

# Rechtsstruktur und Gestaltung von Konkurrentenstreitigkeiten um die Vergabe öffentlicher Ämter\*

Dr. Markus Kennntner

*Die Debatte um die systematische Einordnung und die richtige Ausgestaltung des Konkurrentenstreits im öffentlichen Dienstrecht ist auch nach der Grundsatzentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2010 nicht zur Ruhe gekommen. Der Beitrag nimmt zu den aufgeworfenen Fragen aus Sicht der Praxis Stellung und zeigt Ansätze für eine funktionellere Handhabung der gerichtlichen Verfahren auf.*

## I. Einleitung

Das gegenwärtige System des beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahrens ist unbefriedigend. Es beeinträchtigt die Funktionsfähigkeit der Verwaltung (oder Gerichtsbarkeit) nicht nur bei kleinen Behörden, wenn ausgeschriebene Ämter teilweise jahrelang nicht besetzt werden können. Dies gilt insbesondere deshalb, weil nach bisheriger Rechtsprechung bereits die Übertragung des Funktionsamts, also die Vergabe des höherwertigen Dienstpostens, während des Laufs des gerichtlichen Verfahrens – und im Falle einer einstweiligen Anordnung auch darüber hinaus – zu unterbleiben hat. Auch die Situation der unterlegenen Bewerber stellt sich als misslich dar. Selbst wenn nach einem gerichtlichen Verfahren in zwei Instanzen und einer sich ggf. anschließenden Verfassungsbeschwerde die Aufhebung einer getroffenen Auswahlentscheidung erreicht worden ist, folgt hieraus kein unmittelbarer Vorteil im nachfolgenden Auswahlverfahren. Vielfach haben sich infolge des Zeitablaufs überdies das Bewerberfeld und die Beurteilungslage verändert. In der Literatur ist das System des beamtenrechtlichen Konkurrentenstreits daher als „nachhinkender Entwicklungsstand“ im Hinblick auf die Nachwirkung der Figur des besonderen Gewaltverhältnisses charakterisiert worden.<sup>1</sup>

Zur Abhilfe dieser Missstände ist primär der Gesetzgeber beauftragt. Dieser hält sich bei der Normierung des dienstrechtlichen Konkurrentenstreits indes bedeckt. Es ist daher Aufgabe der Gerichte, das bestehende Rechtsschutzsystem auf mögliche Nachführungen zu überdenken.<sup>2</sup>

Ansätze hierzu bestehen im Hinblick auf die rechtliche Einordnung der Auswahlentscheidung und damit die Bestimmung des Gegenstands eines dienstrechtlichen Konkurrentenstreits (II.), die Reichweite des Grundsatzes der Ämterstabilität (III.), die Trennung von Status- und Funktionsamt im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes (IV.) sowie die Annahme einer Folgenbeseitigungslast im nachgelagerten Sekundärrechtsschutzverfahren (V.).

## II. Gegenstand des dienstrechtlichen Konkurrentenstreits

### 1. Statusamtsbezug

Auswahlverfahren um die Vergabe öffentlicher Ämter im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG sind auf Statusämter bezogen.<sup>3</sup> Dieser Ausgangspunkt war und ist Allgemeingut der beamtenrechtlichen Dogmatik.<sup>4</sup>

Die Vergabe von Funktionsämtern, also die konkrete Zuweisung der in einem Dienstposten zusammengefassten Aufga-

benbereiche, nimmt der Dienstherr in Ausübung seiner Organisationsgewalt vor.<sup>5</sup> Als innerbehördliche Organisationsmaßnahme entfaltet die Umsetzung bereits keine Außenwirkung.<sup>6</sup> Bei der Vergabe eines Dienstpostens ist der Dienstherr daher nicht an die Maßstäbe des Art. 33 Abs. 2 GG gebunden.<sup>7</sup> Anderes gilt nur dann, wenn durch die Besetzung eines (höherwertigen) Dienstpostens die Voraussetzungen für die Vergabe eines statusrechtlichen Amtes vermittelt oder die nachfolgende Auswahlentscheidung vorweggenommen oder vorbestimmt wird, die Vergabe des Dienstpostens materiell also bereits Vorwirkungen auf die Auswahlentscheidung des Statusamts entfaltet.<sup>8</sup>

Die Zugangskriterien aus Art. 33 Abs. 2 GG sind damit auf ein Verfahren bezogen, das auf die Vergabe eines öffentlichen Statusamts gerichtet ist (oder in Vorwirkungsfällen Auswirkungen hierauf entfaltet). Bezugspunkt und Abschluss ist der Verwaltungsakt, mit dem die Vergabe rechtswirksam erfolgt. Dies ist die Ernennung. Durch sie wird der Ernannte Inhaber des verliehenen Amtes mit den hieraus folgenden Rechten und Pflichten.<sup>9</sup> Die Einweisung in eine Planstelle vollzieht die Ernennung in haushaltsrechtlicher Hinsicht.<sup>10</sup>

\*) Der Beitrag begleitet und vertieft das Referat des Verfassers auf dem 18. Deutschen Verwaltungsgerichtstag am 2. Juni 2016 in Hamburg. Er ist Bundesverfassungsrichter Prof. Herbert Landau zum Ausscheiden aus dem Amt gewidmet.

- 1) *Schoch*, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, 1988, S. 676; anschaulich hierzu *Günther*, ZBR 1983, S. 45.
- 2) Gerichte sprechen durch ihre Entscheidungen; im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes, in dem Konkurrentenverfahren regelmäßig stattfinden, ist dies für das Bundesverwaltungsgericht indes nur eingeschränkt möglich (vgl. § 152 Abs. 1 VwGO). Eine wissenschaftliche Stellungnahme erscheint daher erlaubt und angezeigt. Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung des Verfassers wieder. RinVG Alexandra Ott, derzeit wissenschaftliche Mitarbeiterin am Bundesverwaltungsgericht, bin ich für wesentliche Anregungen und Hinweise dankbar.
- 3) BVerwG, Beschluss vom 20.6.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20, Rn. 19 und 28 ff.
- 4) Ausdrücklich etwa BVerwG, Urteil vom 4.11.2010 – 2 C 16.09 – BVerwGE 138, 102, Rn. 20; auch in den älteren Entscheidungen wird stets auf das Problem der Erledigung durch „Ernennung“ – und damit Statusamtsvergabe – Bezug genommen, vgl. etwa Urteil vom 25.8.1988 – 2 C 62.85 – BVerwGE 80, 127 (130). Vgl. für die Literatur beispielhaft bereits *Isensee*, in: Festgabe 25 Jahre BVerwG, 1978, S. 337 (343); a. A. aber offenbar *von Roetteken*, ZBR 2012, S. 230 (231).
- 5) BVerwG, Urteil vom 28.11.1991 – 2 C 41.89 – BVerwGE 89, 199 (200 f.).
- 6) BVerwG, Urteile vom 22.5.1980 – 2 C 30.78 – BVerwGE 60, 144 (146) und vom 27.11.2014 – 2 C 24.13 – BVerwGE 150, 366, Rn. 17.
- 7) BVerfG, Urteil vom 8.2.1977 – 1 BvR 79/70 u. a. – BVerfGE 43, 242 (277), Kammerbeschluss vom 30.1.2008 – 2 BvR 754/07 – NVwZ 2008, 547, Rn. 14; BVerwG, Urteil vom 19.11.2015 – 2 A 6.13 – Rn. 20.
- 8) BVerwG, Beschluss vom 20.6.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20, Rn. 14.
- 9) Vgl. BVerwG, Urteile vom 4.11.2010 – 2 C 16.09 – BVerwGE 138, 102, Rn. 17 ff. und vom 23.4.2015 – 2 C 35.13 – BVerwGE 152, 68, Rn. 10.
- 10) Zutreffend bereits *Solte*, NJW 1980, S. 1027 (1030, Fn. 32).