

Moritz Weckmann

Die Rolle staatlicher Auswahlentscheidungen
im Rechtsschutzsystem der
„Konkurrentenverdrängungsklage“

Am Beispiel des Beamtenrechts



Nomos

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	23
Einführung	31
I. Problemstellung	31
II. Gang der Untersuchung	35
III. Aktualität des Themas	36
IV. Einführende Erläuterungen	37
1. Der Begriff „Auswahlverfahren“	37
2. Der Begriff „Auswahlentscheidung“	37
3. Die Begriffe „Konkurrentenklage“ und „Konkurrentenverdrängungsklage“	38
4. Der beamtenrechtliche Amtsbegriff	40
5. Die Begriffe „Verwaltungsakt mit Drittwirkung“ und „Verwaltungsakt mit Doppelwirkung“	40
6. Die Ressourcenbegrenzung der „Ämter“ im Beamtenrecht	42
V. Resümee zum Gegenstand der Untersuchung	43
1. Kapitel: Verfassungsrechtliche Vorgaben	44
I. Die beamtenrechtliche Auswahlentscheidung als Regelung im Sinne des § 35 Absatz 1 Satz 1 VwVfG	45
1. Der aus Artikel 33 Absatz 2 GG abgeleitete „Bewerbungs- verfahrensanspruch“	45
a. Subjektiver Gehalt des Artikels 33 Absatz 2 GG	46
aa. Artikel 33 Absatz 2 GG als spezieller Gleichheitssatz	48
bb. Artikel 33 Absatz 2 GG als Ausgestaltung der Berufsfreiheit nach Artikel 12 GG	49
1) Ablehnende Stimmen in der Literatur	50
2) Überwiegende Zustimmung in Rechtsprechung und Literatur	51
3) Eigene Ansicht	51

b. Inhalt und Reichweite des subjektiv-öffentlichen Rechts	53
aa. Recht auf Einhaltung des Leistungsprinzips	53
1) Übernehmen die Vorschriften über die Auswahlentscheidung im Recht des Bundes und der Länder die „unbestimmten Rechtsbegriffe“ des Artikels 33 Absatz 2 GG?	54
2) Eröffnen die „unbestimmten Rechtsbegriffe“ einen „Beurteilungsspielraum“ der Verwaltung?	54
a) Greift die beamtenrechtliche Auswahlentscheidung in subjektive Rechte ein?	56
b) Begründen die Vorschriften des Bundes und der Länder eine Verwaltungsprärogative?	57
c) Ist die Rechtsschutzverkürzung bei der Überprüfung von Auswahlentscheidungen verfassungsrechtlich gerechtfertigt?	58
3) Ermessensspielraum bei der beamtenrechtlichen Auswahlentscheidung	59
a) Zustimmende Ansichten in der Literatur	59
b) Artikel 33 Absatz 2 GG als gebundene Entscheidung	59
c) Vermittelnde Ansichten in Rechtsprechung und Literatur	60
d) Eigene Auffassung	60
bb. Lässt sich aus Artikel 33 Absatz 2 GG ein verfassungsrechtlicher Ernennungsanspruch des ausgewählten Konkurrenten herleiten?	62
2. Der Gegenstand des Bewerbungsverfahrensanspruchs	65
a. Statusamtskonkurrenz	65
b. Dienstpostenkonkurrenz	70
aa. Erfasst Artikel 33 Absatz 2 GG alle funktionellen Amtsbegriffe?	70
bb. Sonderfall: Beförderungsdienstposten	72
3. Teilergebnisse	73
II. Die Außenwirkung der beamtenrechtlichen Auswahlentscheidung	73
1. Der Grundsatz der Ämterstabilität im Beamtenrecht	75
a. Der Grundsatz der Ämterstabilität könnte verfassungsrechtlich als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums verankert sein	75

b. Der Grundsatz der Ämterstabilität nach einfachem Recht	78
aa. Abschließende Regelung der Nichtigkeits- und Rücknahmegründe im Beamtenrecht	78
1) Ablehnende Ansichten in der Literatur	78
2) Betonung einer abschließenden Regelung in der Rechtsprechung und herrschenden Literatur	79
3) Eigene Ansicht	81
bb. Bindung der Rechtsprechung	83
1) Ablehnende Ansicht in der Literatur	84
2) Die herrschende Meinung betont eine Bindung der Gerichte	84
3) Eigene Auffassung	85
a) Vereinbarkeit mit der Rechtsschutzgarantie nach Artikel 19 GG	87
b) Vereinbarkeit mit dem Grundrecht aus Artikel 33 Absatz 2 GG	88
cc. Schlussfolgerungen	89
2. Konsequenzen der Ämterstabilität für die Außenwirkung der Auswahlentscheidung	89
a. Ist die rechtzeitige Information über die Auswahl des erfolgreichen Konkurrenten verfassungsrechtlich erforderlich?	89
aa. Systematische Parallelen zu anderen Rechtsbereichen	90
1) Berufsausübung im Wirtschaftsverwaltungsrecht (Marktzulassungsverfahren)	90
2) Notarernennungen	91
3) Zulassung von Krankenhausträgern	92
4) Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst	92
5) Vergaberecht	92
6) Schlussfolgerungen	94
bb. Beeinträchtigung des Schutzbereichs	95
cc. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	95
b. Verfassungsrechtliche Folge einer „Rechtsschutzvereitelung“ durch den Dienstherrn	96
aa. Beeinträchtigung des Schutzbereichs	97
bb. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	97
cc. Eigene Auffassung	100
3. Dienstpostenkonkurrenz	103

4. Teilergebnisse	104
2. Kapitel: Die Rechtsprechungslinie zur Einordnung der Auswahlentscheidung bei beamtenrechtlichen Konkurrentenverdrängungsklagen im Vergleich zur Rechtsprechungslinie bei sonstigen verwaltungs- und privatrechtlichen Verteilungsstreitigkeiten	105
I. Die Konkurrentenverdrängungsklage im Beamtenrecht	105
1. Die Konkurrenz um Statusämter	106
a. Die Rechtsnatur der Auswahlentscheidung	106
aa. Die Auswahl des erfolgreichen Konkurrenten	106
1) Die Auffassung der herrschenden Rechtsprechung	106
2) Die Auffassung der Gegenansicht	108
3) Die aktuelle Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts	109
bb. Die Ablehnung der übrigen Bewerber („Ablehnungsbescheid“)	109
cc. Annahme eines einheitlichen Auswahlentscheidungsverwaltungsakts	110
dd. Die Auffassung der Gegenansicht	111
b. Auswahlverfahren	111
aa. Verfahrensanforderungen nach der vormals herrschenden Rechtsprechung	112
bb. Verfahrensanforderungen nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts	113
1) Die herrschende Rechtsprechung	113
2) Verfahrensanforderungen bei Annahme eines einheitlichen Auswahlentscheidungsverwaltungsakts	115
c. Rechtsschutz	115
aa. Rechtsschutz gegen die Auswahlentscheidung	115
1) Rechtsschutz nach herrschender Rechtsprechung	115
2) Rechtsschutz bei Annahme eines einheitlichen Auswahlentscheidungsverwaltungsakts	119
bb. Mittelbarer Rechtsschutz gegen die Auswahlentscheidung (Anfechtung der Ernennung)	121
2. Die beamtenrechtliche Konkurrenz um das konkret- funktionelle Amt	121
a. Rechtsnatur der Auswahlentscheidung	121

b. Auswahlverfahren	124
c. Rechtsschutz	125
II. Die Konkurrentenverdrängungsklage im Notarrecht	128
1. Rechtsnatur der Auswahlentscheidung	128
2. Auswahlverfahren	129
3. Rechtsschutz	130
III. Die Konkurrentenverdrängungsklage bei gerichtlich bestellten Verfahrenspersonen	131
1. Rechtsnatur der Auswahlentscheidung	132
2. Auswahlverfahren	132
3. Rechtsschutz	133
IV. Die Konkurrentenverdrängungsklagen bei sonstigen öffentlich reglementierten Berufen	134
V. Die Konkurrentenverdrängungsklage bei Verteilungsstreitigkeiten im übrigen Wirtschaftsverwaltungsrecht	136
VI. Vergleich zu Fallgruppen privatrechtlichen Verwaltungshandelns	137
1. Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst	137
a. Rechtsnatur der Auswahlentscheidung	137
b. Auswahlverfahren	138
c. Rechtsschutz	139
2. Auswahlentscheidungen im Vergaberecht	140
a. Rechtsnatur der Auswahlentscheidung	141
b. Auswahlverfahren	142
c. Rechtsschutz	143
VII. Bewertung	145
1. Materielle Unterschiede zwischen den Rechtsprechungslinien	145
a. Das Rechtsschutzbegehren übergangener Bewerber	145
b. Unterschiede in subjektiven Bewerberrechten	146
c. Behördliche Beurteilungs- und Handlungsspielräume	147
2. Unterschiede in der Rechtsanwendung	147
a. Die Rechtsnatur abschließender Auswahlentscheidungen und die daraus abgeleiteten Verfahrensrechte	147
b. Rechtliche Vorgaben für die Bestimmung von Verfahrensbeteiligten	148
c. Der gewährte Rechtsschutz	148

3. Fallgruppenbildung und Zuordnung der beamtenrechtlichen Statusamts- und der Dienstpostenkonkurrenz	149
VIII. Teilergebnisse	150
 3. Kapitel: Abgleich der Rechtsprechungslinie im Beamtenrecht mit der Literatur, Untersuchung auf Vereinbarkeit mit den bisherigen Ergebnissen und Herleitung eines „neuen Ansatzes“ für die Bewältigung beamtenrechtlicher Konkurrentenverdrängungssituationen	153
I. Die Rechtsnatur der Auswahlentscheidung	153
1. Konkurrenz um Statusämter	153
a. Die Auswahlentscheidung als Verwaltungsakt	153
aa. Einordnung in der Literatur	153
1) Die Auswahl des erfolgreichen Konkurrenten	154
a) Überwiegende Auffassung in der Literatur	154
b) Gegenauffassung	155
2) Die Ablehnung der übrigen Bewerber	156
3) Annahme eines einheitlichen Auswahlentscheidungsverwaltungsakts	156
4) Die Gegenauffassung	157
bb. Verfassungsrechtliche Vorgaben	158
cc. Einfachrechtliche Vorgaben	159
dd. Die Auswahlentscheidung als Verwaltungsakt mit drittbelastender Doppelwirkung („Einheit der Auswahlentscheidung“)	160
1) Der „Auswahlentscheidungsverwaltungsakt“ in Rechtsprechung und Literatur	160
2) Eigene Auffassung	162
a) Herleitung eines einheitlichen Auswahlentscheidungsverwaltungsakts“ aus Verfassungsrecht	162
b) Herleitung eines einheitlichen Auswahlentscheidungsverwaltungsakts“ aus einfachem Recht – „notwendige Verfahrensgemeinschaft“ der Bewerber	162
aa) Erstreckung der Rechtskraft oder Gestaltungswirkung und Identität des Verfahrensgegenstands	163
bb) Der Begriff des „Verfahrensgegenstands“	165

cc) Folgerungen für Konkurrenten- verdrängungsstreitigkeiten	165
ee. Die Auswahlentscheidung als personenbezogene Allgemeinverfügung	167
2. Konkurrenz um Dienstposten	167
a. Schlichte Dienstpostenübertragung	167
b. Sonderfall: Beförderungsdienstposten	168
aa. Einordnung in Rechtsprechung und Literatur	168
bb. Eigene Auffassung	170
II. Folgerungen für das Auswahlverfahren	172
1: Übertragung von Statusämtern und Beförderungsdienstposten	172
a. Die Beteiligten des Auswahlverfahrens	172
b. Die Verfahrensrechte der Beteiligten	174
aa. Anhörung	176
1) Herrschende Ansicht in der Literatur	176
2) Rechtsprechung und das ihm folgende Schrifttum	177
3) Eigene Auffassung	178
bb. Akteneinsicht	179
1) Recht auf Akteneinsicht nach § 110 BBG	179
a) Auffassung der früheren Rechtsprechung und des ihm folgenden Schrifttums	179
b) Auffassung der neueren Rechtsprechung und Literatur	180
c) Eigene Auffassung	181
2) Recht auf Akteneinsicht nach § 29 VwVfG	182
a) Ende des Verfahrens mit Erlass des Verwaltungsakts	182
b) Ende des Verfahrens mit Unanfechtbarkeit des Verwaltungsakts	183
c) Eigene Auffassung	184
cc. Begründung	185
dd. Sonstiges	186
1) Bekanntgabe und Rechtsbehelfsbelehrung	186
2) Beteiligungsrechte der Personalvertretung	187
3) Beteiligungsrechte der Gleichstellungsbeauftragten	188
4) Beteiligungsrechte der Schwerbehindertenvertretung	189

5) Abbruch des Auswahlverfahrens und Aufhebung der Auswahlentscheidung	190
2. Schlichte Dienstpostenübertragung	190
III. Rechtsschutz gegen die Auswahlentscheidung	191
1. Primärrechtsschutz gegen Auswahlentscheidungen	191
a. Nichtförmliche Rechtsbehelfe	191
aa. Antrag auf Einbeziehung in das Auswahlverfahren beziehungsweise inhaltliche Änderung / Aufhebung der Auswahlentscheidung	191
bb. Einlegen von Beschwerden	192
cc. Einlegen von Petitionen	193
dd. Beschwerde an den Personalrat nach den Personalvertretungsgesetzen	195
ee. Beschwerde an die Gleichstellungsbeauftragte und die für Gleichstellungsfragen zuständige oberste Bundes- oder Landesbehörde	196
ff. Beschwerde an die Schwerbehindertenvertretung	196
gg. Beschwerde an den Dienststellenleiter nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG)	197
hh. „Flucht in die Öffentlichkeit“	197
b. Förmliche Rechtsbehelfe	198
aa. Verpflichtungsrechtsbehelfe gegen einen Ablehnungsbescheid	198
1) Zulässigkeit	198
a) Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs	198
b) Rechtsbehelf betrifft keine behördliche Verfahrenshandlung	199
c) Statthaftigkeit	199
d) Widerspruchs- beziehungsweise Klagebefugnis	200
e) Form, Frist und Adressat des Widerspruchs sowie Klagegegner, ordnungsgemäße Durchführung des Vorverfahrens und Entscheidungszuständigkeit	200
aa) Verpflichtungswiderspruch	200
bb) Verpflichtungsklage	201
f) Sachbescheidungsinteresse beziehungsweise Rechtsschutzbedürfnis	203

aa) Fehlendes Sachbescheidungsinteresse beziehungswise Rechtsschutzbedürfnis bei Kapazitätserschöpfung	203
(1) Das Erfordernis kombinierter Anfechtungs- und Verpflichtungsrechtsbehelfe	204
(2) Die herrschende Meinung lässt isolierte Verpflichtungsrechtsbehelfe zu	205
(3) Eine Minderansicht misst isolierten Verpflichtungsrechtsbehelfen umfassende Rechtsschutzwirkung zu	206
(4) Eigene Auffassung	207
bb) Fehlendes Sachbescheidungsinteresse wegen formeller Verwirkung des Widerspruchs- beziehungsweise Klagerechts	208
g) Beteiligte des Widerspruchsverfahrens beziehungswise Rechtstreits	208
aa) Verpflichtungswiderspruch	208
bb) Verpflichtungsklage	210
2) Begründetheit	210
a) Ermächtigungsgrundlage	211
b) Formelle Rechtmäßigkeit	211
c) Materielle Rechtmäßigkeit	214
aa) Rechtmäßigkeitsanforderungen	214
bb) „Beweislast“	217
d) Rechtsverletzung des Klägers	219
e) Überprüfung der Zweckmäßigkeit im Widerspruchsverfahren	219
bb. Anfechtung der positiven Auswahlentscheidung des erfolgreichen Konkurrenten	219
1) Zulässigkeit	219
a) Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs	219
b) Statthaftigkeit	220

c) Widerspruchs- beziehungsweise Klagebefugnis, Form, Frist und Adressat des Widerspruchs beziehungsweise Klagegegner, ordnungsgemäße Durchführung des Vorverfahrens sowie Entscheidungszuständigkeit	220
d) Sachbescheidungsinteresse beziehungsweise Rechtsschutzbedürfnis	221
2) Begründetheit	224
cc. Objektive Antrags- / Klagehäufung von Verpflichtungs- und Anfechtungsrechtsbehelfen	224
dd. Sicherung des Klagebegehrens im vorläufigen Rechtsschutz	225
1) Aufschiebende Wirkung von Anfechtungswiderspruch und Anfechtungsklage	225
a) Umsetzungsakte als „Vollziehung“ der Auswahlentscheidung	225
aa) Ablehnende Ansichten in Rechtsprechung und Literatur	225
bb) Eigene Auffassung	226
(1) Einordnung nach den rechtlichen Auswirkungen des Suspensiveffekts	226
(2) Ist es verfassungsrechtlich geboten, vor Ernennungen eine unanfechtbare Auswahlentscheidung abzuwarten?	227
(a) Beeinträchtigung der Schutzbereiche	228
(b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	229
(c) Verhältnis zum derzeit herrschenden Rechtsschutzkonzept der Ausgestaltung des einstweiligen Rechtsschutzes als Hauptsacheverfahren	230
2) Anordnung der sofortigen Vollziehung beamtenrechtlicher Auswahlentscheidungen	232
a) Durch die Behörde	232
aa) Formelle Voraussetzungen	232
bb) Materielle Voraussetzungen	232

(1) Ablehnung eines Bewährungsvorsprungs in Rechtsprechung und Literatur	233
(2) Anerkennung eines Bewährungsvorsprungs in Rechtsprechung und Literatur	235
(3) Aktuelle Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und Auffassung der ihm folgenden Gerichte und Literatur	236
(4) Eigene Auffassung	238
(a) Ist das Ausblenden des Bewährungsvorsprungs eines „rechtswidrig ausgewählten“ Konkurrenten verfassungsrechtlich geboten?	239
(aa) Herleitung aus der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie nach Artikel 19 Absatz 4 GG	239
(bb) Herleitung aus dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Bestenauslese nach Artikel 33 Absatz 2 GG	240
(aaa) Beeinträchtigung des Schutzbereichs	240
(bbb) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	240
(b) Ist das Ausblenden eines Bewährungsvorsprungs des rechtswidrig ausgewählten Konkurrenten verfassungsrechtlich zulässig?	241
(aa) Beeinträchtigung des Schutzbereichs	242
(bb) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	242
b) Auf Antrag des erfolgreichen Konkurrenten	243
aa) Zulässigkeit des Antrags	245
bb) Begründetheit des Antrags	245

c) Antrag auf Aussetzung der Vollziehung / Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung	246
aa) Zulässigkeit des Antrags	246
bb) Begründetheit des Antrags	246
(1) Ordnungsgemäße Anordnung der sofortigen Vollziehung	246
(2) Interessenabwägung zwischen Aussetzungsinteresse und Vollzugsinteresse	246
3) Unzulässigkeit einstweiliger Anordnungen nach § 123 VwGO	248
ee. Leistungswiderspruch beziehungsweise Leistungsklage auf Einbeziehung in das Auswahlverfahren	248
ff. Leistungswiderspruch beziehungsweise Leistungsklage auf vorbeugendes Unterlassen der Auswahlentscheidung / Ernennung des erfolgreichen Konkurrenten	249
gg. Rechtsschutz gegen schlichte Dienstpostenübertragung	250
2. Sekundärrechtsschutz	251
a. Öffentlich-rechtlicher Schadensersatzanspruch übergangener Bewerber wegen der Verletzung vertragsähnlicher Pflichten	251
b. Amtshaftungsanspruch übergangener Bewerber nach § 839 Absatz 1 BGB in Verbindung mit Artikel 34 GG	253
c. Schadensersatz rechtmäßig ausgewählter Bewerber bei unbegründeten Rechtsbehelfen	254
d. Schadensersatz fehlerhaft ausgewählter Bewerber	255
IV. Teilergebnisse	255
4. Kapitel: Schlussfolgerungen für das Rechtsschutzsystem bei beamtenrechtlichen Konkurrentenverdrängungsklagen und rechtspolitische Erwägungen	261
I. Schlussfolgerungen für das Rechtsschutzsystem bei beamtenrechtlichen Konkurrentenverdrängungsklagen	261
1. Einfachrechtliche Absicherung des Grundsatzes der Ämterstabilität durch die Bestandskraft der Auswahlentscheidung	261

2. Verfassungsrechtliche Pflicht zur rechtzeitigen Bekanntgabe der Auswahlentscheidung	262
3. Eindeutig definierte Verfahrensrechte	263
4. Kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsrechtsbehelfe in der Hauptsache als Regelfall der beamtenrechtlichen Konkurrentenverdrängungsklage	263
5. Übertragbarkeit der zum Beamtenrecht gezogenen Schlussfolgerungen auf andere Rechtsbereiche	264
II. Rechtspolitische Erwägungen	264
1. Wird der „neue Ansatz“ den übergreifenden Bedenken gerecht, die gegen das von der aktuellen Rechtsprechung entwickelte Rechtsschutzsystem bei beamtenrechtlichen Konkurrentenverdrängungsklagen vorgebracht werden?	264
a. Kritik in Literatur und Rechtsprechung	264
b. Bewertung	269
2. Rechtspolitische Handlungsmöglichkeiten	270
a. Kodifizierung der bestandskräftigen Auswahlentscheidung als Tatbestandsmerkmal der Ernennung	272
b. Kodifizierung des Gebots zur Verfahrensbeschleunigung	273
Fazit und wesentliche Ergebnisse in Thesen	276
Literaturverzeichnis	285
Sachverzeichnis	305