

Konkurrentenstreit

Lösungsvorschlag

© Heike Krieger und Markus Heintzen (Freie Universität Berlin)

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Anna Sophie Poschenrieder, Jannik Bach

Stand der Bearbeitung: März 2017

N könnte im Wege der Anfechtungsklage gegen die Ernennung der S vorgehen. Dazu müsste die Anfechtungsklage zulässig und begründet sein.

A. Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Hierzu dürfte keine aufdrängende Sonderzuweisung bestehen und es müsste gemäß § 40 Abs. 1 VwGO eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegen, für die keine abdrängende Sonderzuweisung besteht.

Die aufdrängende Sonderzuweisung des § 54 Abs. 1 BeamtStG könnte einschlägig sein, wenn es sich bei der Klage des N um eine Klage **aus dem Beamtenverhältnis** handelt. Dem könnte entgegenstehen, dass N noch gar nicht verbeamtet ist. Entscheidend ist allerdings, dass es sich um eine Klage handelt, bei der die Grundlage ihrer rechtlichen Bewertung aus dem Beamtenrecht stammt.¹ Daher gehören zu Klagen aus dem Beamtenverhältnis auch solche, die darauf angelegt sind, ein späteres Beamtenverhältnis herbeizuführen.² Zudem möchte N die Ernennung der S aufheben lassen, die zweifelsfrei einen beamtenrechtlichen Akt darstellt.

Daher ist der Verwaltungsrechtsweg aufgrund der aufdrängenden Sonderzuweisung des § 54 Abs. 1 BeamtStG eröffnet.

II. Statthaftigkeit der Anfechtungsklage

Weiterhin müsste es sich bei der Anfechtungsklage um die statthafte Klageart handeln. Eine Anfechtungsklage ist dann statthaft, wenn der Kläger die Aufhebung eines Verwaltungsaktes begehrt, §§ 88, 42 Abs. 1 VwGO.

Vorliegend möchte N gegen die Ernennung der S vorgehen. Bei der Ernennung handelt es sich um eine hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts getroffen hat und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist, und somit um einen Verwaltungsakt gemäß § 35 S. 1 VwVfG.³

Der Statthaftigkeit der Anfechtungsklage könnte die Nichtigkeit der Ernennung aufgrund der Staatsangehörigkeit der S entgegenstehen, § 11 Abs. 1 Nr. 3a BeamtStG. Fraglich ist, ob im Falle der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes ausschließlich die Nichtigkeitsfeststellungsklage

¹ BVerwGE 50, 301 (304); *Tegethoff*, in: Kugele, BeamtStG, § 54 Rn. 7.

² BVerwGE 26, 31 (33); *Reich*, BeamtStG, § 54 Rn. 3; *Tegethoff*, in: Kugele, BeamtStG, § 54 Rn. 7.

³ Vgl. BVerwGE 138, 102 (105); *Wagner/Leppek*, Beamtenrecht, Rn. 69.



gemäß § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO statthaft ist oder ob alternativ auch Anfechtungsklage erhoben werden kann. Dafür, dass ausschließlich die Nichtigkeitsfeststellungsklage statthaft ist, spricht, dass ein nichtiger Verwaltungsakt nicht existent ist und daher nicht aufgehoben werden kann. Der Anfechtungsklage würde der Gegenstand fehlen.⁴ Für die alternative Statthaftigkeit der Anfechtungsklage spricht, dass die rechtliche Beurteilung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes – insbesondere gemäß § 44 VwVfG – schwierig sein kann und nicht dem Kläger auferlegt werden sollte.⁵ Ernennungen gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 3a BeamtStG können zwar wegen des Fehlens der deutschen Staatsangehörigkeit nichtig sein. Da diese Norm nur auf den Tatbestand des § 7 Abs. 1 BeamtStG abstellt, führt die Ernennung einer Person mit der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Union aber nicht zur Nichtigkeit.⁶ Weil somit die Nichtigkeit der Ernennung der S ausscheidet, kann dahinstehen, ob im Falle einer in Betracht kommenden Nichtigkeitsklage ausschließlich diese statthaft ist.

Möglich erscheint vielmehr das Vorliegen eines Rücknahmegrundes gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 3 BeamtStG aufgrund der Staatsangehörigkeit der S. Danach ist die Ernennung mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen, wenn gemäß § 7 Abs. 2 BeamtStG die deutsche Staatsangehörigkeit erforderlich war und eine Ausnahme nach § 7 Abs. 3 BeamtStG nicht (nachträglich) erteilt wurde. N könnte auf eine Verpflichtungsklage mit dem Ziel der Rücknahme der Ernennung zu verweisen sein. Dafür spricht § 12 BeamtStG, der eine gegenüber § 48 VwVfG speziellere Rücknahmevorschrift darstellt.⁷ Auch wenn der Rücknahmegrund des § 12 Abs. 1 Nr. 3 BeamtStG vorliegt, ist die Anfechtungsklage aber bis zur Bestandskraft der Ernennung statthaft.⁸ Erst nach Eintritt der Bestandskraft wäre die Verpflichtungsklage auf Rücknahme der Ernennung zu erheben. Vorliegend ist es möglich, dass die Ernennung noch nicht in Bestandskraft erwachsen ist.

Die Anfechtungsklage ist jedenfalls nicht unstatthaft.

III. Klagebefugnis

Weiterhin müsste N gemäß § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt sein, also geltend machen, durch den Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt zu sein. Die Möglichkeit der Verletzung von eigenen Rechten des Klägers darf nicht offensichtlich und eindeutig ausgeschlossen sein.⁹

Die Verwaltungsgerichte vertraten früher die Ansicht, die Ernennung eines Bewerbers habe keine unmittelbare Rechtswirkung für den unterlegenen Mitbewerber, sei also kein Verwaltungsakt mit Drittwirkung.¹⁰ Lediglich eine Mitteilung an einen Bewerber, dass er für eine Stelle nicht ausgewählt worden ist, stelle einen ihn belastenden Verwaltungsakt dar.¹¹ Für das Klagebegehren des N, gegen die Ernennung der S vorzugehen, bestünde nach dieser Ansicht keine Klagebefugnis.

Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Ansicht mittlerweile aufgegeben.¹² Immerhin steht die Ernennung „in einem untrennbaren rechtlichen Zusammenhang mit der Entscheidung des

⁴ *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 14 Rn. 11.

⁵ *Geis*, in: *Sodan/Ziekow*, VwGO, § 68 Rn. 85 m.w.N.

⁶ Für die insoweit gleichlautenden Vorschriften des BBG (entsprechendes gilt in den späteren Fußnoten): *Summer*, GKÖD, Band I, L § 13 Rn. 8, 18.

⁷ *Reich*, BeamtStG, § 12 Rn. 1.

⁸ *Schenke*, Neues zur Konkurrentenklage, NVwZ 2011, 321 (324).

⁹ *Schmidt-Kötters*, in: *BeckOK VwGO*, 40. Ed. 2016, § 42 Rn. 172 m.w.N.; *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 14 Rn. 108 ff.

¹⁰ BVerwG DVBl. 1989, 1150 (1150); VGH Mannheim NVwZ 1983, 41.

¹¹ BVerwGE 80, 127 (129).

¹² BVerwGE 138, 102 (105 f.). So auch *Battis*, BBG, § 9 Rn. 30.

Dienstherrn über die Bewerberauswahl“ und teilt „deren rechtliches Schicksal“. ¹³ Das vorhergehende Auswahlverfahren zielt gerade darauf ab, mit der Ernennung eines Bewerbers zu enden. ¹⁴ Die Auswahlentscheidung und die Ernennung dürfen nicht künstlich getrennt werden. ¹⁵

Die Ernennung der S trotz ihrer gesundheitlichen Probleme könnte in das grundrechtsgleiche, subjektive ¹⁶ Recht des N auf gleichen Zugang zu allen öffentlichen Ämtern nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gemäß Art. 33 Abs. 2 GG und in § 9 BeamStG, die einfachgesetzliche Konkretisierung dieses Rechts, ¹⁷ eingreifen. ¹⁸ Insbesondere dem darin enthaltenen Leistungsprinzip könnte die Ernennung der S widersprechen. Nicht zuletzt kommt eine Fehlerhaftigkeit aufgrund der Ernennung trotz ihrer Staatsangehörigkeit in Betracht. Dabei könnte der N in seinem Recht auf Zugang zu allen öffentlichen Ämtern übergangen worden sein. Die Möglichkeit der Verletzung der Rechte des N ist also nicht von vornherein ausgeschlossen.

N ist daher klagebefugt.

IV. Ordnungsgemäß durchgeführtes Vorverfahren

Die Zulässigkeit der Anfechtungsklage könnte von der ordnungsgemäßen Durchführung des Widerspruchsverfahrens abhängig sein.

Nach § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO muss grundsätzlich vor Erhebung der Anfechtungsklage ein Vorverfahren durchgeführt werden. Gemäß § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO gilt dies jedoch nicht, wenn eine oberste Landesbehörde den Verwaltungsakt erlassen hat. Vorliegend hat der Senat die S ernannt. Hierbei handelt es sich um eine oberste Landesbehörde (§ 2 Abs. 1 AZG). § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO sieht jedoch eine Rückausnahme vor, wenn ein Gesetz die Nachprüfung vorschreibt. Gemäß § 54 Abs. 2 BeamStG ist vor allen Klagen, für die der Verwaltungsweg gemäß § 54 Abs. 1 BeamStG eröffnet ist, ein Vorverfahren durchzuführen. Da es sich auch bei Streitigkeiten über zukünftige Beamtenverhältnisse um „Klagen aus dem Beamtenverhältnis“ handelt, wäre grundsätzlich gemäß § 54 Abs. 1 BeamStG der Verwaltungsweg eröffnet und ein Vorverfahren durchzuführen. Allerdings besteht auch hier gemäß § 54 Abs. 2 BeamStG wieder eine Rückausnahme, wenn ein Landesgesetz das Vorverfahren ausschließt. Nach **§ 93 Abs. 1 Nr. 1 LBG** bedarf es eines Vorverfahrens in Angelegenheiten, die die Auswahl und Ernennung bei der Bewerbung um eine Beamtenstelle betreffen, nicht. ¹⁹ Das von der Senatsverwaltung durchgeführte Vorverfahren war somit unstatthaft und ist daher nicht als Sachurteilsvoraussetzung der Anfechtungsklage zu prüfen.

V. Klagefrist

Weiterhin müsste die Klagefrist eingehalten worden sein. Die Anfechtungsklage muss gemäß § 74 Abs. 1 S. 1 VwGO innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheids oder gemäß § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO, sofern ein Widerspruchsbescheid nach § 68 VwGO nicht erforderlich ist, innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes erhoben werden. Fraglich ist, welche der beiden Alternativen einschlägig ist und ob es Auswirkungen auf die Bestandskraft der Ernennung haben kann, dass ein unstatthaftes Widerspruchsverfahren durchgeführt wurde.

¹³ BVerwGE 138, 102 (105 f.).

¹⁴ BVerwGE 138, 102 (105 f.).

¹⁵ *Schenke*, Neuestes zur Konkurrentenklage, NVwZ 2011, 321 (322).

¹⁶ Vgl. *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33 Rn. 20; *Tegethoff*, in: Kugele, BeamStG, § 9 Rn. 3.

¹⁷ Vgl. *Tegethoff*, in: Kugele, BeamStG, § 9 Rn. 2.

¹⁸ Vgl. BVerwGE 138, 102 (105 f.).

¹⁹ VG Berlin ZBR 2014, 263 (264); VG Berlin, 10. Juni 2013 – 5 L 122.13 –, Rn. 15, juris.



Nach **einer Ansicht** dürfe es keine Rolle spielen, dass ein unstatthafes Widerspruchsverfahren durchgeführt wurde. Die Anfechtungsklage müsse gemäß § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Ausgangsverwaltungsaktes erhoben werden.²⁰ Vorliegend wurde dem N weder die Auswahlentscheidung noch die Ernennung der S bekanntgegeben. Er erfuhr zwar von einem ehemaligen Kollegen der S, dass ihr die Stelle in der Senatsverwaltung zuteilwurde. Eine Bekanntgabe setzt jedoch voraus, dass N mit Wissen und Willen der Verwaltung von der Existenz und dem Inhalt des Verwaltungsaktes erfährt.²¹ Ohne den Zugang des Bescheides läuft die Klagefrist des § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO gar nicht.²² In Betracht kommt allenfalls eine Verwirkung des Widerspruchsrechts,²³ die aber nach zwei Monaten seit dem Zeitpunkt des zuverlässigen Wissens vom Ursprungsverwaltungsakt jedenfalls noch nicht vorläge. Die Anfechtungsklage wäre also nach dieser Ansicht nicht verfristet.

Nach **anderer Ansicht** handele es sich bei dem „Widerspruchsbescheid“ um einen „Zweitbescheid“, in dem das ursprüngliche Verfahren wieder aufgegriffen und erneut abgelehnt werde.²⁴ Hiernach bemesse sich die Klagefrist zwar ebenfalls nach § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO, der Zweitbescheid mit ordnungsgemäßer Rechtsbehelfsbelehrung könne den Bekanntgabefehler des Erstbescheides jedoch „korrigieren“ und die Klagefrist daher in Gang setzen. N ist erst am 02.04.2017 im Wege der Anfechtungsklage gegen die Ernennung der S vorgegangen. Nach dieser Ansicht wäre die Klage also verfristet und die Ernennung der S bestandskräftig.

Nach **einer weiteren Ansicht** sei das unstatthafte Widerspruchsverfahren bei der Prüfung der Klagefrist zu berücksichtigen. Die Klagefrist bemesse sich nach § 74 Abs. 1 S. 1 VwGO und sei von der Zustellung des „Widerspruchsbescheides“ abhängig.²⁵ Die Monatsfrist des Satzes 1 ist ebenfalls nicht eingehalten worden, weshalb die Klage auch nach dieser Ansicht verfristet wäre.

Für die erste Ansicht spricht, dass das Widerspruchsverfahren dem Rechtsschutz des Bürgers, der Selbstkontrolle der Verwaltung und der Entlastung der Gerichte dient.²⁶ Da es also „weder allein öffentlichen Interessen noch allein denen des Betroffenen dient, steht die Durchführung mit Blick auf die Zulässigkeit einer beabsichtigten Klage nicht zur Disposition der Beteiligten“.²⁷ „Es streitet zudem das Gebot der Rechtssicherheit für eine Auslegung des Prozessrechts, die zu klaren und eindeutigen Regelungen über den statthafte Rechtsbehelf führt.“²⁸ Folglich ist der ersten Ansicht zu folgen, wonach die Anfechtungsklage des N nicht verfristet ist.

Anmerkung: Bei diesem Problem handelt es sich nicht um ein „Standardproblem“. Wichtig ist daher, das Problem zu erkennen, Argumente für die verschiedenen Lösungswege zu finden und zu einer vertretbaren Lösung zu kommen. Gegebenenfalls ist hilfsgutachtlich weiter zu prüfen.

²⁰ BVerwG NVwZ-RR 2014, 869 (870); OVG Lüneburg, 14. Mai 2010, 11 LA 547/09 -, Rn. 9, juris; VG Cottbus, 29. Juli 2010, - 1 K 665/06 -, Rn. 33, juris; Geis, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 68 Rn. 124; Kopp/Schenke, VwGO, § 68, Rn. 16.

²¹ BVerwGE 22, 14 (15); Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 41 Rn. 53.

²² Kopp/Schenke, VwGO, § 74 Rn. 5.

²³ Vgl. Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 14. Aufl., Rn. 675 ff.

²⁴ VG Berlin, 26. Oktober 2012 – 5 K 222.11 –, Rn. 35, juris bestätigt durch OVG Berlin, 25. Juli 2014 – OVG 4 N 4.13 –, Rn. 29, juris.

²⁵ VGH Mannheim NVwZ-RR 1989, 450 (451 f.); VG Augsburg, 12. Oktober 2010 – Au 7 K 10.668 –, juris Rn. 25 f.

²⁶ Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 5 Rn. 2.

²⁷ BVerwG NVwZ-RR 2014, 869 (870); BVerwGE 66, 342 (345); Hofmann, Das Widerspruchsverfahren als Sachentscheidungsvoraussetzung und als Verwaltungsverfahren, in: Erichsen/Hoppe/von Mutius, FS Menger, 605 (615 f.).

²⁸ BVerwG NVwZ-RR 2014, 869 (870).

VI. Ordnungsgemäße Klageerhebung

Die Formerfordernisse der §§ 81, 82 VwGO sind bei Klageerhebung einzuhalten.

VII. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Weiterhin müsste ein allgemeines Rechtsschutzbedürfnis für die Klage des N bestehen. Dieses entfällt bei Aussichtslosigkeit der Klage, insbesondere wenn das Klagebegehren des N aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht verwirklicht werden kann.²⁹ Vorliegend könnte dem Klageerfolg der Grundsatz der Ämterstabilität entgegenstehen. Nach diesem beamtenrechtlichen Grundsatz kann die Ernennung eines Beamten nur in streng geregelten Ausnahmefällen rückgängig gemacht werden.

Dem könnte entgegenstehen, dass S zunächst auf Probe ernannt wurde. Bewährt sich aber der Neueingestellte in der Probezeit, besteht ein Anspruch auf Umwandlung in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit.³⁰ Ein Leistungsvergleich mit den Mitbewerbern findet dann nicht mehr statt. Daher besteht das Rechtsschutzbedürfnis im Drittanfechtungsfall auch, wenn die Ernennung nur auf Probe erfolgte.

1. Ernennung unter Missachtung des Leistungsprinzips

Fraglich ist zunächst, wie weit der Grundsatz der Ämterstabilität reicht. Insbesondere eine Ernennung des Mitbewerbers unter Missachtung des Leistungsprinzips könnte dem Vorrang entgegenstehen.

Nach **einer Ansicht** überwiege der Grundsatz der Ämterstabilität stets.³¹ Ernennungen, die wie hier nicht gemäß § 11 BeamtStG nichtig sind,³² können nur bei Vorliegen eines Rücknahmegrundes gemäß § 12 BeamtStG (sogenannter „*numerus clausus*“ der Rücknahmegründe)³³ aufgehoben werden. Der Grundsatz der Ämterstabilität zähle zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums gemäß Art. 33 Abs. 5 GG und habe daher wie das Leistungsprinzip gemäß Art. 33 Abs. 2 GG Verfassungsrang. Er diene der Funktionsfähigkeit der Verwaltung und dem Schutz des ernannten Beamten und müsse daher Vorrang genießen. Da gemäß § 49 LHO ein Amt nur zusammen mit der Einweisung in eine besetzbare Planstelle verliehen werden dürfe und diese Planstelle durch die unanfechtbare Ernennung der S bereits besetzt wurde, stehe diese Stelle nicht mehr zur Verfügung.³⁴ Ein Anspruch auf Schaffung einer neuen Planstelle bestehe aufgrund der haushaltsrechtlichen Anforderungen nicht.³⁵ Dem übergangenen Bewerber stehe daher allenfalls die Möglichkeit zur Verfügung, die Behörde „wegen pflichtwidriger und schuldhafter Nichtübertragung des ausgeschriebenen Dienstpostens gemäß Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB in Anspruch zu nehmen“.³⁶

²⁹ *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 23 Rn. 13 ff.

³⁰ *Battis*, BBG, § 11 Rn. 13.

³¹ VGH München NVwZ 1983, 755; VGH Mannheim NVwZ 1983, 41.

³² Siehe A.II. Statthaftigkeit der Anfechtungsklage.

³³ *Wagner/Leppek*, Beamtenrecht, Rn. 281.

³⁴ BVerwGE 80, 127 (130).

³⁵ BVerwGE 115, 58 (59). Später andere Ansicht: BVerwGE 118, 370 (375).

³⁶ BVerwG ZBR 1989, 281 (282); VGH München NVwZ 1983, 755 (756).

Nach **anderer Ansicht** überwiege stets das Leistungsprinzip.³⁷ Jede Ernennung, die gegen dieses verstoße, müsse aufgehoben werden können. Teilweise wird argumentiert, dem Grundsatz der Ämterstabilität komme gerade kein Verfassungsrang zu.³⁸ Der numerus clausus der Rücknahmegründe binde außerdem nur den Dienstherrn, nicht jedoch das Gericht. Schließlich verstoße die fehlende Möglichkeit, gegen die Ernennung vorzugehen, gegen das Gebot des effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 GG.

Nach einer **vermittelnden Ansicht** überwiege der Grundsatz der Ämterstabilität nur, wenn der Dienstherr gewisse Mitteilungs- und Prozesspflichten gewahrt habe.³⁹ Andernfalls müsse die Ernennung aufgrund des Gebotes effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 GG anfechtbar sein. Früher wurde in der Rechtsprechung vertreten, dass dem unterlegenen Bewerber zumindest einstweiliger Rechtsschutz gegen die Auswahlentscheidung zustehen müsse, wobei dieser nur dann rechtzeitig, also vor der Ernennung des Mitbewerbers, geltend gemacht werden könne, wenn der unterlegene Bewerber über die Auswahlentscheidung in Kenntnis gesetzt werde.⁴⁰ Nach neuester Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts⁴¹ ist es darüber hinaus erforderlich, dass die Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz abgewartet und dass Gelegenheit zur Anrufung der Beschwerdeinstanz und sogar des Bundesverfassungsgerichts gegeben werde. Wartet der Dienstherr nicht ab und ernennt den ausgewählten Bewerber, verstoße er gegen das Gebot effektiven Rechtsschutzes. Dann müsse der gemäß Art. 19 Abs. 4 GG erforderliche Rechtsschutz nachgeholt werden. Nach erfolgter Ernennung sei dies allerdings nur noch im Wege der Anfechtungsklage gegen die Ernennung möglich. Vorliegend wurde dem N die Auswahlentscheidung nicht bekanntgegeben. Es liegt daher nach dieser Ansicht ein Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG vor, der nur im Wege der Anfechtungsklage behoben werden kann.

Die zweite und die vermittelnde Ansicht kommen zu dem gleichen Ergebnis, dass die Ernennung vorliegend nicht aufgrund des Grundsatzes der Ämterstabilität unauflösbar ist und dem N daher nicht das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis fehlt. Eine Entscheidung zwischen diesen beiden Ansichten kann daher unterbleiben.

Dafür, dass, entgegen der ersten Ansicht, der Grundsatz der Ämterstabilität nicht stets Vorrang genießt, spricht, dass viele Beamtenverhältnisse ohnehin nicht auf Lebenszeit, sondern auf Probe oder Widerruf begründet werden.⁴² Außerdem liegt es weder im Interesse des Dienstherrn noch der Allgemeinheit, einen nach dem Leistungsprinzip weniger geeigneten Bewerber unanfechtbar zu ernennen.⁴³ Schließlich genügen Schadensersatzansprüche den Interessen des übergangenen Bewerbers und seinem Recht auf effektiven Rechtsschutz nicht.⁴⁴ Folglich vermag der Grundsatz der Ämterstabilität das Leistungsprinzip und das Erfordernis effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG nicht zu überwiegen.

³⁷ OVG Lüneburg DVBl. 1985, 1245; *Battis*, BBG, § 9 Rn. 30; *Sollte*, Zur Konkurrentenklage im Beamtenrecht, NJW 1980, 1027 (1030 ff.); *Schenke*, Rechtsschutz bei Auswahlentscheidungen, NVwZ 2014, 137; *Tegethoff*, Zulässigkeit und Erforderlichkeit der beamtenrechtlichen Konkurrentenklage, ZBR 2004, 341 (343 ff.).

³⁸ *Schenke*, Neuestes zur Konkurrentenklage, NVwZ 2011, 321 (323); *Wichmann*, in: Wichmann/Langer, Öffentliches Dienstrecht, Rn. 313 (S. 715).

³⁹ Hierzu und zum Folgenden: BVerwGE 138, 102 (109 f.); *Wernsmann*, Die beamtenrechtliche Konkurrentenklage, DVBl. 2005, 276 (278 ff.).

⁴⁰ BVerfG NJW 1990, 501.

⁴¹ Hierzu und zum Folgenden: BVerwGE 138, 102 (109 f.).

⁴² *Wichmann*, in: Wichmann/Langer, Öffentliches Dienstrecht, Rn. 313 (S. 714).

⁴³ *Battis*, BBG, § 9 Abs. 30; *Wichmann*, in: Wichmann/Langer, Öffentliches Dienstrecht, Rn. 313 (S. 715).

⁴⁴ BVerwGE 118, 370 (373 f.); *Wichmann*, in: Wichmann/Langer, Öffentliches Dienstrecht, Rn. 315 (S. 717).

2. Ernennung trotz des Fehlens der deutschen Staatsangehörigkeit

Für eine Durchbrechung des Grundsatzes der Ämterstabilität könnte auch eine in Betracht kommende Rechtswidrigkeit der Ernennung nach § 7 Abs. 2 BeamtStG streiten. Danach dürfen unter bestimmten Voraussetzungen in das konkrete Beamtenverhältnis nur Deutsche und nicht auch Bürger anderer EU-Mitgliedstaaten berufen werden. Die Ernennung wäre dann gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 3 BeamtStG rücknehmbar. Bereits das zeigt, dass in diesem Fall der Grundsatz der Ämterstabilität keinen Vorrang genösse. Jedenfalls im Rahmen des *numerus clausus* der Rücknahmegründe greift der Grundsatz der Ämterstabilität nicht.⁴⁵

Folglich liegt das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis des N hinsichtlich beider in Betracht kommender Fehler bezüglich der Ernennung der S vor.

VIII. Klagegegner

Klagegegner ist gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO das Land Berlin als Rechtsträger des handelnden Senats.

IX. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

N ist als natürliche Person nach § 61 Nr. 1 VwGO beteiligtenfähig. Die Beteiligtenfähigkeit des Landes Berlin ergibt sich ebenfalls aus § 61 Nr. 1 VwGO.

N ist gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Für das Land Berlin handelt gemäß § 62 Abs. 3 VwGO ein Vertreter.

X. Beiladung der S

S ist gemäß § 65 Abs. 2 VwGO zum Verfahren beizuladen. Sie ist nach § 61 Nr. 1 VwGO beteiligten- und nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig.

XI. Zwischenergebnis

Die Klage des N ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Anfechtungsklage ist begründet, wenn die Ernennung der S rechtswidrig ist und den N in seinen Rechten verletzt.

Die Ernennung ist nicht rechtswidrig, wenn sie aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage formell und materiell korrekt ergangen ist.

I. Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlagen für die Ernennung eines Beamten sind die §§ 3 ff. BeamtStG und §§ 6 ff. LBG.

II. Formelle Rechtmäßigkeit der Ernennung

Die Begründung des Beamtenverhältnisses der S müsste formell rechtmäßig gewesen sein. Bei der Ernennung eines Beamten sind einige spezielle Verfahrens- und Formvorschriften zu beachten. Die Stellenausschreibung war gemäß § 8 Abs. 1 LBG ordnungsgemäß. Der Senat

⁴⁵ BVerwGE 138, 102 (109 f.); *Schenke*, Neuestes zur Konkurrentenklage, NVwZ 2011, 321 (324).

war als Ernennungsbehörde gemäß § 12 Abs. 1 LBG i. V. m § 10 Nr. 18 GeschO zuständig. Die Ernennungsurkunde wurde gemäß § 8 Abs. 2 BeamtStG ausgehändigt und gemäß § 12 Abs. 2 LBG vom Regierenden Bürgermeister und der Senatsverwaltung unterzeichnet, war mithin formgerecht. Die erforderliche Beteiligung aller anderen Stellen – insbesondere des Gleichstellungsbeauftragten gemäß § 17 Abs. 2 LGG und der Schwerbehindertenvertretung gemäß § 95 Abs. 2 SGB IX – fand statt. Außerdem wurde für die Beurteilung der gesundheitlichen Eignung der Bewerber ein ärztliches Gutachten gemäß § 8 Abs. 2 LBG eingeholt. Somit war auch die Ernennung selbst formell rechtmäßig.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Weiterhin müsste die Ernennung auch in materieller Hinsicht rechtmäßig gewesen sein.

1. Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Aufgaben

Zunächst musste die Ernennung überhaupt zulässigerweise in Form eines Beamtenverhältnisses erfolgen können.

Ein Beamtenverhältnis darf gemäß § 3 Abs. 2 BeamtStG nur zur Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Aufgaben (Nr. 1) oder solcher Aufgaben, die aus Gründen der Sicherung des Staates oder des öffentlichen Lebens nicht ausschließlich Personen übertragen werden dürfen, die in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis stehen (Nr. 2), begründet werden.

Diese Voraussetzung stellt die einfachgesetzliche Umsetzung des Funktionsvorbehaltes des Art. 33 Abs. 4 GG dar,⁴⁶ wobei die Auslegung des Begriffs „**hoheitsrechtlich**“ umstritten ist. Nach einer Ansicht, wonach der Begriff restriktiv zu verstehen ist, werden nur in der Eingriffsverwaltung hoheitsrechtliche Aufgaben wahrgenommen. Dem wird der Stellenwert der Daseinsvorsorge entgegengehalten. Die Bewilligung oder Versagung staatlicher Leistungen könne für einen Bürger gleichermaßen empfindliche Auswirkungen haben wie Maßnahmen der Eingriffsverwaltung. Daher sei auch die Leistungsverwaltung eine hoheitsrechtliche Tätigkeit.⁴⁷ Der Staat steht dem Bürger jedenfalls in der höheren Ministerialbürokratie als exekutiver Teil der Staatsleitung im Über-Untersubordinationsverhältnis gegenüber, das eine Eingriffsverwaltung darstellt.⁴⁸ Da auch Beamte, die auf vorbereitende, unterstützende und beratende Art am Willensbildungsprozess mitwirken, hoheitsrechtliche Aufgaben erfüllen,⁴⁹ schadet es nicht, dass S bei den Beratungen in der Kultusministerkonferenz selbst keine Entscheidungsbefugnis besitzt. Der Streit muss vorliegend daher nicht entschieden werden.

Daher durfte das Beamtenverhältnis der S zur Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Aufgaben gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 1 BeamtStG begründet werden.

2. Beamtenverhältnis auf Probe

Gemäß § 4 Abs. 1 S. 2 BeamtStG bildet das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit die Regel. § 10 BeamtStG legt jedoch fest, dass eine Ernennung auf Lebenszeit nur dann möglich ist, wenn sich der Beamte in einer Probezeit bewährt hat. Daher kann ein Beamtenverhältnis auf Probe, wie vorliegend, gemäß § 4 Abs. 3a BeamtStG begründet werden, wenn es der Ableistung einer Probezeit zur späteren Verwendung auf Lebenszeit dient.

⁴⁶ *Wichmann*, in *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, Rn. 19.

⁴⁷ *Franke*, GKÖD, Band I, L § 5 Rn. 8; *Wichmann*, in *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, Rn. 19.

⁴⁸ *Wichmann*, in *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, Rn. 19.

⁴⁹ *Battis*, BBG, § 5 Rn. 8; *Franke*, GKÖD, Band I, L § 5 Rn. 8.

3. Haushaltsrechtliche Voraussetzungen

Die Einstellung eines Beamten hat aufgrund der zu erfolgenden Besoldung Auswirkungen auf den Haushalt und setzt daher voraus, dass der Haushaltsplan Personalmittel für die Stelle zur Verfügung stellt, § 49 LHO. Die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für die Verbeamtung der S sind jedoch erfüllt.

4. Ernennungskriterien

Die Ernennung der S könnte gegen die Qualifikationsvoraussetzungen der Art. 33 Abs. 2 GG und § 9 BeamtStG verstoßen haben.

Nach Art. 33 Abs. 2 GG, § 9 BeamtStG sind öffentliche Ämter nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu vergeben.

a) Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der S

Dies setzt zunächst voraus, dass der jeweilige Bewerber die Qualifikationen (Eignung, Befähigung und fachliche Leistung) für die Wahrnehmung des öffentlichen Amtes besitzt.

S müsste also überhaupt geeignet und befähigt sein, das öffentliche Amt wahrzunehmen, und darüber hinaus die Gewähr einer ausreichenden fachlichen Leistung bieten.

aa) Eignung

Die „Eignung“ i. S. d. Art. 33 Abs. 2 GG (und somit auch des § 9 BeamtStG) stellt das umfassendste Qualifikationsmerkmal dar, das die ganze Persönlichkeit des Bewerbers über rein fachliche Merkmale hinaus erfasst und damit die beiden anderen Voraussetzungen der Befähigung und der fachlichen Leistung bereits umschließt.⁵⁰ Der Begriff der Eignung i. e. S. erfasst insbesondere Persönlichkeit und charakterliche Eigenschaften.⁵¹ Sie liegt vor, wenn der Bewerber „dem angestrebten Amt in körperlicher, psychischer und charakterlicher Hinsicht gewachsen ist“.⁵²

(1) Charakterliche Eignung

Hinsichtlich des Vorliegens der charakterlichen Eignung der S bestehen keine Bedenken.

(2) Gesundheitliche Eignung

Fraglich ist, ob S auch als gesundheitlich geeignet einzustufen ist. Dies ist der Fall, wenn weder ihre körperliche noch psychische Konstitution der Wahrnehmung des konkreten Amtes entgegenstehen.⁵³

Problematisch ist zunächst der Beurteilungszeitpunkt. Da der Dienstherr gemäß Art. 33 Abs. 5 GG zur Alimentation verpflichtet ist, ist die Beurteilung der gesundheitlichen Eignung nicht auf den momentanen Zustand zu beschränken, sondern hat für die künftige Amtszeit zu erfolgen. Fraglich ist, ob die Beurteilung vorliegend für das temporäre Beamtenverhältnis auf Probe oder auch das zukünftige auf Lebenszeit zu erfolgen hat. Vorliegend dient das Beamtenverhältnis auf Probe laut Sachverhalt der Ableistung einer Probezeit zur späteren Verwendung auf Lebenszeit, § 4 Abs. 3a BeamtStG. Eine spätere Ernennung auf Lebenszeit ist gemäß § 10 S. 1 BeamtStG nur zulässig, wenn sich der Beamte in der Probezeit – auch in gesundheitlicher

⁵⁰ *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33 Rn. 30.

⁵¹ *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33 Rn. 31.

⁵² BVerfGE 92, 140 (151); *Wichmann*, in: Wichmann/Langer, Öffentliches Dienstrecht, Rn. 113.

⁵³ BVerfGE 92, 140 (151); *Hebeler*, Zentrale Entwicklungen im Beamtenrecht, Die Verwaltung 2014, 549 (560).

Hinsicht – bewährt hat.⁵⁴ War allerdings eine Krankheit eines Bewerbers auch vor der Ernennung als Beamter auf Probe bekannt, „so darf der Dienstherr die gesundheitliche Eignung des Beamten bei der anstehenden Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit nur dann im Hinblick auf diese Erkrankung verneinen, wenn sich die Grundlagen ihrer Bewertung inzwischen geändert haben. Bei unveränderter Sachlage ist der Dienstherr an seine Bewertung der gesundheitlichen Eignung vor Begründung des Probebeamtenverhältnisses gebunden.“⁵⁵ Daher ist die Grundlage der Beurteilung – obwohl es sich vorerst um ein Beamtenverhältnis auf Probe handelt – die lebenslange Amtszeit. Es handelt sich somit um eine **Prognoseentscheidung**.

Fraglich ist weiterhin, welcher **Maßstab für die Prognoseentscheidung** heranzuziehen ist. Nach **früherer Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts** könne man einen Bewerber nicht als gesundheitlich geeignet einstufen, „wenn die Möglichkeit [...] des Eintritts dauernder Dienstunfähigkeit vor Erreichen der Altersgrenze nicht mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann.“⁵⁶ Da von Multipler Sklerose betroffene Personen nach statistischen Erkenntnissen häufig vor Eintritt der gesetzlichen Altersgrenze dienstunfähig werden, wäre die S nach dieser Ansicht wegen ihrer Erkrankung als gesundheitlich ungeeignet einzustufen. Hierfür spricht, dass der Dienstherr gemäß Art. 33 Abs. 5 GG zur Alimentation verpflichtet ist und es daher ein Risiko für den Staatshaushalt darstelle, Personen einzustellen, deren andauernde Dienstfähigkeit nicht weit überwiegend wahrscheinlich ist. Nach **aktueller Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts** „kann die gesundheitliche Eignung nur im Hinblick auf Erkrankungen, insbesondere chronische Erkrankungen verneint werden“, wenn „tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, der Bewerber werde mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze wegen dauernder Dienstunfähigkeit vorzeitig in den Ruhestand versetzt oder er werde mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bis zur Pensionierung über Jahre hinweg regelmäßig krankheitsbedingt ausfallen und deshalb eine erheblich geringere Lebensdienstzeit aufweisen“.⁵⁷ Für die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit müsse sich ein unparteiischer, sachkundiger Arzt mit der Frage auseinandersetzen, alle vorhandenen Erkenntnisse über den Gesundheitszustand des Bewerbers ausschöpfen und trotz statistischer Erkenntnisse den individuelle Krankheitsverlauf des Bewerbers berücksichtigen.⁵⁸ Ließen sich, wie vorliegend, auf der dadurch gewonnenen Grundlage „vorzeitige dauernde Dienstunfähigkeit oder krankheitsbedingte erhebliche und regelmäßige Ausfallzeiten [...] weder feststellen noch ausschließen („*non liquet*“), so gehe dies zu Lasten des Dienstherrn.“⁵⁹ Für diese Ansicht spricht, dass der Prognosezeitraum bei einer (künftigen) Verbeamtung auf Lebenszeit äußerst lang ist und daher zwangsläufig Unsicherheiten aufweist.⁶⁰ Den Bewerber mit dieser Unsicherheit zu belasten und ihn nur deshalb nicht zu ernennen, weil sein Gesundheitszustand vom Regelzustand abweicht und seine andauernde Dienstfähigkeit deshalb nicht weit überwiegend wahrscheinlich ist, wäre eine „unverhältnismäßige Einschränkung des Rechts aus Art. 33 Abs. 2 GG auf Zugang zu einem öffentlichen Amt“.⁶¹ Ein unzumutbares Risiko für den Staatshaushalt liegt nur dann vor, wenn der Gesundheitszustand für den Bewerber nicht abschließend begutachtet wird. Es handelt sich hier um

⁵⁴ BVerwGE 148, 204 (206).

⁵⁵ BVerwGE 148, 204 (207).

⁵⁶ BVerwGE 92, 147 (149).

⁵⁷ BVerwGE 148, 204 (211); *Muckel*, Gesundheitliche Eignung eines Beamtenbewerbers, JA 2014, 716 (718).

⁵⁸ BVerwGE 148, 204 (212).

⁵⁹ BVerwGE 148, 204 (211 f.).

⁶⁰ BVerwGE 147, 244 (249); *Muckel*, Gesundheitliche Eignung eines Beamtenbewerbers, JA 2014, 716 (718).

⁶¹ BVerwGE 148, 204 (210).

gerechten Ausgleich, der allen Interessen hinreichend entspricht.⁶² Die Prüfung ist zwar kompliziert, verspricht aber Einzelfallgerechtigkeit.⁶³ Daher ist der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu folgen.

Fraglich ist weiterhin, ob der Verwaltung bei der Entscheidung über die gesundheitliche Eignung eines Bewerbers, wie bei der Entscheidung über die sonstige Eignung, ein **Beurteilungsspielraum** zusteht. Nach **früherer Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts** handele es sich bei der Entscheidung über die gesundheitliche Eignung um einen Akt wertender Erkenntnis, der einen Beurteilungsspielraum nach sich zieht,⁶⁴ und keine „reine Subsumtion des Tatbestandes unter eine gesetzliche Vorschrift“⁶⁵. Auch diesbezüglich fand eine **Kehrtwende in der Rechtsprechung** des Bundesverwaltungsgerichts statt. Obwohl der Dienstherr die gesundheitlichen Anforderungen für die jeweilige Laufbahn festlege,⁶⁶ sei die Entscheidung, ob der Bewerber diesen Anforderungen entspricht, gerichtlich voll überprüfbar.⁶⁷ Für das Bestehen eines Beurteilungsspielraums reiche es nämlich „nicht aus, dass eine rechtliche Würdigung auf der Grundlage eines komplexen Sachverhalts zu treffen ist. Hinzu kommen muss, dass die Gerichte die Aufgabe, die entscheidungsrelevanten tatsächlichen Umstände festzustellen und rechtlich zu bewerten, selbst dann nicht bewältigen können, wenn sie im gebotenen Umfang auf die Sachkunde der Verwaltung zurückgreifen oder sich auf andere Weise sachverständiger Hilfe bedienen.“⁶⁸ Die Beurteilung der gesundheitlichen Eignung „ist auf Grund einer fundierten medizinischen Tatsachengrundlage zu treffen.“⁶⁹ Hierbei könnten sich die Verwaltungsgerichte sachkundiger Hilfe bedienen und „auf dieser Grundlage ein eigenverantwortliches Urteil über die voraussichtliche Entwicklung des Gesundheitszustandes und die Erfüllung der dienstlichen Anforderungen“ bilden.⁷⁰ Für diese Ansicht spricht, dass Art. 19 Abs. 4 GG grundsätzlich zur umfassenden verwaltungsgerichtlichen Kontrolle verpflichtet.⁷¹

Nach vollumfänglicher gerichtlicher Überprüfung, unter Zugrundelegung des neuen Prognosemaßstabes, ist auch S als gesundheitlich geeignet zur Wahrnehmung des Amtes in der Senatsverwaltung einzustufen.

bb) Befähigung

Weiterhin müsste die Ernennung der S nach Befähigung vorgenommen worden sein, § 9 BeamStG, Art. 33 Abs. 2 GG. Hierzu zählen sowohl die nach Landesrecht zu bestimmende Laufbahnbefähigung als auch die individuelle Befähigung.

Zunächst müsste S gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 3 BeamStG die nach Landesrecht vorgeschriebene **laufbahnrechtliche Befähigung** besitzen. S hat gemäß § 8 Abs. 4 Nr. 1 LfbG ein Hochschulstudium mit einem Mastergrad in einer für die Laufbahn geeigneten Studienfachrichtung abgeschlossen. Außerdem hat sie gemäß § 8 Abs. 4 Nr. 2 LfbG einen mit einer Prüfung abgeschlossener Vorbereitungsdienst (Referendariat) absolviert. Daher besitzt S die nach Landesrecht erforderliche Laufbahnbefähigung.

⁶² Wittkowski, NVwZ 2014, 376 (377).

⁶³ Wittkowski, NVwZ 2014, 376 (377 f.).

⁶⁴ BVerwGE 92, 147 (149).

⁶⁵ BVerwG NJW 1961, 795.

⁶⁶ BVerwGE 147, 244 (247).

⁶⁷ BVerwGE 147, 244 (250 f.); 148, 204 (208); Muckel, Gesundheitliche Eignung eines Beamtenbewerbers, JA 2014, 716 (718); Wittkowski, NVwZ 2014, 376 (377).

⁶⁸ BVerwGE 147, 244 (250 f.).

⁶⁹ BVerwGE 148, 204 (208 f.).

⁷⁰ BVerwGE 147, 244 (251).

⁷¹ So auch BVerwGE 147, 244 (250 f.).

Zur **individuellen Befähigung** eines Bewerbers zählen seine Begabung, fachrelevantes Allgemeinwissen, Lebenserfahrung und allgemeine Ausbildung.⁷² Gefordert werden vorliegend neben ausgezeichneten Spanischkenntnissen ein tiefgründiges Verständnis des deutschen und spanischen Schul- und Bildungssystems und Fähigkeiten bei der Führung von Mitarbeitern. S als Absolventin eines Bachelorstudiums in den Fächern Personalmanagement und Kulturwissenschaften und Spanischlehrerin mit Erfahrungen als Praktikantin im spanischen Bildungsministerium erfüllt diese Voraussetzungen.

Sie ist daher befähigt, die Stelle auszuüben.

cc) Fachliche Leistung

Schließlich ist im Rahmen der § 9 BeamtStG, Art. 33 Abs. 2 GG die fachliche Leistung der Bewerber zu untersuchen. Diese ist anhand der Arbeitsergebnisse des Bewerbers bei Wahrnehmung seiner dienstlichen Aufgaben, des Fachwissens und Fachkönnens zu ermitteln.⁷³ Entscheidend sind daher in der Praxis nachgewiesene Arbeitsergebnisse, weshalb sie hauptsächlich bei Beförderungen und weniger bei Einstellungen eine Rolle spielen.⁷⁴ Vorliegend war S jedoch bereits im öffentlichen Dienst beschäftigt, und es besteht hinsichtlich der Arbeitsergebnisse eine aufschlussreiche Personalakte. Danach wurde der Unterrichtsstoff, der neben der spanischen Sprache auch Kenntnisse der spanischen Kultur und Geschichte vermittelt, von ihr zufriedenstellend abgearbeitet.

Ihre fachliche Leistung spricht somit nicht gegen eine Einstellung.

dd) Zwischenergebnis

S war somit zum Zeitpunkt der Einstellung geeignet (i. e. S.) und befähigt zur Wahrnehmung des öffentlichen Amtes, ihre fachliche Leistung stand der Einstellung nicht im Wege.

Sie war demnach insgesamt geeignet i. S. v. § 9 BeamtStG, Art. 33 Abs. 2 GG.

b) Bestenauslese zwischen den Bewerbern

Zum anderen müsste unter den vorhandenen geeigneten Bewerbern eine Bestenauslese⁷⁵ stattgefunden haben und der am besten qualifizierte Bewerber ernannt worden sein.

Weiterhin müsste die Ernennungsbehörde bei einem Vergleich der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung der S und des N die S als beste Bewerberin ausgewählt haben.

aa) Eignung des N

Ein Fehler in dieser Hinsicht kann jedoch nur vorliegen, wenn auch der N überhaupt geeignet und befähigt ist und zudem seine fachliche Leistung ausreicht, das Amt auszuüben.

(1) Eignung

N wird vom Amtsarzt die gesundheitliche Eignung für die Wahrnehmung der Stelle in der Senatsverwaltung attestiert, sodass nur seine charakterliche Eignung fraglich ist.

Ein Bewerber ist zunächst nur dann charakterlich zur Wahrnehmung eines Amtes geeignet, wenn er Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitlich demokratische Grundordnung im

⁷² BVerwGE 122, 147 (150); *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33 Rn. 31; *Wichmann*, in: Wichmann/Langer, Öffentliches Dienstrecht, Rn. 113.

⁷³ BVerwGE 122, 147 (150).

⁷⁴ *Wichmann*, in: Wichmann/Langer, Öffentliches Dienstrecht, Rn. 113.

⁷⁵ *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33 Rn. 26.



Sinne des Grundgesetzes einzutreten.⁷⁶ Bei dieser Anforderung handelt es sich um einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums i. S. d. Art. 33 Abs. 5 GG, der in § 7 Abs. 1 Nr. 2 BeamtStG einfachgesetzlich normiert ist. Das Erfordernis des **Einstehens für die freiheitlich demokratische Grundordnung** setzt voraus, dass sich der Bewerber „mit der Idee der freiheitlichen demokratischen, rechts- und sozialstaatlichen Ordnung dieses Staates“ identifiziert.⁷⁷ Eine kritische Einstellung zum Staat ist zwar erwünscht, dennoch sollte die geltende Verfassungsordnung anerkannt und begrüßt werden.⁷⁸ Zur freiheitlich demokratischen Grundordnung „sind mindestens zu rechnen: Die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten [...] die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteiensystem und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung der Opposition.“⁷⁹

„Gewähr bieten“ im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 2 BeamtStG bedeutet, dass „keine Umstände vorliegen dürfen, die nach der Überzeugung der Ernennungsbehörde die künftige Erfüllung dieser Pflicht zur Verfassungstreue mit dem aufgezeigten Inhalt durch den Beamtenbewerber zweifelhaft erscheinen lassen.“⁸⁰ Hierfür genügen berechtigte Zweifel.⁸¹ „Die Zweifel [...] müssen allerdings auf Umständen beruhen, die von hinreichendem Gewicht und bei objektiver Betrachtungsweise geeignet sind, ernste Besorgnis an der künftigen Erfüllung seiner Verfassungstreuepflicht auszulösen. [...] Das bloße Haben einer Überzeugung, die bloße Mitteilung, daß man diese habe, das kritische Informieren, etwa das Lesen rechtsextremistischer oder kommunistischer Literatur, oder die Anwesenheit bei einer Demonstration für mit der Verfassung nicht ohne weiteres vereinbare Zielsetzungen und Kritik im Rahmen der Verfassung gehören für sich allein unter anderem ebenfalls nicht zu derartigen Umständen.“⁸² Das alleinige Lesen rechtsextremer Schriften durch N schadet seiner Verfassungstreue daher nicht. Gleichwohl gilt das Parteienprivileg des Art. 21 Abs. 2 GG bei der Beurteilung der Verfassungstreue gerade nicht, und auch die Mitgliedschaft in einer nicht für verfassungswidrig erklärten Partei kann berechtigte Zweifel an der Verfassungstreue des Bewerbers begründen, wenn die Partei „aktiv kämpferisch, planvoll die Beeinträchtigung oder Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung anstrebt“.⁸³ Die NPD strebt „nach ihren Zielen und dem Verhalten ihrer Anhänger die Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung“ an.⁸⁴

Anmerkung: Die NPD war bereits mehrfach Gegenstand von Verbotsverfahren. Das erste von der Bundesregierung unter Bundeskanzler *Gerhard Schröder* eingeleitete Verbotsverfahren wurde 2003 aus Verfahrensgründen eingestellt, weil V-Leute des Verfassungsschutzes auch in der Führungsebene der Partei tätig waren. Insbesondere aufgrund des Bekanntwerdens der Hintergründe der Gewaltverbrechen um den sog. „Nationalsozialistischen Untergrund“ (NSU) wurde durch die Bundesländer über den Bundesrat Ende 2013 ein erneutes Verbotsverfahren eingeleitet. Dieses scheiterte im Januar 2017 daran, dass die NPD zwar „nach ihren Zielen und dem Verhalten ihrer Anhänger die Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung“ anstrebe, und auf die Erreichung dieser Ziele auch „planvoll und qualifiziert“ hinarbeite, jedoch ohne konkrete Anhaltspunkte, die die Zielerreichung für möglich erscheinen ließen und die für die Begründetheit des Verbotsantrags vonnöten seien (BVerfG, 2 BvB 1/13 v. 17.01.2017, insb. LS 3-9).

⁷⁶ BVerwGE 47, 330 (337); *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33 Rn. 30.

⁷⁷ BVerwGE 61, 176 (177).

⁷⁸ BVerwGE 61, 176 (178).

⁷⁹ U.a. BVerwGE 61, 176 (177 f.).

⁸⁰ BVerwGE 61, 176 (180).

⁸¹ BVerwGE 61, 176 (181).

⁸² BVerwGE 61, 176 (181 f.).

⁸³ BVerwGE 61, 194 (196).

⁸⁴ BVerfG, 2 BvB 1/13 v. 17.01.2017, Rn. 633, insb. aber Rn. 634 ff., juris.

Der N ist aber gerade kein Mitglied der NPD. Seiner charakterlichen Eignung stehen allein das Auseinandersetzen und der Kontakt mit der Partei daher nicht im Wege.

Er unterstützte die Partei jedoch im Rahmen der Flugblattaktion. Diese äußere Verhaltensweise könnte auf eine innere verfassungsfeindliche Einstellung des N schließen lassen.

Der Senat entschied sich jedoch aufgrund der Aussagen des N, er habe die Flugblätter nicht aus Überzeugung verteilt, sondern ausschließlich der V zuliebe, habe in Zukunft nicht mehr vor, an Aktionen der NPD teilzunehmen, und habe ohnehin immer Kritik an den rechtsextremen Auffassungen der V geübt, für seine Verfassungstreue. Fraglich ist, inwiefern die Verwaltungsgerichte diese Entscheidung – und auch andere Entscheidungen der Ernennungsbehörde im Rahmen des Leistungsgrundsatzes des § 9 BeamStG – überprüfen dürfen. Gemäß Art. 19 Abs. 4 GG wird ein effektiver und möglichst umfassender Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt gewährleistet. Daher sind die Verwaltungsgerichte grundsätzlich verpflichtet, „die angefochtenen Verwaltungsakte in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollständig nachzuprüfen“.⁸⁵ Rechtsschutz kann jedoch dann nicht mehr gewährt werden, wenn die Grenzen der Funktionsfähigkeit der Rechtsprechung erreicht sind.⁸⁶ Die Beurteilung der Eignung eines Bewerbers enthält eine **Prognose**, „die eine konkrete und einzelfallbezogene Würdigung der gesamten Persönlichkeit des Bewerbers verlangt. Sie umfasst auch eine vorausschauende Aussage darüber, ob der Betreffende die ihm in dem angestrebten Amt obliegenden beamtenrechtlichen Pflichten erfüllen wird.“⁸⁷ Es handelt sich dabei um eine außergewöhnlich schwierige und komplexe Entscheidung, die nur die Verwaltung – und nicht die Gerichte – aufgrund ihrer besonderen Sachkompetenz fällen können. Bei diesem prognostischen Urteil steht dem Dienstherrn ein weiterer **Beurteilungsspielraum** zu.⁸⁸ Beim Vorliegen eines solchen Beurteilungsspielraums beschränkt sich die gerichtliche Überprüfbarkeit „im Wesentlichen darauf, ob der Dienstherr von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, den beamten- und verfassungsrechtlichen Rahmen verkannt, allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt hat.“⁸⁹ Vorliegend sind derartige Beurteilungsfehler nicht ersichtlich, weshalb die Entscheidung des Senats, der N stehe für die freiheitlich demokratische Grundordnung ein, nicht zu beanstanden ist.

Aus über N geführten Personalakten ergeben sich außerdem keinerlei Auffälligkeiten hinsichtlich des Umgangs mit Vorgesetzten, Kollegen und Schülern, die für oder insbesondere gegen seine charakterliche Eignung sprechen könnten.

N ist somit auch charakterlich geeignet.

Anmerkung: Eine andere Auffassung ist gut vertretbar, insbesondere, wenn man berücksichtigt, dass die Stelle in der Senatsverwaltung einen starken internationalen Bezug aufweist und die Verfassungstreue funktionsbezogen zu beurteilen ist.⁹⁰

(2) Befähigung

Auch N hat die laufbahnrechtliche Befähigung.

⁸⁵ BVerfGE 84, 34 (49).

⁸⁶ BVerfGE 84, 34 (50).

⁸⁷ St. Rspr., vgl. BVerfG, 2 BvR 2453/15 v. 20.09.2016, Rn. 19.

⁸⁸ St. Rspr., vgl. BVerfG, 2 BvR 2453/15 v. 20.09.2016, Rn. 19.

⁸⁹ BVerfGE 108, 282 (296); BVerwGE 61, 176 (185).

⁹⁰ BVerfG NJW 1989, 1374; *Battis*, BBG, § 7 Rn. 12.

Für seine individuelle Befähigung spricht, dass er Spanischlehrer mit einem Masterabschluss ist und gute pädagogische Fähigkeiten aufweist, die ihm auch bei der Mitarbeiterführung zugutekommen können. Durch seine vergleichende Bachelorarbeit hat er sich Kenntnisse des spanischen Bildungssystems erarbeitet. Er ist somit ebenfalls individuell befähigt.

Die Befähigung des N zur Ausübung des Amtes liegt vor.

(3) Fachliche Leistung

Hinsichtlich der fachlichen Leistung des N gilt das bezüglich S Gesagte entsprechend. Auch seine fachliche Leistung steht einer Einstellung somit nicht im Wege.

N war somit grundsätzlich geeignet, das Amt auszuüben.

bb) Entscheidung des Senats zugunsten der S

Gleichwohl könnte die Entscheidung für S aufgrund des bereits dargestellten Grundsatzes der Bestenauslese gerechtfertigt sein und keinen Verstoß gegen § 9 BeamStG oder Art. 33 Abs. 2 GG darstellen.

Die Auswahl unter mehreren Bewerbern liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Dienstherrn.⁹¹ „Dem pflichtgemäßen Ermessen des Dienstherrn ist es auch überlassen, welchen (sachlichen) Umständen er bei seiner Auswahlentscheidung das größere Gewicht beimißt und in welcher Weise er den Grundsatz des gleichen Zugangs zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung verwirklicht, sofern nur das Prinzip selbst nicht in Frage gestellt ist.“⁹² Daher ist die Auswahlentscheidung lediglich auf Ermessensfehler hin zu überprüfen. Dass das Ermessen gar nicht ausgeübt oder dessen Grenzen überschritten wurden, ist nicht ersichtlich, sodass vorliegend allein ein Ermessensfehlergebrauch in Betracht kommt. Der Senat könnte die für die Auswahl sprechenden Faktoren unzutreffend gewichtet haben. Bei der Entscheidung über die Eignung der Bewerber handelt es sich zu einem nicht unwesentlichen Teil um ein prognostisches Urteil über die Bewerber.⁹³ Deshalb führt nicht jeder Fehler gleich zur Rechtswidrigkeit der Entscheidung. Der Senat ist davon ausgegangen, dass man auf die Qualifikationen, die S im Rahmen des Bachelorstudiums und des Praktikums im spanischen Bildungsministerium erworben hat, angewiesen sei und sie deshalb die bessere Bewerberin darstelle. Diesbezüglich ist relevant, dass S noch vor der Aufnahme ihres Lehramtsstudiums ein dreijähriges Bachelorstudium in den Fächern Personalmanagement und Kulturwissenschaften abgeschlossen hat und im Rahmen dieses Studiums sechs Monate als Praktikantin im spanischen Bildungsministerium beschäftigt war. S hat daher im Rahmen des Studiums bereits Kenntnisse über Personalplanung und -führung erworben, die über die des N hinausgehen. Aufgrund des Praktikums erhielt sie außerdem Einblicke in das kooperierende spanische Ministerium und das spanische Schul- und Bildungssystem. N andererseits konnte sich nur im Rahmen seiner Bachelorarbeit besondere Kenntnisse über das spanische Bildungssystem erarbeiten, die nicht den gleichen Einblick in die tatsächliche Arbeitspraxis des spanischen Ministeriums gewähren.

Es ist daher nicht ersichtlich, dass der Senat eine falsche Gewichtung dieser Qualifikationen vornahm. Daher hat er sich im Rahmen seines Auswahlermessens bewegt.

Anmerkung: Die an die Ausübung des Ermessens zu stellenden Voraussetzungen ergeben sich allesamt bereits aus dem Wortlaut des § 40 VwVfG:

⁹¹ BVerwGE 68, 109 (110); *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33 Rn. 34.

⁹² BVerwGE 68, 109 (110).

⁹³ *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33 Rn. 30.

„Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, **hat** [(Ermessensausfall / - nichtgebrauch)] sie ihr Ermessen **entsprechend dem Zweck der Ermächtigung** [(Ermessens Fehlgebrauch)] auszuüben und die **gesetzlichen Grenzen des Ermessens** [(Ermessensüberschreitung)] einzuhalten.“

c) Frauenförderung

Da S als weibliche Bewerberin ernannt wurde, ist nicht zu prüfen, ob gegen Vorschriften zur Frauenförderung verstoßen wurde.

d) Zwischenergebnis

Die Ernennung ist daher gemäß § 9 BeamtStG nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung erfolgt. Es liegt kein Verstoß gegen das Leistungsprinzip vor.

5. Staatsangehörigkeit

Möglicherweise war ihre Ernennung aber aufgrund ihrer fehlenden deutschen Staatsangehörigkeit rechtswidrig.

a) Anforderungen an die Staatsangehörigkeit

Dafür müsste zunächst die deutsche Staatsangehörigkeit Voraussetzung für das Beamtenverhältnis der S sein.

Gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1a BeamtStG darf eine Person grundsätzlich auch dann in ein Beamtenverhältnis berufen werden, wenn sie die **Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates** der Europäischen Union besitzt. Diese Vorschrift wird der unionsrechtlich gemäß Art. 45 AEUV gewährleisteten Arbeitnehmerfreizügigkeit gerecht.⁹⁴

Gemäß § 7 Abs. 2 BeamtStG dürfen allerdings **nur Deutsche** in das Beamtenverhältnis berufen werden, wenn die Aufgaben es erfordern. Fraglich ist, wann dies der Fall ist. Dabei ist von Bedeutung, dass auch Abs. 2 dem Unionsrecht ebenfalls gerecht wird.⁹⁵ Nach Art. 45 Abs. 4 AEUV findet die Arbeitnehmerfreizügigkeit bei der Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung keine Anwendung. Das bedeutet, dass einem Bewerber nach Unionsrecht eine Stelle dann unter Berufung auf seine Staatsangehörigkeit verwehrt werden kann, wenn diese Stelle in „der öffentlichen Verwaltung“ ist. Daher das Erfordernis der deutschen Staatsangehörigkeit unionsrechtlich so auszulegen, dass S in der öffentlichen Verwaltung i. S. d. Art. 45 Abs. 4 AEUV beschäftigt sein müsste.⁹⁶

Der Begriff der **öffentlichen Verwaltung** i. S. d. Art. 45 Abs. 4 AEUV ist unionsrechtlich auszulegen, um die einheitliche Anwendung des Unionsrecht zu gewährleisten.⁹⁷ Es darf den Mitgliedstaaten nicht freistehen, Ausnahmen von der unionsrechtlich gewährleisteten Arbeitnehmerfreizügigkeit zu machen. Daher kann der Begriff der hoheitsrechtlichen Aufgaben gemäß § 3 Abs. 2 BeamtStG nicht mit der öffentlichen Verwaltung gleichgesetzt werden.⁹⁸ Die nationale Ausgestaltung des Beschäftigungsverhältnisses (also ob es sich um ein Arbeitnehmer- oder Beamtenverhältnis handelt) darf daher ebenso keine Rolle spielen. Der Grund für die

⁹⁴ Zängl, GKÖD, Band I, L § 7 Rn. 38.

⁹⁵ Reich, BeamtStG, § 7 Rn. 9.

⁹⁶ Tegethoff, in: Kugele, BeamtStG, § 7 Rn.15.

⁹⁷ EuGH, Rs. C-270/13 (Haralambidis), EuZW 2014, 946 (947); Brechmann, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 45 AEUV Rn. 103.

⁹⁸ Zängl, GKÖD, Band I, L § 7 Rn. 14.

Ausnahme von der Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Abs. 4 liegt darin, dass bestimmte Tätigkeiten eine besondere Verbundenheit des Stelleninhabers zum Staat voraussetzen. Aufgrund des Ausnahmecharakters ist der Begriff der öffentlichen Verwaltung jedoch eng auszulegen „und auf das zu beschränken, was zur Wahrung der Interessen, die Art. 45 Abs. 4 AEUV den Mitgliedstaaten zu schützen erlaubt, unbedingt erforderlich ist.“⁹⁹ Insoweit betrifft der Begriff „öffentliche Verwaltung“ diejenigen Stellen, „die eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und an der Wahrnehmung von Aufgaben mit sich bringen, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staats [...] gerichtet sind, so dass sie ein Verhältnis besonderer Verbundenheit des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat sowie die Gegenseitigkeit der Rechte und Pflichten voraussetzen, die dem Staatsangehörigkeitsband zu Grunde liegen“.¹⁰⁰

Zu der **Ausübung hoheitlicher Befugnisse** gehört auch der Erlass von Rechtsnormen.¹⁰¹ Vorliegend soll 2017 ein neues Bildungsabkommen abgeschlossen werden. Hierzu müssen die Länder in der Kultusministerkonferenz ihre Zustimmung erteilen, daher werden dahingehend hoheitliche Befugnisse ausgeübt.

Weiterhin müsste die Tätigkeit der S in der Senatsverwaltung eine zumindest **mittelbare Teilnahme** an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse darstellen. Hierzu zählen auch vorbereitende, unterstützende und überwachende Tätigkeiten.¹⁰² Im Rahmen der Stelle soll S unter anderem die Senatorin aufgrund der gemachten Erfahrungen bei der Umsetzung des Kulturabkommens beratend zur Seite stehen und Empfehlungen für die Beratungen in der Kultusministerkonferenz abgeben. Daher wirkt S vorbereitend und unterstützend an dem Kulturabkommen mit und nimmt mittelbar an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse teil.

Außerdem müssten die Aufgaben der S auf die **Wahrung der allgemeinen Belange des Staates** gerichtet sein, also der Erfüllung der dem Staat obliegenden Aufgaben dienen.¹⁰³ Das Kulturabkommen dient der schulischen Bildung der Bevölkerung, die eine dem Staat obliegende Aufgabe darstellt.

Schließlich müssten die Aufgaben im Rahmen der Stelle ein **Verhältnis besonderer Verbundenheit des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat** sowie die Gegenseitigkeit der Rechte und Pflichten voraussetzen, die dem Staatsangehörigkeitsband zu Grunde liegen. Dies wird in der Regel in der Verwaltung auf Ministerial- und Senatsebene angenommen.¹⁰⁴ Vorliegend besteht zudem die Besonderheit, dass im Rahmen der Stelle mittelbar am Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Spanien teilgenommen wird. Der Stelleninhaber soll die Senatorin derart beraten, dass Berliner Interessen im Rahmen der Kultusministerkonferenz möglichst effektiv gegenüber den Interessen der anderen Bundesländer, aber auch gegenüber den Interessen des spanischen Staates durchgesetzt werden.

Auch wenn gute Gründe für eine ausschließliche Übertragbarkeit des Amtes auf Deutsche vorliegen, könnte eine Entscheidung dahinstehen, wenn jedenfalls eine rechtmäßige Ausnahme vom Erfordernis der deutschen Staatsangehörigkeit gemäß § 7 Abs. 3 BeamtStG gemacht worden wäre.

⁹⁹ EuGH, Rs. C-270/13 (Haralambidis), EuZW 2014, 946 (947).

¹⁰⁰ EuGH, Rs. C-270/13 (Haralambidis), EuZW 2014, 946 (947).

¹⁰¹ Zängl, GKÖD, Band I, L § 7 Rn. 53.

¹⁰² Zängl, GKÖD, Band I, L § 7 Rn. 54.

¹⁰³ Zängl, GKÖD, Band I, L § 7 Rn. 55.

¹⁰⁴ Kommission, ABl. 1988 Nr. C 72/3; Kathke, Wie weit geht die Öffnung des Berufsbeamtentums der EU-Bürger?, ZBR 1994, 233 (238); Zängl, GKÖD, Band I, L § 7 Rn. 60.

b) Ausnahme vom Erfordernis der deutschen Staatsangehörigkeit

Es bleibt den Mitgliedstaaten nämlich unbenommen, Beschäftigungsverhältnisse von Unionsbürgern auch im Anwendungsbereich des Art. 45 Abs. 4 AEUV zu begründen. Dem entspricht Abs. 3, der Ausnahmen zulässt.

aa) Formelle Rechtmäßigkeit

Die Erteilung der Ausnahme müsste formell rechtmäßig gewesen sein. Über die Ausnahme entschied der gemäß § 9 S. 1 LBG zuständige Senat. Die Ausnahme wurde erst nach der Ernennung der S zur Beamtin erteilt, allerdings ergibt sich aus § 12 Abs. 1 Nr. 3 BeamtStG, dass, wenn eine Ernennung – wie hier – gemäß § 7 Abs. 2 BeamtStG (möglicherweise) nicht erfolgen durfte, eine Ausnahme auch nachträglich erteilt werden kann (anders in den Fällen des § 11 Abs. 1 Nr. 3a BeamtStG). Daher wäre die Erteilung der Ausnahme formell rechtmäßig.

bb) Materielle Rechtmäßigkeit

Eine Ausnahme vom Erfordernis der deutschen Staatsangehörigkeit darf gemäß § 7 Abs. 3 Nr. 1 BeamtStG nur erteilt werden, wenn für die Gewinnung des Beamten ein **dringendes dienstliches Interesse** besteht. Dieses liegt vor, wenn der ernannte Bewerber besondere Fachkenntnisse hat, es keinen geeigneten deutschen Konkurrenten gibt und die wahrzunehmenden Aufgaben die besonderen Fachkenntnisse zwingend erfordern.¹⁰⁵ Die Entscheidung über das Vorliegen des dringenden dienstlichen Interesses ist zwar voll gerichtlich überprüfbar,¹⁰⁶ allerdings entscheidet die Ernennungsbehörde im Rahmen ihres Organisationsrechts, welche Anforderungen mit der Wahrnehmung der Stelle verbunden sind.¹⁰⁷ Vorliegend soll der Stelleninhaber zwingend ein tiefgründiges Verständnis des deutschen und spanischen Schul- und Bildungssystems und Fähigkeiten bei der Führung von Mitarbeitern haben. S ist die einzige Bewerberin, die über derartige Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt, jedenfalls gehen ihre dahingehenden Fähigkeiten deutlich über die des N als Alternative hinaus. Daher bestand für ihre Gewinnung ein dringendes dienstliches Interesse. Die Erteilung der Ausnahme wäre auch in materieller Hinsicht rechtmäßig.

c) Zwischenergebnis

Folglich war die Ernennung der S trotz des Fehlens der deutschen Staatsangehörigkeit jedenfalls rechtmäßig, weshalb es einer Entscheidung, ob die Stelle unter § 7 Abs. 2 BeamtStG fällt, nicht bedarf.

IV. Zwischenergebnis

Die Ernennung der S war somit formell und materiell rechtmäßig, weshalb die Anfechtungsklage des N unbegründet ist.

C. Ergebnis

Die Klage des N hat keine Aussicht auf Erfolg.

¹⁰⁵ *Tegethoff*, in: Kugele, BeamtStG, § 7 Rn. 18; *Zängl*, GKÖD, Band I, L § 7 Rn. 63.

¹⁰⁶ *Reich*, BeamtStG, § 7 Rn. 10; *Tegethoff*, in: Kugele, BeamtStG, § 7 Rn. 18.

¹⁰⁷ *Tegethoff*, in: Kugele, BeamtStG, § 7 Rn. 18.