

# Konkurrenzschutz im Beamtenrecht nach dem Urteil des BVerwG vom 4.11.2010 – 2 C 16.09

Dr. Torsten von Roetteken

In seinem Urteil vom 4.11.2010<sup>1</sup> bekennt sich das BVerwG in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung zur – ausnahmsweisen – Möglichkeit, in einem Hauptsacheverfahren, angestrengt von einem unterlegenen Bewerber oder einer unterlegenen Bewerberin, die Ernennung der ausgewählten Person gemäß § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO aufzuheben. Die zur Begründung angeführten Gründe des BVerwG geben Anlass, Art und Umfang des Konkurrenzschutzes bei Ernennungen, ernennungsgleichen Verwaltungsakten und den ihnen vorausgehenden Maßnahmen des Dienstherrn grundlegend zu überdenken.

## I. Ernennung als drittbelastender Verwaltungsakt

Das BVerwG geht in ausdrücklicher Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung jetzt davon aus, eine Ernennung, die im Anschluss an ein Auswahlverfahren bezüglich mehrerer Bewerber/innen zugunsten der ausgewählten Person ausgesprochen wird, sei nach ihrem Regelungsgehalt auf unmittelbare Rechtswirkungen für diejenigen gerichtet, die sich erfolglos um das Amt beworben haben. Die Ernennung greife nämlich in deren Rechte aus Art. 33 Abs. 2 GG ein, weil die Ernennung in einem untrennbaren Zusammenhang mit der Entscheidung des Dienstherrn über die Auswahl unter den Bewerbern, Bewerberinnen stehe und damit das Schicksal dieser Auswahlentscheidung teile (Rn. 19)<sup>2</sup>. Dies zugrunde gelegt, stellt die Ernennung einen drittbelastenden Verwaltungsakt, d. h. einen Verwaltungsakt mit Doppelwirkung i. S. d. § 80 Abs. 1 S. 2, § 80a Abs. 1 VwGO dar<sup>3</sup>, ohne dass es darauf ankommt, ob im Einzelfall tatsächlich die Rechte der in der Auswahl nicht zum Zuge gekommenen Personen verletzt sind. Damit hat die bisherige Rechtsprechung der VG<sup>4</sup> ihre wesentliche Grundlage verloren. Sie ging unter anderem davon aus, die Ernennung richte sich nur an die ernannte Person und enthalte keine unmittelbare Regelung zulasten der unberücksichtigt gebliebenen Person(en)<sup>5</sup>.

Fraglich kann nach dieser Konzeption nur sein, gegenüber welchen Personen die Ernennung (oder ein ernennungsgleicher Verwaltungsakt) eine unmittelbare Regelungswirkung entfaltet, d. h. für den Fall der Rechtswidrigkeit die Rechte dieser Personen verletzen kann. Nach Auffassung des BVerwG ist dies der Fall gegenüber allen Bewerbern und Bewerberinnen, d. h. denjenigen, die sich ausdrücklich um das der Ernennungsabsicht zugrunde liegende Amt oder die ihm zugeordnete Stelle beworben haben. Dies wird daran deutlich, dass nach Meinung des BVerwG die der Ernennung vorausgehende und durch sie umgesetzte Auswahlentscheidung nach ihrem Inhalt alle Bewerber/innen gleichermaßen betrifft (Rn. 25).

Offen bleibt bei diesem Ansatz, welche Regelungswirkung einer Ernennung in Bezug auf Dritte zukommt, wenn keine Bewerbungen erfolgt sind, das Amt bzw. die Stelle nicht ausgeschrieben wurde, und der Dienstherr von Amts wegen bestimmte Personen in Auswahl einbezogen hat, andere dagegen unberücksichtigt gelassen hat<sup>6</sup>. Hier muss eine Regelungswirkung gegenüber allen angenommen werden, die der Dienstherr zur Erfüllung des Bestenausleseprinzips entsprechend den sich aus Art. 33 Abs. 2 GG, § 9 BBG, § 9 BeamtStG ergebenden Anforderungen in seine Auswahl einbeziehen musste. Die h. M. vertritt dazu im Hinblick auf Beförderungen die Auffassung, es

müssten bei fehlender Ausschreibung *alle in Betracht kommenden Beamten und Beamtinnen* – jedenfalls derjenigen Dienststelle, in der die Beförderung erfolgen soll, – von Amts wegen in die Auswahl einbezogen und entsprechend dem Bestenausleseprinzip behandelt werden<sup>7</sup>. Eine womöglich weitergehende Auffassung meint, es müssten alle in die Auswahl einbezogen werden, die die jeweiligen laufbahnrechtlichen Voraussetzungen erfüllen<sup>8</sup>. Die damit verbundenen erheblichen Unsicherheiten zeigen, wie attraktiv schon aus organisatorischen Gründen eine vorherige *Stellenausschreibung* ist, da in diesem Fall nur die hierauf eingehenden Bewerbungen berücksichtigt werden müssen. Insoweit beschreitet § 8 BBG den richtigen Weg, wenn dort generell für Stellenbesetzungen die vorherige Ausschreibung verlangt wird, für Einstellungen sogar verpflichtend die externe Ausschreibung. Wird dies beachtet, verringern sich die Unsicherheiten, gegenüber welchen Personen die Regelungswirkung der Ernennung bzw. des ernennungsgleichen Verwaltungsaktes (und der ihr/ihm vorausgehenden Auswahlentscheidung) eintritt.

## II. Regelungscharakter der Auswahlentscheidung

Die Ernennung ist nach Auffassung des BVerwG Ziel und Abschluss des ihr vorausgehenden Auswahlverfahrens (Rn. 19). Zugleich meint das BVerwG, Ernennung und Auswahlentscheidung stimmen in ihrem Regelungsgehalt inhaltlich überein (Rn. 26). Die Ernennung folge der Auswahlentscheidung und setze diese rechtsverbindlich um, sei aber – materiellrechtlich<sup>9</sup> – an keine weiteren Voraussetzungen als die Auswahlentscheidung gebunden, sondern bestätige diese nach Maßgabe des Art. 33 Abs. 2 GG getroffene Entscheidung des Dienstherrn auch im Hinblick auf die Bewerbungsverfahrensansprüche *sämtlicher* Bewerber/innen (Rn. 26). Hinsichtlich der ausgewählten Person nimmt das BVerwG weiter an, sie habe aufgrund der Auswahlentscheidung nunmehr einen *Anspruch auf Verleihung des entsprechenden Amtes*, d. h. auf Ernennung

- 1) BVerwG, Urteil vom 4.11.2010 – 2 C 16.09 –, in diesem Heft. S. 91.
- 2) Rn.-Angaben ohne Zusatz beziehen sich auf die Rn. des Urteils des BVerwG vom 4.11.2010 – 2 C 16.09.
- 3) *Siegmund-Schulze*, VwArch 73 (1982) S. 137, 144; *Schenke* in: FS für Friedrich E. Schnapp, hrsg. von Butzer/Katenborn/Meyer, 2008, S. 674 ff.; *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl. 2008, § 14, Rn. 42; *Kopp/Schenke*, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 42, Rn. 49; zur Erfassung von Verwaltungsakten mit Doppelwirkung in Konkurrenzverhältnissen: *Schoch* in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, VwGO, Stand Mai 2010, § 80a, Rn. 17; *Puttler* in: Sodann/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 80a, Rn. 4.
- 4) Maßgeblich begründet durch BVerwG Urteil vom 25.8.1988 – 2 C 62.65 – BVerwGE 80, 127, 129 f. = ZBR 1989, 280; gegen OVG NdsSchlH, Urteil vom 7.5.1985 – 2 OVG A 29/82 – DVBl. 1985, 1245; 20.11.1978 – II OVG A 64/83 – OVG 34, 475, 478.
- 5) BVerwGE a. a. O. S. 130; ihm folgend z. B. *Puttler* (Fn. 3), § 80a Rn. 4.
- 6) Vgl. zu diesem Problem bereits *Siegmund-Schulze* (Fn. 3), S. 137, 145 ff.
- 7) v. *Roetteken* in: v. Roetteken/Rothländer, BeamtStG, Stand November 2010, § 9, Rn. 146 m. w. N.
- 8) *Schnellenbach*, ZBR 1997, S. 169, 175; ähnlich OVG LSA, Beschluss vom 7.2.2006 – 1 L 251/05 – juris Rn. 6.
- 9) Einfügung des *Verf.*