

Landesbeamtengesetz Nordrhein- Westfalen (LBG NRW)

Schrappner / Günther

3. Auflage 2021
ISBN 978-3-406-75517-0
C.H.BECK

gleichen Bewerbungsverfahrensanspruch. Die Bewerber können bereits diese Maßnahme, obwohl sie nur vorbereitenden Charakter besitzt, einer gerichtlichen Kontrolle zuführen.“ Dies muss binnen einer Frist von einem Monat nach Zugang der erforderlichen Abbruchmitteilung an betroffene Bewerber geschehen (BVerwGE 151, 14 = ZBR 2015, 196; BVerwG, NVwZ 2016, 1650; VGH Kassel, ZBR 2020, 66). Dies entspricht auch der (neueren) Ansicht des OVG Münster (OVG Münster, PersV 2018, 387; OVG Münster, NWVBl. 2018, 464; OVG Münster, B. v. 12.4.2018, 6 A 1749/16: Verwirkung, wenn Monatsfrist versäumt; s. aber OVG Münster, B. v. 28.6.2010, 6 B 717/10; s. zum Streitwert OVG Münster, B. v. 22.5.2019, 6 E 342/19: § 53 Abs. 2 Nr. 1 i. V.m. § 52 Abs. 2 GKG; s. zum Rechtsschutzweg *Lorse*, DVBl 2017, 1143, 1150). Die **Information der Bewerber über den Abbruch** muss rechtzeitig und in geeigneter Form erfolgt sein (vgl. dazu BVerwG, B. v. 29.7.2020, 2 VR 3.20; OVG Münster, B. v. 14.6.2019, 1 B 346/19; OVG Magdeburg, NVwZ-RR 2019, 430; vgl. in dem Kontext VGH Kassel, ZBR 2020, 66: Fristbeginn wird durch fehlende/unzureichende Mitteilung des sachlichen Abbruchgrundes nicht hinausgeschoben). Aus einem rechtswidrigen Abbruch folgt regelmäßig kein Anspruch des betroffenen Bewerbers/Rechtsmittelführers auf Beförderung (VG Münster, Urt. v. 12.1.2012, 4 K 2140/09). Vielmehr muss (nur) das Stellenbesetzungsverfahren regelmäßig in dem Stadium fortgeführt werden, in dem es zuvor angelangt war (vgl. VGH Mannheim NVwZ-RR 2018, 667).

VIII. Prozessuale Fragen/Schadensersatz

1. Rechtsschutz/Schadensersatz

Die Zahl beamtenrechtlicher Klagen und Eilanträge nimmt bei Konkurrenzen im öffentlichen Dienst beständig zu (*Schenke*, DVBl 2015, 137; *Kenntner*, ZBR 2016, 181; s. krit. zur Verlagerung des verwaltungsgerichtlichen Hauptsacherechtsschutzes in Konkurrenzstreitigkeiten in das Eilverfahren *Burghardt*, DVBl 2018, 417). Der maßgebliche **Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung** durch die Gerichte – sowohl bezüglich eines höheren Statusamtes als auch eines höherwertigen Dienstpostens – ist die **Sachlage im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung** (BVerwG, NVwZ-RR 2018, 395). Das BVerwG anerkennt in dem Kontext, dass nach der Auswahlentscheidung eingetretene nachträgliche Qualifikationen eines rechtsfehlerfrei nicht ausgewählten Bewerbers nicht (mehr) von der Behörde berücksichtigt werden müssen (BVerwG, aaO). Wegen des Grundsatzes der sog. **Ämterstabilität** liegt der Schwerpunkt des beamtenrechtlichen Rechtsschutzes um eine (Beförderungs-)Stelle bei **Verfahren nach § 123 VwGO** (VG Düsseldorf, Urt. v. 18.5.2020, 26 K 2736/18). Durch den **Eilrechtsschutz** soll die Ernennung eines Konkurrenten verhindert werden (vgl. zu Besonderheiten bei Besetzung von Schulleiterstellen VG Düsseldorf, B. v. 5.10.2015, 2 L 2049/15: Anspruch des übergangenen Bewerbers richtet sich bezogen auf spätere Besetzung schon grundsätzlich auf Benennung als wählbarer Bewerber; s. zum Wegfall eines Rechtsschutzbedürfnisses für eine Beschwerde im Konkurrenzstreitverfahren OVG Münster, NWVBl. 2019, 122; s. a. OVG Münster, B. v. 14.6.2018, 6 B 371/18: Kein Eilrechtsschutz gegen Nichtentsendung zu einem Gruppenführerlehrgang der Feuerwehr). Wird dieser auf eine andere Stelle befördert, hat sich nämlich sonst das konkrete Verfahren erledigt; ein schlichtes Austauschen dieses ursprünglichen Beigeladenen durch den auf einer Beförderungsrangliste nachfolgenden Beamten ist in demselben einstweiligen Anordnungsverfahren nicht möglich (OVG Münster, NVwZ-RR 2014, 202). Ergeht eine einstweilige Anordnung im beamtenrechtlichen Konkurrenzstreit und wird die Übertragung des streitigen Dienstpostens vorläufig untersagt, bedarf es keiner **Maßnahmen zur Vollstreckung bzw. Vollziehung der einstweiligen Anordnung** nach § 123 Abs. 3 VwGO i. V.m. § 929 Abs. 2 ZPO (OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2020, 317; OVG Saarlouis, NVwZ-RR 2018, 194; *J. Müller*, KommJur 2020, 281, 284; a. A. offenbar OVG Magdeburg, B. v. 26.2.2015, 1 M 12/15). Eine **Ausnahme**

dürfte dann zu bejahen sein, wenn eine Behörde Zweifel an ihrer Rechtstreue hervorgerufen hat (VGH Mannheim, B. v. 1.2.2019, 4 S 2770/17; zust. J. Müller, KommJur 2020, 281, 284). Der Dienstherr kann regelmäßig dem Eilantrag die Grundlage nicht dadurch entziehen, dass er auf eine für den Fall des Obsiegens des übergangenen Bewerbers bei ihm zur Anspruchserfüllung vorhandene und vorgehaltene gleichwertige „Reservestelle“ hinweist, da diese nicht ohne ein an Art. 33 Abs. 2 GG ausgerichtetem Auswahlverfahren besetzt werden kann (OVG Münster, B. v. 9.5.2019, 1 B 371/19; VG Aachen, B. v. 28.3.2018, 1 L 199/18; OVG Münster, B. v. 26.11.2015, 1 B 1104/15; VGH Mannheim, B. v. 14.12.2017, 4 S 2099/17; a. A. VGH München, B. v. 12.9.2017, 6 CE 17.1220). Der Dienstherr ist nämlich nicht autorisiert, die Reservestelle „unter Missachtung von Bewerbungsverfahrensansprüchen Dritter gleichsam „freihändig“ zu vergeben“ (OVG Münster, B. v. 9.5.2019, 1 B 371/19; OVG Münster, B. v. 26.11.2015, 1 B 1104/15). Die besonderen Eilverfahren zum beamtenrechtlichen Konkurrentenschutz dürfen nach Prüfungsmaßstab, Prüfungsumfang und -tiefe nicht hinter Hauptsacheverfahren zurückbleiben und bleiben es regelmäßig auch nicht (*Kenntner*, ZBR 2016, 181, 192; BVerfG, B. v. 23.3.2020, 2 BvR 2051/19, ZBR 2020, 305; BVerwG, NVwZ 2011, 325; VGH Kassel, B. v. 23.8.2011, 1 B 1284/11; BVerwG, NJW 2004, 870; BVerfG, NVwZ 2003, 200; VG Düsseldorf, B. v. 13.12.2010, 2 L 1698/10; OVG Münster, B. v. 5.5.2006, 1 B 41/06; OVG Lüneburg, B. v. 8.6.2011, 5 ME 91/11; *Schenke*, NVwZ 2011, 325). Dies ist eine bemerkenswerte Leistung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Wegen der **Rechtsschutzmöglichkeit beim BVerfG** muss vom Dienstherrn auch nach zweitinstanzlicher (Eil-)Entscheidung des zuständigen OVG eine angemessene Zeit mit der Urkundenaushändigung gewartet werden (BVerwG, NVwZ 2011, 358). Wenn ein unterlegener Bewerber beabsichtigt, das BVerfG anzurufen, hat er dies der Auswahlbehörde regelmäßig spätestens innerhalb eines Monats mitzuteilen (BVerfG, Nichtannahmeb. v. 2.5.2016, 2 BvR 120/16).

69 Für den **Fall der Dienstpostenkonzurrenz** hat das BVerwG in einer umstrittenen Entscheidung aus 2016 einen Anordnungsgrund zur Sicherstellung des Bewerbungsverfahrensanspruchs verneint, da seiner Ansicht nach ein etwaig erlangter Bewährungsvorsprung des ausgewählten Konkurrenten auf dem Dienstposten im Falle einer erfolgreichen Konkurrentenklage auszublenden sei (BVerwG, B. v. 10.5.2016, 2 VR 2.15; VGH Mannheim, NVwZ-RR 2017, 247; vgl. aber demgegenüber OVG Münster, B. v. 31.3.2017, 6 B 1463/16 – richtigerweise verneint das Gericht ungeachtet der Position des BVerwG die Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutzes nur dann, „wenn aufgrund der Umstände des konkreten Falles die Vermittlung eines relevanten Erfahrungs- bzw. Bewährungsvorsprungs ausnahmsweise ausgeschlossen werden kann.“; s. a. schon OVG Münster, B. v. 12.7.2016, 6 B 487/16; s. zur Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens auch BVerwG, ZBR 2019, 314). Der Anwendungsbereich dieser Grundsatzentscheidung wurde durch einen Beschluss des BVerwG vom 12.1.2017 allerdings in verschiedener Hinsicht eingegrenzt; das **Ausblenden des Bewährungsvorsprungs** stelle sich (nur) als „**Option des Dienstherrn**“ dar (BVerwG, NVwZ-RR 2018, 395; das OVG Münster akzeptiert entspr. Erklärungen eines Dienstherrn, vgl. OVG Münster, B. v. 27.2.2020, 6 B 22/20). Sofern ein Dienstherr im Rahmen einer Konkurrentenklage zu einer Neubescheidung verpflichtet worden ist, führt dies nicht dazu, dass der erfolgreiche Kläger damit einen Anspruch darauf hat, dass das ursprüngliche Bewerberfeld auch im Rahmen der wiederholenden Auswahlentscheidung – Neubescheidung – ohne Änderungen bleibt (BVerfG, NVwZ 2017, 472).

70 Ist eine Stelle zu Lasten eines unterlegenen Bewerbers bereits rechtswidrig besetzt worden, verbleibt ihm grundsätzlich – wenn kein Fall der Rechtsschutzvereitelung vorlag – nur die Möglichkeit, **Schadensersatz** wegen nicht erfolgter oder verspäteter Beförderung zu verlangen bzw. Folgenbeseitigung zu begehren (OVG Münster, B. v. 4.4.2011, 6 A 1156/08; OVG Münster, Urt. v. 3.9.2009, 6 A 2255/06; BVerwG, NVwZ 2009, 787; vgl. zum Streitwert bei solchen Klagen OVG Münster, B. v. 26.1.2011, 6 E 349/10; *Kenntner*, ZBR 2016, 181, 196 ff.). Ein Schadensersatzanspruch besteht, wenn der **Bewerbungsverfahrensanspruch** schuldhaft verletzt wurde, dem Beamten durch die Pflichtverletzung adä-

quat kausal ein Schaden entstanden ist und er es nicht schuldhaft unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden (BVerwG, NVwZ 2012, 1477; BVerwG, Urt. v. 11.2.2009, 2 A 7.06; OVG Münster, DÖD 2013, 218; OVG Münster, B. v. 4.4.2011, 6 A 1156/08; OVG Münster, Urt. v. 3.9.2009, 6 A 2255/06; VG Köln, Urt. v. 30.8.2013, 19 K 2029/12; *Kenniner*, ZBR 2016, 181, 196ff.). Zu beachten ist, dass es bei einer **Auswahlentscheidung über eine ämtergleiche Stellenbesetzung** (reine Umsetzungskonkurrenz) nach einer aktuellen Entscheidung des BVerwG schon an der Klagebefugnis fehlt, da die Besetzung in diesen Fällen (ausnahmsweise) nicht den Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG unterfällt (BVerwG, NVwZ 2016, 460 – vgl. dazu die Anm. von *Wittkowski*, NVwZ 2016, 464). Ob man allerdings bei willkürlichem Handeln bei einer solchen Umsetzungsentscheidung Rechtsschutz versagen kann, erscheint sehr fraglich (vgl. *Wittkowski*, aaO, S. 465).

Sofern bei einem „normalen“ Stellenbesetzungsverfahren bestehende Bewerbungsverfahrensansprüche verletzt wurden und sich z. B. eine Beförderung verzögert hat, stellen sich **Schadensersatzfragen** (BVerwG, NVwZ 2018, 1637 mit Anm. *Stuttmann*; *Baßlsperger*, PersV 2018, 436; *Baßlsperger*, PersR 2018, 34; OVG Münster, B. v. 18.2.2020, 6 A 1136/17). Es wird dann regelmäßig vom Betroffenen ein Anspruch geltend gemacht, ihn im Weg des Schadensersatzes dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen, wie es bei ordnungsgemäßem Auswahlverfahren der Fall gewesen wäre. **Zentraler Schadensposten** (und Ausgangspunkt) **bei rechtswidrig unterbliebener Beförderung** ist insofern der Unterschiedsbetrag zwischen der erhaltenen Besoldung (unbeförderter Zustand) und der (fiktiven) höheren Besoldung, wie sie dem Betroffenen bei einem rechtmäßigen Beförderungsverfahren hätte aller Voraussicht nach zugestanden werden müssen (*Baßlsperger*, PersR 2018, 34, 35). Der Schadensersatzanspruch wegen unterbliebener/verspäteter Beförderung, ist vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen. Ein Widerspruchsverfahren ist vor der Erhebung einer Schadensersatzklage nicht vorgesehen (§ 103 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 54 Abs. 2 Satz 3 BeamStG). Nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG kann ein Beamter Ersatz des ihm durch eine Nichtbeförderung entstandenen Schadens verlangen, „wenn der Dienstherr bei der Vergabe eines Beförderungsamtes den aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Anspruch des Beamten auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl schuldhaft verletzt hat, dem Beamten das Amt ohne diesen Rechtsverstoß voraussichtlich übertragen worden wäre und dieser es nicht schuldhaft unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden“ (BVerwG, NVwZ 2018, 1637; BVerwG, NVwZ 2006, 212; OVG Münster, B. v. 11.4.2019, 6 A 469/17, NWVBl. 2019, 381; OVG Münster, B. v. 19.2.2019, 6 A 1135/17). Liegen diese Voraussetzungen vor, ist der Beamte so zu stellen, wie er stehen würde, wenn das Beförderungsverfahren ordnungsgemäß (zu seinen Gunsten) abgelaufen wäre (OVG Münster, Urt. v. 17.6.2019, 6 A 1134/17). Der Nachweis, dass bei rechtmäßigem Auswahlverfahren kein anderer Bewerber dem auf Schadensersatz klagenden Beamten hätte vorgezogen werden dürfen, ist zusammen mit den anderen Schadensersatzvoraussetzungen eine relativ hohe Hürde (vgl. OVG Münster, B. v. 28.11.2019, 1 A 1091/16; OVG Münster, B. v. 11.4.2019, 6 A 469/17, NWVBl. 2019, 381; Schadensersatz wegen Nichtbeförderung setzt auch bei freigestelltem Personalratsmitglied eine Bewerbung voraus – zust. *Baden*, PersV 2020, 164, 168; vgl. zum Bewerbungserfordernis als regelmäßige Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch auch OVG Münster, B. v. 20.8.2018, 6 A 2115/16; OVG Münster, B. v. 19.2.2019, 6 A 1135/17; OVG Münster, B. v. 17.9.2018, 6 A 1510/17; OVG Münster, B. v. 20.8.2018, 6 A 2115/16; VG Arnsberg, Urt. v. 18.9.2013, 2 K 2244/11; OVG Münster, B. v. 4.4.2011, 6 A 1156/08; BVerwG, Urt. v. 29.11.2012, 2 C 6.11; vgl. aber BVerwG, NVwZ 2012, 1477: Erfolgreiche Klage auf Schadensersatz wegen rechtswidrig unterlassener Beförderung; VG Düsseldorf, Urt. v. 15.4.2016, 13 K 1850/15; VG Gelsenkirchen, Urt. v. 16.8.2013, 12 K 1434/11; OVG Saarlouis, NJOZ 2018, 153). Es gibt aber immer wieder erstaunliche Fälle, wo ein Dienstherrn fundamentale Regeln für ein ordnungsgemäßes Auswahlverfahren evident verletzt, sich z. B. sogar noch trotz einer „**Geheimbeförderung**“ im Recht wähnt, und dann dem

übergangenen Bewerber mit obergerichtlicher Hilfe Schadensersatz leisten muss (vgl. OVG Münster, B. v. 17.6.2019, 6 A 1134/17).

Bei der **Ermittlung des hypothetischen Kausalverlaufs** sind haushaltsrechtliche Vorgaben zu berücksichtigen (BVerwG, DVBl 2015, 1121). Die Ermittlung des hypothetischen Kausalverlaufs bei rechtmäßigem Verhalten des Dienstherrn kann schwierig sein (vgl. z. B. zur Frage, wann eine Behörde wegen gesundheitlicher Eignungsfrage – chronische Hepatitis-C-Infektion- auf eine geänderte Rechtspr. des BVerwG reagieren muss: OVG Münster, B. v. 18.2.2020, 6 A 1136/17). Bei Nichtaufklärbarkeit kann im Einzelfall eine Beweislastumkehr zugunsten des rechtswidrig übergangenen Bewerbers stattfinden (OVG Münster, DÖD 2013, 218). Gerade beim Vorliegen vieler grundlegender und miteinander verschränkter Fehler in einem Auswahlverfahren, kann die Ermittlung des hypothetischen Kausalverlaufs besonders schwierig oder sogar unmöglich sein (OVG Münster, Urt. v. 17.6.2019, 6 A 1134/17). Damit sich dies nicht zu Lasten des pflichtwidrig im Bewerbungsverfahren übergangenen Beamten auswirkt, kommen zu dessen Gunsten **Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr** in Betracht. Das Gericht wird zudem die Situation berücksichtigende Prognosen anstellen, wie es für ihn bei rechtmäßigem Handeln der Behörde voraussichtlich in beförderungrechtlicher Hinsicht ausgegangen wäre (OVG Münster, Urt. v. 17.6.2019, 6 A 1134/17; vgl. dazu *Baßlsperger*, PersV 2018, 436, 442f.). Oft ist auf Seiten des Dienstherrn kein Verschulden gegeben, weil ein Gericht im Konkurrentenstreitverfahren dessen Position geteilt bzw. als objektiv rechtmäßig gebilligt hat (sog. Kollegialgerichtsregel) (OVG Münster, B. v. 28.11.2019, 1 A 1091/16; vgl. dazu BVerwG, NVwZ-RR 2020, 53; *Baßlsperger*, PersR 2018, 34, 35). In der Praxis scheitern öfter Ansprüche auch daran, dass kein gerichtlicher Primärrechtsschutz oder sonstige Rechtsmittel/Rechtsbehelfe geltend gemacht worden sind (vgl. dazu umfassend BVerwG, NVwZ 2018, 1637 mit Anm. *Stuttmann*; OVG Münster, B. v. 19.1.2017, 1 A 1627/16; VGH München, B. v. 13.9.2019, 3 ZB 18.711). Es kann im Einzelfall angezeigt sein, sich über Beförderungsverfahren/Beförderungsrunden proaktiv zu erkundigen und rechtzeitig Einwände gegen die eigene Nichtberücksichtigung zu erheben bzw. die eigene Beförderung zu beantragen, will man nicht das Risiko eingehen, später keinen Anspruch auf Schadensersatz zu haben (vgl. BVerwG, NVwZ 2018, 1637; *Baßlsperger*, PersR 2018, 34, 37; OVG Münster, DÖD 2017, 20).

- 72 Eine **Klage auf isolierte Akteneinsicht** im eines beamtenrechtlichen Beförderungsverfahren – etwa im Vorfeld einer beabsichtigten Schadensersatzklage wegen Nichtbeförderung oder der Anfechtung der Beförderung von Konkurrenten – ist vor dem Hintergrund des **§ 44a Satz 1 VwGO** nicht zulässig (OVG Münster, Urt. v. 1.6.2015, 1 A 11/14 – bestätigt durch BVerwG, NVwZ 2017, 489). Im eigentlichen Konkurrentenstreitverfahren besteht ein **Recht des übergangenen Bewerbers auf Akteneinsicht** grundsätzlich nur bezüglich der Teile des Besetzungsvermerks, die sich auf ihn und den ausgewählten Beigeladenen beziehen (OVG Koblenz, B. v. 21.3.2016, 10 B 10215/16; vgl. auch *S. Schmid*, Die beamtenrechtliche Konkurrentenklage und Datenschutz, 2015, S. 69 ff.). Das OVG Münster billigt dem unterlegenen Beamten ein Recht auf Einsicht in die der streitbefangenen Auswahlentscheidung zugrunde gelegten dienstlichen Beurteilungen des ausgewählten Bewerbers zu, soweit dies zur Verfolgung des Bewerbungsverfahrensanspruchs erforderlich ist (OVG Münster, B. v. 1.3.2018, 6 B 67/18). Behörden sollten darauf achten, dass sie bei Beförderungsrunden nicht alle Beförderungsrunden über alle relevanten Besoldungsgruppen, in denen befördert wird, in einer einzigen Verfahrensakte führen. Sie wäre im einzelnen Streitfall nämlich dem Gericht nach § 99 Abs. 1 Satz 1 VwGO von der Behörde vorzulegen und gem. § 100 VwGO grundsätzlich vom Verwaltungsgericht dem Rechtsschutz begehrenden übergangenen Bewerber bzw. seinem Rechtsanwalt zugänglich zu machen, was den **Personaldatenschutz nicht vom Verfahren tangierter Personen** in der Regel verletzen würde und folglich zu vermeiden ist (OVG Koblenz, B. v. 21.3.2016, 10 B 10215/16; grundlegend zu den speziellen Datenschutzfragen *S. Schmid*, Die beamtenrechtliche Konkurrentenklage und Datenschutz, 2015, S. 69 ff.). Behörden haben kein Ermessen,

welche Akten sie dem Gericht (nur) schicken möchten (S. Schmid, aaO S. 70 – vgl. bei besonders geheimhaltungsbedürftigen persönlichen Daten eines erfolgreichen Bewerbers die Hinweise von Schmid auf ein sog. In-Camera-Verfahren, aaO, S. 73). Das OVG Koblenz vertritt in einem Beschluss vom 21.3.2016 die zutreffende Ansicht, dass dem **Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Beigeladenen** dadurch Rechnung zu tragen ist, „dass der Prozessbevollmächtigte des Antragstellers als Organ der Rechtspflege die vertrauliche Behandlung der gefertigten Ablichtungen gewährleistet und sie nach Abschluss des Verfahrens vernichtet“ (OVG Koblenz, B. v. 21.3.2016, 10 B 10215/16). Ob dies in der Realität geschieht, dürfte mehr als zweifelhaft sein. Im Verfahren nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO hat ein übergangener Bewerber glaubhaft zu machen, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Vergabe der Stelle an den nach § 65 VwGO beizuladenden Mitbewerber zu seinen Lasten rechtsfehlerhaft ist und bei fehlerfreier Durchführung des Auswahlverfahrens eine Auswahl zu seinen Gunsten jedenfalls ernsthaft möglich erscheint (BVerfG, B. v. 16.12.2015, 2 BvR 1958/13; OVG Münster, B. v. 30.9.2019, 6 B 752/19; OVG Münster, B. v. 11.9.2019, 6 B 675/19; OVG Münster, B. v. 5.5.2008, 1 B 41/06; VG Düsseldorf, B. v. 1.9.2011, 13 L 928/11).

Teilweise werden solche Eilverfahren dadurch praktisch „erledigt“, dass die Behörde **73** eine sog. „**Freihalteerklärung**“ abgibt, also z.B. erklärt, für den Fall des Obsiegens des übergangenen Bewerbers eine andere Stelle freizuhalten. Diese Praxis wirft teilweise noch ungeklärte Probleme materiell-rechtlicher und prozessualer Art auf (vgl. Wieland/Tiedge, DÖD 2011, 221 ff.; Hoof, ZBR 2007, 156; OVG Münster, B. v. 26.11.2015, 1 B 1104/15; OVG Münster, ZBR 2011, 275; VG Düsseldorf, B. v. 30.10.2009, 13 L 1037/09; BVerwGE 106, 129). Das OVG Münster ist der zutreffenden Ansicht, dass eine Behörde über die **Zusicherung der Freihaltung einer Planstelle** nicht einem Eilantrag eines übergangenen Bewerbers die Grundlage entziehen kann (OVG Münster, B. v. 26.11.2015, 1 B 1104/15). Man hat nämlich zu berücksichtigen, dass auch die Besetzung dieser freigehaltenen Stelle gerade nicht „drittanfechtungsfest“ ist (OVG Münster, B. v. 26.11.2015, 1 B 1104/15; BVerwG, ZBR 2004, 101; VGH Kassel, ZBR 2013, 56). Geklärt ist, dass ein Dienstherr dann, wenn von einem Eilantrag mehrere Beförderungsstellen umfasst sind, nicht einfach dann nur eine Stelle freihalten und die restlichen Stellen besetzen darf (OVG Münster, B. v. 19.3.2020, 6 B 285/20; BVerwG, Urt. v. 22.11.2012, 2 VR 5.12). Nicht befriedigend ist auch die Situation, dass ein korrekt ausgewählter Bewerber bislang ohne Schadensersatzansprüche hinnehmen muss, dass sich seine Beförderung durch erfolglose – und ggf. auch von Anfang an aussichtslose – Konkurrentenklagen verzögert (vgl. dazu Hoof, DÖV 2005, 234 ff.; Rudek, NJW 2003, 3531). Jedenfalls für Fälle evidenten Rechtsmissbrauchs (z.B. nachweislich gezieltes Blockieren einer Stellenbesetzung trotz Aussichtslosigkeit des Rechtsschutzantrags, um durch Druck auf die Verwaltung, die eine vorgesehene Beförderungsrunde zeitnah umsetzen will, „Kompensation“ für Rücknahme des Antrags zu erhalten), sollte eine Schadensersatzforderung des betroffenen ausgewählten Beigeladenen möglich sein, wenn seine Beförderung nach den Umständen „sicher“ war.

Wenn aufgrund einer gerichtlichen Beanstandung eine beamtenrechtliche Auswahlentscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu treffen ist, weil z.B. eine relevante Beurteilung als fehlerbehaftet angesehen wurde, bedeutet dies nach Ansicht des OVG Münster grundsätzlich nicht, dass dann eine erneute Beteiligung des Personalrats und der Gleichstellungsbeauftragten verzichtbar ist (OVG Münster, B. v. 22.6.2012, 6 B 588/12). Wie sich allerdings z.B. eine Behörde in dieser Situation verhalten soll, wenn etwa ein Personalrat eine von der Rechtsauffassung des Gerichts abweichende Haltung in der Sache vertritt und die Behörde an der Umsetzung gerichtlicher Vorgaben hindert, bleibt unklar. Man wird in solchen Fällen eine verweigerte Zustimmung als unbeachtlich anzusehen haben, da die Verwaltung zwingend gerichtliche Vorgaben zu beachten hat. Soweit ein laufendes Auswahlverfahren rechtswidrig abgebrochen wird, kann sich eine davon betroffene Person mit dem Mittel des einstweiligen Rechtsschutzes dagegen wehren **74**

(BVerwG, B. v. 10.5.2016, 2 VR 2.15; vgl. zu dem vorgenannten Beschluss des BVerwG *Bracher*, DVBl 2016, 1236).

2. Folgen einer Rechtsschutzvereitelung

- 75 In der Praxis kommt es zuweilen vor, dass der Rechtsschutz übergangener Bewerber nach dem äußeren Eindruck zielgerichtet vereitelt werden soll (vgl. dazu die Darstellung der Fallgruppen bei *Schnellenbach*, Konkurrenzen im öffentlichen Dienst, Anhang 3 Rn. 10–11; OVG Münster, B. v. 19.3.2020, 6 B 285/20; VG Düsseldorf, Urt. v. 3.12.2015, 15 K 7734/13; VG Arnberg, Urt. v. 16.10.2013, 2 K 2288/11). Hauptfälle sind die Nichtmitteilung einer zu Lasten des übergangenen Bewerbers ausgefallenen Auswahlentscheidung mit anschließender direkter Ernennung des ausgewählten Konkurrenten (VG Düsseldorf, Urt. v. 3.12.2015, 15 K 7734/13 – beim Auswahlverfahren für eine Professur ist die Mitteilung über die Nichtaufnahme in die Berufungsliste noch keine Konkurrentenmitteilung; OVG Münster, Urt. v. 22.7.2014, 6 A 815/11, NJOZ 2014, 1699; s. auch zu Konkurrentenmitteilungen von Universitäten bei Besetzung einer Professorenstelle BVerfG, NVwZ-RR 2014, 329). Es besteht die Pflicht, **bei einer Konkurrentenmitteilung** grundsätzlich eine **Wartefrist von zwei Wochen** einzuhalten, bevor eine vorgesehene Beförderung vorgenommen wird (BVerwG, NVwZ 2019, 968). Es kommt sogar in der Praxis vor, dass von einem Dienstherrn einem Gericht gemachte Zusagen gebrochen werden, eine streitbefangene Ernennung nicht vor einer Eilentscheidung des Gerichts zu vollziehen (so offenbar in dem Fall VG Düsseldorf, Urt. v. 3.12.2015, 15 K 7734/13). Eine andere **Variante der Rechtsschutzvereitelung** besteht darin, nach Ablehnung eines Eilantrags oder nach einem für den Dienstherrn erfolgreichen erstinstanzlichen Verfahrensgang einen Beigeladenen während eines laufenden Beschwerdeverfahrens zu ernennen (vgl. den Fall OVG Saarlouis, NVwZ 2018, 759 – s. dazu *Hufen*, JuS 2018, 831; OVG Münster, B. v. 19.3.2020, 6 B 285/20). Der auf diese Weise dolos handelnde Dienstherr kann zu seiner Entschuldigung nicht darauf verweisen, dass er für den Fall der fehlerhaften Auswahlentscheidung eine zusätzliche freie und besetzbare Planstelle vorhalte, denn diese unterliegt nicht seiner Dispositionsbefugnis. Diese anderweitig freigehaltene Planstelle darf nämlich ihrerseits ebenfalls nur in einem Auswahlverfahren vergeben werden, welches den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG Rechnung trägt (OVG Münster, B. v. 9.5.2019, 1 B 371/19; OVG Münster, B. v. 19.3.2020, 6 B 285/20; VGH Mannheim, IÖD 2018, 54). Das BVerwG hat am 4.11.2010 (NVwZ 2011, 368) entschieden, dass der **Grundsatz der Ämterstabilität** der Aufhebung der Ernennung des ausgewählten Bewerbers einer Klage des übergangenen Bewerbers nicht entgegensteht, wenn er durch eine solche missbräuchliche Schaffung schneller Fakten daran gehindert wurde, die Rechtsschutzmöglichkeiten zur Durchsetzung seines Bewerbungsverfahrensanspruches auszuschöpfen (BVerwG, B. v. 3.7.2012, 2 VR 3.12; BVerwG, Urt. v. 13.12.2019, 2 A 5.18, NVwZ 2019, 968; BVerfG, NVwZ 2017, 472; dem BVerwG folgend: OVG Münster, Urt. v. 17.6.2019, 6 A 1133/17: „Geheimbeförderung“ eines Akademischen Oberrats zum Akademischen Direktor; OVG Münster, B. v. 19.3.2020, 6 B 285/20; OVG Münster, B. v. 16.11.2015, 1 B 694/15, NWVBl. 2016, 120; VG Düsseldorf, Urt. v. 18.5.2020, 26 K 2736/18; VG Arnberg, Urt. v. 16.10.2013, 2 K 2288/11; OVG Lüneburg, B. v. 8.6.2011, 5 ME 91/11; OVG Münster, B. v. 30.5.2011, 1 A 1757/09; VGH Mannheim, NVwZ-RR 2011, 608; krit. dazu *Schenke*, DVBl 2015, 137; *Battis*, DVBl 2013, 673; *Lindner*, ZBR 2012, 181, 182: „wegweisende Entscheidung“; *Herrmann*, NJW 2011, 653; *Muckel*, JA 2011, 479; vgl. zur Kostentragung nach Hauptsacheerledigung, wenn Beigeladener vor Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist befördert wurde (Dienstherr): OVG Münster, B. v. 19.3.2020, 6 B 285/20; OVG Münster, NVwZ-RR 2010, 703). Die Ernennung kann allerdings lediglich für die Zukunft aufgehoben werden (BVerwG, NVwZ 2011, 368; OVG Münster, Urt. v. 17.6.2019, 6 A 1133/17; OVG Saarlouis, NVwZ 2018, 759; *Hufen*, JuS 2018, 831). Die Entscheidung mag rechtsdogmatisch nicht in jeder Weise überzeugend sein (krit. dazu *Schenke*, DVBl 2015, 1379), hat aber eine wegweisende Be-

deutung und setzt unfair agierenden Dienstherrn mit Recht klare Grenzen (vgl. den Fall aus dem universitären Bereich: OVG Münster, Urt. v. 17.6.2019, 6 A 1133/17; s. a. BVerwG, Urt. v. 13.12.2019, 2 A 5.18). Es kommt durchaus zu evident rechtsfehlerhaften „Geheimbeförderungen“ oder nach erstinstanzlichen Verfahren zu **Schnellbeförderungen Beigeladener**, wo zu Gunsten des ausgetricksten Bewerbers im Streitfall der für den Beförderten an sich geltende Grundsatz der Ämterstabilität mit Recht durchbrochen wird (OVG Münster, Urt. v. 17.6.2019, 6 A 1133/17; BVerwG, Urt. v. 13.12.2019, 2 A 5.18). Man muss aber im Einzelfall genau kritisch prüfen, ob wirklich Rechtsschutz vereitelt wurde. Wenn ein bei der Beförderung übergangener Beamter vor der Ernennung des Konkurrenten nachweisbar die Möglichkeit der rechtzeitigen Einschaltung des Verwaltungsgerichts hatte (Antrag auf einstweilige Anordnung), scheidet eine Anfechtung der Ernennung aus (VG Düsseldorf, Urt. v. 18.5.2020, 26 K 2736/18). In einem Beschluss des OVG Münster vom 17.6.2019 (6 A 1133/17) heißt es: „Hatte ein unterlegener Bewerber Gelegenheit, die Rechtsschutzmöglichkeiten zur gerichtlichen Nachprüfung der Auswahlentscheidung vor der Ernennung auszuschöpfen, so sind seine Ansprüche aus Art. 33 Abs. 2, Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG erfüllt.“ Wenn er diese Gelegenheit trotz Information über eine anstehende Ernennung eines Konkurrenten nicht wahrnimmt, liegen die Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Durchbrechung der Ämterstabilität nicht vor (VG Düsseldorf, Urt. v. 18.5.2020, 26 K 2736/18). Zu der vom Dienstherrn im Kontext der Frage einer Rechtsschutzvereitelung zu beachtenden **Rechtswegausschöpfung** zählt die mögliche **Anrufung des BVerfG** (Eilverfahren nach § 32 BVerfGG – vgl. dazu *Bäcker*, JuS 2013, 119), welches zunehmend das Beamtenrecht stark (mit-)prägt (*Wieland/Seulen*, PersR 2010, 387; *Battis*, DVBl 2013, 673, 677; BVerfG, NVwZ 2017, 472; BVerfG, ZBR 2010, 196). Das BVerfG hat zwischenzeitlich faktisch in Beamten-sachen beim einstweiligen Rechtsschutz die Funktion eines „Superrevisionsgerichts“ übernommen (*Battis*, DVBl 2013, 673, 677; *Schenke*, NVwZ 2011, 326; *Laubinger*, ZBR 2010, 299–301). Eine **Frist von nur zwei Tagen** bis zur **Aushändigung der Urkunde an den Mitbewerber**, um eine Verfassungsbeschwerde zu prüfen/einen Antrag auf einstweilige Anordnung zu stellen, ist unfair und genügt nicht (BVerfG, ZBR 2008, 169; s. a. BVerfG, ZBR 2008, 166; zur Frist von nur einem Tag: BVerfG, ZBR 2010, 197; generell für längere Fristen bei Konkurrentenmitteilungen *Schenke*, DVBl 2015, 137, 141: Orientierung an Einmonatsfrist des § 42 VwGO). Wegen der Besonderheiten eines Verfahrens vor dem BVerfG wird man hierfür 1 Monat einzuräumen haben und eine Nichtbeachtung durch den Dienstherrn ebenfalls regelmäßig als Akt der Rechtsschutzvereitelung ansehen müssen (vgl. dazu BVerfG, ZBR 2010, 196; BVerwG, B. v. 8.12.2011, 2 B 106/11; *H. Günther*, RiA 2011, 49, 54). Bei dringenden dienstlichen Bedürfnissen hält das BVerfG Ausnahmen von der an sich im Regelfall notwendigen/angemessenen Wartezeit für denkbar, ohne diese Frist näher zu konkretisieren (BVerfG, ZBR 2010, 197). Das OVG Münster hält eine **Wartefrist von drei Wochen nach Bekanntgabe der zweitinstanzlichen Entscheidung** für ausreichend (OVG Münster, Urt. v. 30.5.2011, 1 A 1757/09 – bestätigt durch BVerwG, B. v. 8.12.2011, 2 B 106/11). Mit einem Monat ist man als Behörde auf der sicheren Seite (in diese Richtung BVerwG, B. v. 8.12.2011, 2 B 106/11; *Schenke*, DVBl 2015, 137, 141). Wird nicht genug Zeit eingeräumt, wird die Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes in verfassungswidriger Weise verhindert (BVerfG, ZBR 2008, 169; ZBR 2008, 166; BVerfG NJW-RR 2005, 998; v. *Roetteken*, ZTR 2008, 522; *Schenke*, NVwZ 2011, 322). Der ausgebootete Bewerber kann dann mit einer **Anfechtungsklage** (kombiniert mit einer Klage auf erneute Entscheidung über die Stellenbesetzung) gegen die (rechtswidrig vorschnelle) Ernennung des Konkurrenten vorgehen (BVerwG, Urt. v. 13.12.2019, 2 A 5.18; BVerwG, NVwZ 2011, 368; dem BVerwG folgend: VG Arnsberg, Urt. v. 16.10.2013, 2 K 2288/11; OVG Münster, Urt. v. 30.5.2011, 1 A 1757/09; s. a. BVerfG, ZBR 2008, 166; *Lindner*, NVwZ 2013, 547; v. *Roetteken*, ZBR 2011, 73; *Wieland/Seulen*, PersR 2010, 393 ff.; dies., DÖD 2011, 69; *Schenke*, NVwZ 2011, 321; *H. Günther*, RiA 2011, 49). Die Ernennung ist als Verwaltungsakt mit belastender Drittwirkung anzusehen; er entfaltet gegenüber allen Bewerbern rechtliche Wirkung (BVerwG,

NVwZ 2011, 368; OVG Münster, Urt. v. 30.5.2011, 1 A 1757/09; VG Frankfurt a.M., DVBl 2011, 1116 – Leitsatz). Grundrechte unterlegener Bewerber dürfen nicht durch vorzeitige Ernennungen ausgeschaltet werden (BVerwG, Urt. v. 13.12.2019, 2 A 5.18; BVerwG, NVwZ 2011, 368). Ein Dienstherr sollte es sich auch unabhängig von juristischen Erwägungen sehr gut überlegen, welches negative, unseriöse Bild er einem für ihn dauerhaft zuständigen Gericht und Obergericht bietet, wenn er effektiven Rechtsschutz bewusst auszuschalten versucht, nur um auf Biegen und Brechen seinen Wunschkandidaten (wegen der Durchbrechung der Ämterstabilität: nur fragil) zu befördern. Der Entscheidung des BVerwG, (nur) im „pathologischen Ausnahmefall“ die Ämterstabilität zurücktreten zu lassen bzw. zu durchbrechen, ist einschränkungslos zuzustimmen (*Schenke*, NVwZ 2011, 323; VG Arnsberg, Urt. v. 16.10.2013, 2 K 2288/11; OVG Münster, B. v. 13.2.2012, 6 A 51/12). Gleiche Grundsätze haben zu gelten, wenn ein öffentlicher Arbeitgeber und ein eingestellter Bewerber zu Lasten eines Dritten kollusiv zusammenwirken (BAG, Urt. v. 28.5.2002, 9 AZR 751/00) und auch bei der Dienstpostenkonkurrenz zwischen Beamten und Tarifbeschäftigten (OVG Magdeburg, B. v. 7.6.2012, 1 M 60/12: Rechtsschutz muss dem Beamten vor arbeitsvertraglicher Verpflichtung des Konkurrenten möglich sein).

3. Rechtsweg beim Konkurrentenstreit Beamte/Tarifbeschäftigte

- 76 Zweifelsfragen können beim Rechtsweg auftauchen, wenn Beamte und Tarifbeschäftigte um eine Stelle konkurrieren (*Gronimus*, Rechtsweg bei Konkurrentenklagen, PersR 2020, 36; *Kawik*, RiA, 2018, 49, 57; *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, S. 890; *Pützer* RdA 2016, 287; s. zu den materiellen Rechtsfragen bei solchen Konkurrenzen ausführlich *J.-M. Günther/Brackmann*, Von Äpfeln und Birnen – zur (Nicht-)Vergleichbarkeit von qualifizierten Arbeitszeugnissen mit dienstlichen Beurteilungen, ZBR 2020, 220). Nach der gefestigten Rechtsprechung des OVG Münster muss in Stellenbesetzungsverfahren hinsichtlich eines öffentlichen Amtes, welches sowohl **Beamten** als auch **Tarifbeschäftigten des öffentlichen Dienstes** übertragen werden kann, ein unterlegener Tarifbeschäftigter das **Arbeitsgericht** anrufen, wenn er sich gegen die Vergabe der Stelle an den konkurrierenden Beamten wenden will (OVG Münster, DÖD 2010, 225; LAG Köln, B. v. 4.12.2020, 9 Ta 203/20; LAG Köln, Urt. v. 28.2.2020, 4 SaGa 22/19; *Gronimus*, PersR 2020, 36; s. zum Rechtsweg in diesen Fällen auch *Schnellenbach*, Konkurrenzen im öffentlichen Dienst, S. 95f.). Die Streitigkeit ist nicht öffentlich-rechtlicher Art, da die streitentscheidenden Normen ihre Grundlage in den Vorschriften des BGB über den Dienstvertrag finden würden (OVG Münster, DÖD 2010, 225; OVG Koblenz, NZA-RR 1998, 274; BAGE 104, 264; a. A. OVG Bremen, DÖD 2020, 157; LAG Düsseldorf, B. v. 21.8.2020, 3 Ta 202/20). Die Arbeitsgerichte orientieren sich wegen der parallelen Konstellation an der Rechtsprechung zu Konkurrentenklagen von Beamten (LAG Köln, Urt. v. 28.2.2020, 4 SaGa 22/19; *J.-M. Günther/Brackmann*, ZBR 2020, 220). Nur wenn der streitbefangene Posten ausschließlich mit Beamten besetzt werden kann und der Tarifbeschäftigte eine Übernahme in das Beamtenverhältnis anstrebt, sind die Verwaltungsgerichte zuständig (OVG Münster, DÖD 2010, 225; s. zu Auswahlverfahren mit Beamten/Tarifbeschäftigten BVerfG, DVBl 2012, 900; *Schnellenbach*, Konkurrenzen im öffentlichen Dienst, S. 95). Sofern ein Beamter sich gegen eine zu Gunsten eines konkurrierenden Tarifbeschäftigten getroffene Auswahlentscheidung wendet, ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet (OVG Münster, NVwZ-RR 2004, 771; OVG Münster, DÖD 2010, 227; OVG Bautzen, B. v. 31.3.2015 2 B 135/15; OVG Magdeburg, B. v. 7.6.2012, 1 M 60/12: s. zu verschiedenen Fallkonstellationen beim Rechtsweg *Gronimus*, PersR 2020, 36). Die Rechtswegzersplitterung bei dem Konkurrentenstreit von Beamten und Tarifbeschäftigten/Arbeitnehmern usw. wird in der Literatur mit Recht beklagt (*Pützer*, RdA 2016, 287; vgl. insoweit auch OVG Bremen, DÖD 2020, 157).