

2. Wer die Laufbahnbefähigung als anderer Bewerber erworben hat, verfügt über eine „nur“ auf Lebens- und Berufserfahrung beruhende Qualifikation. Diese entspricht grundsätzlich nicht dem von Amtsbefähigungen geforderten materiellen Qualifikationsprofil.
3. Der Laufbahnwechsel geht nach neuerem Konzept vom Prinzip des erneuten Befähigungserwerbs aus, vgl. etwa §§ 22 Abs. 1 LBG NRW, 11 Abs. 2 LVO NRW³⁹. Damit ist ein an den Anforderungen des originären Erwerbs orientierter Qualifikationsstand jedenfalls grundsätzlich gewährleistet. Da die Anforderungen der jeweiligen Amtsbefähigung – wie hier vertreten – aus fachgesetzlicher und nicht aus laufbahnrechtlicher Sicht zu bewerten sind, spielt es auch keine Rolle, ob die (originäre) Laufbahnbefähigung in einem anderen Bundesland erworben wurde, sofern sie nur materiell gleichwertig ist. So bedürfte z. B. ein niedersächsischer Bewerber für ein (laufbahnfreies) Beigeordnetenanamt in NRW keiner (formalen) Anerkennung seiner Befähigung gem. § 10 Abs. 1 LBG NRW.
4. Der Befähigungserwerb durch Aufstieg erfüllt die materiellen Qualifikationsvoraussetzungen der Amtsbefähigung nur dann, wenn er auf einem „nachgeholt“ Befähigungserwerb beruht. Dies war und ist beim Regelaufstieg in die Laufbahngruppe 2 (oder früher in den gehobenen Dienst)

der Fall, da hier der nachträgliche Erwerb der Bachelor-Qualifikation erwartet wird, vgl. etwa § 20 Abs. 2 LVO NRW. Selbst der vormals „prüfungserleichterte“ Aufstieg (auch „Altersaufstieg“) beruht als Qualifizierungsaufstieg gem. § 21 LVO NRW auf praktischen und theoretischen Unterweisungen nebst Prüfung⁴⁰. Ein „Aufstieg“ in den höheren Dienst findet als Folge der Einführung eines dualen Laufbahngruppensystems oder aber von Leistungslaufbahnen im Rechtssinne nicht mehr statt. Der nunmehr vorgesehene Erwerb von Beförderungsvoraussetzungen für den Wechsel in die sog. zweite Einstiegsebene weicht als „unechter“ Aufstieg⁴¹ jedoch nur begrifflich davon ab. Entscheidend ist auch hier, dass der Wechsel in die höhere Qualifikationsebene nicht allein auf „Warten und Beurteilen“⁴² beruht, also nicht lediglich prüfungsfrei erfolgt. Absolviert der Bewerber eine sog. Modulare Qualifikation (vgl. § 25 LVO NRW⁴³; Art. 20 Abs. 2 LIBG Bayern) oder gar ein berufsgleitendes Masterstudium (vgl. § 26 LVO NRW), kann von einem materiell fundierten Befähigungserwerb ausgegangen werden⁴⁴. Für den konkreten Rechtsanwender muss es bei der Frage, ob bzw. dass die inhaltliche Qualität der Modularen Qualifikation genügt, eine Einschätzungsprärogative des für die Standards zuständigen Verordnungsgebers oder, soweit ein materieller Rechtssatz nicht erforderlich ist, der zuständigen Dienstbehörde geben⁴⁵. Für die Absolventen des vormaligen prüfungsfreien Aufstiegs in den höheren Dienst, deren Befähigung *laufbahnrechtlich* fort gilt, vgl. etwa § 54 Nr. 2 LVO NRW, folgt aus dem Gesagten, dass ihr Befähigungserwerb – wie im Fall des anderen Bewerbers – nicht den materiellen Qualifikationsanforderungen einer den „höheren (allgemeinen) Verwaltungsdienst“ voraussetzenden Amtsbefähigung genügt.

39) Vgl. auch *Schrappner/Günther* (Fn. 1); § 22, Rn. 2.

40) Zum Ganzen vgl. *Schrappner*, ZBR 2016, S. 397, 400 f.

41) Ebenda.

42) *Idecke-Lux*, RiA 2014, S. 114.

43) Dazu *Idecke-Lux/Wißmann*, apf 2015, S. 1

44) So auch *Mauer/Böhle/Ecker* (Fn. 16) Art. 42 GO, Rn. 4 a.E.

45) Hier besteht im Einzelnen durchaus Anlass zur Kritik, vgl. *Schrappner*; RiA 2017, S. 158, 160 f.

Totgesagte leben länger: Kein Ende der Sonderdogmatik im Beamtenrecht

Christian Bamberger

Die Überschrift lehnt sich an eine im Jahr 1991 veröffentlichte wahrhaft prophetische Feststellung Ronellenfitschs¹ an, nachdem bereits damals – offensichtlich verfrüht – Anlass zum Abschied von der beamtenrechtlichen Konkurrentenklage gesehen wurde. Schon in dieser Zeit folgte das etablierte, wenn auch bei Weitem noch nicht so fein ausdifferenzierte Rechtsschutzsystem in beamtenrechtlichen Beförderungsstreitigkeiten² sonderbaren Wegen und stand dementsprechend

auch durchgängig in der Kritik³. Über 25 Jahre später sieht der Befund nicht besser aus; ganz im Gegenteil: Eine Vielzahl aktuell immer weiter zunehmender Hilfskonstruktionen verschleiern bei den Beförderungsstreitigkeiten das Grundproblem einer historisch schon sehr früh vorgenommenen, immer bedenklicher werdenden prozessualen Weichenstellung. Selbst ein vermeintlicher „Paukenschlag-Beschluss“⁴ verbessert die Lage nicht wirklich. Der bisher geleistete Aufwand der Rechtsprechung an dogmatischen Klimmzügen sperrt sich beharrlich gegen das längst überfällige Umdenken. Es wird zunehmend an falschen – insbesondere materiell-rechtlichen – Fragestellungen nachgebessert, die die prozessualen Schwachstellen zu verschleiern suchen. Auch andere beamtenrechtliche Fragestellungen außerhalb des unmittelbaren Beförderungsstreits werden verkompliziert und auf Sonderwegen zu lösen gesucht. Das gesamte etablierte System ist mittlerweile allenfalls noch in Ansätzen geeignet, effektiven Rechtsschutz zu bieten. Die Nachrüstung bringt nichts mehr – es bedarf neuer Modelle.

1) *Ronellenfitsch*, VerwArch 91, S. 121 (139).

2) Im Folgenden wird unter dem Konkurrentenstreit lediglich derjenige verstanden, in dem es um die Ernennung eines Beamten oder die Übertragung eines höherwertigen Amtes an diesen geht.

3) Vgl. bereits *Ronellenfitsch*, VerwArch 91, 121 ff.; *Schlottbohm*, ZBR 2015, S. 368 (369 ff.); *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 123, Rn. 39: „Sonderdogmatik“.

4) So die Bezeichnung des Beschlusses des BVerwG vom 10.5.2016, NVwZ 2016, 1650 durch *Bergmann/Paehlke-Gärtner*, NVwZ 2018, S. 110.

I. Einleitung

Wer sich zu Beginn seiner Befassung mit dem Rechtssystem des öffentlichen Dienstrechts, sei es als Studierender, sei es als Berufs- oder Dezernatsanfänger als Richter, Rechtsanwalt oder Verwaltungsjurist, über dessen ungewöhnliche Konstruktion wundert, steht sicher nicht allein. Allzu weit hat sich dieses System von den grundlegenden verwaltungsprouzessualen Regeln in anderen Rechtsbereichen des öffentlichen Rechts entfernt.

Dies gilt nicht nur für die prozessualen Grundlagen des Beförderungstreits, sondern auch für zahlreiche materiell-rechtliche Fragen wie insbesondere den vermeintlichen Grundsatz der Ämterstabilität⁵. Dieser bis heute hoch gehaltene Grundsatz hat zur äußerst ungewöhnlichen Folge, dass selbst ein (offensichtlich) rechtswidriges Handeln der Verwaltung durch die Rechtsprechung regelmäßig nicht korrigiert werden kann. Ein nahezu justizfreier Hoheitsakt, den sich die Judikative trotz ihres Rechtsprechungsauftrags im Wesentlichen selbst geschaffen hat; zudem ein unnötiger, da sowohl der Gesetzgeber selbst (vgl. § 12 BeamStG, § 14 BBG) als auch mittlerweile die Rechtsprechung im Falle der Rechtsschutzvereitelung⁶ davon ausgehen, dass die (Rück)Abwicklung eines Beamtenverhältnisses durchaus möglich ist.

Als weiteres Beispiel materiell-rechtlicher Fragwürdigkeiten steht die amtsärztliche Untersuchungsanordnung durch den Dienstherrn. Diese soll nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kein Verwaltungsakt sein, auch wenn sie – so wörtlich – in die grundrechtsbewehrte persönliche Sphäre des Beamten eingreift⁷. Zwingend ist diese Annahme nicht; das Gegenteil lässt sich ebenso gut vertreten. Dogmatische Klimmzüge im Rechtsschutzsystem mit dem Ziel, dem Dienstherrn im Wege der einstweiligen Anordnung bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens zu untersagen, den zu untersuchenden Beamten auf der Grundlage der dienstlichen Weisung zur Überprüfung der Dienstfähigkeit zu einer ärztlichen Untersuchung zu laden⁸, sind hier die missliche Folge. Disziplinarrechtliche Konsequenzen für den die in seine persönlichen Rechte eingreifende Weisung missachtenden Beamten schließen sich an, da weder „Widerspruch“, Remonstration (vgl. § 36 Abs. 2 BeamStG, § 63 Abs. 2 BBG) noch Eilantrag aufschiebende Wirkung entfalten.

II. Status quo

Was genau ist nun das Grundproblem bei der prozessualen Bewältigung u. a. des Beförderungstreits?

1. Die Rechtsprechung hat sich an eine Dogmatik gewöhnt, die dazu führt, dass Auswahlentscheidungen trotz fehlender gesetzlicher Entscheidung und fehlender behördlicher Anordnung faktisch sofort vollziehbar sind und die Verwaltungsgerichte bei der zentralen Statusentscheidung – Ernennung bzw. Beförderung ja oder nein – so gut wie keine Hauptsacheverfahren mehr durchführen⁹. Sie finden – dogmatisch leichtfertig provoziert – faktisch nicht mehr statt. Schon mit Blick auf § 80 Abs. 5 Satz 2 VwGO und § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO, wonach ein Eilantrag schon vor Klageerhebung zulässig ist, diese aber durchaus erwartet bzw. fordert¹⁰, ein ungewöhnlicher Befund, der sich leider durch ständige Wiederholung in der Praxis als Regelfall etabliert hat.

Zur Umkehrung des Verhältnisses von Hauptsache- zu Eilrechtsschutz gesellen sich weitere Fragwürdigkeiten: Der Beförderungstreit soll zwar im Verfahren auf Erlass einer einst-

weiligen Anordnung (§ 123 Abs. 1 VwGO)¹¹ durchgeführt werden, dieses soll aber fristgebunden sein. Der Beamte hat nach höchstrichterlicher Doktrin zur Erhebung des Eilantrags bis zu 14 Tage nach Erhalt der Konkurrentenmitteilung Zeit¹²; anderenfalls drohen – gesetzlich nicht im Ansatz geregelte – Rechtsverluste. Hätte der Gesetzgeber eine Zwei-Wochen-Frist im Sinn gehabt, hätte er sie sicherlich selbst angeordnet (vgl. z. B. § 74 Abs. 1 AsylG). Das Manko der Beschränkung auf eine Überprüfung im Eilverfahren wird andererseits auszugleichen versucht: Zur Sicherung des zugrunde liegenden Bewerbungsverfahrensanspruchs soll nicht summarisch, sondern nach Hauptsachemaßstäben umfassend, z. B. auch hinsichtlich der Rechtmäßigkeit aller zugrundeliegenden Beurteilungen der Bewerber, geprüft werden¹³. Dies ist dogmatisch völlig widersprüchlich (vgl. § 123 Abs. 1 VwGO: „Regelung eines vorläufigen Zustands“) und zudem in der Praxis schlichtweg nicht zu leisten. Von den Gerichten wird nicht im Eilverfahren unter Verstoß gegen §§ 123 Abs. 3 VwGO, 294 ZPO Beweis erhoben durch Vernehmung des Beurteilers als Zeugen¹⁴ oder der Mitglieder der Auswahlkommission über Inhalte und Ergebnisse der Auswahlentscheidung. Die Prüfung nach Hauptsachemaßstäben ist weitgehend ein bloßes Lippenbekenntnis in den Obersätzen der Beschlüsse.

2. Dieses Manko – Undurchführbarkeit einer Prüfung nach Hauptsachemaßstäben im Eilverfahren – ist für sich schon bedenklich, da Hauptsacheverfahren regelmäßig nicht mehr durchgeführt werden. Es führt aber zu weiteren dogmatischen Kunstgriffen, um den eigenen Obersätzen – Prüfung nach Hauptsachemaßstäben – überhaupt ansatzweise gerecht werden zu können, ohne tatsächlich eine Hauptsacheprüfung durchführen zu müssen; diesmal gehen diese allerdings zu Lasten des Dienstherrn. So werden z. B. die vermeintlichen Anforderungen an die Begründungen von Auswahlentscheidungen immer restriktiver gefasst. So sollen fehlende oder unzureichende Dokumentationen der wesentlichen Auswahlerwägungen oder Begründungen nicht nachholbar sein¹⁵. Vergleichbares gilt für die Plausibilisierung von Beurteilungen.¹⁶ Dass man zu einer solchen Sicht gezwungen wird, weil anderenfalls im Eilverfahren nicht ohne Beweiserhebung entschieden werden kann, leuchtet ein, lässt aber die materiell-rechtliche Weichenstellung in keinem günstigeren Licht erscheinen. Es gibt ausreichend gesetzliche Beispiele für formelle und materielle Fehlerheilungen. § 45 VwVfG gilt als Norm des allgemeinen Verwaltungs-

- 5) Vgl. BVerwG, NVwZ 2011, 358 = BVerwGE 138, 102; *Kenntner*, NVwZ 2017, S. 417 (420); *Hartung*, RiA 2017, S. 49 (50 ff.); *Schlottbohm*, ZBR 2015, S. 368 (373 ff.); *Steiner*, BayVBl. 2017, S. 505 (506 f.); *Spitzlei*, ZTR 2018, S. 500 (501, 506 f.); *Lindner*, NVwZ 2013, S. 547 (547 f.).
- 6) BVerwG, NVwZ 2011, 358 = BVerwGE 138, 102.
- 7) BVerwG, NVwZ 2014, 892.
- 8) Z. B. OVG NRW, NVwZ-RR 2018, 576.
- 9) Vgl. *Schlottbohm*, ZBR 2015, S. 368 (371); bereits *Ronellenfitsch*, VerwArch 91, S. 121 (142).
- 10) Vgl. *Saurenhaus/Buchheister*, in: Wysk, VwGO, 2. Aufl. 2016, § 80, Rn. 44; a. A. *Kopp/Schenke*, VwGO, 21. Aufl. 2015, § 80, Rn. 139; s. a. § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 926 Abs. 1 ZPO.
- 11) Zu den hierdurch provozierten Schwierigkeiten hinsichtlich des Anordnungsgrundes vgl. *Herrmann*, NVwZ 2017, S. 105 ff.
- 12) BVerwGE 138, 102.
- 13) Vgl. BVerwGE 138, 102; OVG NRW, Beschluss vom 17.4.2018 – 1 B 189/18 – juris, Rn. 4 ff. m. w. N.; *Dehoust*, SächsVBl. 2013, S. 35 (37).
- 14) Dementsprechend kritisch *Bracher*, DVBl. 2016, S. 1236 (1242 f.).
- 15) BVerwGE 133, 13; zum vollständigen Austausch von Erwägungen BVerfG, NVwZ 2016, 59.
- 16) BVerwG, ZTR 2018, 491.