

Dietmar Zwerger

Zwischen Stellenblockade und Bewerberschutz

Das beamtenrechtliche Konkurrentenstreitverfahren
um höherwertige Ämter in der Praxis



Nomos

Schriften zum öffentlichen Dienstrecht

Prof. Dr. Ralf Brinktrine

Prof. Dr. Timo Hebler

Prof. Dr. Jens Kersten

Prof. Dr. Thorsten Ingo Schmidt

Prof. Dr. Hinnerk Wißmann

Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff

Band 12

Dietmar Zwerger

Zwischen Stellenblockade und Bewerberschutz

Das beamtenrechtliche Konkurrentenstreitverfahren
um höherwertige Ämter in der Praxis



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Jena, Univ., Diss, 2021

ISBN 978-3-8487-8733-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-3132-4 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Diese Monographie soll einen Beitrag zur Diskussion um die Konkurrenzstreitigkeiten aus dem Blickwinkel der Praxis beisteuern.

Die vorliegende Arbeit wurde von der Friedrich-Schiller-Universität Jena im Sommer/Herbst 2021 als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 10. November 2021 statt. Literatur und Rechtsprechung sind bis Mai 2021 berücksichtigt.

Ich danke Herrn Professor Dr. Michael Brenner sehr dafür, dass er einen außergewöhnlichen Doktoranden angenommen und die Arbeit äußerst freundlich, vertrauensvoll und konstruktiv unterstützt hat. Frau Professorin Dr. Anna Leisner-Egensperger danke ich für ihre freundliche und präzise Zweitbegutachtung.

Mein Dank gilt daneben allen, die mich während der Arbeit an diesem Buch unterstützt und begleitet haben: An erster Stelle ist meine Frau Marion zu nennen, die mich in der Arbeitsphase stets in herausragender Weise unterstützt und ermutigt hat. Ohne ihre vielfältige Unterstützung und ihr Verständnis wäre dieses Werk nicht möglich gewesen. Dank gilt auch meinem Sohn, Dr. Michael Zwerger, und meiner Schwiegertochter, Dr. Luise Zwerger, die den Impuls zu dieser Dissertation gegeben haben.

Ich danke weiter allen, die auch im Kleinen und vielleicht unbewusst ihren Beitrag zum Gelingen dieser Monographie geleistet haben.

Und: Meine Katze Paula ist während der ganzen Zeit, in der ich an dem Manuskript geschrieben habe, nicht von meiner Seite gewichen.

Vorwort

Vorbemerkung zum Sprachgebrauch: Nach Art. 3 Abs. 2 GG sind Frauen und Männer gleichberechtigt. Alle Personen- und Funktionsbezeichnungen im folgenden Text beziehen sich in gleicher Weise auf Frauen wie Männer. Die ausschließliche Verwendung der männlichen Form dient allein der leichteren Lesbarkeit des Textes.

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	15
B. Das aktuelle Rechtsprechungsmodell zum beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren	18
I. Ausgangspunkte: Bewerbungsverfahrensanspruch und Ämterstabilität	18
1. Bewerbungsverfahrensanspruch	18
2. Ämterstabilität	19
II. Keine Effektivität von Rechtsbehelfen in der Hauptsache	19
1. Widerspruch und Klage gegen die Ernennung des Konkurrenten	19
2. Widerspruch und Klage gegen die Auswahlentscheidung	20
3. Fortsetzungsfeststellungsklage	22
4. Schadensersatzklage	24
5. Folgenbeseitigungsanspruch	25
III. Vorläufiger Rechtsschutz zur Verhinderung „vollendeter Tatsachen“ bei Statuskonkurrenz wie Dienstpostenkonkurrenz	26
1. Vorläufige Verhinderung der Ernennung – Statuskonkurrenz	26
2. Statuskonkurrenz und Dienstpostenkonkurrenz	28
a) Statuskonkurrenz	28
b) Dienstpostenkonkurrenz	29
IV. Aktuelle Ausformung der Rechtsschutzgewährung im Wege des Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes	30
1. Auswahlentscheidung – „Negativmitteilung“	31
2. Rechtsschutzgewährleistung im Verfahren nach § 123 VwGO	34
a) Zwei-Wochen-Frist für Eilantrag	35
b) Sicherungsmaßnahmen des Verwaltungsgerichts	36
c) „Stellenblockade“ – Wahrnehmung der Aufgaben des umstrittenen Dienstpostens	37
d) Mehrfachbewerbungen	39
e) Mehrere Antragsteller um eine umstrittene Stelle	40
f) Prüfungstiefe	41

Inhaltsverzeichnis

3. Keine Ordnungsgeldandrohung	41
4. Sonderform: Rechtsschutz im Hauptsacheverfahren ausreichend	42
a) Auswahl erfolgt nicht nach Leistungsprinzip (Art. 33 Abs. 2 GG)	42
b) Keine Besetzung während des Hauptsacheverfahrens	44
5. Vereitelung des Rechtsschutzes: Durchbrechung der Ämterstabilität	45
V. Abbruch des Auswahlverfahrens	48
VI. Materielle Grundsätze der Auswahlentscheidung	51
C. Vorbeugender Rechtsschutz als Form des effektiven Rechtsschutzes im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren um die Besetzung höherwertiger Ämter	54
I. Entwicklung der Rechtsprechung	54
II. Entwicklung der Literatur	59
1. Erste Phase bis Anfang der 90er Jahre	59
2. Zweite Phase Anfang der 2000er	61
3. Dritte Phase ab 2010	61
4. Vierte Phase ab 2016	62
5. Aktuelle Literatur	63
III. Eigene Ansicht: Präventiver Rechtsschutz als effektives Modell zur Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs	65
1. Argumente für die Ämterstabilität	65
2. Durchbrechung der Ämterstabilität bei Rechtsschutzvereitelung	71
3. Effektiver Rechtsschutz im Rahmen der Prüfung der Auswahlentscheidung in Form der „Negativmitteilung“	76
a) „Negativmitteilung“ als Verwaltungsakt	76
b) Zutreffende Rechtsschutzform im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes: § 123 VwGO	80
c) Maßgeblicher Ansatz: Auswahlentscheidung in Form der „Negativmitteilung“	85
d) Anordnungsgrund	87
aa) Auswahlverfahren	87
bb) Sonderfall: Abbruch des Auswahlverfahrens	92
4. Effektive Rechtsschutzgewährung in der Praxis	94
5. Verfassungswidrigkeit eines für die Auswahlentscheidung maßgeblichen Gesetzes	101

IV. Fazit	103
D. Organisatorische Determinanten	104
I. Grundsätzliche Vorüberlegungen	104
II. Aufgabenübertragung des umstrittenen Dienstpostens auf andere Beschäftigte als Lösungsansatz	107
1. Aufgabenwahrnehmung durch den Verhinderungsvertreter	108
a) Regelfall	108
b) Sonderfall: Verhinderungsvertreter als Bewerber	109
2. Besondere Vertretungsregelung	110
3. Vakanzvertretung, Erprobung	112
a) Vakanzvertretung	112
b) Erprobung	113
4. Fazit	114
III. Übertragung der Aufgaben des strittigen Dienstpostens auf den ausgewählten Beamten	114
1. Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Mai 2016	114
2. Reaktion der Obergerichte	116
3. Standpunkte in der Literatur	118
4. Einschränkung durch Urteile vom 21. Dezember 2016 und vom 12. Dezember 2017	120
5. Eigene Ansicht	121
6. Fazit	126
IV. Abbruch des Besetzungsverfahrens	126
1. Zulässigkeit – Fallgruppen	127
2. Rechtsschutz gegen den Abbruch	129
3. Fazit	131
V. Personalpolitische Perspektive für den erfolglosen Bewerber	131
Fazit	132
VI. Vorrangige Besetzung durch Umsetzung oder Versetzung ohne Leistungsvergleich	132
1. Festlegung auf unterschiedliche Bewertung von Umsetzungs- und Versetzungsbewerbern gegenüber Beförderungsbewerbern	134
2. Beispiel: Bayerische Polizei	136
3. Fazit	136

Inhaltsverzeichnis

VII. Rechtsschutzvereitelnde Ernennung als Lösungsmöglichkeit bei unmittelbar drohender Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit der Verwaltung	137
1. Problemsituation der „Stellenblockade“	137
2. Nachteile der Verlagerung des Rechtsschutzes in ein Hauptsacheverfahren nach der Ernennung	139
3. Ausgleich der Interessen des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG), der Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG), des Leistungsprinzips (Art. 33 Abs. 2 GG) und einer funktionsfähigen Verwaltung (Art. 83 ff. GG) durch praktische Konkordanz	141
4. Fallgruppen	147
a) Besondere Bedeutung der Stelle	147
b) Kein anzuerkennendes Rechtsverfolgungsinteresse	149
5. Fazit	150
VIII. Beförderung nach Ranglisten („Massenbeförderungen“)	151
1. Anordnungsgrund des nicht ausgewählten Beamten nur für eine Stelle	151
2. Freihaltung einer Beförderungsstelle	154
3. Fazit	155
E. Rechtliche Determinanten	156
I. Anforderungsprofil	156
1. Konstitutives Anforderungsprofil	156
a) Entwicklung der Rechtsprechung	158
b) Angriffspunkte gegen ein konstitutives Anforderungsprofil	160
c) Nichterfüllung des konstitutiven Anforderungsprofils durch alle Bewerber	161
d) Beispielsfälle	161
e) Transparenz durch Richtlinien	162
2. Deskriptives Anforderungsprofil	163
3. Abgrenzungsfragen	164
4. Fazit	166
II. Dienstliche Beurteilungen	167
1. Inzidentprüfung der dienstlichen Beurteilungen	167
a) Tendenz zur Trennung der gerichtlichen Kontrolle zwischen dienstlicher Beurteilung und Besetzungsentscheidung	168

b)	Effektiver Rechtsschutz nur bei Inzidentprüfung der dienstlichen Beurteilung	169
c)	Inzidentkontrolle auch der Beurteilung des ausgewählten Bewerbers	173
d)	Ausnahmsweise Beweiserhebung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes	174
e)	Beachtung des Charakters des Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes	176
2.	Mitwirkungspflicht: Darlegung von Beurteilungsfehlern	177
a)	Mitwirkungspflicht der Antragstellerpartei	177
b)	Konkrete Rügepflicht hinsichtlich der Beurteilung der Antragstellerpartei	178
c)	Rügepflicht hinsichtlich der Beurteilung des ausgewählten Bewerbers	182
d)	Keine „Offensichtlichkeit“ der Mängel erforderlich	183
3.	Verwirkung der Kontrolle von Beurteilungen	184
a)	Verwirkung auch bei Inzidentkontrolle	184
b)	Maßstab der Verwirkung: Jahresfrist und Umstände	185
4.	Beurteilungsspielraum	187
a)	Bedeutung von Beurteilungsrichtlinien	188
b)	Beurteilungsverfahren	190
c)	Risiken für Beurteilungsfehler	192
d)	Quotenvorgaben	195
e)	Plausibilisierung – Begründung	196
5.	Anlassbeurteilungen	198
a)	Erforderlichkeit einer Anlassbeurteilung	199
b)	Klarere Konturierung der Erforderlichkeit einer Anlassbeurteilung	202
c)	Beurteilungszeiträume von Anlassbeurteilungen	204
6.	Fazit	206
III.	Weitere Auswahlmittel	207
1.	Notwendigkeit und Rechtfertigung weiterer Auswahlmethoden	207
2.	Kontrolle der weiteren Auswahlmethoden	210
3.	Besondere Auswahlmittel nach vorrangiger Auswertung der Beurteilungen	212
4.	Besondere Auswahlmittel neben der Beurteilung	213
5.	Beispiel: Verfassungskonforme Anwendung von Art. 16 Abs. 1 Satz 5 LfBG	218

Inhaltsverzeichnis

6. Ausnahmefall: Keine für einen Leistungsvergleich heranzuziehende Beurteilungen vorhanden	221
7. Fazit	221
IV. Auswahlentscheidung	222
1. Begründung und Dokumentation	222
2. Nachschieben von Gründen	224
3. Auswahlverfahren	231
4. Erforderlichkeit eines Auswahlverfahrens	234
a) Mehrstufiges Verfahren	235
b) Prüfungsschema	235
aa) Konstitutives Anforderungsprofil	236
bb) Dienstliche Beurteilung	236
(1) Erste Stufe: Vergleich der Endurteile	239
(2) Zweite Stufe: Betrachtung der Einzelmerkmale – inhaltliche Ausschöpfung	240
cc) Dienstpostenbezogene Vorgaben im Einzelfall – „Deskriptives Anforderungsprofil“	241
(1) Gesetzliche Regelungen	244
(2) Vorgaben in Verwaltungsvorschriften	245
(3) Vorgaben im konkreten Ausschreibungstext	245
(4) Auswahlmethoden	246
dd) Länger zurückliegende Leistungen – Bewährungsvorsprung	246
ee) Nicht leistungsbezogene Kriterien – „Hilfskriterien“	247
5. Strukturelle Begründungsschwierigkeiten	248
a) Bezugspunkte des Leistungsvergleichs	248
b) Vergleichbarkeit der Ämter	249
c) Vergleichbarkeit der Beurteilungszeiträume	251
d) Vergleichbarkeit der Beurteilungssysteme	253
e) Konkurrenz mit Angestellten	253
6. Fazit	254
F. Forensische Determinanten	256
I. Rahmenbedingungen – Akteneinsicht	256
1. Allgemeine Rahmenbedingungen	256
2. Akteneinsicht	257
3. Fazit	259
II. Rechtliches Gehör	259
1. Gestaltung des Verfahrens durch Fristsetzung	260

2. Beschwerdeverfahren	263
3. Fazit	263
III. Glaubhaftmachung und Amtsermittlung	263
1. Antragsteller	265
2. Antragsgegner	266
3. Beigeladener	268
4. Keine weitergehenden Präklusionsvorschriften sinnvoll	268
5. Fazit	271
IV. Verwirkung	271
1. Normalfall: Negativmitteilung erfolgt	272
2. Keine Negativmitteilung ergangen	276
3. Fazit	279
V. Rechtsmissbrauch	279
Fazit	281
VI. Kausalität	282
1. Ausnahmecharakter der fehlenden Kausalität	282
2. Fallgruppen	284
a) Fehlen der zwingenden Voraussetzungen für die zu besetzende Stelle	284
b) Keine Relevanz eines fehlerhaften Auswahlverfahrens	285
c) Keine Relevanz eines materiellen Mangels	286
3. Möglichkeit für geringeren Prüfaufwand bei „chancenlosem“ Bewerber	289
4. Fazit	290
VII. Zwischenverfügung	290
1. Erforderlichkeit einer Zwischenverfügung oder Zwischenregelung	290
2. Gerichtliches Ermessen beim Erlass einer Zwischenverfügung	291
a) Allgemeine Situation beim Erlass einer Zwischenverfügung	291
b) Besondere Situation für den Erlass einer Zwischenverfügung im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit	292
3. Fazit	297
VIII. Tenorierung bei Erfolg des Antrags	297
1. Bezugspunkte für eine Tenorierung	297
2. Tenorierungsbeispiele	298
3. Vorzugswürdige Tenorierung	302
4. Fazit	304

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung der Ergebnisse 305

Literaturverzeichnis 311