

chen Zuständigkeitsbereich tätig wird und insoweit auch auftritt, liegt keiner der o. g.<sup>38</sup> Ausnahmefälle vor. Weder die Begleitung des Ministers bei Parteiveranstaltungen und seine dortige Unterstützung noch die Vertretung des Ministers bei einer solchen Veranstaltung noch der selbständige Auftritt des Beamten (als Beamter) bei einem parteipolitischen Fachsymposium ist mit der Erfüllung seiner Dienstaufgaben notwendigerweise verbunden. Auch gebietet es der Grundsatz der Arbeitsteilung von Beamtentum und Demokratieprinzip nicht, dass ein Beamter in Parteiveranstaltungen seinen Sachverstand einbringt. Zudem ist offensichtlich der Grundsatz der parteipolitischen Neutralität in seiner Außenwirkung (forum externum) verletzt. Der Beamte tritt *als Beamter* im Rahmen einer Parteiveranstaltung auf. Das ist im Hinblick auf § 33 Abs. 1 Satz 1 BeamStG unter keinen Umständen zu rechtfertigen. Des Weiteren verbietet es der Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien, dass ein Beamter bei Parteiveranstaltungen einer bestimmten Partei, sei es als Unterstützung des Ministers, sei es in seiner Vertretung, sei es in sonstiger Weise, in Erscheinung tritt.

Anders liegt es indes bei den Fallgruppen (8), (9) und (10). Koalitionsverhandlungen und die Sitzungen von Koalitionsausschüssen sind zwar Veranstaltungen primär parteipolitischer Natur, sie befinden sich jedoch an der Schnittstelle zwischen Partei- und Regierungspolitik. Koalitionsverhandlungen und Koalitionsausschüsse sind stets maßgeblich auf die Festlegung der Regierungspolitik gerichtet. In Koalitionsvereinbarungen werden die künftige Regierungspolitik und damit auch die Tätigkeit der Ministerien inhaltlich (mindestens partiell) festgelegt. In Koalitionsausschüssen werden insoweit streitige Punkte geklärt und das im Koalitionsvertrag festgelegte Regierungsprogramm begleitet. Angesichts der unmittelbaren Bezogenheit auf die Regierungspolitik erscheint es gerechtfertigt, wenn Beamte insoweit zur Beratung und redaktionellen Unterstützung herangezogen werden. Insoweit greift maßgeblich der Aspekt der Unterstützungsfunktion des Berufsbeamtentums für den

politischen Prozess. Es dürfte im Interesse der Allgemeinheit liegen, wenn Beamte in (teilweise hektischen, unter inhaltlichem und zeitlichem Druck stehenden) Koalitionsverhandlungen anwesend sind und die dortigen Kompromisse auf fachliche (!) Realisierbarkeit prüfen und sodann in sachgerechte und fachkonforme Formulierungen gießen. Insoweit lassen sich Beratungstätigkeiten und redaktionelle Aktivitäten von Beamten in den entsprechenden Gremien rechtfertigen. Voraussetzung ist allerdings, dass die an solchen Veranstaltungen teilnehmenden Beamten nach außen hin strikt neutral auftreten, also sich nicht an den konkreten politischen Verhandlungen beteiligen, sondern im Hintergrund bleiben. Die Führung der Verhandlungen und das Inerscheintreten gegenüber den Medien und der Öffentlichkeit ist Sache der Parteipolitiker.

Es kann damit durchaus zum Bereich der Dienstaufgaben des Beamten gehören, fachliche Aufschreibungen für Koalitionsverhandlungen oder für Verhandlungen von Koalitionsausschüssen vorzubereiten, zur Realisierbarkeit von entsprechenden Forderungen Stellung zu nehmen und auch an entsprechenden Verhandlungen (freilich ohne eigenes Verhandlungsmandat) teilzunehmen. Diese Tätigkeiten dienen insoweit dem Gemeinwohl, als sie der Vorbereitung einer realistischen Regierungspolitik dienlich sind. Auch vor dem Hintergrund der Chancengleichheit der Parteien ist eine Teilnahme von Beamten an Veranstaltungen von Koalitionsausschüssen oder im Rahmen von Koalitionsverhandlungen vertretbar. Koalitionsverhandlungen finden typischerweise nach Abschluss von Wahlen statt und dienen der Vorbereitung der künftigen Regierungstätigkeit. Von diesem Rahmen sind die nicht an der Regierung beteiligten Parteien ohnehin ausgeschlossen, so dass diese – anders als bei der (stets unzulässigen) Teilnahme von Beamten an reinen Partei- oder gar Wahlkampfveranstaltungen – insoweit eigentlich nicht ungleich behandelt werden können.

38) S. bei 2.

## Die Konkurrentenklage im öffentlichen Dienst – eine unendliche Geschichte (Teil 2)

Universitätsprofessor Dr. iur. Hans-Werner Laubinger, M.C.L.

Fortsetzung aus ZBR 2010, S. 289ff.

### III. Die beamtenrechtliche Konkurrentenklage

#### 3. Der Konkurrentenstreit um (Beförderungs-) Dienstposten

Vor den Verwaltungsgerichten gestritten wird nicht nur über die Vergabe von Ämtern im statusrechtlichen Sinne, sondern auch über die Zuweisung von Dienstposten, insbesondere von sog. Beförderungsdienstposten<sup>1</sup>. Das hat seine Ursache in dem Verhältnis von Statusamt und Dienstposten.

##### a) Verhältnis von Statusamt und Dienstposten

Ein höheres statusrechtliches Amt wird in der Regel erst dann verliehen, wenn sich der Beamte auf einem Dienstposten, der dem höheren statusrechtlichen Amt zugeordnet oder ihm gleichwertig ist, bewährt hat<sup>2</sup>. Deshalb haben nach Beförde-

rung strebende Beamte ein Interesse daran, auf einem höherwertigen Dienstposten „erprobt“ zu werden, obwohl eine finanzielle Besserstellung damit nicht verbunden ist, weil sich die Dienstbezüge nach dem statusrechtlichen Amt richten, auf dem der Beamte (zunächst) verbleibt. Auch Dienstposten sind Ämter im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG. Bewerben sich mehrere Kandidaten um einen freien Beförderungsdienstposten, ist auch hier die Auswahl ausschließlich nach den in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien vorzunehmen.

1) Das sind Dienstposten, die eine konkrete Beförderungschance eröffnen: OVG NRW, Beschluss vom 6.5.2008 – 1 B 1786/07 – juris, Rn. 25.

2) So bestimmte § 22 Abs. 2 BBG, dass Beförderungen, die mit einer höherwertigen Funktion verbunden sind, eine mindestens sechsmonatige Erprobung voraussetzen. S. dazu auch Laubinger, VerwArch. 83 (1992), S. 246 ff., 266 f.

Das gilt der inzwischen einhelligen Judikatur zufolge allerdings nicht stets. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG<sup>3</sup> haben Interessenten für einen Dienstposten, auf den sie ohne Statusänderung umgesetzt oder versetzt werden wollen, grundsätzlich keinen Anspruch auf eine Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Denn aus der Organisationsfreiheit des Dienstherrn folge sein Recht, zwischen Umsetzung, Versetzung und Beförderung zu wählen. Hiervon macht das Gericht allerdings eine Ausnahme für den Fall, dass sich der Dienstherr dafür entscheidet, in die Auswahl auch Umsetzungs- und Versetzungsbewerber unterschiedslos einzubeziehen. Dies habe zur Folge, dass der Dienstherr nicht nur die Beförderungsbewerber, sondern auch die Versetzungsbewerber in das an den Maßstäben des Art. 33 Abs. 2 GG auszurichtende Auswahlverfahren einzubeziehen hat.

Demgegenüber vertrat das BAG in seinem Urteil vom 5. 11. 2002<sup>4</sup> zunächst die Ansicht, bei der Auswahlentscheidung dürften die in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien Eignung, Leistung und Befähigung nicht deshalb unberücksichtigt werden, weil die Besetzung des Dienstpostens für den Kläger nur zu einer Versetzung und nicht zu einer Beförderung mit Höhergruppierung führen würde. Es gebe keinen sachlich rechtfertigenden Grund, Versetzungsbewerber zu benachteiligen. Diese Auffassung hat das BAG jedoch in seinem Urteil vom 23. 1. 2007<sup>5</sup> unter Berufung auf die zitierte Entscheidung des BVerwG aufgegeben, ohne seinen Sinneswandel zu begründen. Dem hat sich inzwischen auch das BVerfG<sup>6</sup> angeschlossen.

Diese Ansicht<sup>7</sup> vermag nicht zu überzeugen. Zu den Ämtern im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG zählen sowohl die Statusämter und Dienstposten von Beamten als auch die Stellen von Beschäftigten (Angestellten und Arbeitern). Der Dienstherr mag befugt sein, kraft seiner Organisationsgewalt festzulegen, dass ein bestimmtes Amt nur im Wege der Umsetzung oder Versetzung besetzt werden soll; schon das erscheint nicht ganz unproblematisch. Aber auch in einem solchen Fall ist die Auswahl unter den Umsetzungs- und Versetzungsbewerbern anhand der in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien vorzunehmen. Es kann nicht im Belieben des Dienstherrn stehen, ob er Art. 33 Abs. 2 GG anwenden will oder nicht<sup>8</sup>.

## b) Rechtsschutz des unterlegenen Bewerbers um einen Dienstposten

Bewerben sich um einen Dienstposten mehrere Personen, geht auch dessen Vergabe ein Auswahlverfahren voraus, das mit einer Auswahlentscheidung abschließt, die den Bewerbern mitgeteilt werden muss<sup>9</sup>. Auch hier stellt sich die Frage, welche Rechtsbehelfe dem unterlegenen Konkurrenten zu Gebote stehen<sup>10</sup>. Ihre Beantwortung hängt davon ab, wie die Dienstpostenübertragung rechtlich zu qualifizieren ist.

### aa) Rechtsnatur und Aufhebbarkeit der Dienstpostenübertragung

Im Gegensatz zu einem Statusamt wird der Dienstposten nicht durch Verwaltungsakt<sup>11</sup> und schon gar nicht durch Ernennung übertragen. Denn die Zuweisung eines Dienstpostens besteht in der Übertragung eines Komplexes dienstlicher Aufgaben, und eine solche Maßnahme betrifft den Beamten nicht in seiner Eigenschaft als Person, als Bürger, sondern in seiner Eigenschaft als Amtswalter. Die Übertragung eines Dienstpostens und ebenso deren actus contrarius, der Entzug eines Dienstpostens, sind demzufolge nicht auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen im Sinne von § 35 Satz 1 VwVfG gerichtet. Diese Maßnahmen sind Realakte<sup>12</sup>, innerdienstliche Maßnahmen.

Daraus folgt, dass für die Nichtigkeit und die Rücknehmbarkeit der Dienstpostenübertragung weder die einschlägigen Bestimmungen für Ernennungen (§§ 13, 14 BBG, §§ 11, 12 BeamStG) noch die Vorschriften über die Nichtigkeit und Aufhebbarkeit von Verwaltungsakten (§§ 44, 48 – 50 VwVfG) gelten. Beide Maßnahmen sind aus jedem sachlichen Grund zulässig. Verstößt die Dienstpostenübertragung gegen Art. 33 Abs. 2 GG, wird die Behörde in der Regel verpflichtet sein, sie aufzuheben. Dem kann in Ausnahmefällen allerdings die Fürsorgepflicht entgegenstehen, die der Dienstherr dem betroffenen Beamten schuldet.

### bb) Rechtsschutz nach Übertragung des Dienstpostens auf den ausgewählten Bewerber

Da die Dienstpostenübertragung kein Verwaltungsakt ist, kann der im Auswahlverfahren unterlegene Bewerber nicht mittels der Anfechtungsklage gegen sie vorgehen. In Betracht kommt dagegen eine allgemeine Leistungsklage mit dem Antrag, den Dienstherrn zu verpflichten, die Zuweisung des Beförderungsdienstpostens an den Konkurrenten rückgängig zu machen (aufzuheben) und den Dienstposten dem Kläger zu übertragen<sup>13</sup>. Mit Rücksicht darauf, dass dem Dienstherrn auch bei der Vergabe von Dienstposten ein Ermessens- und ein Beurteilungsspielraum zusteht, bescheiden sich die übergangenen Bewerber regelmäßig mit dem Antrag, den Dienstherrn zu verpflichten, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut über die Bewerbung des Klägers um den Dienstposten zu entscheiden<sup>14</sup>. Einer solchen Klage vorausgehen muss allerdings ein Widerspruchsverfahren, das § 116 Abs. 2 Satz 1 BBG und § 54 Abs. 2 Satz 1 BeamStG auch für solche Klagen eines Beamten verlangen, die weder Anfechtungs- noch Verpflichtungsklagen sind.

### cc) Rechtsschutz vor Übertragung des Dienstpostens auf den ausgewählten Bewerber

In Betracht kommt insoweit eine Klage auf Unterlassung der Übertragung des Dienstpostens auf den ausgewählten Bewerber. Sie stößt insofern auf Bedenken, als der Bürger grundsätz-

- 3) Zusammenfassend BVerwG, Urteil vom 25.11.2004, BVerwGE 122, 237 ff., 239 f.
- 4) BAGE 103, 212 ff., 216 = ZBR 2004, S. 271 ff. Zustimmend LAG Düsseldorf, Urteil vom 7.5.2004 – 18 (14) Sa 164/04 – juris, Rn. 50.
- 5) BAGE 121, 67 ff., 77, Rn. 40 = MDR 2007, S. 1025 ff.
- 6) BVerfG, Beschluss vom 28.11.2007, NJW 2008, S. 909 f.
- 7) Ihr stimmen zu *Schöbener*, BayVBl. 2001, S. 321 ff., 331; *Lemhöfer*, RiA 2004, S. 1 ff., 5 f.; *Günther*, RiA 2005, S. 279 ff.; *Battis*, BBG, 4. Aufl., München 2009, Art. 33 Rn. 26; *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, 55. Lfg./Mai 2009, Art. 33 Rn. 36.
- 8) Wohl auch *Bürger*, ZBR 2003, S. 267 ff., 273.
- 9) Das BVerwG (Urteil vom 9.3.1989, Buchholz 232 § 23 BBG Nr. 36 = ZBR 1990, S. 79 f.) sah die Mitteilung, dass der Konkurrent bei der Vergabe des Beförderungsdienstpostens nicht zum Zuge kommen soll, als Verwaltungsakt an und verwies ihn auf die Verpflichtungs- bzw. die Bescheidungsklage. Wie bereits dargelegt, enthält die Mitteilung keine Regelung und ist demzufolge kein Verwaltungsakt.
- 10) Zum Rechtsschutz des übergangenen Bewerbers um einen Beförderungsdienstposten s. auch *Günther*, DÖD 1984, S. 161 ff.; *ders.* ZBR 1990, S. 284 ff.; *Wörz*, ZBR 1988, S. 16 ff.; *Bracher*, ZBR 1989, S. 139 ff.
- 11) Zutreffend VG Ansbach, Beschluss vom 23.6.2009 – AN 1 E 09.00660 – juris, Rn. 139 f. Das ist allerdings umstritten; vgl. *Wörz* (Fn. 10), S. 16 ff.
- 12) So schon *Günther* (Fn. 10), S. 161 ff., 163: „Realakt mit Drittwirkung“.
- 13) *Bürger* (Fn. 8), S. 267 ff., 271. Formulierungsvorschläge für Anträge bei *Peter*, JuS 1992, S. 1042 ff., 1047 f.
- 14) *Günther* (Fn. 10), S. 161 ff., 163: Leistungsklage auf erneute Entscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts.