenn sämtliche leistungsbezogene Erkenntnisquellen ausgeschöpft wurden und auf Basis der Gesamtbeurteilungen keine weitere „qualitative Ausschärfung“

⁴⁰ Vgl. Fürst, W., siehe Fn 14, § 8, S. 18f. - Rn 25;
vgl. auch: Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 436 - Rn 232.

⁴¹ Kämmerling, G., siehe Fn 5, S. 149, 150.

⁴² Vgl. Werres, S., siehe Fn 4, § 1, S. 7 - Rn 19.

⁴³ Maiwald, J., siehe Fn 4, § 7, S. 20 - Rn 70.

⁴⁴ Vgl. Kämmerling, G, siehe Fn 5, S. 149, 151/155f.

und damit keine weiterführende Differenzierung mehr möglich ist (Situation des *non liquet*), eröffnet sich dem Dienstherrn die Möglichkeit, über die einzelnen Beurteilungen hinaus Hilfskriterien heranzuziehen.⁴⁵

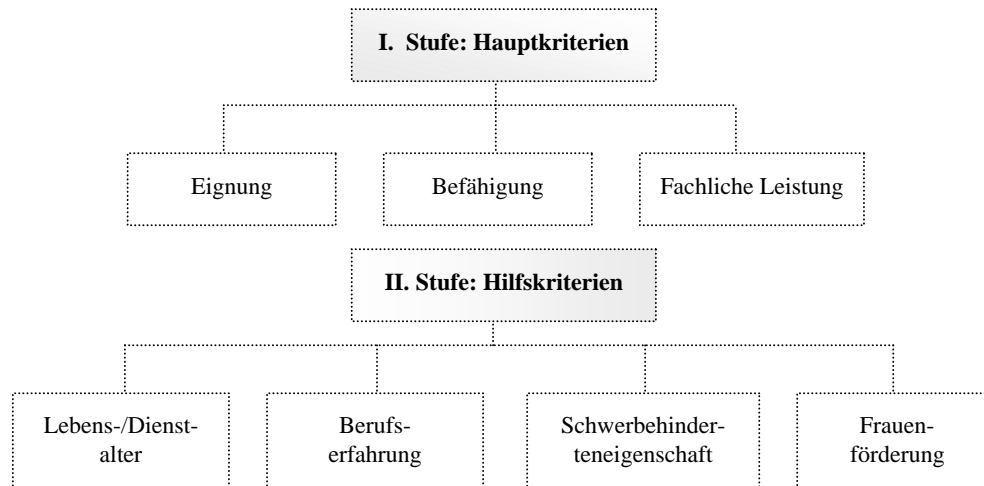


Abb. 3: Auswahlkriterien (Quelle: eigene Darstellung)

Als mögliche Hilfskriterien kommen u. a. das Lebens- und Dienstalter, die Berufserfahrung gemessen an der Dauer der Zugehörigkeit zur Laufbahn, die bisherige Leistungsentwicklung sowie als nachrangige soziale Kriterien die Schwerbehinderteneigenschaft oder die Frauenförderung in Betracht. Nicht dazugehörig sind hingegen sachfremde Erwägungen wie die in Art. 33 (3) GG genannten Kriterien und solche, die mit diesen vergleichbar sind.

Bei der Bestimmung des maßgeblichen Hilfskriteriums steht dem Dienstherrn ein weites Ermessen zu, welchem Merkmal er im konkreten Fall den Vorrang einräumt.⁴⁶ Der Kandidat hat kein Recht darauf, dass der Dienstherr seiner Entscheidung ein bestimmtes Hilfskriterium zugrundelegt.⁴⁷ Art. 33 (2) GG gibt bei der Anwendung der Hilfskriterien keine starre Reihen- oder Rangfolge vor – wobei hierzu in Literatur und Rechtsprechung teilweise unterschiedliche Ansichten bestehen⁴⁸ – legt aber grundsätzlich einen gewissen Vorrang besonders leistungsnaher Kriterien nahe, wie z. B. den Vorrang des Rangdienstalters

⁴⁵ Vgl. Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 221 - Rn 132.

⁴⁶ Werres, S., siehe Fn 4, § 1, S. 8 - Rn 19.

⁴⁷ Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 222 - Rn 132.

⁴⁸ Krit. Schnellenbach, H., siehe Fn 21, S. 43f. - Rn 59;
a. A. Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 222 - Rn 132.

gegenüber leistungsunabhängigen Kriterien, zu denen Schwerbehinderteneigenschaft oder Frauenförderung gehören.⁴⁹

Hilfskriterien sind dann geeignet, wenn sie eine möglichst große Sachnähe zum Anforderungsprofil der zu besetzenden Stelle aufweisen oder sonst einer aner kennenswerten Verwirklichung dienstlicher oder sozialer Belange dienen.⁵⁰

Teilweise ist deren Berücksichtigung auch gesetzlich vorgeschrieben.⁵¹ Der Rückgriff auf diese muss dennoch die Ausnahme bleiben, insbesondere wenn sie leistungsferner bzw. leistungsfremder Natur sind.⁵² Ihnen darf nach Ausgestaltung der Auswahlgrundsätze in der Verwaltungspraxis nicht die entscheidende Bedeutung zukommen.⁵³

⁴⁹ Werres, S., siehe Fn 4, § 1, S. 8 - Rn 19.

⁵⁰ Fürst, W., siehe Fn 14, § 8, S. 23 - Rn 34.

⁵¹ Kienzler, H., siehe Fn 20, S. 88 - Rn 70.

⁵² OVG Schleswig, ZBR 1996, S. 339, 340.

⁵³ Fürst, W., siehe Fn 14, § 8, S. 23 - Rn 34.

3 Sonstige Pflichten des Dienstherrn im Beförderungsauswahlprozess

3.1 Gesetzliche Vorgabe der Beförderungskriterien

3.1.1 Vorgaben des BBesG

Die Beförderung eines Beamten ist nach laufbahnrechtlicher Legaldefinition des § 7 (1) S. 1 LVO eine Ernennung, durch die dem Beamten ein anderes Amt mit höherem Endgrundgehalt und anderer Amtsbezeichnung verliehen wird. Da hier unter dem Amtsbegriff das statusrechtliche Amt gemeint ist, wird sie auch als statusrechtliche Beförderung bezeichnet. Das Amt im funktionellen Sinne muss sich dabei nicht unbedingt ändern.⁵⁴

Ändert sich die Amtsbezeichnung nicht, obwohl das neue Amt mit einem höheren Endgrundgehalt verbunden ist, steht auch dieser Vorgang der Beförderung gleich (vgl. § 7 (1) S. 2 Nr. 1 LVO). § 7 (1) S. 2 Nr. 2 LVO stellt der Beförderung außerdem auch die Übertragung eines anderen Amtes mit demselben Endgrundgehalt und anderer Amtsbezeichnung beim Wechsel der Laufbahngruppe, d. h. den Aufstieg gleich. Durch diese laufbahnrechtliche Gleichstellung mit der statusrechtlichen Beförderung wird sichergestellt, dass die Vorschriften für die Beförderung grundsätzlich auch für beförderungähnliche Maßnahmen beachtet werden müssen.⁵⁵

Zukünftig ist nach § 8 (1) Nr. 3 BeamStG-E für eine Ernennung kein kumulatives Vorliegen von „einem anderen Amt mit anderem Endgrundgehalt“ und „anderer Amtsbezeichnung“ mehr erforderlich. Sofern ein anderes Amt mit anderer Amtsbezeichnung verliehen wird, bedarf dies nach § 8 (1) Nr. 4 BeamStG-E nur noch einer Ernennung, sofern dies im Landesrecht bestimmt ist.⁵⁶

Das geltende Recht kennt nur noch die Funktionsbeförderung. Das bedeutet, dass Beförderungsämtler, soweit bundesgesetzlich nichts anderes bestimmt ist, nur eingerichtet werden dürfen, wenn sie sich von den Ämtern der niedrigeren Besoldungsgruppe nach der Wertigkeit der zugeordneten Funktionen wesentlich abheben (§ 25 BBesG). Regelbeförderungen oder Bewährungsbeförderungen, die

⁵⁴ Vgl. Scheerbarth, H., siehe Fn 2, S. 290 - § 12 IV.

⁵⁵ Kienzler, H., siehe Fn 20, S. 130 - Rn 103.

⁵⁶ Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 148 - Rn 87.

vornehmlich auf besoldungsrechtlichen Überlegungen beruhen und durch die das jeweilige erste Beförderungsamt einer Laufbahn auch ohne Funktionsänderung erreicht werden konnte, gibt es nicht mehr.⁵⁷

Das Besoldungsrecht lässt die Schaffung von Beförderungsämtern somit nicht unbegrenzt zu. Außerdem beschränkt es in § 26 BBesG die Anzahl der zulässigen Beförderungsämter durch die Festlegung von anteilmäßigen Obergrenzen.

3.1.2 Haushaltsrechtliche Voraussetzungen

Nach den haushaltsrechtlichen Bestimmungen (§ 49 LHO, § 4 LBesG) ist eine Beförderung nur zulässig, wenn eine unbesetzte Planstelle zur Verfügung steht. Diese muss sich nicht in derjenigen Verwaltungsgliederung befinden, welcher der zu befördernde Beamte angehört bzw. nicht die Stelle sein, auf der er bereits geführt wird.⁵⁸

Jedoch muss die Wertigkeit der Planstelle mindestens dem zur Verleihung vorgesehenen Beförderungsamt entsprechen. Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, ergibt sich aus dem Stellenplan.⁵⁹ Den Stellenplan bilden die im Haushaltsplan nach Besoldungsgruppen und Amtsbezeichnungen ausgebrachten Planstellen. Er ist für alle Dienststellen verbindlich, soweit nicht durch Haushaltsgesetz oder Haushaltsplan etwas anderes bestimmt ist (vgl. § 17 (5) LHO).

Eine Beförderung, die unter Verletzung haushaltsrechtlicher Vorschriften ausgesprochen wurde, ist aber nicht unwirksam, da gem. § 3 (2) LHO durch den Haushaltsplan Ansprüche Dritter weder begründet noch aufgehoben werden.⁶⁰

3.1.3 Subjektive und objektive Voraussetzungen

Will der Dienstherr eine freie Planstelle besetzen, ist als nächster Prüfungsschritt, bei jedem einzelnen Bewerber festzustellen, ob er die Voraussetzungen für die Ernennung erfüllt.

⁵⁷ Vgl. Schnellenbach, H., siehe Fn 21, S. 40 - Rn 55.

⁵⁸ Hess. VGH, DÖD 1992, S. 211, 212.

⁵⁹ Scheerbarth, H., siehe Fn 2, S. 302 - § 12 IV.

⁶⁰ Ebenda, S. 272 - § 12 III.

Grundsätzlich ist eine Ernennung an persönliche und sachliche Voraussetzungen geknüpft.

Die subjektiven Voraussetzungen müssen ausschließlich in der Person des sich um das Beförderungsamt bewerbenden Kandidaten erfüllt sein. Sie sind in § 6 LBG genannt.

Anders verhält es sich mit den objektiven Voraussetzungen. Deren Erfüllbarkeit hängt nicht von dem jeweiligen Bewerber ab, sondern von anderen, außerhalb der Person des Bewerbers liegenden Umständen. Es handelt sich hierbei insbesondere um die seitens des Dienstherrn zu erfüllenden Voraussetzungen. Diese sind u. a. in § 5 LBG geregelt. Darüber hinaus gehören dazu beispielsweise auch die Erfüllung der haushaltsrechtlichen Voraussetzungen oder dass die Behörde, die die Ernennung vornimmt, für die Ernennung zuständig ist.

3.1.4 Beförderungsverbote

Das Beamtenrecht stellt außer dem Leistungsprinzip und den allgemeinen beamtenrechtlichen Voraussetzungen weitere, bei der Beförderung zu beachtende Anforderungen auf. Danach ist eine Beförderung nur zulässig, wenn keine Beförderungsverbote entgegenstehen.

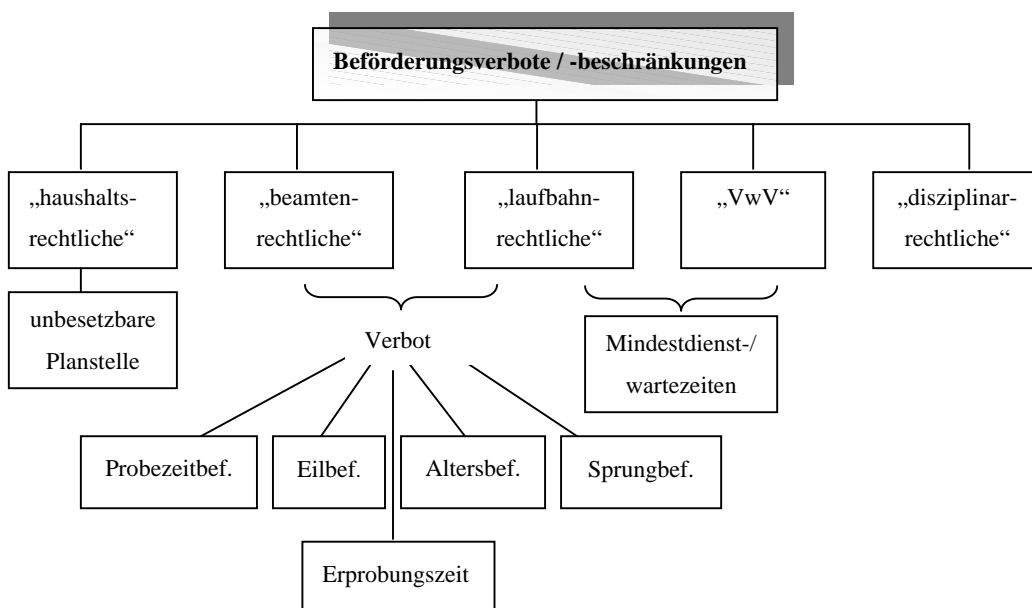


Abb. 4: Beförderungsverbote (Quelle: eigene Darstellung)

Neben dem bereits unter 3.1.2 erwähnten haushaltsrechtlichen Verbot sind weitere beamtenrechtliche, laufbahnrechtliche, aufgrund von Verwaltungsvorschriften vorgegebene sowie disziplinarrechtliche Beförderungsverbote bzw. –beschränkungen zu beachten.⁶¹

Die beamtenrechtlichen Beförderungsverbote sind in § 34 (2) – (4) LBG geregelt. Dazu gehören das Verbot der Probezeit-, Eil-, Alters- und Sprungbeförderung.

§ 7 (2) und (4) - (5) LVO wiederholen diese bereits beamtenrechtlich festgelegten Beförderungsverbote. Die Landeslaufbahnverordnung schreibt darüber hinaus noch weitere über das LBG hinausgehende Beförderungsbeschränkungen vor, indem sie beispielsweise für gewisse Ämter Mindestdienstzeiten anordnet (vgl. § 26, 31 LVO) oder in § 7 (3) LVO vorgibt, dass eine Ernennung ohne die gesetzlich vorgeschriebene Entscheidung des LPA oder einer Aufsichtsbehörde unzulässig ist, es sein denn, dass diese nachträglich zustimmen. Zusätzlich schreibt auch die VwV-Beförderung weitere Wartezeiten vor.

Auch der Dienstherr kann aus sachgerechten Gründen, wie z. B. aus Mangel an Planstellen, die Beförderungen regelmäßig von einer mehrjährigen Mindestwartezeit in dem niedrigeren Amt abhängig machen. Dies verstößt weder gegen die allgemeingültigen Beförderungsgrundsätze noch gegen sonstige gesetzliche Bestimmungen.⁶²

Die Landesdisziplinarverordnung sieht bei bestimmten Disziplinarmaßnahmen Beförderungsverbote vor. So schreibt § 9 (2) S. 1 LDO beispielsweise vor, dass ein Beamter während der Dauer einer Gehaltskürzung nicht befördert werden darf.

Vor jeder mit einem Dienstpostenwechsel verbundenen Beförderung ist zudem eine Erprobungszeit zu absolvieren. Dieses in § 34 (2) Nr. 4 LBG bzw. § 7 (4a) LVO normierte Beförderungsverbot dient vor allem der Verwirklichung des Leistungsprinzips, da hiernach Beförderungen davon abhängen, ob der Beamte seine Eignung i. w. S. für das angestrebte Amt in einer Erprobungszeit von drei

⁶¹ Scheerbarth, H., siehe Fn 2, S. 300 - § 12 IV.

⁶² Müller, G., siehe Fn 11, § 9, S. 34/5 - Rn 3.

Monaten nachweisen kann. Dadurch wird der Gefahr vorgebeugt, einen Beamten auf eine Position zu befördern, für die er nicht mehr geeignet ist.⁶³

Für die Erprobung reicht es aus, dass der Beamte mit Wissen und Wollen des Dienstherrn einen höherwertigen Dienstposten inne hat.⁶⁴ Das bedeutet, dass dieser ihm nicht förmlich oder rechtmäßig übertragen worden sein muss. Es muss auch nicht notwendigerweise der Dienstposten sein, auf dem der Beamte nach Feststellung seiner Geeignetheit auch befördert werden soll.⁶⁵

Durch die Erprobungszeit wird die Auswahl für Beförderungsämter vorverlagert auf die Auswahl unter den Bewerbern um einen Beförderungsdienstposten.⁶⁶

Einer Erprobungszeit bedarf es nach der VwV-LBG zu § 34 nicht, soweit sich der Beamte bereits zuvor auf einem nach Art und Bedeutung mit dem höher bewerteten Dienstposten mindestens gleichwertigen Dienstposten bewährt hat.

Sinn der Beförderungsverbote ist es, eine in etwa gleichmäßige Beförderungspraxis bei den verschiedenen Dienstherrn und Verwaltungszweigen zu gewährleisten. Besonderheiten tragen die Laufbahnvorschriften dadurch Rechnung, dass sie für bestimmte Ämter und Laufbahnen abweichende Regelungen vorsehen.

In begründeten Ausnahmefällen kann der Landespersonalausschuss Ausnahmen von den Beförderungsverboten zulassen (vgl. § 34 (5) LBG, § 55 (1) LVO). Vom Verbot der Altersbeförderung, das nur als Sollvorschrift erlassen ist, darf der Dienstherr in begründeten Ausnahmefällen selbst abweichen; die Zulassung einer Ausnahme durch den LPA ist deshalb nicht vorgesehen.⁶⁷

Sollte der Dienstherr anhand des Leistungsprinzips keinen Kandidaten als geeignet ermitteln, darf er niemanden befördern.⁶⁸ Gegen das Leistungsprinzip verstieße die Praxis, denjenigen Beamten zu befördern, der am längsten auf einem

⁶³ Vgl. Zängl, S., siehe Fn 14, § 23, S. 14 - Rn 30.

⁶⁴ Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 201f. - Rn 126.

⁶⁵ OVG Rheinland-Pfalz, DÖD 2002, S. 103.

⁶⁶ BVerwG, DÖD 2005, S. 165, 167.

⁶⁷ Kienzler, H., siehe Fn 20, S. 134 - Rn 106.

⁶⁸ BVerwG, DÖD 2000, S. 87, 89.

höherwertigen Dienstposten gearbeitet und auf seine Beförderung gewartet hat.⁶⁹

3.2 Die Ausschreibungspflicht

3.2.1 Zielsetzung von Stellenausschreibungen

Ein übliches Instrument der Personalauslese ist das Ausschreibungsverfahren, da hierdurch möglichst vielen Personen die Gelegenheit zur Bewerbung geboten wird und der Dienstherr eine Bestenauslese aus einer möglichst breiten Bewerberzahl durchführen kann.⁷⁰

Die externe wie auch die interne Stellenausschreibung fördert die Zahl relevanter Bewerbungen, vergrößert die sachliche Entscheidungsgrundlage und erhöht damit die Wahrscheinlichkeit einer richtigen Auswahl; erreicht wird vor allem ein größeres Maß an Transparenz in der Personalführung.⁷¹ Sie stellt damit ein für die Auslese geeignetes Mittel - keineswegs aber das einzige - dar.⁷²

Neben dem vorrangigen Interesse des Dienstherrn an der Gewinnung leistungsfähigen Personals, dient die Ausschreibung einerseits der Verwirklichung des Anspruchs des Bewerbers auf gleichen Zugang zum öffentlichen Dienst und andererseits, dem Leistungsprinzip durch sachgerechte Auswahl unter einer Mehrzahl von Bewerbern Rechnung zu tragen.⁷³ Aus dem letztgenannten Grund stellt sie daher ein wichtiges Hilfsmittel bei der Besetzung von Beförderungsstellen dar. Eine umfassende Ausschreibung sämtlicher zu besetzender Stellen ist durch das Leistungsprinzip nicht geboten, da sich aus Art. 33 (2) GG weder ein verfassungsrechtliches Gebot zur Stellenausschreibung für den Zugang zum öffentlichen Dienst noch für Beförderungsdienstposten herleiten lässt.⁷⁴ Vielmehr überlässt das Grundgesetz die Ausgestaltung des Ausleseverfahrens und die Bestimmung der für die Auslese geeigneten Mittel dem jeweiligen Beamtengesetzgeber.

Umfang und Voraussetzungen der öffentlichen Ausschreibung freier oder freiwerdender Stellen sind in den Beamtengesetzen des Bundes und der Länder sehr

⁶⁹ BAG, ZBR 2004, S. 271, 272.

⁷⁰ Müller, G., siehe Fn 11, § 11, S. 6 - Rn 18.

⁷¹ Scheerbarth, H., siehe Fn 2, S. 274 - § 12 III.

⁷² Maiwald, J., siehe Fn 4, § 7, S. 29 - Rn 104.

⁷³ Vgl. Battis, U., BBG, 3. Aufl., § 8, S. 190 - Rn 5.

⁷⁴ Vgl. Carl, S., ZBR 2003, S. 343, 344.

unterschiedlich geregelt. Die Bandbreite der verschiedenen Regelungen reicht von der Ausschreibungspflicht bis zur Sollvorschrift. Derartige Differenzierungen sind verfassungsrechtlich zulässig.⁷⁵

3.2.2 Die Vorgaben des § 11 (3) LBG

Nach bundes- wie landesrechtlich übereinstimmender Rechtslage sind die für die Besetzung eines Beförderungsdienstpostens geeigneten Bewerber durch Ausschreibung zu ermitteln.

Im Bund ist die Ausschreibung in § 8 BBG und der dazu korrespondierenden Vorschrift § 4 BLV geregelt, während sich in Baden-Württemberg die rechtlichen Regelungen über die Ausschreibung auf die einschlägige Vorschrift des § 11 LBG beschränkt.⁷⁶

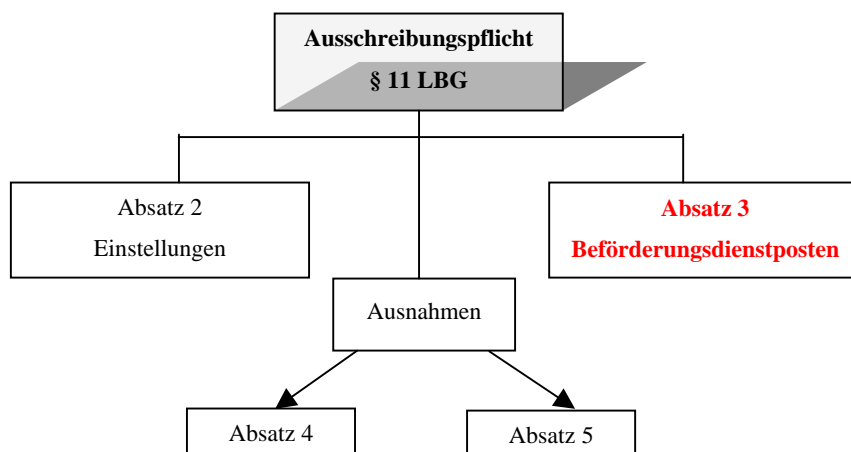


Abb. 5: Ausschreibungspflicht (Quelle: eigene Darstellung)

Das Land Baden-Württemberg sieht in § 11 (2) LBG für Einstellungen eine gesetzliche Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung vor.

Die Ausschreibung von Beförderungsdienstposten ist in § 11 (3) LBG geregelt. Die Ausschreibungspflicht ist als Sollvorschrift gefasst worden, weil insbesondere Gründe der Personalplanung oder des konkreten Personaleinsatzes allgemein oder im Einzelfall entgegenstehen können (vgl. § 11 (3) S. 3 LBG). Zudem kann die

⁷⁵ Maiwald, J., siehe Fn 4, § 7, S. 29 - Rn 103f.

⁷⁶ Krüper, J., VBIBW 2005, S. 95.

Fürsorgepflicht des Dienstherrn es rechtfertigen, unter den im Behördenbereich zur Beförderung geeigneten Beamten entsprechend dem Leistungsgrundsatz auszuwählen. Das bedeutet zusammenfassend, dass der Dienstherr im Regelfall an die Ausschreibungspflicht gebunden ist, in atypischen Ausnahmefällen unter Ausübung seines Ermessens jedoch davon abweichen kann.⁷⁷

Dies setzt jedoch keineswegs die so genannte „fliegende Ausschreibung“ über das Gebiet der Behörde hinaus voraus, sondern lässt – nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes - behördeninterne Ausschreibung von Beförderungsdienstposten genügen.⁷⁸

Die grundsätzliche Pflicht zur dienststelleninternen Ausschreibung lässt sich nach der Rechtsprechung des BVerwG aus den Mitbestimmungstatbeständen der Personalvertretung ableiten (vgl. § 75 (3) Nr. 14 BPersVG bzw. § 79 (3) Nr. 8 LPVG). Es erkennt außerdem auch dann eine Pflicht zu dienststelleninternen Ausschreibung an, wenn eine Auswahl unter verschiedenen fachlich und persönlich geeigneten Beschäftigten denkbar ist.⁷⁹

Persönlich vertrete ich die Meinung, dass Beförderungsstellen in jedem Fall zunächst behördenintern ausgeschrieben werden sollten, da der Dienstherr die persönliche und fachliche Eignung seiner eigenen Beamten meiner Meinung nach besser beurteilen kann als die Eignung von externen Bewerbern. Hierfür spricht auch das Gebot der Fürsorgepflicht, den qualifizierten Beamten der eigenen Verwaltung angemessene berufliche Entwicklungs- und Aufstiegschancen offenzuhalten. Erst anschließend, wenn keine geeigneten Bewerber im Bereich der Dienststelle gefunden werden, oder in dem Falle, dass Bewerber mit speziellen Kenntnissen oder Erfahrungen gesucht werden, sollte der Dienstherr eine externe Stellenausschreibung in Betracht ziehen.

⁷⁷ Vgl. Battis, U., siehe Fn 73, § 23, S. 306 - Rn 7.

⁷⁸ Krüper, J., siehe Fn 76, S. 95.

⁷⁹ BVerwG, NVwZ 1989, S. 563, 563/565;
vgl. auch: Rooschütz, G., LPVG-2, 11. Aufl., § 79, S. 286 - Rn 24.

3.2.3 Anforderungen an das Ausschreibungsverfahren

Rechtsvorschriften, die das Verfahren der Ausschreibung näher ausgestalten existieren überwiegend nicht. In Baden-Württemberg beschränkt sich die rechtliche Regelung tatsächlich nur auf die einschlägige Rechtsvorschrift des § 11 LBG. Auf der Ebene des Bundesrechts gibt § 4 (2) S. 2 BLV der ausschreibenden Dienstbehörde blankettartig weitreichende Ausgestaltungsbefugnisse hinsichtlich Art, Umfang und Bekanntmachung der Ausschreibung. Einzelheiten hierzu regeln auf Bundes- und Länderebene die obersten Dienstbehörden.⁸⁰

Als Voraussetzung für eine rechtsfehlerfreie Auswahlentscheidung gilt jedoch grundsätzlich, dass der Dienstherr bereits in der Stellenausschreibung konkret die Inhalte und Konditionen des zu besetzenden Amtes wiedergeben sowie die Anforderungen nennen muss. Dabei ist es untersagt, die Ausschreibung auf eine bestimmte Person zuzuschneiden.⁸¹ Darüber hinaus muss die Ausschreibung geschlechtsneutral erfolgen. In diesem Zusammenhang verpflichtet § 8 ChancenG den Dienstherrn, in Bereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, zu besetzende Stellen verwaltungsintern sowie öffentlich auszuschreiben.

Die in der Stellenausschreibung angegebene Bewerbungsfrist muss so bemessen sein, dass die Bewerber hinreichend Zeit haben, sich über die Teilnahme am Bewerbungsverfahren schlüssig zu werden, die erforderlichen Unterlagen zu beschaffen und einzureichen.⁸² Es handelt sich hierbei um keine Ausschlussfrist in dem Sinne, dass es dem Dienstherrn rechtlich verwehrt wäre, nach Fristablauf eingegangene Bewerbungen zu berücksichtigen, sondern lediglich um eine Ordnungsfrist. Die Entscheidung darüber, ob nicht fristgerecht eingegangene Bewerbungen für das Auswahlverfahren noch berücksichtigt werden, liegt im Ermessen des Dienstherrn.⁸³ Er verhält sich hierbei in der Regel nicht rechtswidrig, wenn er verspätet eingegangene Bewerbungen ohne Sachprüfung zurückweist.⁸⁴

⁸⁰ Krüper, J., siehe Fn 76, S. 95, 96.

⁸¹ Vgl. Wichmann, siehe Fn 3, S. 155 - Rn 94.

⁸² Zängel, S., siehe Fn 14, § 8, S. 11 - Rn 9.

⁸³ Vgl. Müller, G., siehe Fn 11, § 11, S. 7 - Rn 19.

⁸⁴ Schnellenbach, H., siehe Fn 21, S. 59 - Rn 78.

3.2.4 Ausnahmeregelungen

§ 11 (4) LBG zählt Ausnahmen von der Pflicht zur Ausschreibung auf. Die Vorschrift bezieht sich sowohl auf Einstellungen nach Absatz 2 als auch auf freie Beförderungsdienstposten nach Absatz 3.⁸⁵

Weitere Ausnahmen kann nach Absatz 5 der Vorschrift der LPA zulassen.

Auch der Dienstherr selbst kann ggf. von einer – auch internen – Stellenausschreibung aus sachlichen Gründen absehen und eine bereits erfolgte Ausschreibung jederzeit zurücknehmen, da ihn diese nicht in der Weise bindet, dass er die Stelle auch besetzen muss. Ein sachgerechter Grund liegt z. B. vor, wenn durch eine Ausschreibung eine Bewerbersituation entstanden ist, aufgrund derer der Dienstherr zu der Auffassung gelangt, dass keiner der Bewerber für den ausgeschriebenen Dienstposten geeignet ist. Weiterhin ist auch denkbar, dass sich während der Ausschreibung neue organisatorische Aspekte herausgestellt haben, die die Besetzung des Dienstpostens nicht mehr notwendig erscheinen lassen.⁸⁶

Die Stellenausschreibung hindert den Dienstherrn auch nicht daran, die Stelle – wenn auch nicht nach Belieben, sondern aus sachlichen Erwägungen, wie z. B. aus Gründen der Frauenförderung – erneut auszuschreiben.⁸⁷

3.3 Zulässigkeit von diversen Auswahlmethoden

3.3.1 Das Vorstellungsgespräch

Im öffentlichen Dienst setzen sich immer mehr moderne Methoden der Personalauswahl durch. Diese setzen auf Wettbewerb, Chancengleichheit sowie Transparenz und Steigerung der Akzeptanz von Personalentscheidungen.⁸⁸

Der Bewerber hat bei der Besetzung von Beförderungsstellen keinen individuell durchsetzbaren Anspruch auf ein bestimmtes Auswahlverfahren; dies liegt allein in der Organisationsgewalt des Dienstherrn.⁸⁹ Im Rahmen seines Auswahlermessens kann er bei Qualifikationsgleichstand mehrerer Bewerber zwischen

⁸⁵ Müller, G., siehe Fn, § 11, S. 7 - Rn 21.

⁸⁶ Vgl. Carl, S., siehe Fn 74, S. 344.

⁸⁷ OVG Saarlouis, NVWZ-RR 2003, S. 48.

⁸⁸ Mickisch, A., DÖD 2005, S. 271.

⁸⁹ BVerwG, DÖV 1996, S. 920.

mehreren Auswahlmethoden wählen. Diese müssen so ausgestaltet sein, dass sie dem verfassungsrechtlichen Leistungsprinzip und den dazu korrespondierenden einfachgesetzlichen Normen genügen. Alle Bewerber müssen tatsächlich die gleiche Chance haben, ihre fachliche und persönliche Eignung unter Beweis zu stellen.

Die Rechtmäßigkeit der Auswahl hängt nicht davon ab, ob die vom Dienstherrn zugrunde gelegte Auswahlmethode die einzig richtige oder zumindest die beste und zweckmäßigste zur Verwirklichung des Leistungsgrundsatzes ist.⁹⁰

Im Rahmen von Auswahlverfahren für die Besetzung von Beförderungsdienstposten ist insbesondere das Vorstellungsgespräch übliche Praxis. Es bietet dem Dienstherrn die Möglichkeit, sich ein weiter gehendes Bild von der Qualifikation des Bewerbers zu machen. Ein Vorstellungsgespräch ersetzt jedoch nicht den auf der Grundlage von dienstlichen Beurteilungen vorzunehmenden Vergleich der Bewerber nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung.⁹¹ Der Dienstherr darf seine Beförderungsentscheidung somit nicht allein nach dem Eindruck eines Auswahlgesprächs treffen, da hiermit der gesetzliche Rahmen des Art. 33 (2) GG bzw. § 11 (1) LBG nicht beachtet wird. Hierdurch kann lediglich das Bild eines Kandidaten abgerundet werden.⁹² Das Bewerbergespräch dient nur der Vorbereitung der Ermessensentscheidung über alle vorliegenden Bewerbungen.⁹³

3.3.2 Das Assessment-Center

Zu den weiteren sehr häufig vertretenen Auswahlmethoden gehören Eignungstests bzw. Eignungsfeststellungsverfahren, derer sich der Dienstherr bedienen kann, wenn er mit Blick auf den zu besetzenden Dienstposten ein berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse hat. Allerdings muss der Bewerber in den Test einwilligen.⁹⁴

⁹⁰ Vgl. Fürst, W., siehe Fn 14, § 8, S. 20ff. - Rn 28ff.

⁹¹ Mickisch, A., siehe Fn 88, S. 271f.

⁹² OVG NRW, RiA 2005, S. 37, 38.

⁹³ Müller, G., siehe Fn 11, § 11, S. 3 - Rn 6.

⁹⁴ Ebenda, § 11, S. 3 - Rn 5.

Der Test bzw. das Verfahren muss nach seiner inhaltlichen Ausgestaltung zur Beurteilung von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung geeignet sein. Ein Verfahren, das beispielsweise die fachliche Leistung nicht erfasst und somit die Berücksichtigung dieses Kriteriums bei der Auswahl nicht sichert, ist mit Art. 33 (2) GG ebenso wenig kompatibel wie eines, das die Bedeutung eignungsrelevanter Persönlichkeitsmerkmale vernachlässigt; die nötige Gesamtwertung muss stets materiell wie formell gewährleistet werden.

Fraglich ist einerseits, ob dies bei den heutzutage vielfach propagierten Assessment-Center-Verfahren der Fall ist und andererseits, mit welcher Gewichtung, gemessen an den übrigen Auswahlkriterien, deren Ergebnisse in die Auswahlentscheidung einfließen dürfen.

Der potentielle Nutzen von AC ist zwar wissenschaftlich anerkannt und dessen Anwendung prinzipiell weder durch Bundesbeamtenrecht noch durch die ihm prinzipiell entsprechenden Landesbeamtenengesetze gesperrt; gesehen werden müssen jedoch dienstrechtliche und faktische Grenzen der Aussagekraft. AC erfassen u. a. nicht alle Elemente des Leistungsprinzips. Sie können das Material zur Befähigung von Kandidaten, vereinzelt auch das zu Aspekten ihrer Eignung im engeren Sinne ergänzen und etwas Material für die Prognose der Bewältigung von Situationen, denen sich Bewerber künftig im Rahmen der neuen Amtanforderungen stellen müssen, schaffen;⁹⁵ das Kriterium der fachlichen Leistung bleibt jedoch unberücksichtigt. Die bei einer Auswahlentscheidung gebotene vergleichende Leistungsbewertung würde somit unterbleiben.⁹⁶

Ohnehin sind AC im Gegensatz zu dienstlichen Beurteilungen, die idealerweise das gesamte Eignungsspektrum - inklusive fachlicher Leistung - aufgrund tendenziell längerer Beobachtung erfassen, in der Regel die bloße „Momentaufnahme“ und im Ergebnis abhängig von der jeweiligen „Tagesform“ des Bewerbers.

AC bzw. ihre Resultate sollten deshalb nicht überschätzt werden. Keinesfalls darf das AC-Resultat ungeprüft übernommen werden oder die Auswahlentscheidung

⁹⁵ Günther, H., DÖD 2006, S. 146ff.

⁹⁶ Vgl. Schnellenbach, H., siehe Fn 21, S. 46f. - Rn 63.

gar dem Gremium der Assessoren überlassen werden; vielmehr muss die Ernennungsbehörde sowohl das Verfahren als auch die Ergebnisse des AC kritisch nachvollziehen und schließlich auch die nötige Gesamtwertung selbst vornehmen.

AC dürfen u. a. eingesetzt und deren Resultate genutzt werden, wenn die Prognosen in Relation zum Anforderungsprofil des neuen Amtes entsprechend aussagekräftig sind.⁹⁷ Analog zu den Vorstellungsgesprächen dürfen auch die Ergebnisse von AC lediglich ergänzend bzw. abrundend als zusätzliche Erkenntnisquellen berücksichtigt werden, zumal ihnen im Vergleich zu dienstlichen Beurteilungen nur eine beschränkte Aussagekraft zukommt.⁹⁸

Beide Auswahlmethoden haben den Charakter von Hilfskriterien. Ein Rückgriff auf diese ist daher nur zulässig, wenn nach der Einschätzung des Dienstherrn eine im Wesentlichen gleiche Beurteilungsgrundlage besteht.⁹⁹ Stellt der Dienstherr nur auf Ergebnisse von Vorstellungsgesprächen oder AC ab, ist dies in jedem Fall ermessensfehlerhaft.¹⁰⁰

3.4 Die Rolle des Personalrates

3.4.1 Zusammenwirken von Dienststelle und Personalrat

In den Verwaltungen und Betrieben des Landes, der Gemeinden, der Landkreise und sonstigen der Landesaufsicht unterliegenden Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts, sowie in den Gerichten werden Personalvertretungen gebildet. Nach § 14 LPVG hat jede Dienststelle mit mindestens fünf Beschäftigten, von denen wiederum drei wählbar sein müssen, einen Personalrat zu bilden.

Der Personalrat hat in erster Linie die Aufgabe, die Interessen der Beschäftigten gegenüber der Dienststelle zu vertreten. Hierzu muss ihm die Möglichkeit der Einflussnahme auf alle die Beschäftigten betreffenden Maßnahmen der

⁹⁷ Günther, H, siehe Fn 95, S. 146f.

⁹⁸ Vgl. Kämmerling, G., siehe Fn 5, S. 149, 158.

⁹⁹ Vgl. Mickisch, A., siehe Fn 88, S. 271, 272f;
vgl. auch: Kämmerling, G., siehe Fn 5, S. 149, 157;
Günther, H., siehe Fn 95, S. 146, 150.

¹⁰⁰ Vgl. Kämmerling, G., siehe Fn 5, S. 149, 158.

Dienststelle eingeräumt werden.¹⁰¹ Die Dienststelle und der Personalrat haben daher zum Wohl der Beschäftigten und zur Erfüllung der der Dienststelle obliegenden Aufgaben vertrauensvoll zusammenzuarbeiten (vgl. § 2 (1) LPVG). Keine der beiden Seiten darf dabei ihre Aufgaben auf dem Wege einseitiger Interessenwahrnehmung verfolgen.¹⁰² § 67 LPVG legt Dienststelle und Personalvertretung außerdem gleichermaßen die Pflicht auf, alle Angehörigen der Dienststelle nach Recht und Billigkeit zu behandeln. Erhebliche Bedeutung kommt dieser Vorschrift zu, wenn Ermessensentscheidungen zu treffen sind.¹⁰³

Ich denke, dass eine Zusammenarbeit von Personalrat und Dienststelle auf kooperativer Basis erfolgen sollte. Ein pragmatisches Vorgehen beider Seiten bei Interessenkonflikten – ohne einseitig auf Rechtspositionen zu beharren – ist meiner Ansicht nach der entscheidende Schlüssel für eine erfolgreiche Interessenvertretung des Personalrates für die Beschäftigten.

3.4.2 Das Mitbestimmungsrecht des Personalrates

Die Entscheidung über Beförderungen, beförderungsgleiche Maßnahmen, wie auch die Übertragung eines Beförderungsdienstpostens zum Zwecke der Erprobung für eine spätere Beförderung, unterliegt nach § 75 (1) Nr. 2 und 3 LPVG der Mitbestimmung des Personalrates. Das bedeutet, dass der Personalrat über die beabsichtigte Auswahlentscheidung rechtzeitig und umfassend zu unterrichten ist und dass er der vorgesehenen Ernennung des ausgewählten Bewerbers zustimmen muss (vgl. § 68 (2), § 69 (1) LPVG).

Die Unterrichtung muss zu einem Zeitpunkt erfolgen, in dem die Beförderung noch gestaltungsfähig ist und nicht bereits durch Vorentscheidung vollendete Tatsachen geschaffen worden sind. Um sein Mitbestimmungsrecht bei der Beförderung korrekt wahrnehmen zu können, sind dem Personalrat die für seine Meinungsbildung erforderlichen Unterlagen vorzulegen. Hierzu gehören vor allem solche, in denen vorhandene Kenntnisse oder eingehende Auskünfte über Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber zusammengestellt und

¹⁰¹ Kienzler, H., siehe Fn 20, S. 268 - Rn 258.

¹⁰² Vgl. Altvater, L., LPVG-1, 2006, § 2, S. 43 - Rn 3.

¹⁰³ Ebenda, § 67, S. 306 - Rn 5.

abgewogen werden – hauptsächlich somit Informationen über die dienstlichen Beurteilungen.¹⁰⁴ Der Personalrat hat jedoch keinen Anspruch auf Einsichtnahme in sämtliche bei der Dienststelle vorhandenen Unterlagen, da ihm grundsätzlich kein allgemeines Kontrollrecht gegenüber der Dienststelle zusteht. So dürfen Personalakten mit Rücksicht auf das Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten nur mit deren Zustimmung und nur von den von ihm bestimmten Personalratsmitgliedern eingesehen werden (vgl. § 68 (2) LPVG).¹⁰⁵

Hinsichtlich der Anzahl der Planstellen, die der Dienstherr einrichtet, hat der Personalrat kein Mitbestimmungs-, sondern lediglich ein Anhörungsrecht.¹⁰⁶

Der Personalrat darf seine Zustimmung zu einer mitbestimmungspflichtigen Maßnahme nur aus den in § 82 LPVG abschließend aufgezählten Gründen verweigern.

Sofern der örtliche Personalrat die Zustimmung verweigert und auch keine Einigung in der Stufenvertretung erreicht wird, spricht die Einigungsstelle eine Empfehlung an die oberste Dienstbehörde aus, der dann die endgültige Entscheidung obliegt (vgl. § 69 LPVG).

Die Dienststelle braucht kein Einigungsverfahren einzuleiten, wenn der Personalrat seine Zustimmung ohne Angabe von Gründen verweigert oder sich auf Argumente stützt, die offensichtlich keinen der in § 82 LPVG genannten Versagungsgründe ergeben.¹⁰⁷

Führt der Dienstherr die der Mitbestimmung unterliegende Beförderung unter Missachtung des Beteiligungsrechts des Personalrates aus, verletzt er eine ihm nach Gesetz obliegende Pflicht und zugleich die geschützte Rechtssphäre des Bewerbers.¹⁰⁸ Welche Rechtsfolgen dies für die mitbestimmungswidrig durchgeführte Beförderung hat, legt das LPVG nicht fest. Sofern im personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren tatsächlich rechtskräftig festgestellt wird, dass das Mitbestimmungsrecht des Personalrates wegen der unterlassenen Beteiligung verletzt worden ist, hat nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG

¹⁰⁴ Vgl. Altvater, L., siehe Fn 102, § 68, S. 325ff. - Rn 30ff.

¹⁰⁵ Kienzler, H., siehe Fn 20, S. 271 - Rn 261.

¹⁰⁶ Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 184 - Rn 120.

¹⁰⁷ Kienzler, H., siehe Fn 20, S. 296 - Rn 281.

¹⁰⁸ Vgl. Schnellenbach, H., siehe Fn 21, S. 59 - Rn 78.

der Dienststellenleiter - unter der Voraussetzung, dass dies rechtlich und tatsächlich möglich ist - entweder die mitbestimmungspflichtige Maßnahme abzuändern, rückgängig zu machen oder das Mitbestimmungsverfahren nachzuholen. Einen damit korrespondierenden einklagbaren Rechtsanspruch des Personalrates auf Rückgängigmachung der Maßnahme hat das BVerwG jedoch bisher stets verneint. Ebenso wenig hat der Personalrat bei einseitigem Handeln des Dienstherrn im Rahmen des Streits um die Mitbestimmungspflicht einen Anspruch auf Unterlassung der Maßnahme, die ggf. im Wege der einstweiligen Verfügung gerichtlich durchgesetzt werden könnte. Insoweit bleibt es dem jeweils Betroffenen vorbehalten, sich gegen derartige Maßnahmen individuell im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren zur Wehr zu setzen.¹⁰⁹

Befinden sich unter den Bewerbern schwerbehinderte Personen, hat der Dienstherr zusätzlich das Unterrichts- und Anhörungsrecht der Schwerbehindertenvertretung zu beachten (vgl. § 95 (2) SGB IX). Ferner muss gem. § 8 und § 10 ChancenG der Beauftragte für Chancengleichheit beteiligt werden.

¹⁰⁹ Altwater, L., siehe Fn 102, § 69, S. 35ff. - Rn 49f., m.w.N.

4 Der Beförderungsauswahlprozess unter besonderer Berücksichtigung der Rechte des Beamten

4.1 Rechtsbeziehung zwischen Dienstherrn und Beamten

4.1.1 Das Beamtenverhältnis als Dienst- und Treueverhältnis

Grundlegend für das Verständnis der Rechtsstellung des Beamten ist die Charakterisierung des Beamtenverhältnisses als Dienst- und Treueverhältnis zwischen dem Beamten und seinem Dienstherrn, das beiderseitig Pflichten, aber auch Rechte erzeugt.¹¹⁰ Es ist von gegenseitiger „Treue“ bestimmt, die auf Seiten des Dienstherrn vor allem in der Fürsorge und dem Schutz des Beamten und auf Seiten des Beamten insbesondere in Dienstleistungs-, Gehorsams- und Verhaltenspflichten besteht.

Das LBG bringt bereits systematisch zum Ausdruck, dass die rechtliche Stellung des Beamten besonders durch seine Pflichten gekennzeichnet sein soll, da es aufeinander folgend zunächst den Pflichtenkatalog und erst anschließend die Rechte des Beamten wiedergibt.¹¹¹ Die Normen über die Beamtenpflichten sind denjenigen über die Beamtenrechte jedoch aus guten Gründen vorangestellt. Die Pflichten stehen deswegen im Vordergrund, weil Zweck der Berufung von Beamten die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ist, deren sachgerechte Erledigung durch pflichtgemäß handelnde Beamte gesichert wird. Die persönlichen Wünsche des Beamten werden zwar durchaus anerkannt, müssen jedoch unter Berücksichtigung des staatlichen Interesses an einem optimalen Grad der Aufgabenerfüllung (einschränkend) ausgelegt werden.¹¹²

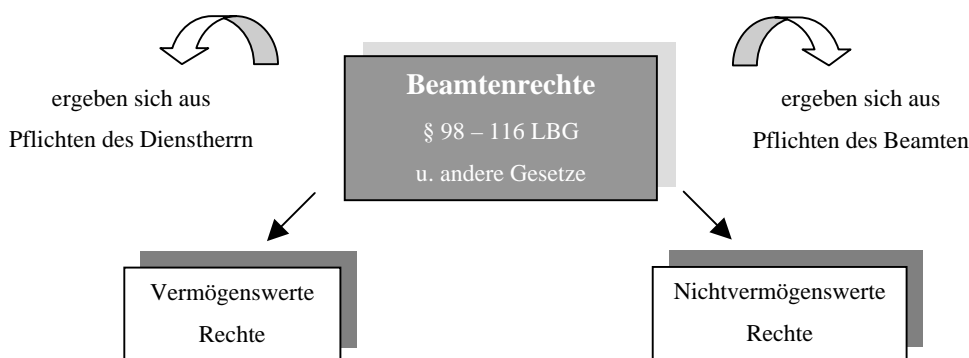


Abb. 6: Beamtenrechte (Quelle: eigene Darstellung)

¹¹⁰ Vgl. Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 333 - Rn 199.

¹¹¹ Vgl. Kunig, P., BesVerwR, 13. Aufl., S. 802f. - Rn 127f.

¹¹² Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 446 - Rn 235.

Der besonderen Inpflichtnahme des Beamten stehen auf der anderen Seite allerdings auch besondere Rechte gegenüber. Die Beamtenrechte sind in den §§ 98 – 116 LBG angesprochen, dort aber keineswegs erschöpfend geregelt. Weitere Rechte sind in zahlreichen anderen Gesetzen enthalten oder folgen aus Bestimmungen über die Pflichten der Beamten.¹¹³ Letzteres zeigt, dass die Pflichten und Rechte des Beamten vielfach aufeinander bezogen und systematisch nicht immer so deutlich voneinander zu trennen sind, wie es angesichts dem im LBG gegenübergestellten Katalog von Pflichten und Rechten den Anschein hat.¹¹⁴

Grundsätzlich lassen sich die Rechte des Beamten in vermögenswerte und nichtvermögenswerte Rechte einteilen.

Zu den vermögenswerten Rechten gehört beispielsweise das Recht auf Besoldung und Versorgung.

Nichtvermögenswerte Rechte hingegen sind Ansprüche, die nicht auf geldwerte Vorteile gerichtet sind. Dazu zählen beispielsweise das Recht des Beamten auf Einsicht in die Personalakte oder das Recht auf Beurteilung. Die beiden vorgenannten Beispiele zeigen, dass sich zahlreiche Ansprüche des Beamten auch aus Verpflichtungen des Dienstherrn ergeben.¹¹⁵

4.1.2 Die Fürsorge- und Schutzpflicht des Dienstherrn

Des Weiteren werden die Rechte des Beamten maßgebend von seiner Stellung als Grundrechtsträger und der Fürsorgepflicht des Dienstherrn geprägt.¹¹⁶

Als Abwehrrechte stärken die Grundrechte den Status des Beamten und bewahren ihn vor Eingriffen. In wertsetzender und schützender Funktion reichern sie seine Rechte an, verlangen nach Berücksichtigung bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und können ergiebig für die Ermessensausübung im Einzelfall sein, wenn der Dienstherr dem Beamten gegenüber handelt oder ein Handeln

¹¹³ Kienzler, H., siehe Fn 20, S. 202 – Rn 180.

¹¹⁴ Kunig, P., siehe Fn 111, S. 802 – Rn 127.

¹¹⁵ Vgl. Kienzler, H., siehe Fn 20, S. 209ff. – Rn 189ff.

¹¹⁶ Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 446 – Rn 236.

erwägt. So lässt sich auch die Pflicht des Dienstherrn zur Grundrechtsbeachtung dem Kreis der Beamtenrechte zuordnen.¹¹⁷

Die in § 98 LBG generalklauselartig normierte Fürsorge- und Schutzpflicht stellt die Grundverpflichtung des Dienstherrn dar. Das sich hieraus ergebende Fürsorge- und Schutzrecht stellt das umfassendste Recht des Beamten dar, aus dem sich zahlreiche Ansprüche gegen den Dienstherrn ableiten lassen.¹¹⁸ Die sich ergebenden einzelnen Ansprüche lassen sich jedoch nicht abschließend in allen Ausprägungsformen aufzählen, da die Fürsorge- und Schutzpflicht so umfassend und vielgestaltig ist, dass zu ihrer Erfüllung zahlreiche, unterschiedliche Verhaltensweisen in Betracht kommen. Sie entzieht sich daher einer Normierung in der Weise, dass sämtliche aus ihr folgenden konkreten Einzelpflichten des Dienstherrn sowie die Art und Weise ihrer Erfüllung abschließend festgelegt werden. Was der Dienstherr dem Beamten danach schuldet bzw. was der Beamte von dem Dienstherrn verlangen kann, lässt sich deshalb nur im Einzelfall genauer konkretisieren.¹¹⁹

Im Zusammenhang mit Veränderungen des Dienstverhältnisses hat der Beamte im Rahmen der Fürsorge- und Schutzpflicht Anspruch auf Verfahrensfairness. So sind die ihn betreffenden Entscheidungen zu begründen, er ggf. anzuhören und über seine Rechtsstellung zu belehren.¹²⁰ Die Fürsorge- und Schutzpflicht verbietet es dem Dienstherrn, den Beamten aus unsachlichen Erwägungen pflichtwidrig von einer Beförderung auszuschließen, eine solche in gesetzeswidriger Weise zu verzögern oder sich bei der Ablehnung der Beförderung eines Beamten von anderen als sachgerechten, ermessensfehlerfreien Erwägungen leiten zu lassen.¹²¹ Hierdurch wird das formelle subjektive öffentliche Recht des Beamten hinsichtlich seines beruflichen Fortkommens gesichert.¹²²

¹¹⁷ Kunig, P., siehe Fn 111, S. 824 - Rn 168.

¹¹⁸ Vgl. Kienzler, H., siehe Fn 20, S. 203 - Rn 181.

¹¹⁹ Vgl. Scheerbarth, H., siehe Fn 2, S. 441f. - § 17 II.

¹²⁰ Vgl. Kunig, P., siehe Fn 111, S. 818 - Rn 154.

¹²¹ Vgl. Müller, G., siehe Fn 11, § 98, S. 279 - Rn 4.

¹²² Zängl, S., siehe Fn 14, § 8, S. 73 - Rn 136.

Als grundlegende Auffangnorm gewährleistet § 98 LBG die formale und materielle Lückenlosigkeit des Systems der Rechte des Beamten;¹²³ bei schwerwiegenden Regelungslücken im Beamtenrecht kann die Fürsorgepflicht unter Umständen eine unmittelbare und selbstständige Rechtsgrundlage für Ansprüche des Beamten sein, die ggf. mit der Verfassungsbeschwerde durchsetzbar sind.

Als Anspruchsgrundlage kann § 98 LBG allerdings nur dann zur Anwendung gelangen, sofern für den in Betracht kommenden Teilbereich der Fürsorge und des Schutzes eine abschließende Sonderregelung nicht vorhanden ist. Ist ein Teilbereich durch spezielle Vorschriften geregelt, kann aus der Fürsorgepflicht grundsätzlich kein Anspruch geltend gemacht werden, der über die Ansprüche hinausgeht, die in Konkretisierung der Fürsorgepflicht auf dem betreffenden Gebiet im Beamtenrecht speziell geregelt sind.¹²⁴

Füllt man Gesetzeslücken mit Hilfe der Fürsorgepflicht aus, ist zwischen den öffentlichen Interessen des Dienstherrn und den Einzelinteressen von Beamten abzuwägen, wobei auch fiskalische Erwägungen des Dienstherrn beachtet werden müssen.¹²⁵

4.2 *Rechtliche Aspekte im Rahmen des Auswahlprozesses*

4.2.1 Das subjektiv-öffentliche Recht des Bewerbers

Die Frage nach den Ansprüchen des Bewerbers im Auswahlprozess knüpft grundsätzlich an die Möglichkeit der Verletzung seines subjektiven Rechts an. Die Anerkennung eines solchen Rechts hängt nach der Schutznormtheorie vom Vorliegen einer Rechtsnorm ab, die nicht nur im öffentlichen Interesse erlassen wurde, sondern zumindest auch dem Schutz der Interessen Einzelner zu dienen bestimmt ist. Bezweckt die Rechtsnorm den Schutz des Einzelnen, so kann sich dieser darauf berufen. Hiervon abzugrenzen sind die Fälle, in denen bloße Interessen in Rede stehen.

¹²³ Schnellenbach, H., siehe Fn 21, S. 244f. – Rn 358.

¹²⁴ Scheerbarth, H., siehe Fn 2, S. 438f. – § 17 II.

¹²⁵ Vgl. Battis, U., siehe Fn 73, § 79, S. 760 - Rn 8.

Schutznormen in diesem Sinne können vertraglicher, einfach-, verfassungs-, völker- und gemeinschaftlicher Natur, materieller oder formeller Art sein, und dem geschriebenen oder dem ungeschriebenen Recht zugehören. Sie können sich beispielsweise auch aus Zusicherungen und früheren Verwaltungsakten ergeben.

Wann immer dem Einzelnen ein subjektiv-rechtlicher Anspruch versagt ist, etwa weil die Schutznorm mehrere Möglichkeiten des Handelns vorsieht und der Behörde Ermessen einräumt, kann der Bewerber nur sein formelles subjektives öffentliches Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung oder ordnungsgemäße Abwägung geltend machen.¹²⁶

4.2.2 Ansprüche im Zusammenhang mit der Ausschreibung

Der Dienstherr ist grundsätzlich verpflichtet, Beförderungsdienstposten zumindest verwaltungsintern auszuschreiben, ein subjektiv-rechtlicher Anspruch des Bewerbers hierauf besteht jedoch nicht.

Dagegen haben derzeitige Stelleninhaber und sonstige Amtsaspiranten keinen Anspruch darauf, dass eine Ausschreibung unterbleibt, unabhängig davon, ob dies durch Gesetz vorgesehen oder im Einzelfall für zweckmäßig erachtet wird. Ämter sind nach Leistung zu vergeben und können nicht „ersessen“ werden.¹²⁷

Die Ausschreibung begründet kein formelles subjektives Recht der Bewerber, dass die Stelle tatsächlich besetzt wird. So ist es dem Dienstherrn erlaubt, ein Stellenbesetzungsverfahren abzubrechen und die Stelle erneut auszuschreiben. Hierdurch wird die Rechtsstellung des Bewerbers grundsätzlich nicht tangiert, gleichgültig, ob von der Stellenausschreibung endgültig abgesehen oder ein neues Stellenbesetzungsverfahren durchgeführt wird.¹²⁸ Umstritten ist in diesem Zusammenhang, ob das Entschließungsermessen mit der Einleitung und Durchführung des Stellenbesetzungsverfahrens verbraucht ist oder ob selbst dann noch

¹²⁶ Vgl. Sennekamp, C. in Fehling, M., HGk-VerwR, 1. Aufl., § 42 - Rn 57/59.

¹²⁷ Vgl. Günther, H., ZBR 1987, S. 321, 335.

¹²⁸ Zängl, S., siehe Fn 14, § 8, S.12 - Rn 10a.

von einer Besetzung der Stelle abgesehen werden kann, wenn sich ein geeigneter Kandidat herauskristallisiert hat.¹²⁹

Für den Fall, dass der Dienstherr keine Ausschreibung durchführt, hat der Bewerber ein Recht darauf, dass dieser dennoch alle für die Beförderung laufbahnrechtlich in Betracht kommenden Beamten der Dienststelle von Amts wegen in das Auswahlverfahren einbezieht, welche die Anforderungen für die zu treffende Entscheidung erfüllen.¹³⁰

Bewerber, die das geforderte Anforderungsprofil jedoch nicht erfüllen, sind in ihren Rechten nicht verletzt. Ein Anspruch auf möglichst umfassende Offenhaltung des Bewerberfeldes durch möglichst allgemein gehaltenen Zuschnitt des Bewerber- bzw. Anforderungsprofils existiert nicht.¹³¹

4.2.3 Anspruch auf Einrichtung von Planstellen

Vor einer am Leistungsgrundsatz orientierten Auswahlentscheidung ist zunächst zu klären, ob eine besetzbare Stelle vorhanden ist, und sofern dies der Fall ist, ob bzw. wann sie besetzt werden soll. Insoweit sind Rechte des Einzelnen (noch) nicht berührt. Denn sowohl die Ausbringung von Planstellen im Haushaltsplan als auch deren Besetzung erfolgen nicht in Wahrnehmung der Fürsorgepflicht des Dienstherrn gegenüber seinem Beamten, sondern sind allein dem öffentlichen Interesse an einer bestmöglichen Erfüllung der öffentlichen Aufgaben zu dienen bestimmt und liegen im Rahmen der organisatorischen Gestaltungsfreiheit des Haushaltsgesetzes. Da somit keine subjektiven Rechte des Beamten berührt werden, hat dieser weder einen Rechtsanspruch darauf, dass man für ihn eine Planstelle einrichtet oder eine vorhandene höher stuft, noch, dass hierüber in ermessensfehlerfreier Weise entschieden wird.¹³²

¹²⁹ Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 186 – Rn 121, m.w.N.

¹³⁰ Vgl. Kämmerling, G., siehe Fn 5, S. 149, 152.

vgl. auch Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 199 - Rn 125; S. 253 - Rn 155.

¹³¹ Kämmerling, G., siehe Fn 5, S. 149, 152.

¹³² Vgl. Maiwald, J., siehe Fn 4, § 7, S. 14f. - Rn 49/51.

4.2.4 Anspruch auf Beförderung

Eine in Rechtsprechung und Literatur umstrittene Frage ist, ob Art. 33 (2) GG bzw. die dazu korrespondierende einfach-rechtliche Vorschrift § 11 (1) LBG für den Bewerber ein materielles subjektives öffentliches Recht auf Beförderung begründen. Die Beantwortung dieser Frage hängt ausschlaggebend davon ab, ob die Grundgesetznorm nur dem öffentlichen Interesse oder zumindest auch dem Interesse des bestgeeigneten Bewerbers zu dienen bestimmt ist.¹³³

Eine im Schrifttum vertretene Mindermeinung will nach Maßgabe der Grundsätze des Art. 33 (2) GG dem am besten geeigneten Bewerber ein materielles subjektives öffentliches Recht auf Beförderung zubilligen. Dieses wird z. T. aus der Fürsorgepflicht, z. T. unmittelbar aus Art. 33 (2) GG oder aus Art. 33 (2) GG i. V. m. § 11 (1) LBG abgeleitet.¹³⁴

Der herrschenden Meinung in der Literatur¹³⁵ und ständigen Rechtsprechung,¹³⁶ nach der weder Art. 33 (2) GG bzw. § 11 (1) LBG noch die Fürsorge- und Schutzpflicht ein materielles subjektives öffentliches Recht des Beamten auf Beförderung begründen - und zwar auch dann nicht, wenn dieser sämtliche Voraussetzungen erfüllt - ist jedoch Vorrang einzuräumen.

Die Zielrichtung des in Art. 33 (2) GG verankerten Leistungsgrundsatzes betrifft hauptsächlich die Funktionsfähigkeit einer den Anforderungen des freiheitlichen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates genügenden Verwaltung; erst an zweiter Stelle wird auch das Interesse der Bewerber an einem angemessenen beruflichen Fortkommen berücksichtigt. Ein allgemeiner Rechtsanspruch auf Beförderung ist somit aus Art. 33 (2) GG nicht ableitbar.

Aus der Fürsorgepflicht lässt sich ein solcher mit der Begründung nicht herleiten, da sie sich nur auf den bisherigen Status des Beamten beschränkt,¹³⁷ nicht aber

¹³³ Vgl. Schnellenbach, H., siehe Fn 21, S. 48f. - Rn 65.

¹³⁴ Fürst, W., siehe Fn 14, § 8, S. 16 - Rn 20, m.w.N.;
krit. hierzu: Schnellenbach, H., siehe Fn 21, S. 48ff. - 65f.; S. 260 - Rn 377.

¹³⁵ Fürst, W., siehe Fn 14, § 8, S. 15 - Rn 19, m.w.N.;
Wagner, E., ZBR 2007, S. 249, 250, m.w.N.;
Wagner, F., ZBR 1990, S. 120, m.w.N.

¹³⁶ BVerwG, BVerwGE, 15, S. 3, 7f.; BVerwG, ZBR 1988, S. 222, 223; BVerwG, ZBR 1990, S. 347; BVerwG, Beschluss vom 29.09.2005 - 2 A 5.04, m.w.N.; OVG NRW, Ria 2006, S.33, 34.

¹³⁷ A.A. Kunig, P., siehe Fn 111, S. 795 - Rn 110.

Statusbesserung verlangt. Der Dienstherr ist also nicht verpflichtet, dem Beamten eine günstigere Rechtsstellung zu verleihen oder durch tätiges Handeln auf eine Beförderung hinzuwirken.¹³⁸

Im Übrigen folgt aus dem Grundsatz der Ämterhoheit, dass der Dienstherr die Personen, die er befördern will, nach seinem Ermessen aus dem Kreis aller Bewerber auswählen kann; aufgrund des ihm dabei zustehenden Beurteilungsspielraums besteht für den Bewerber kein Beförderungsanspruch.¹³⁹

Ein solcher besteht auch dann nicht, wenn der Beamte längere Zeit auf einem Beförderungsdienstposten beschäftigt wird und eine höhere Planstelle vorhanden ist oder die Bewertung seines Dienstpostens eine Verbesserung erfährt. Ein Beamter kann längere Zeit in einer höher bewerteten Funktion beschäftigt sein, ohne dass sich daraus schon eine Verpflichtung für den Dienstherrn zur Beförderung ergibt. Ein Beamter hat daher hinzunehmen, dass er höherwertigen Aufgaben ohne Beförderung zu erledigen hat.¹⁴⁰

Auch die vor einer Beförderung abzuleistende Erprobungszeit führt nicht automatisch zum Anspruch auf anschließende Beförderung, selbst wenn der Beamte sie erfolgreich absolviert hat. Allerdings darf die Beförderung nicht mehr mit dem Argument einer mangelnden Eignung für den höherwertigen Dienstposten abgelehnt werden.¹⁴¹

Ein Anspruch auf Beförderung kann sich ausnahmsweise aus einer rechtswirksam erteilten Zusicherung nach § 38 LVwVfG oder im Falle einer Ermessensreduzierung auf Null ergeben.¹⁴²

¹³⁸ Vgl. Fürst, W., siehe Fn 14, § 8, S. 15f. - Rn 19f.; § 23, S. 7 - Rn 13f.;
vgl. auch: Scheerbarth, H., siehe Fn 2, S. 294 ff. - § 12 IV, m.w.N.,
Maiwald, J., siehe Fn 4, § 7, S. 14 - Rn 50, m.w.N.;
Müller, G., siehe Fn 11, § 98, S. 278 - Rn 2, m.w.N.;
Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 241f. - Rn 145, m.w.N.

¹³⁹ BVerwG, Urteil vom 21.09.2005 - 2 A 5.04;
vgl. auch: Müller, G., siehe Fn 11, § 9, S. 33 - Rn 3.
Battis, U., siehe Fn 73, § 23, S. 329 - Rn 32.

¹⁴⁰ Vgl. Wagner, E., siehe Fn 135, S. 250.

¹⁴¹ Vgl. Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 202 - Rn 126.

¹⁴² Fürst, W., siehe Fn 14, § 23, S. 8 - Rn 15.

Eine Zusicherung ist rechtmäßig - und damit einen Beförderungsanspruch begründend - wenn die Voraussetzungen für ihre Wirksamkeit vorliegen und daneben die sonstigen Ernennungsvoraussetzungen erfüllt sind. Die Wirksamkeit ist neben formellen Voraussetzungen wie z. B. der Schriftform insbesondere davon abhängig, ob die zuständige Behörde mit Bindungswillen handelt, d.h. eine Entscheidung treffen und nicht nur eine Auskunft erteilen will.¹⁴³ Das bloße unverbindliche In-Aussicht-Stellen, Ankündigen, Befürworten oder Vorschlagen einer Beförderung reicht demnach nicht aus. Da sich die Zusicherung durch einen hohen Grad an Verbindlichkeit auszeichnet, ist sie in der Praxis relativ selten. Ein Grund hierfür ist, dass eine großzügige, vorzeitige Bindung des Dienstherrn irgendwann mit dem Gebot effektiver Personalverwaltung und dem Leistungsprinzip in Konflikt geraten muss.

Obwohl die Zusicherung geeignet scheint, das Beförderungsermessen des Dienstherrn auf die einzige, die beanspruchte Maßnahme - nämlich die Beförderung - einzuschränken, ist die Berufung eines Beamten entgegen allen theoretischen Abhandlungen hierauf fast immer aussichtslos.¹⁴⁴ Ein denkbarer Grund hierfür kann sein, dass die Behörde ihre Verpflichtung, die Zusicherung zu erfüllen, durch deren Rücknahme oder Widerruf beseitigen kann (vgl. § 38 (2) LVwVfG) oder deren Bindung an diese - selbst wenn die Zusicherung wirksam war - bei einer wesentlichen Änderung der Sach- oder Rechtslage gar von selbst entfällt (vgl. § 38 (3) LVwVfG).¹⁴⁵

Ein Fall der Ermessensreduzierung auf Null liegt vor, wenn bei Zugrundelegung des Prinzips der Bestenauslese, keine andere ermessensgerechte Entscheidung als die Beförderung des Bewerbers vertretbar erscheint.¹⁴⁶

Eine Ermessensreduzierung auf Null kann auch aus der Selbstbindung der Verwaltung folgen, wenn der Dienstherr auf Grund allgemeiner Verwaltungsvorschriften oder einer ständigen Verwaltungsausübung eine dem

¹⁴³ Vgl. Scheerbarth, H., siehe Fn 2, S. 258f. - § 12 I;
vgl. auch Schwarz, K.-A. in Fehling, M., siehe Fn 126, § 38 - Rn 6.

¹⁴⁴ Günther, H. ZBR 1982, S. 193ff.;
vgl. auch: Scheerbarth, H., siehe Fn 2, S. 107 - § 6 II.

¹⁴⁵ Vgl. Wichmann, M, siehe Fn 3, S. 248 - Rn 149.

¹⁴⁶ Vgl. Schnellenbach, H., siehe Fn 21, S. 20f. - Rn 27ff.

Leistungsgrundsatz genügende Reihenfolge, z. B. anhand einer Rangliste, bestimmt und der Beamte sämtliche danach für die Beförderung vorgegebenen Voraussetzungen erfüllt hat.¹⁴⁷

4.2.5 Bewerbungsverfahrensanspruch

Art. 33 (2) GG gewährt dem Beamten zwar grundsätzlich kein subjektives öffentliches Recht auf Beförderung oder Übertragung eines Beförderungsamtes, er vermittelt ihm jedoch ein *grundrechtgleiches Individualrecht* - wie Art. 93 (1) Nr. 4a GG zeigt - auf rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl.¹⁴⁸

Der Dienstherr verletzt diesen Anspruch des Beamten, wenn er ihn nicht positiv in ein der Besetzung eines Beförderungsdienstpostens und der nachfolgenden Beförderung dienendes Auswahlverfahren einbezieht und dieser somit keine Gelegenheit hatte, sich förmlich zu bewerben, obwohl er sein Interesse an einem Beförderungsdienstposten gegenüber dem Dienstherrn eindeutig bekundet hat.¹⁴⁹

Dieses sich aus Art. 33 (2) GG ergebende Recht des Beamten verwirklicht sich jedoch nicht allein in einem „Recht auf Bewerbung“¹⁵⁰ - wie dies ursprünglich eine ältere Rechtsmeinung anerkannte¹⁵¹ - sondern in einem entsprechend ausgestalteten Bewerbungsverfahren. Es wird deshalb als *Bewerbungsverfahrensanspruch* bezeichnet.¹⁵² Darunter ist grundsätzlich das formelle subjektive öffentliche Recht des Bewerbers auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung zu verstehen. Dies schließt das Recht auf faire und chancengleiche Behandlung im Auswahlverfahren, etwaige Anhörungs-

¹⁴⁷ Fürst, W., siehe Fn 14, § 23, S. 8 - Rn 15.

¹⁴⁸ BVerwG, DÖD 2005, S. 165, 166;
vgl. auch: Wagner, E., siehe Fn 135, S. 249, 250;
Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 37/40 - Rn 17; S. 207 - Rn 131.
Sturm, G. in Battis, M., GG, 4. Aufl., S. 1.769 - Rn 67.

¹⁴⁹ Wagner, E., siehe Fn 135, S. 249, 250.

¹⁵⁰ So auch: Kunig, P., siehe Fn 111, S. 786 - Rn 88.

¹⁵¹ Zängl, S., siehe Fn 14, § 8, S. 14f. - Rn 18, m.w.N.
Nach Maunz, T. in Herzog, R., Komm. z. GG, 4. Aufl., Art. 33, S. 13 - Rn 16 ergibt sich ein solcher Anspruch (Recht auf Bewerbung) bereits aus dem Petitionsrecht des Art. 17 GG und wäre als eigenständige Verfassungsvorschrift nicht erforderlich gewesen. Die Bedeutung des Art. 33 (2) GG gewinnt erst bei der Behandlung der Bewerbung durch die zuständige Behörde Bedeutung.

¹⁵² Vgl. Krüper, J., siehe Fn 76, S. 95, 96.

Anmerkung der Verfasserin: In der Literatur wird teilweise von Bewerberverfahrensanspruch und Bewerbungsverfahrensanspruch gesprochen, was jedoch in beiden Fällen im selben inhaltlichen Zusammenhang zu verstehen ist.

und Beteiligungsrechte des Bewerbers und insbesondere das Recht auf sachgerechte Auswahl mit ein.¹⁵³

Eine fehlerfreie Ermessensentscheidung ist nur dann gegeben, wenn der Dienstherr bei der Auswahlentscheidung sämtliche Gesichtspunkte beachtet hat, die für die Beurteilung der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung bedeutsam sind.¹⁵⁴ Er verletzt daher den Anspruch des Bewerbers, wenn er vor seiner Auswahlentscheidung nicht Einsicht in die Personalakte bzw. die dienstlichen Beurteilungen nimmt.¹⁵⁵

Der Bewerberverfahrensanspruch beschränkt sich auf das konkrete Auswahlverfahren.¹⁵⁶

Diesem wird in ausreichendem Maße dadurch Rechnung getragen, dass die aktuellen Eignungsbeurteilungen und die maßgeblichen Auswählerwägungen schriftlich festgehalten werden.¹⁵⁷

Der Bewerbungsverfahrensanspruch des Bürgers ist das subjektiv-rechtliche Korrelat zum objektiv-rechtlichen Leistungsprinzip: Wo der am besten geeignete Bewerber eingestellt werden muss, muss diesem regelmäßig die Gelegenheit gegeben werden, sich als solcher durch eine Bewerbung dem Dienstherrn zu präsentieren. Bewerbungsverfahrensanspruch und Leistungsprinzip sind also keineswegs gegenläufig, sondern im Hinblick auf die zu besetzende Stelle gleichgerichtet. Ins Verhältnis gesetzt werden beide Aspekte dann im Einzelfall durch die Behörde mittels der Auswahlentscheidung. Die rechtsfehlerfreie Auswahlentscheidung zugunsten des geeignetsten Bewerbers verhilft dem Leistungsprinzip dauerhaft zu seiner Durchsetzung, während der Bewerberverfahrensanspruch der unterlegenen Bewerber damit erfüllt wurde.¹⁵⁸

4.2.6 Differenzierte Anwendung des Leistungsprinzips

Sofern keine freie Stelle zur Verfügung steht oder die Entscheidung, ob diese besetzt werden soll zumindest vorläufig, noch nicht gefallen ist, finden Art. 33 (2)

¹⁵³ Kämmerling, G., siehe F 5, S. 149, 158f.

¹⁵⁴ Müller G., siehe Fn 11, § 9, S. 34/1 - Rn 3.

¹⁵⁵ Vgl. ebenda, § 9, S. 34/2 - Rn 3.

¹⁵⁶ VGH München, NVwZ-RR 1998, S. 120, 121.

¹⁵⁷ Vgl. Müller G., siehe Fn 11, § 9, S. 34/4 - Rn 3.

¹⁵⁸ Krüper, J., siehe Fn 76, S. 95, 96.

GG und § 11 (1) LBG keine Anwendung. Bewerber können deshalb in solchen Fällen, ohne dass es einer Auswahlentscheidung nach § 11 (1) LBG bedarf, allein mit der Begründung abgelehnt werden, dass derzeit keine Stelle der von dem Bewerber angestrebten Art zu besetzen ist.¹⁵⁹ Erst und nur wenn der Dienstherr eine Stelle tatsächlich besetzen will, muss er die dafür erforderliche Ernennung nach dem Leistungsprinzip vornehmen.¹⁶⁰

Erforderlich für die Anwendung des Art. 33 (2) GG ist stets das Vorliegen einer echten Konkurrenzsituation zwischen verschiedenen Bewerbern. Daraus folgt, dass der Leistungsgrundsatz dort keine Anwendung findet, wo sich Beförderungs- und Versetzungs- bzw. Umsetzungsbewerber um eine Beförderungsstelle bemühen. Diese stehen nicht in Konkurrenz zueinander,¹⁶¹ da es sich um zwei getrennt voneinander zu behandelnde Gruppen handelt: Während Beförderungsbewerber ein höheres statusrechtliches Amt anstreben, geht es Versetzungs- bzw. Umsetzungsbewerber lediglich um die sachlich-räumliche Neuorientierung unter Beibehaltung ihres statusrechtlichen Amtes.¹⁶²

Der Dienstherr kann kraft seiner Personalhoheit eine Beförderungsstelle nach pflichtgemäßem Ermessen auch mit einem Versetzungs- bzw. Umsetzungsbewerber besetzen, ohne einem Beförderungsbewerber gegenüber dazu verpflichtet zu sein, die Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorzunehmen. Dabei ist es grundsätzlich gleichgültig, ob die Stelle zuvor ausgeschrieben wurde, da die Stellenausschreibung den Dienstherrn nicht daran bindet, dass er nunmehr zwingend unter allen Bewerbern ein Auswahlverfahren mit dem Ziel der Bestenauslese durchzuführen hätte.¹⁶³

Als Ausnahme hiervon gilt nur, wenn der Dienstherr sein Organisationsermessen dahingehend ausübt, zwischen allen Beförderungs- und Versetzungs- bzw. Umsetzungsbewerbern eine Auswahl nach dem Leistungsprinzip vorzunehmen.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Vgl. Maiwald, J., siehe Fn 4, § 7, S. 15 - Rn 52/53.

¹⁶⁰ OVG Münster, RiA 2006, S. 33, 34.

¹⁶¹ Vgl. Werres, S., siehe Fn 4, § 1, S. 5 - Rn 13.

¹⁶² Carl, S., siehe Fn 74, S. 343, 344f.

¹⁶³ Vgl. Schnellenbach, H., siehe Fn 21, S. 51 - Rn 68.

¹⁶⁴ Vgl. Werres, S., siehe Fn 4, § 1, S. 5 - Rn 13.

In diesem Fall muss er aus Gründen der Gleichbehandlung die Auswahlkriterien des Art. 33 (2) GG auf sämtliche Kandidaten anwenden.¹⁶⁵

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass zwischen den Gruppen von Versetzungs- und Beförderungsbewerbern ein Organisationsermessen des Dienstherrn besteht, innerhalb der Gruppen jedoch das Leistungsprinzip zu beachten ist.¹⁶⁶



Abb. 7: Zusammenfassung der Konkurrenzen
(Quelle: Carl, S., ZBR 2003, S. 345)

4.3 Rechte nach Abschluss des Auswahlverfahrens

4.3.1 Beförderungszusage

4.3.1.1 Ernennung

Das Auswahlverfahren wird mit der Auswahlentscheidung abgeschlossen, die zugunsten eines Bewerbers – oder bei der Besetzung mehrerer Stellen zugunsten der berücksichtigten Bewerber – getroffen wird. Die positive Mitteilung an den erfolgreichen Bewerber hat lediglich Informationscharakter. Der eigentliche Abschluss des Auswahlverfahrens liegt erst in der formgerechten Übertragung der Stelle, bei Ausschreibung eines Amtes im statusrechtlichen Sinn bei Eintritt der äußeren Wirksamkeit der Ernennung.¹⁶⁷

Ist über die Beförderung eines Beamten zu dessen Gunsten sachlich entschieden, gebietet es die Fürsorgepflicht des Dienstherrn, die getroffene Entscheidung so schnell wie möglich herbeizuführen. Der Beamte hat daher einen Anspruch auf unverzügliche Vornahme der Ernennung.¹⁶⁸

¹⁶⁵ BVerwG, DÖD 2005, S. 165, 167.

¹⁶⁶ Carl, S., siehe Fn 74, S. 343, 345.

¹⁶⁷ Fürst, W., siehe Fn 14, § 8, S. 58 – Rn 108.

¹⁶⁸ Vgl. Kunig, P., siehe Fn 111, S. 775f. - Rn 72.

Mit der Ernennung ist eine hohe rechtliche und wirtschaftliche Sicherung des Beamten verbunden, da sie dessen berufliche Existenz berührt. Wegen dieser grundlegenden Bedeutung der Ernennung für die Rechtsstellung des Beamten, ist sie im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit an besonders strenge Formvorschriften gebunden.¹⁶⁹ Diese sind in § 12 LBG geregelt. Absatz 1 der Vorschrift schreibt die Urkundsform, einen notwendigen Urkundeninhalt sowie die Aushändigung der Urkunde vor.

Aus der Ernennungsurkunde ergibt sich die Rechtsstellung des Beamten. Hierdurch soll im Einzelfall jede Unklarheit über den Status des Beamten ausgeschlossen werden. Die durch Ernennung erlangte Rechtsstellung kann ohne Zustimmung des Beamten nur unter den Voraussetzungen und in den Formen, die die Gesetze bestimmen, geändert oder entzogen werden.

Als rechtsgestaltender Verwaltungsakt darf eine Ernennung nicht mit Bedingungen oder Auflagen versehen werden.¹⁷⁰

§ 12 (3) LBG regelt die Wirksamkeit der Ernennung. Intern ist die Ernennung mit dem Tag der Aushändigung der Urkunde wirksam, unabhängig davon, ob das darin genannte Ernennungsdatum in der Zukunft liegt. Hiervon zu unterscheiden ist die äußere Wirksamkeit des Verwaltungsaktes, die mit dessen Bekanntgabe durch Aushändigung der Urkunde eintritt. Damit können innere und äußere Wirksamkeit der Ernennung auseinander fallen.

Die Ernennung auf einen zurückliegenden Zeitraum ist unzulässig und „insoweit“ unwirksam. Eine solche Ernennung ist jedoch nicht ungültig: Für die Vergangenheit ist sie zwar unwirksam, für die Zukunft wird sie allerdings mit dem Tag der Aushändigung der Urkunde wirksam.¹⁷¹

¹⁶⁹ Vgl. Scheerbarth, H., siehe Fn 2, S. 108 - § 6 III; S. 244 - § 12 I.

¹⁷⁰ Vgl. ebenda, S. 244 f. - § 12 I.

¹⁷¹ Vgl. Kienzler, H., siehe Fn 20, S. 82 - Rn 67.

4.3.1.2 Planstelleneinweisung

Da die Beförderung die Einordnung in die Besoldungsgruppe verändert, ist der beförderte Beamte in eine dem verliehenen Beförderungsamt entsprechende Planstelle einzuweisen (vgl. § 49 (1) LHO).¹⁷²

Die Planstelleneinweisung geschieht durch schriftliche Einweisungsverfügung, in der der Zeitpunkt, zu dem die Einweisung wirksam wird, und die dem verliehenen Amt entsprechende Besoldungsgruppe anzugeben ist. Die Planstelleneinweisung wird mit der Beförderung wirksam, wenn in der Verfügung kein früherer Zeitpunkt angegeben ist. Der Anspruch des Beamten auf Besoldung aus dem verliehenen Beförderungsamt entsteht – unabhängig von der Planstelleneinweisung – kraft Gesetzes mit dem Tag, an dem die Beförderung wirksam wird (vgl. § 3 (1) S. 2 BBesG).¹⁷³ Wird der Beamte rückwirkend in eine Planstelle eingewiesen, was unter den in § 49 (2) S. 2 LHO genannten Voraussetzungen durchaus möglich ist, stehen ihm schon ab diesem zurückliegenden Zeitpunkt höhere Dienstbezüge zu (vgl. § 3 (1) S. 3 BBesG.)

4.3.1.3 Rechtsbeständigkeit von Ernennungen

Das Beamtengesetz hat die Ernennung im Interesse einer funktionierenden Verwaltung stabil gemacht. Diese sog. *Ämterstabilität* bewirkt, dass Ernennungen eine gesteigerte Bestandskraft genießen, indem sie eine Rückgängigmachung dieser nur aufgrund der in § 13 und § 14 LBG abschließend aufgezählten Nichtigkeits- und Rücknahmegründe zulässt.¹⁷⁴ Sofern andere als in diesen Bestimmungen enthaltene Rechtsverletzungen vorliegen, hat dies keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Ernennung. So bleibt beispielsweise eine Beförderung trotz fehlender Beteiligung des Personalrates (Verstoß gegen § 75 (1) Nr. 2 LPVG) oder Benachteiligung eines besser qualifizierten Bewerbers (Verstoß gegen § 11 (1) LBG) wirksam, da diese keine in § 13 oder § 14 LBG aufgeführten gesetzlichen Nichtigkeits- oder Rücknahmetatbestände darstellen.¹⁷⁵ Der

¹⁷² Kienzler, H., siehe Fn 20, S. 137 – Rn 108.

¹⁷³ Scheerbarth, H., siehe Fn 2, S. 302 - § 12 IV.

¹⁷⁴ Vgl. Scheerbarth, H., siehe Fn 2, S. 112 - § 6 V;

¹⁷⁵ Vgl. Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 996 - Rn 655;
vgl. Kienzler, H., siehe Fn 20, S. 101 - Rn 78.

Dienstherr kann die Beförderung des Mitbewerbers, sofern kein Nichtigkeits- oder Rücknahmegrund vorliegt, somit auch bei einer rechtsfehlerhaften Auswahlentscheidung nicht rückgängig machen.¹⁷⁶ Nach Eintritt der äußeren Wirksamkeit der Ernennung, ist er an die Verleihung des Beförderungsamtes gebunden.¹⁷⁷

Der abgewiesene Bewerber hat daher keinen Anspruch auf Rücknahme der Ernennung des erfolgreichen Bewerbers. Der Grundsatz der Ämterstabilität setzt sich durch. Mit der Ernennung des erfolgreichen Konkurrenten ist das Verfahren der Stellenbesetzung endgültig beendet; der Antrag des unterlegenen Bewerbers, der sich auf die Erlangung von statusrechtlichem Amt, Planstelle und Dienstposten richtet, kann nicht mehr zum Erfolg führen.¹⁷⁸ Um zu verhindern, dass durch die Ernennung des Konkurrenten vollendete Tatsachen geschaffen werden, kann der nicht berücksichtigte Bewerber jedoch vorläufigen Rechtsschutz beantragen.¹⁷⁹

4.3.2 Beförderungsabsage

4.3.2.1 Mitteilung und Begründung

Der Dienstherr ist nach Art. 33 (2) i. V. m. Art. 19 (4) GG verpflichtet, die getroffene Auswahlentscheidung auch dem unterlegenen Mitbewerber mitzuteilen (sog. Konkurrentenbenachrichtigung).

Diese Mitteilungspflicht besteht unabhängig davon, ob zuvor eine Stellenausschreibung durchgeführt wurde oder nicht. Im Falle einer unterlassenen Stellenausschreibung sind daher alle potentiell vorhandenen Beförderungskandidaten – unabhängig von einer tatsächlich erfolgten Bewerbung - zu informieren. Dazu zählen zumindest die Beamten, die sich ausdrücklich als Bewerber zu erkennen geben und diejenigen, die die laufbahnrechtlichen und die vom Dienstherrn gesetzten Mindestbeförderungsfristen erfüllen und deren Regelbeurteilung nicht unterdurchschnittlich ist.¹⁸⁰ In jedem Fall müssen diese durch

¹⁷⁶ Maiwald, J., siehe Fn 4, § 7, S. 34 - Rn 128.

¹⁷⁷ Vgl. Fürst, W., siehe Fn 14, § 8, S. 56 - Rn 106.

¹⁷⁸ Kunig, P., siehe Fn 111, S. 787 - Rn 91.

¹⁷⁹ Vgl. Schnellenbach, H., siehe Fn 21, S. 56f. - Rn 75.

¹⁸⁰ Vgl. Werres, S., siehe Fn 4, § 1, S. 11 - Rn 24/26.

„Mitteilung“ - und nicht erst durch Nachfrage - Kenntnis von dem Auswahl-
ergebnis erlangen.¹⁸¹

Der Anspruch des unterlegenen Bewerbers auf eine verbindliche Information über
das Ergebnis des Auswahlverfahrens besteht uneingeschränkt, auch wenn ihm das
Auswahlverfahren im Einzelnen bekannt war.¹⁸²

Die notwendige Mitteilung über das Auswahlergebnis hat Doppelcharakter:
Einerseits soll sie den übergangenen Konkurrenten über die Auswahlentscheidung
unterrichten, damit dieser ggf. vorläufigen Rechtsschutz in Anspruch nehmen
kann, um zu verhindern, dass die umstrittene Beförderungsstelle mit einem
anderen Bewerber endgültig besetzt wird und für ihn damit als Folge der
Ämterstabilität nicht mehr zur Verfügung steht. Zum anderen verkörpert die
Mitteilung den Verwaltungsakt, mit dem die Bewerbung eines nicht
berücksichtigten Beamten abschlägig beschieden wird.¹⁸³

In der Literatur wird teilweise angezweifelt, ob die Mitteilung über die Ablehnung
tatsächlich einen Verwaltungsakt darstellt, da es an dem hierfür erforderlichen
Regelungscharakter fehlen würde.¹⁸⁴ Nach herrschender Lehre¹⁸⁵ und
zutreffender Rechtsprechung,¹⁸⁶ wird sie jedoch ausdrücklich als solcher
qualifiziert. Der Regelungscharakter der Mitteilung kann dabei in der damit
verbundenen Ablehnung der Bewerbung gesehen werden.¹⁸⁷

Die Mitteilung der Ablehnung muss nicht notwendigerweise schriftlich erfolgen;
der Bewerber ist aber nach § 37 (2) S. 2 LVwVfG berechtigt, eine solche zu
verlangen, die dann gemäß § 39 (1) S. 1 LVwVfG einer inhaltlichen Begründung
bedarf.

¹⁸¹ Vgl. Schnellenbach, H., siehe Fn 21, S. 57 - Rn 76.

¹⁸² Werres, S., siehe Fn 4, § 1, S. 10 - Rn 24.

¹⁸³ Vgl. Schnellenbach, H., siehe Fn 21, S. 57 - Rn 76.

¹⁸⁴ Scheerbarth, H., siehe Fn 2, S. 115 - § 6 V, m.w.N.

¹⁸⁵ Fürst, W., siehe Fn 14, § 8, S. 55 - Rn 104; S. 58 - Rn 109; S. 62 - Rn 117; m.w.N.;

vgl. auch: Schnellenbach, H., siehe Fn 21, S. 58 - Rn 76;

Werres, S., siehe Fn 4, § 1, S. 11 - Rn 26, m.w.N.;

Kienzler, H., siehe Fn 20, S. 85 - Rn 69, m.w.N.;

Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 251 - Rn 152.

¹⁸⁶ BVerwG, BVerwGE, 80, S. 127, 129f.

¹⁸⁷ Fürst, W., siehe Fn 14, § 8, S. 58 - Rn 109.

Zum wesentlichen Inhalt der Begründung gehört, warum der Bewerbung nicht entsprochen wurde, insbesondere ob bzw. warum die Eignung des Bewerbers verneint oder ein Mitbewerber als besser eingestuft wurde. Die Begründung kann knapp gehalten werden; Einzelüberlegungen brauchen nicht mitgeteilt zu werden. Auf Verlangen des Bewerbers ist sie allerdings zu substantiieren. Dabei muss die Entscheidung - unter Beachtung des Beurteilungsspielraums des Dienstherrn bei der Eignungsbeurteilung und seines Auswahlermessens zwischen mehreren geeigneten Kandidaten – vom Betroffenen nachvollzogen werden können (vgl. § 39 (1) S. 3 LVwVfG). Keine ausreichende Begründung liegt in der schlichten Erklärung, die Auswahl sei „leider“ nicht auf den Kandidaten gefallen oder der formelhaften Aussage, dass der Bewerber nicht berücksichtigt worden sei, weil einem anderen Bewerber der Vorzug gegeben wurde. Sie genügen den Anforderungen des § 39 (1) S. 3 LVwVfG nicht.¹⁸⁸

Nach herrschender Meinung ist dem unterlegenen Bewerber zudem der Name des ausgewählten Bewerbers bekannt zu geben.¹⁸⁹ Dies ergibt sich aus Art. 33 (2) i. V. m. Art 19 (4) GG, der nicht nur die Pflicht zur Mitteilung statuiert, sondern zugleich Maßstäbe für den erforderlichen Inhalt der Mitteilung setzt. Dem Bewerber müssen danach sämtliche für seine Rechtsschutzentscheidung erforderlichen Informationen zur Verfügung gestellt werden. Nur bei Kenntnis dieser vermag er die Aussichten auf den Erfolg eines etwaigen Rechtsbehelfs abzuschätzen. Daher ist ihm auch der Grund für die Bevorzugung des ausgewählten Mitbewerbers zu nennen,¹⁹⁰ vor allem ob diesem aus qualifikationsbezogenen Überlegungen - d. h. normalerweise wegen einer besseren dienstlichen

¹⁸⁸ Vgl. Füst, W., siehe Fn 14, § 8, S. 59f.– Rn 111;
vgl. Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 251 – Rn 152.

¹⁸⁹ VG Frankfurt, NVwZ 1991, S. 1210.
Fürst, W., siehe Fn 14, § 8, S. 60 - Rn 111;m.w.N.;
Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 251 - Rn 152; m.w.N.;
Werres, S., siehe Fn 4, S. 11 – Rn 26;
Battis, U., siehe Fn 6, S. 1.088 – Rn 41;
a.A. Schnellenbach, H., siehe Fn 21, S. 58 - Rn 76.

¹⁹⁰ Werres, S., siehe Fn 4, § 1, S. 10 - Rn 23/26.

Beurteilung - oder wegen einzelner oder mehrerer, im Detail zu nennender Hilfskriterien der Vorrang eingeräumt wurde.¹⁹¹

Die Rechtssprechung gewährt ihm außerdem ein Einsichtsrecht in Vorgänge, die Aufschluss darüber liefern, warum ein Mitbewerber den Vorzug erhalten hat. Hierzu können bei überwiegend schutzwürdigem Interesse des unterlegenen Bewerbers im konkreten Fall auch Auskünfte über Personalakten, die darin enthaltenen Beurteilungsvorgänge oder Bewerbungsunterlagen gehören.¹⁹² Ein Konkurrent muss Gelegenheit haben, sich über „Brüche“ und Widersprüchlichkeiten zu informieren, damit er sie zur Wahrung seines Bewerberverfahrensanspruchs rügen kann.¹⁹³

Des Weiteren gewährt die Rechtssprechung einen aus der Fürsorge- und Schutzpflicht abgeleiteten Auskunftsanspruch auf Unterrichtung über die Beförderungspraxis des Dienstherrn und insbesondere die dabei herangezogenen Beurteilungsnoten.¹⁹⁴

Damit der Bewerber noch vor Vollzug der Auswahlentscheidung vorläufigen Rechtsschutz beantragen kann, muss der Dienstherr diesen rechtzeitig über seine Ablehnung unterrichten.¹⁹⁵

Ein Konkurrent kann daher verlangen, angemessene Zeit vor der beabsichtigten Beförderung des erfolgreichen Bewerbers über Auswahl und Verfahren sowie über die zugrundeliegenden Wertungsfaktoren unterrichtet zu werden. Rechtsgrundlage hierfür ist ebenfalls Art. 33 (2) i. V. m. Art. 19 (4) GG. Zwischen der Mitteilung und dem Vollzug der Auswahlentscheidung muss eine für seine Rechtsschutzentscheidung ausreichende Zeitspanne liegen.¹⁹⁶

Wie lange diese zu bemessen ist, wurde bisher noch nicht höchstrichterlich entschieden. Im Schrifttum wird meistens eine Zeitspanne von zwei Wochen –

¹⁹¹ Vgl. Schnellenbach, H., siehe Fn 21, S. 57f. – Rn 76;

vgl. auch: Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 251f. – Rn 152.

¹⁹² BVerwG, BVerwGE 49, S. 89, 94f.; BVerwG, BVerwGE 35, S. 225, 227f.;

a.A. zum Akteneinsichtsrecht: Scheerbarth, H., siehe Fn 2, S. 117 - § 6 V.

¹⁹³ VGH Kassel, DÖV 1994, S. 127, 128.

¹⁹⁴ Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 252f. – Rn 153, m.w.N.

¹⁹⁵ Vgl. Fürst, W., siehe Fn 4, § 8, S. 59 - Rn 59;

vgl. auch: Scheerbarth, H., siehe Fn 2, S. 114 f. - § 6 V.

¹⁹⁶ BVerfG, NJW 1990, S. 501.

mindestens aber zehn Tagen¹⁹⁷ - für erforderlich, aber auch ausreichend erachtet.¹⁹⁸ Dabei ist auf den Zeitpunkt des Zugangs der Mitteilung an den unterlegenen Bewerber abzustellen. Jedenfalls muss es diesem stets möglich sein, anwaltlichen oder sonstigen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen, um sich über die Sinnhaftigkeit gerichtlicher Hilfe schlüssig zu werden.¹⁹⁹ Eine längere Zeitspanne ist demnach erforderlich, wenn die dem unterlegenen Bewerber mitgeteilten oder schon aus dem vorangegangenen Verfahren bekannten Umstände nicht ausreichen, um die Erfolgsaussichten eines gerichtlichen Schutzverfahrens beurteilen zu können. Das zeigt, dass besser auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen ist.²⁰⁰

Informiert der Dienstherr den erfolglosen Bewerber nicht rechtzeitig oder unterlässt er die Mitteilung ganz, verletzt er dessen Bewerbungsverfahrensanspruch.²⁰¹

Abschließend ist anzumerken, dass es diesen Informationsanspruch nur bei angestrebten Ernennungen, jedoch nicht bei Auswahlverfahren zur Besetzung eines höherwertigen Dienstpostens ohne gleichzeitige oder zeitlich direkt nachfolgende Ernennung gibt. Denn anders als bei einer Ernennung führt die Übertragung eines Dienstpostens nicht zu endgültigen Verhältnissen i. S. v. Ämterstabilität.²⁰²

4.3.2.2 Anhörung

Umstritten ist, ob der Bewerber vor einer Ablehnung nach § 28 (1) LVwVfG ein Recht auf Anhörung hat. Zweifel hieran bestehen, weil diese Vorschrift eine Anhörung nur dann vorschreibt, wenn ein Verwaltungsakt in die Rechte eines Beteiligten eingreift.²⁰³

¹⁹⁷ Werres, S., siehe Fn 4, § 1, S. 11 – Rn 25.

¹⁹⁸ Vgl. Fürst, W., siehe Fn 14, § 8, S. 59 - Rn 110;

so auch: Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 254 - Rn 156, m.w.N.

Schnellenbach, H., siehe Fn 21, S. 58 - Rn 76, m.w.N.;

¹⁹⁹ Vgl. Werres, S., siehe Fn 4, § 1, S. 11 - Rn 25.

²⁰⁰ Fürst, W., siehe Fn 14, § 8, S. 59 - Rn 110.

²⁰¹ Kämmerling, G., siehe Fn 5, S. 149, 160.

²⁰² Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 541 - Rn 272.

²⁰³ Vgl. Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 251 - Rn 151;

vgl. hierzu: Schwarz, K.-A., siehe Fn 126, § 28 - Rn 10/11/25;

Scheerbarth, H., siehe Fn 2, S. 116 - § 6 V;

Schnellenbach, H., siehe Fn 21, S. 254 - Rn 368.

Nachdem unter vorstehendem Gliederungspunkt festgestellt wurde, dass die Ablehnung einer Bewerbung einen Verwaltungsakt darstellt, ist eine Versagung der Anwendbarkeit der Vorschrift aus diesem Grund in jedem Fall ausgeschlossen. Fraglich erscheint an dieser Stelle vielmehr, ob die bloße Ablehnung einer erstrebten Begünstigung einen Eingriff in die Rechte des Beteiligten darstellt.

Zwar mag die Erwägung zutreffend sein, dass die Ablehnung einer Bewerbung in der Regel für den Betroffenen eine belastende Wirkung entfaltet und insoweit die Anwendung von § 28 LVwVfG nahe liegt; mit dem eindeutigen Wortlaut der Bestimmung ist dies nach *Schwarz* jedoch nicht zu vereinbaren. Zudem sind nach seiner Auffassung unter den Rechten des Beteiligten alle subjektiv-öffentlichen Rechte zu verstehen; eine Beeinträchtigung wirtschaftlicher, ideeller oder sonstiger Interessen genüge nicht. Der Verwaltungsakt müsse die bisherige Rechtsposition nachteilig verändern, erforderlich sei die Umwandlung des *status quo* in einen *status quo minus*. Daraus lässt sich folgern, dass er einen möglichen Anspruch des Bewerbers aus § 28 (1) LVwVfG verneint, da dieser bei Ablehnung der Beförderung – unter der Voraussetzung dass die Auswahlentscheidung fehlerfrei ist - nicht in seinem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt wird und seinen bisherigen Status beibehält.

Demgegenüber weist *Wichmann* zu Recht darauf hin, dass der Kandidat aus Art. 33 (2) GG einen Anspruch auf eine sachgerechte, ermessensfehlerfreie Entscheidung über seine Beförderung hat und es gerade deshalb seiner Anhörung bedarf. § 28 (1) LVwVfG komme deshalb zur Anwendung.

Allerdings wird auch von der Rechtsprechung die Anhörung vor Ablehnung eines Antrages auf Ernennung mit der Begründung abgelehnt, dass die Umwandlung eines *status quo* in einen *status quo minus* erforderlich sei, weshalb der Rechtsauffassung von *Schwarz* zuzustimmen ist. Zudem genüge es danach nicht, wenn der Erlass eines Verwaltungsaktes abgelehnt wird, der erst eine Rechtsposition gewähren soll. Ein Recht auf Anhörung des Bewerbers aus § 28 LVwVfG ist deshalb zu verneinen.²⁰⁴

Ein solches Recht ergibt sich für ihn lediglich aus der Fürsorgepflicht des Dienstherrn. Dieses über § 28 LVwVfG hinausgehende Anhörungsrecht rechtfertigt sich

²⁰⁴ BVerwG, BVerwGE, 66, S. 184, 186.

aus der Eingliederung des Beamten in die Staatsorganisation und den damit verbundenen Möglichkeiten des Dienstherrn, dessen Individualrecht einzuschränken.²⁰⁵

Nachstehendes Schaubild gibt abschließend nochmals einen Gesamtüberblick über mögliche Ansprüche des Bewerbers im Rahmen und nach Abschluss des Auswahlprozesses. Dabei sind die positiven Ansprüche blau, die negativen hingegen rot gekennzeichnet.

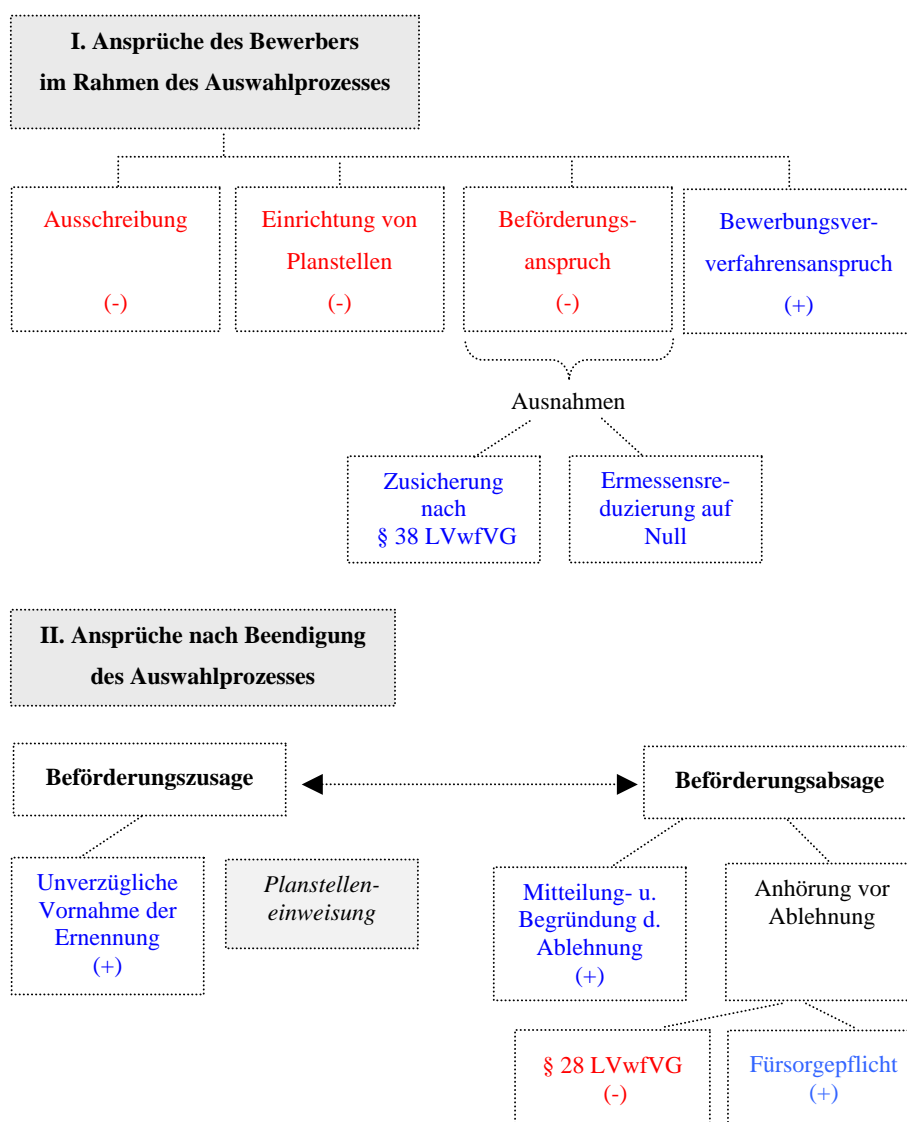


Abb. 8: Ansprüche des Bewerbers (Quelle: eigene Darstellung)

²⁰⁵ Vgl. Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 498f. – Rn 251.

4.4 Rechtsbehelfsmöglichkeiten des abgelehnten Bewerbers

4.4.1 Widerspruchs- und Klagebefugnis

Ein unterlegener Bewerber hat grundsätzlich die Möglichkeit, bei vermeintlich oder tatsächlich ermessensfehlerhafter Ablehnung seiner Bewerbung *Widerspruch*²⁰⁶ und – bei Erfolglosigkeit – *Klage* vor dem Verwaltungsgericht zu erheben (§ 126 BRRG²⁰⁷ i. V. m. §§ 42, 68 ff. VwGO). Eine der wesentlichen Grundvoraussetzungen hierfür ist, dass der Beamte widerspruchs- bzw. klagebefugt ist, d.h. er muss geltend machen durch einen Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt zu sein (§ 42 (2) VwGO; für Widerspruch analoge Anwendung). Da der Beamte regelmäßig Adressat des angegriffenen Verwaltungsaktes sein wird, ist seine Widerspruchs- bzw. Klagebefugnis ohne weiteres gegeben.

Mit seinem Rechtsbehelf kann er einerseits verfahrensrechtliche Fehler, wie z.B. die Nichtbeachtung des Mitbestimmungsrechts des Personalrats gem. § 75 (1) Nr. 2 LPVG, angreifen. Andererseits kann er vor allem materiellrechtliche Verstöße geltend machen, beispielsweise die Verletzung des Prinzips der Bestenauslese rügen.

Zur Durchsetzung der materiellrechtlichen Ansprüche stellt die VwGO verschiedene Klagearten zur Verfügung. Welche Klage statthaft ist, richtet sich nach dem mit ihr vom Kläger verfolgten Ziel.²⁰⁸

Für den Rechtsschutz gegen die in einem Stellenbesetzungsverfahren getroffene Entscheidung ist zu unterscheiden, ob der unterlegene Bewerber nur gegen seine Ablehnung oder Nichtberücksichtigung vorgehen kann, oder ob er auch unmittelbar gegen die den Dritten begünstigende Maßnahme ein Rechtsmittel einlegen kann.²⁰⁹

²⁰⁶ In den Fällen des § 75 S. 1 VwGO kann der Beamte Klage erheben, ohne dass zuvor ein Widerspruchsverfahren durchgeführt worden sein muss (sog. Untätigkeitsklage als Unterfall der Verpflichtungsklage). Allerdings darf diese nicht vor Ablauf der in § 75 S. 2 VwGO genannten Frist erhoben werden.

²⁰⁷ § 55 BeamStG übernimmt mit redaktionellen Anpassungen die Regelungen des § 126 BRRG. Sinn dieser Vorschrift ist es, den Rechtsweg in Beamtenrechtsfragen zu vereinheitlichen.

²⁰⁸ Kienzler, H., siehe Fn 20, S. 90 - Rn 72; S. 238ff. - Rn 222;
vgl. auch: Sennekamp, C., siehe Fn 126, § 42 - Rn 57.

²⁰⁹ Fürst, W., siehe Fn 14, § 8, S. 60 - Rn 113.

In nachstehenden Gliederungspunkten wird auf folgende Klagearten näher eingegangen:

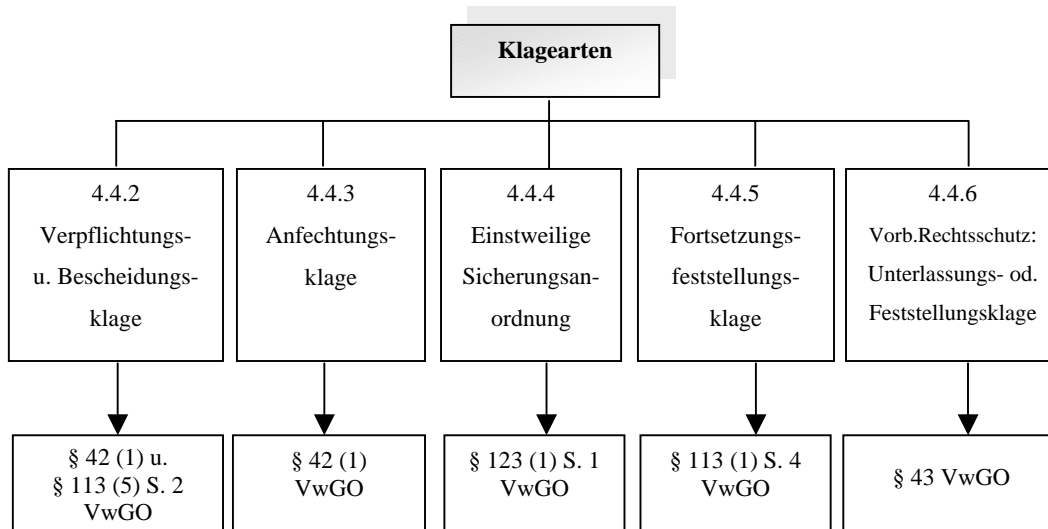


Abb. 9: Klagearten (Quelle: eigene Darstellung)

4.4.2 Verpflichtungs- und Bescheidungsklage

Ein auf Beförderung gerichtetes Erfüllungsbegehren kann der Beamte im Wege der *Verpflichtungsklage* (§ 42 (1) VwGO) verfolgen.²¹⁰ Eine erfolgreiche Verpflichtungsklage hat zur Folge, dass das Gericht den Dienstherrn verurteilt, die Beförderung vorzunehmen.²¹¹ Begründet ist die Verpflichtungsklage nach § 113 (5) S. 1 VwGO, wenn die Ablehnung der Beförderung rechtswidrig, der Bewerber dadurch in einem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt und die Sache spruchreif ist. Spruchreife bedeutet, dass das Gericht zu einer abschließenden Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch in der Lage ist.

Entgegen dem Wortlaut des § 113 (5) S. 1 VwGO geht es in der Sache jedoch nicht um die Rechtswidrigkeit der Ablehnung, sondern dem Verpflichtungsbegehren entsprechend kommt es vielmehr allein darauf an, dass dem Kläger ein Anspruch auf Beförderung zusteht.²¹² Die Verpflichtungsklage kann deshalb nur im Falle einer wirksamen Zusicherung oder dann aussichtsreich sein, wenn von

²¹⁰ Schnellenbach, H., siehe Fn 21, S. 55 - Rn 73.

²¹¹ Vgl. Sennekamp, C., siehe Fn 126, § 42 - Rn 31.

²¹² Vgl. Kröniger, H./Wahrendorf, V., siehe Fn 126, § 113 - Rn 131ff.

einer Ermessensreduzierung auf Null auszugehen ist, weil der Bewerber die beste Eignung und Befähigung unter allen Bewerbern für die Stelle besitzt. Im Regelfall wird es dem Bewerber jedoch schwer fallen, eine solche Position schlüssig vorzutragen, zumal wenn und solange ihm die Qualifikation der Mitbewerber nicht bekannt sind. Nicht unerhebliche Probleme können sich für den Bewerber auch aus der materiellen Beweislast ergeben; denn ihm obliegt grundsätzlich die Feststellungslast für die Tatumstände, aus denen er seinen angeblichen Leistungsvorsprung unter allen Mitbewerbern herleitet.²¹³ Insbesondere unterliegt er, falls sich in tatsächlicher Hinsicht nicht klären lässt, ob er – bei Vermeidung der festgestellten Verletzung des Bestenausleseprinzips – (zu einem bestimmten Zeitpunkt) zu befördern gewesen wäre.²¹⁴

Hält der Beamte die Ablehnung seines Beförderungsverlangens für rechtswidrig, sieht aber keine ausreichenden Gründe für eine Ermessensverdichtung, wird er sich zweckmäßigerweise mit einer *Beschiedungsklage* (§ 113 (5) S. 2 VwGO) begnügen müssen.²¹⁵ Diese ist ein Unterfall der Verpflichtungsklage bzw. häufig als *wesensgleiches Minus* bereits in dieser enthalten, für den Fall, dass der Anspruch auf Erlass der Beförderung mangels Spruchreife unbegründet ist.²¹⁶ Mit Hilfe der *Beschiedungsklage* kann der Bewerber sein formell subjektiv-öffentliches Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung geltend machen und so vermeiden, dass die auf Erlass der Beförderung gerichtete Verpflichtungsklage teilweise abzuweisen wäre.²¹⁷

Eine erfolgreiche *Beschiedungsklage* führt zu einem die Neubescheidung anordnenden Ausspruch des Gerichts. Danach ist der Dienstherr dazu verpflichtet, über den Beförderungsantrag des Klägers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu befinden.²¹⁸ Trotz der Bindungswirkung der ergehenden Entscheidung kann der Kläger jedoch kaum verhindern, dass der Dienstherr aus

²¹³ Vgl. Fürst, siehe Fn 14, § 8, S. 55f. – Rn 104; S. 62f. – Rn 117f.

²¹⁴ Schnellenbach, H., siehe Fn 21, S. 65 – Rn 83.

BVerwG, Urteil vom 23.11.1995 – 2 A 1/94: Fehlen jedoch bereits die Grundlagen für eine ordnungsgemäße Auswahlentscheidung, so trägt der Dienstherr die materielle Beweislast dafür, dass der unterlegene Bewerber auch bei fehlerfreier Auswahl nicht zum Zuge gekommen wäre.

²¹⁵ Schnellenbach, H., siehe Fn 21, S. 55f. – Rn 73.

²¹⁶ Vgl. Kröninger, H./Wahrendorf, V., siehe Fn 126, § 113 – Rn 136f.

²¹⁷ Sennekamp, C., siehe Fn 126, § 42 – Rn 32.

²¹⁸ Vgl. Schnellenbach, H., siehe Fn 21, S. 30f. – Rn 39.

anderen Gründen die begehrte Beförderung erneut versagt, mit der Folge, dass die Erfolgsaussichten einer Bescheidungsklage als gering anzusehen sind.²¹⁹

Das eine wie das andere Klagebegehren kann sich dadurch in der Hauptsache erledigen, indem der Kläger befördert wird oder dass infolge der Besetzung der Beförderungsplanstelle mit einem anderen Bewerber eine der tatbestandlichen Voraussetzungen entfällt, an die ein Beförderungsanspruch oder ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über das Beförderungsverlangen geknüpft ist.²²⁰

Erledigt sich die Hauptsache aus zweitgenanntem Grund - wegen endgültiger Besetzung der Beförderungsstelle mit einem Konkurrenten - stellt sich für den übergangenen Bewerber die Frage, ob er die Hauptsache gem. § 161 (2) VwGO für erledigt erklären sollte oder die Rechtmäßigkeit seiner Ablehnung im Rahmen einer Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 113 (1) S. 4 VwGO) gerichtlich nachprüfen lässt. Dabei besteht die Möglichkeit, von der bereits erhobenen Verpflichtungs- oder Bescheidungsklage auf diese überzugehen (§ 113 (1) S. 4 VwGO analog).²²¹

4.4.3 Anfechtungsklage

Für ein Vorgehen gegen die Beförderung eines erfolgreichen Mitbewerbers kommt die *Anfechtungsklage* nach § 42 (1) VwGO in Betracht (sog. *Konkurrentenklage*).²²² Da der unterlegene Bewerber i. d. R. jedoch nicht nur das Anliegen hat, die Beförderung des Konkurrenten zu verhindern oder gar rückgängig zu machen, sondern zugleich selber in den Genuss derselben zu gelangen (sog. verdrängende Konkurrentenklage), ist umstritten, ob dieses Ziel nicht allein schon mit der Verpflichtungsklage erreicht werden kann und es einer Anfechtungsklage überhaupt bedarf bzw. eine Kombination beider erforderlich

²¹⁹ Zimmerling, W. in Prütting, H., Konkurrentenklage ö.D., 1. Aufl., S. 13f. - Rn 19.

²²⁰ Schnellenbach, H., siehe Fn 21, S. 56 - Rn 73.

²²¹ Vgl. ebenda, S. 31 - Rn 40;

vgl. auch: Fürst, siehe Fn 14, § 8, S. 70 - Rn 132;

vgl. Kröninger, H./Wahrendorf, V., siehe Fn 126, § 113 - Rn 71 zur analogen Anwendung von § 113 (1) S. 4 VwGO.

²²² Vgl. Schnellenbach, H., siehe Fn 21, S. 56 - Rn 74.

ist. Die Rechtsprechung hat in diesem Fall bislang nicht zu einer einheitlichen Linie gefunden. Die herrschende Meinung²²³ fordert eine Kombination beider Klagearten.²²⁴ Das zeigt auch, dass die Konkurrentenklage eigentlich nicht für eine eigenständige Klageart steht, sondern ein Sammelbegriff für unterschiedliche Konstellationen ist.²²⁵

Unter einer Konkurrentenklage im eigentlichen Sinn (sog. echte Konkurrentenklage) ist allerdings nur die unmittelbar gegen die Beförderung des erfolgreichen Konkurrenten gerichtete Klage - also die Anfechtung der den Konkurrenten begünstigenden Beförderung zu verstehen.²²⁶ Die Zulässigkeit einer echten Konkurrentenklage ist umstritten. Im Schrifttum hat diese zahlreiche Befürworter²²⁷ gefunden. Teilweise differenzieren diese zwischen Status- und Dienstpostenkonkurrenz. Sie unterscheiden sich aber sowohl hinsichtlich des Maßes, in dem sie eine Konkurrentenklage zulassen wollen als auch hinsichtlich der juristischen Begründung ihrer Auffassung. Zwei besonders umstrittene Aspekte dabei sind, ob man der zugunsten des Ausgewählten getroffenen Entscheidung Drittwirkung gegenüber dem unterlegenen Mitbewerber zuerkennt und ob bei der Statuskonkurrenz die Ämterstabilität der Aufhebung der Ernennung im Rechtsmittelweg entgegen steht. Nur bei Bejahung des ersten Aspekts und Verneinung des zweiten ist die Konkurrentenklage als zulässig zu erachten. Aufgrund quantitativ vorgegebener Grenzen dieser Diplomarbeit gehe ich auf diesen Meinungsstreit jedoch nicht näher ein,²²⁸ sondern beschränke mich auf die Darstellung der herrschenden Meinung, wobei ich die Dienstpostenkonkurrenz außen vor lasse.

²²³ Vgl. Kunig, P., siehe Fn 111, S. 787 - Rn 91.

OVG Magdeburg, NVwZ 1996, S. 815, 816, m.w.N.

²²⁴ Vgl. Sennekamp, C., siehe Fn 126, § 42 - Rn 39.

²²⁵ Vgl. Kunig, P., siehe Fn 111, S. 787 - Rn 91.

²²⁶ Fürst, W., siehe Fn 14, § 8, S. 60 - Rn 113.

BVerwG, BVerwGE 80, S. 127, 129: Auch nach der Definition des BVerwG soll mit dem Begriff der Konkurrentenklage allein der Fall verstanden werden, dass der Konkurrent anstrebt, die bereits erfolgte Beförderung seines Mitbewerbers gerichtlich aufheben zu lassen.

²²⁷ Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 622 - Rn 314;

vgl. Fürst, W. siehe Fn 14, § 8, S. 60 - Rn 113/116, m.w.N.

²²⁸ Anmerkung der Verfasserin: Diesbezüglich verweise ich auf die kritischen Darstellungen bei Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 621ff. - Rn 313ff. und Zängl, S., siehe Fn 14, § 8, S. 60ff. - Rn 113ff.

Die herrschende Auffassung in Rechtsprechung²²⁹ und Literatur²³⁰ lehnt die Zulässigkeit der Konkurrentenklage ab. Danach beschränke sich die Rechtswirkung der Ernennung des erfolgreichen Bewerbers auf dessen Beamtenverhältnis und entfalte keine Drittwirkung gegenüber dem unterlegenen. Dieser werde durch die Ernennung allenfalls mittelbar in seinen Rechten verletzt. Eine gegen die Beförderung des Konkurrenten gerichtete Anfechtungsklage scheitere infolgedessen gem. § 42 (2) VwGO an der mangelnden Verletzung in eigenen Rechten.²³¹

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG²³² „erledigt“ sich zudem der um die Beförderungsstelle geführte Rechtsstreit mit der endgültigen Besetzung der Stelle, weil die Beförderung und Besetzung der Stelle wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität nicht mehr rückgängig gemacht werden dürfe. Ergänzend hierzu steht das nach herrschender Auffassung vertretene Argument, dass die gesteigerte Bestandskraft der Beförderung nicht nur den Dienstherrn binde, sondern auch gegenüber den Gerichten wirke und somit einer Aufhebung der Beförderung im Rechtsmittelweg entgegenstehe.²³³ Außerdem ist zu beachten, dass das rechtswidrige Übergehen eines Bewerbers nach Wortlaut und Zweck des § 14 LBG nicht zu den darin enthaltenen Rücknahmegründen zählt.²³⁴

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die Zulässigkeit der echten Konkurrentenklage somit wegen mangelnder Klagebefugnis, fehlendem Rechtsschutzbedürfnis oder wegen „Erledigung“ abgelehnt wird.

Auch bei Ablehnung der echten Konkurrentenklage bleibt allerdings der nach Art. 19 (4) GG gewährleistete Rechtsschutz gewahrt.²³⁵

²²⁹ BVerwG, Urteil vom 25.08.1988 - 2 C 62/85; Urteil vom 09.03.1989 - 2 C 4/87; BGH, Urteil vom 06.04.1995 - III ZR 183/94; BVerfG, Urteil vom 19.09.1999 - BvR 1576/88.

²³⁰ Vgl. Zängl, S., siehe Fn 14, § 8, S. 61- Rn 114, m.w.N.

²³¹ Maiwald, J., siehe Fn 4, § 7, S. 34 - Rn 128, m.w.N.

²³² BVerwG, Urteil vom 21.08.2003 - 2 C 14/02, m.w.N.

²³³ Vgl. Zängl, S., siehe Fn 14, § 8, S. 62 - Rn 116, m.w.N.; vgl. auch: Maiwald, J., siehe Fn 4, S. 33 - Rn 127.

²³⁴ Müller, G., siehe Fn 11, § 14, S. 72/1 - Rn 2.

²³⁵ Zängl, S., siehe Fn 14, § 8, S. 64 - Rn 117.

4.4.4 Einstweilige Sicherungsanordnung

Im Hinblick darauf, dass Beförderung und Besetzung der Stelle nicht mehr rückgängig gemacht werden dürfen, kann im Stellenbesetzungsverfahren effektiver Rechtsschutz letztlich nur im Wege vorläufigen Rechtsschutzes erlangt werden. Hierfür steht die einstweilige Sicherungsanordnung nach § 123 (1) S. 1 VwGO zur Verfügung.²³⁶ Diese kann der unterlegene Bewerber mit dem Ziel beantragen, dem Dienstherrn die Beförderung der ausgewählten Person so lange zu untersagen, bis über seine Bewerbung ermessensfehlerfrei entschieden wurde.²³⁷ Bei einem solchen Antrag darf der Dienstherr vor dem unanfechtbaren Abschluss des Gerichtsverfahrens keine endgültige Maßnahme treffen, insbesondere keine Beförderung vornehmen.²³⁸

Falls die Stelle ausgeschrieben wurde, können nur diejenigen eine Sicherungsanordnung begehren, die sich um die Stelle beworben hatten. Wurde die Stelle nicht ausgeschrieben, unterliegt die Antragsbefugnis in persönlicher Hinsicht nur insofern einer Einschränkung, als der Antragsteller die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen für eine Übertragung des Beförderungsamtes erfüllen muss.²³⁹

Eine beantragte Sicherungsanordnung ergeht, wenn der Bewerber Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch glaubhaft macht (§ 123 (3) VwGO i. V. m. § 920 (2) ZPO).²⁴⁰

Ein Anordnungsanspruch ergibt sich aus seinem Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung.²⁴¹ Dieser ist zu bejahen, wenn der Bewerber glaubhaft machen kann, dass die vom Dienstherrn getroffene Auswahlentscheidung zu seinen Lasten rechtsfehlerhaft ist, weil sein Bewerbungsverfahrensanspruch keine hinreichende Beachtung gefunden hat und dass er bei Durchführung eines zweiten, ordnungsgemäßen Auswahlverfahrens möglicherweise zum Zuge kommen werde, d. h. seine Auswahl zumindest möglich

²³⁶ Vgl. Schnellbach, H., siehe Fn 21, S. 32 - Rn 41.

²³⁷ Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 634 - Rn 317.

²³⁸ Müller, G., siehe Fn 11, § 9, S. 34/8 - Rn 3/2.

²³⁹ Vgl. Schnellbach, H., siehe Fn 21, S. 57 - Rn 75.

²⁴⁰ Hoof, K., ZBR 2007, S. 156, 160.

²⁴¹ Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 634 - Rn 317.

erscheint.²⁴² Keinesfalls muss der Antragssteller jedoch glaubhaft machen, dass er derjenige ist, der in einem neuen Auswahlverfahren zwingend auszuwählen wäre.²⁴³ Streitgegenstand ist gerade kein möglicher Anspruch auf Beförderung, sondern „allein das dahinter zurückbleibende Recht auf fehlerfreie Entscheidung über die Bewerbung.“²⁴⁴

Ein Anordnungsgrund betrifft die Eilbedürftigkeit der begehrten Anordnung. Er besteht in der Gefahr der Vereitelung des Primärrechtsschutzes durch die Besetzung der streitbefangenen Stelle.²⁴⁵ Der Anordnungsgrund kann daher bei Statuskonkurrenz grundsätzlich bejaht werden, da eine Konkurrentenklage als unzulässig zu erachten ist und für die gegen die Ablehnung der Bewerbung gerichteten Rechtsmittel eine Entscheidung in der Hauptsache nur sichergestellt werden kann, wenn durch eine einstweilige Anordnung eine endgültige Stellenbesetzung verhindert wird. Die Geltendmachung eines Anordnungsgrundes verwirkt, wenn der unterlegene Bewerber erst sechs Monate nach Erhalt der Mitteilung über seine erfolglose Bewerbung um gerichtlichen Rechtsschutz nachsucht.²⁴⁶

4.4.5 Fortsetzungsfeststellungsklage

Wenn der unterlegene Bewerber die Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes nicht nutzt und die Beförderung des Konkurrenten bereits vollzogen wurde, verspricht eine hiergegen gerichtete Klage nach herrschender Meinung²⁴⁷ keinen Erfolg mehr. In diesem Fall besteht für den übergangenen Bewerber die Möglichkeit der *Fortsetzungsfeststellungsklage* (§ 113 (1) S. 4 VwGO). Diese ist jedoch nur zulässig, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung hat.²⁴⁸ Ein solches Feststellungsinteresse besteht vornehmlich dann, wenn dieser die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches nach Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB (mindestens ernstlich)

²⁴² Vgl. OVG NRW, DÖD 2006, S. 104, 105f.

²⁴³ Maiwald, J., siehe Fn 4, S. 34 f. - Rn 131.

²⁴⁴ BVerfG, DÖD 2003, S. 17, 18.

²⁴⁵ Hoof, K., siehe Fn 240, S. 156, 160.

²⁴⁶ Müller, G., siehe Fn 11, § 9, S. 34/7 - Rn 3/2.

²⁴⁷ Kienzler, H., siehe Fn 20, S. 91 - Rn 71;
vgl. auch: Wichmann, M., siehe Fn 3, S. 636 - Rn 318.

²⁴⁸ Zängl, S., siehe Fn 14, S. 70 - Rn 132.

beabsichtigt, ein Rehabilitationsinteresse besteht oder wenn Wiederholungsgefahr gegeben ist.²⁴⁹ Ein Rehabilitationsinteresse kann beispielsweise gegeben sein, wenn die Möglichkeit besteht, dass sich die ablehnende Entscheidung mit den dafür maßgebenden Gründen auch auf die weitere berufliche Laufbahn nachteilig auswirken kann.²⁵⁰ Wiederholungsgefahr liegt vor, wenn die konkrete Möglichkeit besteht, dass die Behörde unter im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen und rechtlichen Umständen ein dem erledigten Verwaltungsakt gleichartiger Verwaltungsakt erlassen wird.²⁵¹ In der Praxis dürfte jedoch nur selten ein Rehabilitationsinteresse oder eine Wiederholungsgefahr zu bejahen sein, was zur Folge hat, dass die Fortsetzungsfeststellungsklage nicht selten bereits am fehlenden Feststellungsinteresse scheitert.²⁵²

4.4.6 Vorbeugender Rechtsschutz

Ein vorbeugender Rechtsschutz durch *Unterlassungs- oder Feststellungsklage* kommt in Betracht, wenn ein Bewerber den begründeten Verdacht hegt, bei einer anstehenden Auswahlentscheidung um Beförderung werde gegen die Auswahlgrundsätze des Art. 33 (2) GG bzw. § 11 (1) LBG verstoßen. Für die Inanspruchnahme vorbeugenden Rechtsschutzes ist ein gesteigertes Rechtsschutzinteresse erforderlich. Dieses liegt vor, wenn eine künftige Rechtsverletzung zu befürchten ist und im Falle des Eintritts der Rechtsverletzung kein oder kein adäquater Rechtsschutz erreicht werden kann.²⁵³ Wegen des dem unterlegenen Bewerber nach Art. 33 (2) i. V. m. Art. 19 (4) GG gewährleisteten vorläufigen Rechtsschutzes besteht für einen vorbeugenden Rechtsschutz im Konkurrenzverhältnis grundsätzlich kein Rechtsschutzbedürfnis. Etwas anderes würde nur gelten, wenn auf Grund konkreter Hinweise zu befürchten ist, dass der Dienstherr den Bewerber zu spät über seine Ablehnung unterrichtet und ihm dadurch die Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes nimmt.²⁵⁴

²⁴⁹ Vgl. Schnellenbach, H., siehe Fn 21, S. 56 - Rn 73.

²⁵⁰ Zängl, S., siehe Fn 14, S. 70 - Rn 132.

²⁵¹ Kröninger, H./Wahrendorf V., siehe Fn 126, § 113 - Rn 84.

²⁵² Zängl, S., siehe Fn 14, S. 70 - Rn 132;

vgl. auch: Schnellenbach, H., siehe Fn 21, S. 31 - Rn 40; S. 56 - Rn 73.

²⁵³ Zängl, S., siehe Fn 14, § 8, S. 69 - Rn 129.

²⁵⁴ Vgl. Zängl, S., siehe Fn 14, S. 69f. - Rn 129/131.

4.5 Schadensersatzansprüche des übergangenen Bewerbers

4.5.1 Rechtsgrundlagen

Wird über eine Bewerbung ermessensfehlerhaft entschieden und wäre der Beamte bei korrekter Ermessenshandhabung befördert worden, verbleibt ihm nach bereits erfolgter Beförderung eines Mitbewerbers lediglich ein Schadensersatzanspruch gegen den Dienstherrn.²⁵⁵ Folgendes Schaubild zeigt, welche Rechtsgrundlagen hierfür in Betracht kommen:

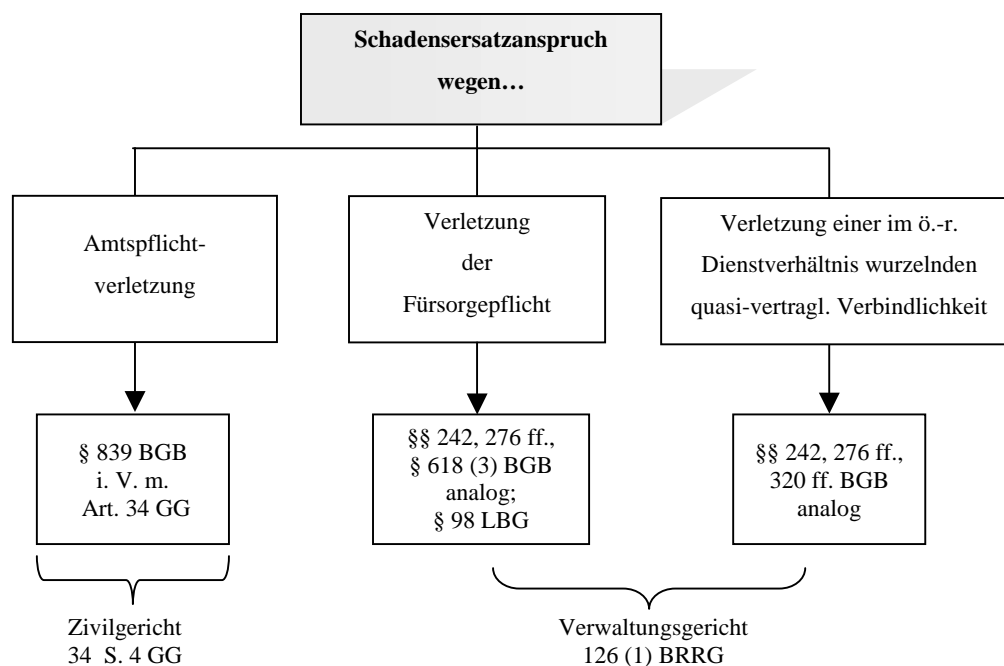


Abb. 10: Schadensersatzansprüche (Quelle: eigene Darstellung)

Abweichend von der bisherigen Rechtsprechung und herrschenden Lehre zum Schadensersatz wegen fehlerhafter Auswahlentscheidung bei Beförderungen leitet das BVerwG bei Verletzung des Leistungsprinzips einen Schadensersatzanspruch nicht mehr aus Fürsorgepflichtverletzung, sondern, ähnlich der positiven Vertragsverletzung im Bürgerlichen Recht, aus einer quasi-vertraglichen Verbindlichkeit aufgrund des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses ab.²⁵⁶

²⁵⁵ Kienzler, H., siehe Fn 20, S. 132 - Rn 195.

²⁵⁶ BVerwG, BVerwGE, S. 123, 124f.

Sowohl bei Verletzung des Leistungsprinzips als auch bei Verletzung der Fürsorgepflicht kann der Beamte einen Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Verletzung von Amtspflichten geltend machen. Zwischen dem Anspruch aus quasi-vertraglicher Verbindlichkeit (bei Verletzung des Leistungsprinzips) bzw. aus Verletzung der Fürsorgepflicht und dem Anspruch auf Amtshaftung besteht Anspruchskonkurrenz.²⁵⁷

Ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Fürsorgepflicht sowie aus quasi-vertraglicher Verbindlichkeit ist vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen (§126 (1) BRRG). Der Amtshaftungsanspruch ist dagegen vor den Zivilgerichten einzuklagen (§ 34 S. 4 GG).²⁵⁸

4.5.2 Anspruchsvoraussetzungen

Der Schadensersatzanspruch hat zur Voraussetzung, dass

- a. der Dienstherr seine Pflicht zur Bestenauslese verletzt hat,
- b. er dabei schuldhaft, zumindest fahrlässig gehandelt hat,
- c. die unterbliebene Beförderung adäquat kausal durch die Pflichtverletzung verursacht worden ist und²⁵⁹
- d. der übergangene Bewerber es nicht schuldhaft unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.²⁶⁰

Eine Pflichtverletzung, die in einer unterbliebenen Beförderung liegen soll, kommt nur dann als ein zum Schadensersatz verpflichtendes Verhalten in Betracht, wenn feststeht, dass der Beamte ohne diese Pflichtwidrigkeit befördert worden wäre.²⁶¹

Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren obliegt dem Dienstherrn der Beweis dafür, dass er nicht schuldhaft gehandelt hat. Im Rahmen des

²⁵⁷ Scheerbarth, H., siehe Fn 2, S. 298 - § 12 IV, m.w.N.

²⁵⁸ Leppin, A., NVwZ 2007, S. 1.241, 1.242.

²⁵⁹ Kienzler, H., siehe Fn 20, S. 133 - Rn 105.

²⁶⁰ Vgl. Leppin, A., siehe Fn 258, S. 1.241, 1.244.

²⁶¹ Vgl. Müller, G., siehe Fn 11, § 98, S. 280 - Rn 4.

Amtshaftungsprozesses vor den ordentlichen Gerichten hat demgegenüber der Kläger zu beweisen, dass der Beklagte schuldhaft gehandelt hat.²⁶²

Bei der Frage nach der Kausalität ist zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität zu unterscheiden. Die haftungsbegründende Kausalität liegt in der Verletzung des Bewerberverfahrensanspruchs. Hinzukommen muss noch die haftungsausfüllende Kausalität als die adäquate Verursachung des geltend gemachten Schadens. Die haftungsausfüllende Kausalität kann nur dann bejaht werden, wenn festgestellt werden kann, dass die Behörde, wenn sie den oder die zu beanstandenden Fehler vermieden hätte, voraussichtlich zugunsten des übergangenen Kandidaten entschieden hätte. Die materielle Beweislast hierfür trägt der Kläger.

Bei der Prüfung der haftungsausfüllenden Kausalität sind die dem Dienstherrn zustehenden Beurteilungs- und Ermessensspielräume zu beachten.²⁶³

Ein Ausgleich des Schadens kommt regelmäßig nur in Form einer Geldleistung, nämlich der Differenz zwischen den aktuellen Dienstbezügen des Bewerbers und dem Gehalt, das er für den Fall seiner Beförderung erhalten hätte, in Betracht. Ein auf Beförderung im Weg der Naturalrestitution (§ 249 BGB) gerichteter Schadensersatzanspruch scheidet einerseits gewöhnlich daran, dass keine entsprechende Beförderungsstelle mehr verfügbar ist, da diese bereits mit einem Konkurrenten besetzt ist,²⁶⁴ andererseits ist eine fehlerfreie Wiederholung des Stellenbesetzungsverfahrens wegen der Ämterstabilität nicht möglich.²⁶⁵

Schadensersatzansprüche sind für den Beamten nach § 839 (3) BGB ausgeschlossen, wenn er es vorsätzlich oder fahrlässig unterlässt, ein Rechtsmittel gegen die Primärentscheidung einzulegen. Dabei genügt es, wenn das Rechtsmittel statthaft und nicht von vornherein aussichtslos erscheint. Auf die beamtenrechtlichen Schadensersatzansprüche wendet die Rechtsprechung den Rechtsgedanken des § 839 (3) BGB analog an. Durch diese entsprechende Anwendung

²⁶² Vgl. Leppin, A., siehe Fn 258, S. 1.241, 1.243.

²⁶³ Zängl, S., siehe Fn 14, § 8, S. 75f. - Rn 138.

²⁶⁴ Kienzler, H., siehe Fn 20., S. 133 - Rn 105.

²⁶⁵ Zängl, S., siehe Fn 14, § 8, S. 72 - Rn 135.

wird dem Vorrang primären Rechtsschutzes vor einem nachträglichen Schadensersatzanspruch Rechnung getragen. Der Herstellung eines rechtmäßigen Zustands kommt Vorrang vor der Gewährung von Schadensersatz zu. Durch den Vorrang des primären Rechtsschutzes mit dem Ziel der Korrektur einer fehlerhaften Entscheidung soll deren Verfestigung mit der Folge zusätzlicher finanzieller Belastungen durch Schadensersatzansprüche vermieden werden.²⁶⁶

Aufgrund der Kausalitätsproblematik wird ein Schadensersatzbegehren nur in Ausnahmefällen erfolgreich sein, da der hiernach vom unterlegenen Bewerber geforderte Nachweis nur selten gelingen wird – insbesondere wegen des dem Dienstherrn bei gleich qualifizierten Bewerbern zustehenden Auswahlermessens. Ein Schadensersatzanspruch wird auch häufig daran scheitern, dass es dem Beamten möglich gewesen wäre, den Eintritt eines Schadens durch rechtzeitige Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes zu verhindern.²⁶⁷

²⁶⁶ Zängl, S., § 8, S.72 - Rn 135; S. 74 - Rn 137a, m.w.N.

²⁶⁷ Vgl. Kienzler, H., siehe Fn 20, S. 133 - Rn 105.

vgl. auch: Zängl, S., siehe Fn 14, S. 76 - Rn 138.

Leppin, A., siehe Fn 258, S. 1.241, 1.244.

5 Abschließende Betrachtung und

Ausblick auf das Beamtenstatusgesetz

Die Ausführungen dieser Diplomarbeit haben verdeutlicht, dass Leistungsgrundsatz und Bestenauslese zentrale Kriterien von Beförderungsentscheidungen sind; zahlreiche Aspekte, Beispiele und Problembereiche wurden in diesem Zusammenhang aufgezeigt. Bereits der Gesamtumfang dieser Diplomarbeit und die Vielzahl der zitierten Entscheidungen sowie Literaturangaben machen deutlich, welche umfangreichen Fragestellungen sich zu diesem Thema ergeben.

Die in der neueren Rechtsprechung festzustellende Fortentwicklung in der Auslegung und Gewichtung von Beurteilungen, deren Ausschärfung, der Berücksichtigung von Vorbeurteilungen sowie der Wertung leistungsbezogener Haupt- und Hilfskriterien, einschließlich der Bedeutung von Auswahl und AC-Verfahren, stellt hohe Anforderungen und Kriterien auf, an denen sich Auswahl und Beförderungsentscheidung der Dienstherrn messen lassen müssen. Wenn es auch den Anschein hat, dass dadurch der Bewerber bei einer anstehenden Beförderungsentscheidung vor etwaiger Ungleichbehandlung oder Nachteilen geschützt sein müsste, können bei genauerer Betrachtung gewisse Bedenken auftreten. Hierfür sprechen nach meiner Ansicht die Komplexität des Beförderungsverfahrens, die zahlreichen Rechtsvorschriften und –kommentare sowie die teilweise schwer überschaubare und nicht immer einheitliche obergerichtliche Rechtssprechung. Auch häufig divergierende Meinungen in der Fachliteratur tragen nicht unbedingt zur besseren Transparenz einzelner Sachverhalte bei.

Die einzelnen Rechte des Bewerbers im Auswahlverfahren müssen oftmals gegenüber dem öffentlichen Interesse zurücktreten. Unabhängig hiervon bleiben dem unterlegenen Bewerber zwar zahlreiche Rechtsbehelfsmöglichkeiten, um gegen die im Auswahlprozess zu seinen Ungunsten getroffene Entscheidung vorzugehen. Die Ausführungen haben jedoch gezeigt, dass die Inanspruchnahme der Gerichtsbarkeit in der Regel erfolglos ist, sei es wegen des dem Dienstherrn bei der Auswahlentscheidung zustehenden Beurteilungsspielraums, der eingeschränkten Überprüfungsmöglichkeit der Auswahlentscheidung durch die Verwaltungsgerichte oder auch insbesondere wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität.

Unabdingbar für eine erfolgreiche Personalauswahl im öffentlichen Dienst sind qualifizierte und auf ihr Fachgebiet spezialisierte Mitarbeiter, die mit der schwierigen Materie vertraut sind, um einen fehlerfreien Prozess der Auswahlentscheidung zu gewährleisten. Dieses Aufgabenspektrum ist aus meiner Sicht für sehr anspruchsvoll und interessant; gerne würde ich nach Beendigung meiner Ausbildung meinen Teil dazu beitragen und den Einstieg in die Personalarbeit anstreben.

Zum 1.10.2008 soll der Gesetzesentwurf zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern (BeamtStG) in Kraft treten. Mit dem BeamStG sollen die statusrechtlichen Bedingungen für das Beamtenverhältnis neu geregelt werden. Das Gesetz wird für alle Beamtinnen und Beamten in Ländern und Kommunen verbindlich sein und das BRRG ablösen. Nicht unter den Geltungsbereich des BeamStG werden allerdings die Bereiche Besoldung, Laufbahnen und Versorgung fallen. Hier hat der Verfassungsgeber die Gesetzgebungskompetenzen in die Hände der Länder gelegt.

Zielrichtung des Gesetzes ist die Vereinheitlichung und Modernisierung der statusrechtlichen Grundstrukturen für die Beamten, um deren Mobilität insbesondere bei Dienstherrenwechsel zu gewährleisten und z. B. länderübergreifende Abordnungen und Versetzungen der Beamten zwischen den einzelnen Bundesländern und zwischen dem Bund und den Ländern zu ermöglichen. Mit dem Beamtenstatusgesetz sollen die Voraussetzungen für ein modernes und einheitliches Personalmanagement in der öffentlichen Verwaltung geschaffen werden, indem hierdurch klarere Strukturen und der Abbau von bürokratischen Hemmnissen erreicht werden sollen.

Ob sich aufgrund dieses neuen Gesetzes eventuell auch Impulse dahingehend ergeben, dass sich künftig die persönlichen Möglichkeiten der beruflichen Fortentwicklung für Beamte verbessern, bleibt abzuwarten.

Literaturverzeichnis

- **Adam, Roman F.:**
Der sog. Beurteilungsspielraum und die Personalauswahl im öffentlichen Dienst, in: Recht im Amt, 05/2005, S. 225 – 231

- **Altvater, Lothar/ Coulin, Christian [LPVG-1]:**
Landespersonalvertretungsgesetz Baden-Württemberg. Basiskommentar mit Wahlordnung und ergänzenden Vorschriften, Frankfurt am Main 2006

- **Battis, Ulrich [BBG]:**
Bundesbeamtengesetz, 3. Auflage, München 2004

- **Battis, Ulrich [GG]:**
Gleichstellung als Staatsbürger, öffentlicher Dienst in: Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 4. Auflage, München 2007

- **Carl, Sebastian:**
Dienstpostenausschreibung und Bewerberauswahl im öffentlichen Dienst, in: Zeitschrift für Beamtenrecht, 10/2003, S. 343 – 347

- **Fürst, Walther/ Zängl, Siegfried [GKÖD]:**
Beamtenrecht des Bundes und der Länder in: Fürst, Walther (Hrsg.), Gesamtkommentar Öffentliches Dienstrecht, Bd. 1 - Teil 2a, Berlin, Loseblatt, 8. Erg.-Lfg., Stand Dezember 2007

- **Günther, Hellmuth:**
Rechtsrahmen von Assessment-Centern bei der Beförderungsauswahl – unter besonderer Berücksichtigung der Justizpraxis im Konkurrentenstreit, in: Der Öffentliche Dienst, 7-8/2006, S. 146 – 152

Ausschreibung, in: Zeitschrift für Beamtenrecht, 11/1987, S. 321 – 336.

Über Einstellungs- und Beförderungszusicherungen, in Zeitschrift für Beamtenrecht, 07/1982, S. 193 – 203

- **Hoof, Karsten:**
Die Freihaltung bzw. Schaffung sogenannter dritter, streitunbefangener Stellen im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit, in: Zeitschrift für Beamtenrecht, 05/2007, S. 156 – 163

- **Kämmerling, Guido:**
Leistungsprinzip und Bestenauslese im Lichte der neueren Rechtsprechung, in: Der öffentliche Dienst, 7-8/2007, S. 149 – 162

- **Kienzler, Herbert** [Verwaltungsrecht]:
Beamtenrecht. Besonderes Verwaltungsrecht für Baden-Württemberg,
1. Auflage, Baden-Baden 2002

- **Krüper, Julian:**
Zum Recht auf erneute Ausschreibung eines (Beförderungs-)Dienstpostens
„nach Zeitablauf“, in: Verwaltungsblätter Baden-Württemberg, 03/2005,
S. 95 – 98

- **Kunig, Philip** [BesVerwR]:
Das Recht des öffentlichen Dienstes in: Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.),
Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Auflage, Berlin 2005

- **Leppin, Angelika:**
Schadensersatz wegen Nichtbeförderung und Inzidentkontrolle dienstlicher
Beurteilungen vor dem Hintergrund aktueller Rechtsprechung, in: Neue
Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Heft 11/2007, S. 1.241 – 1.246

- **Maiwald, Joachim/ Werres, Stefan** [BeamtenR]:
in: Maiwald, Joachim (Hrsg.), Beamtenrecht des Bundes und der Länder,
Kommentar, Ordner 1, 5. Auflage, Heidelberg, Loseblatt, 281. Erg.- Lfg., Stand
November 2007

- **Maunz, Theodor** [Komm. z. GG]:
Staatsbürgerliche Rechte, in: Herzog, Roman u.a. (Hrsg.), Grundgesetz,
Kommentar, Bd. IV, 4. Auflage, München 1991

- **Mickisch, Andreas:**
Zulässigkeit eines Vorstellungsgesprächs im Rahmen der Personalauswahl für
die Besetzung von Beförderungsdienstposten - insbesondere bei
Statuskonkurrenz einzelner Bewerber, in: Der Öffentliche Dienst, 12/2005,
S. 271 – 273

- **Müller, Gerhard/ Beck Erwin** [LBG]:
Das Beamtenrecht in Baden-Württemberg, Kommentar Bd. 1-3., Stuttgart u.a,
Loseblatt, 78. Erg.-Lfg., Stand September 2007

- **Remmel, Johannes** [Konkurrentenklage]:
Die Konkurrentenklage im Beamtenrecht. Der Rechtsschutz des unterlegenen
Bewerbers bei beamtenrechtlichen Ernennungen, Wissenschaftliche Reihe,
Bd. 16, 1. Auflage, Bonn 1982

- **Rooschütz, Gerhard/ Killinger, Albrecht** u.a. [LPVG-2]:
Landespersonalvertretungsgesetz für Baden-Württemberg. Erläuterte
Textausgabe, 11. Auflage, Stuttgart 2006.

- **Scheerbarth, Hans-Walter/ Höffken, Heinz/ u.a.** [Beamtenrecht]:
Beamtenrecht, 6. Auflage, Siegburg 1992

- **Schnellenbach, Helmut** [Praxis]:
in: Redeker, Konrad u.a. (Hrsg.), Beamtenrecht in der Praxis, Schriftenreihe der NJW, Bd. 40, 6. Auflage, München 2005

- **Schwarz, Kyrrill-Alexander/ Sennekamp, Christoph/ Kröniger, Holger/ Wahrendorf, Volker** [HGk-VerwR]:
in: Fehling, Michael u.a. (Hrsg.), Verwaltungsrecht. VwVfG – VwGO, Handkommentar von Nomos, 1. Auflage, Baden-Baden 2006

- **Sturm, Gerd** [GG]:
Bundesverfassungsgericht, Zuständigkeiten, in: Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 4. Auflage, München 2007

- **Wagner, Erwin**:
Die Beförderung in der aktuellen Rechtsprechung, unter besonderer Berücksichtigung der sächsischen Verwaltungsgerichte, in: Zeitschrift für Beamtenrecht, 7-8/2007, S. 249 – 255

- **Wagner, Fritjof**:
Die Beförderung in der aktuellen Rechtsprechung, in: Zeitschrift für Beamtenrecht, 04/1990, S. 120 – 124

- **Wichmann, Manfred/ Langer, Karl-Ulrich** [Dienstrecht]:
in: Banner, Gerhard u.a. (Hrsg.), Öffentliches Dienstrecht. Das Beamten- und Arbeitsrecht für den öffentlichen Dienst, Schriftenreihe - Verwaltung in Praxis und Wissenschaft, 6. Auflage, Stuttgart 2007

- **Zimmerling, Wolfgang** [Konkurrentenklage ö.D.]:
Beamtenrechtliche Konkurrentenklage in: Prütting, Hanns u.a. (Hrsg.), Arbeitsrechtliche Konkurrentenklage und Eingruppierungsklage im öffentlichen Dienst, Schriften für die Prozesspraxis, Bd. 9, 1. Auflage, Köln 1999

Erklärung nach § 26 III S. 2 APrORV gD

„Ich versichere, dass ich diese Diplomarbeit mit dem Thema

**- Die Rechtsstellung des Beamtenbewerbers
bei der Beförderungsauswahl -**

selbstständig und nur unter Verwendung der angegebenen Quellen und Hilfsmittel
angefertigt habe.“

Malsch, den 28.02.2008

Anja Kosian
