



schaftlichen Einflussnahmen. Es wird sich zeigen, ob das bestehende System der prüfungslosen Qualifizierung und der neuen Auswahlverfahren diesen Anforderungen gerecht wird, oder ob die Fortentwicklungsklausel des Art. 33 Abs. 5 GG in-

sofern einen neuen Sinngehalt erfährt, als durch den prüfungsfreien Aufstieg die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums nicht **fortentwickelt**, sondern **„fort entwickelt“** werden.

## Ernennung zum Beamten und Rechtsformmissbrauch – Drei Muster aus Geschichte und Gegenwart –

Dr. Hellmuth Günther

*Die Beamtengesetze regeln Tatbestand und Rechtsfolge von Ernennungsdefiziten durch Normen zur Nichtigkeit, zur Rücknehmbarkeit der Ernennung tendenziell abschließend. Jedoch gibt es eine Gruppe von Ernennungsfehlern, die Nicht-Ernennung bedingen. Das Feld der Nicht-Ernennung ist aktuell wieder justizerheblich und im Schrifttum teilweise problematisiert worden. Der Aufsatz erörtert an Hand dreier politisch brisant gewesener Fälle (zweier zeitgenössischer sowie eines historischen Sachverhalts) die Frage, wann eine Formalernennung vorliegt, ob sie und/oder eine missbräuchliche Ernennungsmaßgabe Varianten der Nicht-Ernennung darstellen.*

### I. Einführung

Seit langem besteht Konsens, dass Klarheit darüber herrschen muss, ob ein öffentlich-rechtliches Treueverhältnis zwischen Dienstherrn und Bedienstetem (Art. 33 Abs. 4 GG, §§ 3 Abs. 1 BeamtStG, 4 BBG) entstanden ist,<sup>1</sup> und, wenn es fehlerhaft entstanden ist, ob das Manko so erheblich erscheint, dass daraus Konsequenzen gezogen werden müssen. Dem entsprechenden Interesse hat der Normgeber weithin Rechnung getragen.

Zur Begründung des Beamtenverhältnisses ist wirksame Ernennung nötig (§§ 8 Abs. 1 Nr. 1 BeamtStG, 10 Abs. 1 Nr. 1 BBG). Formell bedingt die Ernennung das Aushändigen einer Ernennungsurkunde, einer Urkunde normativ festgelegten Inhalts; es herrscht das sog. Urkundsprinzip (§§ 8 Abs. 2 BeamtStG, 10 Abs. 2 BBG). Materiell dürfen der Ernennung bestimmte Defizite nicht anhaften; fixiert sind Alternativen der Nichtigkeit wie der Rücknehmbarkeit der Ernennung (§§ 11, 12 BeamtStG, 13, 14 BBG). Der Sachkontext ergibt aber: es existieren letztlich vier „Folgegruppen“ von Fehlern, und zwar neben den Gruppen von Fehlern mit Nichtigkeits-, Rücknehmbarkeitseffekt sowie der Gruppe von „Fehler(n) ohne Auswirkungen“ noch die Variante besonders gravierender Fehler, welche zur Nicht-Ernennung führen.<sup>2</sup> Man hat diese auch eine „im Tatbestand nicht vollendete Ernennung“ genannt.<sup>3</sup>

Die Kataloge der Nichtigkeits- bzw. Rücknahmegründe machen inzident, durch Gegensatz, zum Beispiel deutlich, dass Irrtümer des Dienstherrn über Qualifikationen eines Bewerbers die Ernennung grundsätzlich ebenso wenig tangieren wie das Verletzen der Zugangskriterien Eignung, Befähigung, fachliche Leistung bei Auswahl unter Bewerbern (ein Rechtsprinzip, das mittelbar die Tragweite von Konkurrentenklagen begrenzt).<sup>4</sup> Insgesamt gesehen sind die Kataloge auf Belange der Exekutive hin orientiert; ihre Begrenzung, ihr enumerativer Charakter, erhellen, dass sie wenigstens grundsätzlich nicht zu Lasten von Beamten ergänzt werden können.

Jene Kataloge stellen zugleich einen der Belege für die Figur Nicht-Ernennung dar, die den Alternativen nichtige und rück-

nehmbare Ernennung quasi vorgelagert ist (sind doch Nicht-Ernennungen nicht einmal nur nichtig oder wirksam, aber rücknehmbar). – Denn: wenn bestimmte Willensmängel des Dienstherrn relevant sind (§§ 12 Abs. 1 Nr. 1 BeamtStG, 14 Abs. 1 Nr. 1 BBG), muss das schon nach der Anlage des öffentlich-rechtlichen Treueverhältnisses entsprechend bei Willensdefiziten des Beamten gelten; weil der Betreffende, anders als der Dienstherr, die Ernennung jedoch nicht durch Rücknahme korrigieren, sondern nur sein Einverständnis mit der Ernennung anfechten kann<sup>5</sup> und eine Spezialnorm zu Konsequenzen des Wegfalls solchen Ernennungssentials fehlt, ist eben die Figur Nicht-Ernennung als adäquate Lösung geboten. – Das Feld der Nicht-Ernennung ist allerdings breiter. Dies belegen exemplarisch etwa Essentials des Urkundsprinzips und der numerus clausus der Beamtenverhältnisse (§§ 4ff BeamtStG, 6 BBG), die gewahrt sein müssen, damit überhaupt von Ernennung die Rede sein kann.

Hier sollen Formalernennungen und missbräuchliche Ernennungszusätze als hypothetische Versionen einer Nicht-Ernennung diskutiert werden. Den Anlass wie den Gegenstand der Untersuchung bilden die phasenweise Praxis des Landes Brandenburg, mittels einer Maßgabe der Ernennungsurkunde Einstellungszwangsteilzeit von Lehrern durchzusetzen, möglicherweise<sup>6</sup> eine Art „Teilzeitbeamtenverhältnis“ zu etablieren (III), und die Usance der Bundesagentur für Arbeit, der Sache nach eine bloße Hülse von Beamtenverhältnis zu schaffen (II 3), um damit Führungskräften zu einer illegitimen Versorgungsanwartschaft zu verhelfen. Vorangestellt wird zwecks Abgrenzung gegenüber altem Recht ein Fall der „Scheinernennung“<sup>7</sup> aus der Endphase der Weimarer Republik, nämlich die Ernennung Hitlers zum Regierungsrat des Landes Braunschweig, welche dazu diente, ihm die deutsche Staatsangehörigkeit, das passive Wahl-

1) Prägnant: *Summer*, in: Weiß/Niedermaier/Summer/Zängl, *Beamtenrecht in Bayern*, § 8 BeamtStG, Rn. 2.

2) *Summer*, ZBR 2006, S. 256.

3) *Summer* (Fn. 1), § 8 BeamtStG, Rn. 26.

4) Die Regelung erhellet der Sache nach, dass gegebenenfalls nicht nur die Korrektur der Ernennung durch den Dienstherrn gesperrt ist, sondern auch die durch die Verwaltungsgerichte. Vgl. jüngst BVerwG, ZBR 2011, 91 (Rn. 27, 30); *Günther*, ZBR 1979, S. 93 (108 f.) und 1983, S. 45 (51 f.) und 1990, S. 284 (290 f.) sowie RIA 2011, S. 49 ff. Bekanntlich sehr strittig. A. A. zuletzt *Laubinger*, ZBR 2010, S. 289 (293 f.).

5) Grundsätzlich zur Frage der Anfechtbarkeit der öffentlich-rechtlichen Willenserklärung/des Einverständnisses: *de Wall*, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, 1999, S. 171 ff.

6) Interpretationsdifferenz zwischen dem OVG Berlin-Brandenburg, ZBR 2006, 253 (254) und dem BVerwG, Urteil vom 17.6.2010 – 2 C 86.08 = ZBR 2011, 197, Rn. 14 f. S. den Text zu III 2 a). Das Urteil des BVerwG hat *Szalai*, DVBl. 2010, S. 1166 ff. besprochen.

7) So. *W. Jellinek*, RVerwBl/PrVBl 1932, S. 121 ff.

