

Gegen eine solche Übertragung der Rechtsfolge auf Beamtenverhältnisse spricht allerdings neben der reinen Wortlautinterpretation auch die Tatsache, dass der Gesetzgeber – wollte er eine solche Rechtsfolge für Entlassungen statuieren – dies unmissverständlich zum Ausdruck hätte bringen müssen. Unterbleibt die erforderliche Anhörung und wird sie auch nicht in einer dem § 178 Abs. 2 S. 2 SGB IX genügenden Weise nachgeholt, ist die Entlassungsverfügung damit (nur) rechtswidrig und nicht nichtig. Wie bei der unterbliebenen oder fehlerhaften Beteiligung der Personalvertretung ist eine ohne die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung verfügte Entlassung bei fristgerechter Anfechtung durch den betroffenen Beamten aufzuheben. Im Übrigen steht es dem schwerbehinderten Beamten aber frei, ob er eine Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung anstrebt oder nicht.

### IX. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Bei der Entlassung kraft Gesetzes ist der Erlass eines feststellenden Verwaltungsakts erforderlich. Der Beamte kann mit der Anfechtungsklage dagegen vorgehen.
2. Eine Entlassung ist gem. § 44 Abs. 1 VwVfG nichtig, wenn die erlassende Behörde absolut unzuständig ist. Absolute Unzuständigkeit liegt vor, wenn eine Behörde weder Ernennungsbehörde ist, noch nach Maßgabe des jeweiligen Beamtenrechts zur Ernennungsbehörde bestimmt werden könnte.
3. Es besteht weder ein sachliches Bedürfnis, die Anhörungspflicht des § 28 VwVfG im Entlassungsverfahren gegenüber dem allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht auszudehnen, noch die Anhörung einzuschränken.
4. Die Anhörung ist auch dann durchzuführen, wenn ein gesetzlich zwingender Entlassungsgrund vorliegt und/oder bei unstreitigem Sachverhalt ein an sich bestehendes Ermessen auf null reduziert ist. Hat der Beamte von der nach dem jeweiligen Beamtenrecht bestehenden Möglichkeit der Einlegung eines Widerspruchs Gebrauch gemacht, so kann der Dienstherr von einer faktischen Anhörung ausgehen.
5. Entlassungsverfügungen sind zuzustellen. Voraussetzung für die Heilung einer fehlerhaften Bekanntgabe ist, dass die Behörde von einer der ihr möglichen Zustellungsarten Gebrauch gemacht hat.
6. Eine Versetzung unterbricht die für eine Entlassungsfrist maßgebliche Beschäftigungszeit nur, wenn das jeweilige Beamtengesetz hierzu eine spezielle Regelung trifft. Durch Mutterschutz, Elternzeit oder Sonderurlaub unter Fortzahlung der Bezüge wird die Beschäftigungszeit nicht unterbrochen. Die gesetzlichen Regelungen gehen von einer Unterbrechung und nicht nur von einer Hemmung aus, weshalb die Beschäftigung nach Wegfall eines Hindernisses neu zu laufen beginnt.
7. Die Entlassung ist bedingungsfeindlich. Von einer unzulässigen Bedingung kann bei gleichzeitiger Berufung auf mehrere Entlassungstatbestände in der Regel dann nicht ausgegangen werden, wenn der Wille des Dienstherrn, das Beamtenverhältnis zu beenden, nach außen hin zweifelsfrei erkennbar ist.
8. Ein Nachschieben von Gründen ist nur dann möglich, wenn die ursprüngliche Entlassung nicht in ihrem Wesen verändert wird.
9. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist rechtmäßig, wenn dem Dienstherrn und der Öffentlichkeit ein Verbleib im Beamtenverhältnis nicht zumutbar ist. Dabei können fiskalische Erwägungen ergänzend zur Begründung herangezogen werden.
10. Eine Beteiligung der Personal- und Schwerbehindertenvertretung ist auch dann erforderlich, wenn die Entlassung nicht aus Ermessensgründen erfolgt. Der Beamte ist auf sein Antragsrecht hinzuweisen.

## Die beamtenrechtliche Auswahlentscheidung – ein Verwaltungsakt?!\*

Dr. Moritz Weckmann

*Der Beitrag beleuchtet die Rechtsnatur der beamtenrechtlichen Auswahlentscheidung als einheitlicher Verwaltungsakt und zeigt ihre Bedeutung für Verwaltungsverfahren und Rechtsschutz auf. Ein verändertes Rechtsschutzkonzept – das Abwarten einer bestandskräftigen Auswahlentscheidung als Tatbestandsvoraussetzung wirksamer*

*Ernennungen – würde bislang bestehende Nachteile für den Bewerberrechtsschutz und für die Funktionsfähigkeit der Verwaltung weitgehend vermeiden.*

### I. Einleitung

Die „Konkurrentenklage“, genauer: die „Konkurrentenverdrängungsklage“, ist ein „Dauerbrenner“ in der verwaltungsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung. Bekanntermaßen geht es um den Fall, dass der Kläger bei einem Streit um begrenzte staatlich regulierte Ressourcen – hier: Statusämter und Dienstposten im Beamtenrecht – einen erfolgreichen Konkurrenten aus dessen Position verdrängen muss, um selbst Zugang zu erhalten.<sup>1</sup>

Neben dem Beamtenrecht als Hauptanwendungsfall<sup>2</sup> trifft man auf diese Klageform auch in anderen Rechtsbereichen. Beispiele

\* Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Verfassers wieder. Er umfasst wesentliche Erkenntnisse seiner Dissertation „Die Rolle staatlicher Auswahlentscheidungen im Rechtsschutzsystem der ‚Konkurrentenverdrängungsklage‘ am Beispiel des Beamtenrechts“.

1) BVerfG, Beschluss vom 2.10.2007 – 2 BvR 2457/04 – ZBR 2008, 164; BVerwG, Urteil vom 4.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102 ff. = ZBR 2011, 91.  
2) Weckmann, Die Rolle staatlicher Auswahlentscheidungen im Rechtsschutzsystem der „Konkurrentenverdrängungsklage“ am Beispiel des Beamtenrechts, 2019, S. 35.

sind der Streit um staatlich regulierte Berufe,<sup>3</sup> Vergaben im Wirtschaftsverwaltungsrecht<sup>4</sup> sowie außerhalb des öffentlichen Rechts die arbeitsrechtliche Konkurrentenklage<sup>5</sup> oder das zivilrechtlich ausgestaltete Vergaberecht,<sup>6</sup> das den Konkurrentenrechtsschutz im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) als einziges Rechtsgebiet gesetzlich geregelt hat.

Der materiell- und prozessrechtliche Umgang mit der beamtenrechtlichen Konkurrentenverdrängungsklage ist seit jeher umstritten und bis heute von einem steten Wandel geprägt.<sup>7</sup> Aufgrund überschaubarer gesetzlicher Vorgaben besitzen die Gerichte einen erheblichen Ausgestaltungsspielraum.

Aktuell gilt für den Rechtsschutz bei der Übertragung beamtenrechtlicher Statusämter Folgendes:

1. Im Regelfall verhindert der Grundsatz der „Ämterstabilität“, dass formal wirksame Ernennungen rückgängig gemacht werden können.<sup>8</sup> Bereits seit den 90'er Jahren verlangt die höchstgerichtliche Rechtsprechung vor diesem Hintergrund, dass abgelehnte Bewerber so rechtzeitig über eine bevorstehende Ernennung des erfolgreichen Konkurrenten informiert werden, dass sie gegebenenfalls wirksamen Eilrechtsschutz in Anspruch nehmen können. Die Rechtsprechung sichert Bewerbern auf diese Weise „Grundrechtsschutz durch Verfahren“<sup>9</sup>, um rechtswidrige Eingriffe in ihre durch das Rechtsschutz- sowie das Leistungsprinzip verfassungsrechtlich garantierten Bewerberrechte zu verhindern.<sup>10</sup> In der Folge verlagert sich der Hauptsacherechtsschutz in das einstweilige Verfahren, das dadurch seinen „summarischen Charakter“ einbüßt: Nach der Konzeption des Bundesverwaltungsgerichts müssen Prüfmaßstab und Tiefe in diesen Fällen einem Hauptsacheverfahren entsprechen.<sup>11</sup> Abweichendes gilt ausnahmsweise bei einer vorwerfaren Rechtsschutzvereitelung durch die Behörde. Nachdem das Bundesverwaltungsgericht in diesem Zusammenhang zunächst angenommen hatte, es müsse eine zusätzliche Planstelle geschaffen werden,<sup>12</sup> hat es den Rechtsschutz in seinem Urteil vom 4. November 2010 vollkommen neu aufgestellt und lässt seitdem eine Anfechtung der Ernennung des erfolgreichen Konkurrenten zu.<sup>13</sup>

Statthafte Verpflichtungsklagen abgelehnter Bewerber richten sich dementsprechend in der Hauptsache auf unmittelbare Ernennung<sup>14</sup> beziehungsweise darauf, ein erneutes Auswahlverfahren durchzuführen.<sup>15</sup> Überlagert wird das Hauptsacheverfahren dann in aller Regel durch den einstweiligen Rechtsschutz, über den unterlegene Bewerber versuchen können, die Ernennung des Konkurrenten bis zu einer erneuten Auswahlentscheidung zu verhindern.<sup>16</sup>

2. In Bezug auf Konkurrentenverdrängungsklagen bei der Vergabe von Dienstposten greift der Grundsatz der Ämterstabilität dagegen nicht. Die nach derzeitiger Rechtsprechung zum Konkurrentenrechtsschutz gebotene allgemeine Leistungsklage richtet sich in der Hauptsache auf Übertragung des Dienstpostens beziehungsweise auf erneute Entscheidung.<sup>17</sup> Bewerber können zudem versuchen, die Dienstpostenbesetzung im einstweiligen Rechtsschutz zu verhindern oder rückgängig zu machen.<sup>18</sup> Ein solches Vorgehen setzt einen drohenden Bewährungsvorsprung des Konkurrenten voraus<sup>19</sup> beziehungsweise, dass dieser nach Übertragung eines Beförderungsdienstpostens unmittelbar ohne erneutes Auswahlverfahren ernannt werden könnte.<sup>20</sup> Hinsichtlich der gerichtlichen Kontrolle bleibt es in solchen Fällen bei einer summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache.<sup>21</sup>

3. Ein Vergleich der unterschiedlichen Erscheinungsformen von Konkurrentenverdrängungsstreitigkeiten zeigt, dass sich ihre grundlegenden Strukturen rechtsübergreifend ähneln.<sup>22</sup> Das Beamtenrecht kann daher als „Blaupause“ für den Umgang mit der-

artigen Streitigkeiten dienen. Wie der Hauptunterschied zwischen Statusamts- und Dienstpostenkonkurrenz zeigt, setzt das maßgebliche Einordnungskriterium bei den subjektiven Bewerberrechten an.<sup>23</sup> Lassen sich materielle Aufhebungsansprüche, wie bei der Dienstpostenkonkurrenz, dauerhaft im Rahmen des Primärrechtsschutzes durchsetzen, bleiben ein umfassender Hauptsacherechtsschutz möglich und der summarische Charakter des einstweiligen Rechtsschutzes erhalten. Die Bekanntgabe der Auswahlentscheidung fällt in diesen Fällen in der Regel mit der Bekanntgabe der nachfolgenden Umsetzungsentscheidung zusammen<sup>24</sup> – hier: der Besetzung des Dienstpostens. Erst wenn materielle Aufhebungsansprüche und ein entsprechender Primärrechtsschutz, wie bei beamtenrechtlichen Ernennungen, ab einem bestimmten Zeitpunkt ausgeschlossen sind, müssen abgelehnte Bewerber bereits vorab über das Ergebnis der behördlichen Auswahlentscheidung informiert werden.<sup>25</sup> Die Auswahlentscheidung erhält dadurch eine selbstständige Bedeutung.

4. In seinem Grundsatzurteil vom 4. November 2010 hat sich das Bundesverwaltungsgericht erstmals vertieft mit der Rechtsnatur der Auswahlentscheidung befasst.<sup>26</sup> Seine Aussagen haben in Teilen der Rechtsprechung und Literatur zu der Annahme geführt, die Auswahlentscheidung sei ein Verwaltungsakt: das Bundesverwaltungsgericht kommt in seinem Urteil zu dem Schluss, die

- 3) Bestellung zum Notar BVerfG, Beschluss vom 29.3.2006 – 1 BvR 133/06 – NJW 2006, 2395; Bestellung von Bezirksschornsteinfegermeistern BayVG, Urteil vom 22.12.2011 – 22 B 11.1139 – VGHE BY 64, 283; Zulassung als Kassenarzt BSG, Urteil vom 11.12.2013 – B 6 KA 49/12 R – BSGE 115, 57.
- 4) Vergabe von Marktveranstaltungen OVG Bln-Bbg, Beschluss vom 30.11.2010 – OVG 1 S 107.10 – NVwZ-RR 2011, 293; Vergabe von Linienverkehrsgenehmigungen BVerwG, Urteil vom 6.10.2000 – 3 C 6/99 – DVBl 2000, 1614; Vergabe von Bodenabfertigungsdienstleistungen auf Flughäfen OVG NRW, Urteil vom 17.6.2016 – 20 D 95/13.AK – NZBau 2017, 56.
- 5) BAG, Urteil vom 2.12.1997 – 9 AZR 668/96 – BAGE 87, 171.
- 6) BVerwG, Beschluss vom 2.5.2007 – 6 B 10/07 – BVerwGE 129, 9.
- 7) Zur Entwicklung der Rechtsprechung Weckmann (Fn. 2), S. 105 ff.
- 8) BVerwG, Urteil vom 29.11.2012 – 2 C 6/11 – BVerwGE 145, 185 (187) = ZBR 2013, 246 (246 f.).
- 9) Dazu BVerfG, Beschluss vom 19.9.1989 – 2 BvR 1576/88 – NJW 1990, 501 (501 f.); Laubinger, ZBR 2010, S. 289 (292 f.).
- 10) BVerfG, Beschluss vom 19.9.1989 – 2 BvR 1576/88 – DVBl 1989, 1247 (1248).
- 11) BVerfG, Beschluss vom 9.7.2007 – 2 BvR 206/07 – ZBR 2008, 169 (170).
- 12) BVerwG, Urteil vom 31.8.2003 – 2 C 14/02 – BVerwGE 118, 370 (374 f.) = ZBR 2004, 101 (103).
- 13) BVerwG, Urteil vom 4.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102 (111 ff.) = ZBR 2011, 91 (96).
- 14) VG Bremen, Urteil vom 30.4.2013 – 6 K 437/12 – juris, Rn. 10.
- 15) BVerwG, Urteil vom 4.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102 (105) = ZBR 2011, 91 (93).
- 16) BVerwG, Urteil vom 4.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102 (110) = ZBR 2011, 91 (93).
- 17) VG Würzburg, Beschluss vom 22.7.2013 – W 1 E 13.433 – juris, Rn. 14.
- 18) VG Düsseldorf, Beschluss vom 27.3.2009 – 26 L 188/09 – juris.
- 19) BVerwG, Beschluss vom 27.9.2011 – 2 VR 3/11 – DÖD 2012, 16 (17).
- 20) BVerfG, Beschluss vom 8.10.2007 – 2 BvR 1846/07 – 2 BvR 1853/07, – 2 BvQ 32/07, – 2 BvQ 33/07 – ZBR 2008, 162 (163).
- 21) VG Düsseldorf, Beschluss vom 27.3.2009 – 26 L 188/09 – juris, Rn. 7, 20.
- 22) Dazu eingehend Weckmann (Fn. 2), S. 145 ff.
- 23) Weckmann (Fn. 2), S. 146, 149 f.
- 24) In diese Richtung auch OVG Nds, Urteil vom 20.11.1978 – II OVG A 64/75 – OVG MüLü 34, 475 (478).
- 25) BVerfG, Beschluss vom 19.9.1989 – 2 BvR 1576/88 – DVBl 1989, 1247 (1248); dazu eingehend Weckmann (Fn. 2), S. 89 ff., 146, 262 f.
- 26) BVerwG, Urteil vom 4.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102 (108 f.) = ZBR 2011, 91 (93).