

### **Vortrag am 09.02.2010**

A ist Lehrer im Bezirk Spandau (Beamter auf Lebenszeit, Besoldungsgruppe A 11). An der Nachbarschule wird eine freie Stelle mit teilweiser Leitungsfunktion (A 12) ausgeschrieben. A und zwei weitere Bewerber reichen ihre Bewerbungen um diese Stelle und die entsprechende Beförderung ein. Mit allen Bewerbern werden Bewerbungsgespräche geführt. Die zuständige Behörde teilt A am 10.12. mit, sie werde voraussichtlich der Lehrerin L die Stelle übertragen und sie befördern. L hatte sich nicht beworben, war hierzu aber von der Behörde aufgefordert worden. Nach Angaben der Behörde hat L zwar die gleichen dienstlichen Beurteilungen wie A (jeweils gut), doch habe sie anders als A an drei Weiterbildungsseminaren von jeweils 4 Wochen erfolgreich teilgenommen, sei also besser qualifiziert. Außerdem bestünden an der Eignung des A Bedenken. Wie sie erst jetzt erfahren habe, sei A Mitglied der als rechtsextremistisch angesehenen Partei P und habe für diese an der letzten Abgeordnetenhauswahl teilgenommen, allerdings ohne Erfolg. A habe auch nicht dem rechtsextremistischen Inhalt einer Werbebroschüre der P widersprochen. Diese Angaben treffen zu. A bittet Rechtsanwalt R am 15.12. um Rechtsrat, was er unternehmen solle. Er möchte insbesondere wissen, ob er gegen eine etwaige künftige Beförderung der L mit der Anfechtungsklage vorgehen, ob er selbst auf seine Beförderung klagen könne oder was ihm R rate. Er meint, es könne niemand berücksichtigt werden, der sich selbst gar nicht bewerbe. Die Fortbildungsseminare seien unerheblich, da er selbst zu solchen Seminaren nie aufgefordert worden sei. Der Hinweis auf seine Parteizugehörigkeit verletze ihn in seinen Grundrechten aus Art. 12 und 21 GG.

Tragen sie den Sachverhalt kurz vor und erläutern Sie, zu welchen Rechtsbehelfen R raten sollte und ob diese Erfolgsaussichten haben.

Nehmen Sie ergänzend zu der Frage Stellung, ob A, falls er keine Rechtsbehelfe einlegt, Schadensersatz in Form der Zahlung der Gehaltsdifferenz verlangen kann.

Zugelassene Hilfsmittel: Sartorius, Verfassungs- und Verwaltungsgesetze, Berliner Gesetze

Gutes Gelingen !

## Vermerk:

Der nachfolgende Vermerk ist keine Musterlösung. Er soll auf die Hauptprobleme des Falles hinweisen und mögliche Lösungsansätze aufzeigen. Er erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Von den Studenten/innen kann nicht erwartet werden, dass sie die tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen in gleicher Weise wie hier vertiefen. Der Fall enthält zahlreiche Probleme, wobei bei den Bearbeitern/innen nicht davon ausgegangen werden kann, dass sie diese sämtlich in der kurzen Bearbeitungszeit erkennen und lösen. Die Hauptfragen sollten jedoch angesprochen werden, zumal sie teils im Sachverhalt angedeutet werden und die Studenten/innen diesen stets entsprechend kritisch lesen sollten. Der Fall enthält leicht erkennbare Grundfragen des Prozess- und des Beamtenrechts (Konkurrentenklage, vorläufiger Rechtsschutz nach § 123 VwGO, sog. Extremistenproblematik, Ersatzansprüche), gibt aber auch zu differenzierenden Überlegungen Anlass, zumindest in dem sich anschließenden Vertiefungsgespräch.

Der Fall ist frei gestaltet. Probleme im Zusammenhang mit konkurrierenden Bewerbungen treten aber häufig auf und gehören zu den Kernfragen des Beamtenrechts. Auch die Frage der Verfassungstreue ist ein gängiges Prüfungsthema.

### 1. Übersicht

Es werden im Wesentlichen folgende Aspekte zu behandeln sein: Rechtsanwalt R muss zwei Vorgehensweisen in Betracht ziehen, das Hauptverfahren und das vorläufige Rechtsschutzverfahren. Denn das Hauptverfahren wird sich erfahrungsgemäß längere Zeit hinziehen, und es besteht die Gefahr, dass zwischenzeitlich die Konkurrentin L ernannt wird. Dann kann A keinen wirksamen Rechtsschutz mehr erlangen. Die Ernennung der Mitberberin L schafft vollendete Tatsachen (vgl. BVerwG, Beschl. vom 20.1.04, Buchholz 310 § 123 VwGO Nr. 23 und Juris, sub 7), da mit Aushändigung der Ernennungsurkunde die Beförderung wirksam wird und nicht mehr aufhebbar ist. Selbst bei rechtlich fehlerhafter Ernennung ist eine Korrektur grundsätzlich nicht mehr möglich, vgl. die sehr eingeschränkten Voraussetzungen nach § 12 BeamtenStG für eine Rücknahme der Ernennung. Daher muss R auch an ein Verfahren nach § 123 VwGO denken, vgl. BVerfG, Beschl. vom 24.9.02, NVwZ 2003, 200 und Juris, sub 9). Für das Hauptverfahren kommen Widerspruch und anschließende verwaltungsgerichtliche Klage in Betracht.

### 2. Hauptverfahren

R muss zunächst Widerspruch einlegen, da in beamtenrechtlichen Streitigkeiten grundsätzlich stets ein Vorverfahren durchzuführen ist, § 54 Abs. 2 BeamtenStG. Insofern hat sich an der Rechtslage, wie sie nach § 126 BRRG galt, nichts geändert. Eine nach § 54 Abs. 2 S. 3 BeamtenStG zulässige Ausnahme nach Berliner Landesrecht kommt vorliegend nicht in Betracht, insbesondere dürfte § 93 Abs. 1 Nr. 1 LBG in der Fassung vom 19. 3. 2009 (GVBl. S. 70) nicht einschlägig sein. Nach dieser Vorschrift, die im Wesentlichen dem § 111 a LBG in der Fassung von 2004 entspricht, bedarf es keines Vorverfahrens in Angelegenheiten, die die Auswahl und Ernennung bei der Bewerbung um eine Beamtenstelle betreffen. Auf den ersten Blick könnten damit auch Fälle erfasst sein, in denen es gleichzeitig um eine Berufung in das Beamtenverhältnis oder um die Entscheidung über eine Beförderung geht. Beides ist aber klar zu trennen. Bei der Ernennung zum Beamten/in und bei der Beförderung geht es um Statusentscheidungen, nicht nur um die Zuweisung einer Beamtenstelle. Nach der amtlichen Begründung zu § 111 a LBG a.F ist die Entbehrlichkeit des Widerspruchsverfahrens bewusst auf einige Ausnahmefälle begrenzt worden („beschränkt sich auf die Fälle...“ vgl. Drucksache des Abgeordnetenhauses von Berlin 15/2584 Seite 7 zu Nr. 13 ), so dass auch von einer engen Auslegung auszugehen ist. Hätten auch Statusentscheidungen erfasst werden sollen, wäre das deutlich im Gesetzestext zum Ausdruck gebracht worden. Das hätte allerdings der Systematik widersprochen, da dann das Vorverfahren beispielsweise für Entscheidungen über Nebentätigkeiten, über

Urlaub und über Beihilfe weiterhin erforderlich wäre, bei den weit bedeutenderen Statusentscheidungen aber entfallen würde. Mit § 111 a und § 93 LBG n.F. sollten daher nur Fälle von untergeordneter Bedeutung von der Notwendigkeit eines Vorverfahrens dispensiert werden, so dass mit der Beamtenstelle in § 93 LBG nur die Planstelle gemeint sein kann. Die Norm erfasst Fälle der Umsetzung oder Versetzung oder der Ablehnung derartiger Maßnahmen. Nur dieses Verständnis entspricht auch der Zielsetzung des § 54 BeamtenStG, grundsätzlich für alle beamtenrechtlichen Streitigkeiten wegen des besonderen Fürsorge- und Treueverhältnisses dem gerichtlichen Verfahren eine behördliche Selbstkontrolle vorzuschalten (vgl. Wichmann/Lauer, Öffentliches Dienstrecht, 6.Auflage Rdn. 302). Ausnahmen kommen nur für untergeordnete Fälle in Betracht, so etwa bei der weitgehend auch internen Entscheidung über die Besetzung einer Planstelle. Demzufolge muss A vorliegend zunächst das Widerspruchsverfahren einhalten, bevor er klagen kann. Im Vorverfahren wird R alle wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Aspekte, die für seinen Mandanten sprechen, eingehend erläutern.

Sofern das Vorverfahren nicht erfolgreich ist, wird R zur verwaltungsgerichtlichen Klage raten, § 54 Abs. 1 BeamtenStG. Insoweit kommt eine Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 VwGO nicht in Betracht. A kann insbesondere nicht die Ernennung der L anfechten. Die Ernennung ist zwar ein Verwaltungsakt, aber nur im Verhältnis zu L, nicht auch gegenüber A. Es ist kein Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, etwa vergleichbar der Erteilung einer Baugenehmigung, die gegen drittschützende Normen verstößt, insbesondere Rechte des Nachbarn verletzt, vgl. § 80a VwGO. Auch eine Anfechtungsklage gegen die Ablehnung der Bewerbung des A scheidet aus. Denn mit dieser kann er sein Rechtsschutzziel nicht erreichen. A erstrebt seine Beförderung, also eine Leistung der Dienstbehörde. A muss mithin die Leistungsklage in Form der Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 VwGO wählen. Hierbei ist aber zu berücksichtigen, dass es weder einen Anspruch auf Einstellung noch einen solchen auf Beförderung gibt (vgl. Wichmann in Wichmann/Langer, Öffentliches Dienstrecht, 6. Auflage, Rdn. 145 ff. mit umfassenden Nachweisen). Die Dienstbehörde hat bei allen Auswahlentscheidungen einen weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraum (vgl. BVerfG, Beschl. vom 24.9.02, aaO, Juris sub 16), und zwar dahin, ob sie überhaupt die Beförderungsstelle besetzt, gegebenenfalls wann, und wen sie von den Bewerbern als am besten qualifiziert ansieht. Insofern wird R zur Verpflichtungsklage in Form der Bescheidungsklage raten (BVerfG, Beschl. vom 24.9.02, aaO, Juris sub 9 und 13). Damit wird die Dienstbehörde zu einer neuen Entscheidung über die Stellenbesetzung und Beförderung und zu einem neuen Auswahlverfahren unter den Bewerbern, unter Einschluss von A und L, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts verpflichtet, § 113 Abs. 5 VwGO.

Nicht zu beanstanden ist es, wenn ein/e Bearbeiter/in an eine vorbeugende Unterlassungsklage denkt, mit der A die Unterlassung der Beförderung der L erstrebt, (vgl. Förster/Sander, Fälle zum Besonderem Verwaltungsrecht, 2.Aufl., S. 97, 99 f.). Diese kann zwar angesichts des Umstandes, dass die Beförderung eines Mitbewerbers vollendete Tatsachen schafft und diese Beförderung von einem übergangenen Mitbewerber nicht mit der Anfechtungsklage angegriffen werden kann, als grundsätzlich zulässig angesehen werden. Das notwendige besondere Rechtsschutzbedürfnis (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 16. Auflage, vor § 40 Rdn 33 mit weiteren Nachweisen) ist zu bejahen. Damit ist A aber nur unzureichend gedient, da er seine eigene Beförderung erstrebt, also ein Mehr als nur das Unterlassen der Beförderung einer Mitbewerberin. Außerdem wird R dasselbe Ziel, Verhinderung der Beförderung der L vor Abschluss des Verfahrens des A, mit einem Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz anstreben. Ein entsprechendes Hauptverfahren daneben erübrigt sich.

Falls das Widerspruchsverfahren erfolglos bleibt, wird A also auf Neubescheidung klagen. Eine Verdichtung des Entscheidungsspielraums dahin, dass nur eine Entscheidung rechtmäßig ist, nämlich die Beförderung des A, daher ein Verpflichtungsantrag geboten ist, scheidet aus.

### 3. Erfolgsaussicht des Widerspruchsverfahrens

A hält die getroffene Auswahlentscheidung in mehrfacher Hinsicht für rechtswidrig und erstrebt deren Korrektur. Es erscheint indes fraglich, ob die Dienstbehörde fehlerhaft gehandelt hat.

Wie erwähnt, besteht kein Anspruch auf Beförderung, auch nicht unter dem Aspekt der Fürsorgepflicht, § 45 BeamtenStG. Diese ist auf das Amt, das der Beamte innehat, beschränkt. Jeder Bewerber um eine Beförderungsstelle hat nur einen Anspruch auf eine ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung ( BVerfG, Beschl. vom 14.9.02, aaO, Juris sub 9; BVerwGE 101, 112, 114), er darf nicht aus unsachgemäßen Erwägungen von der Beförderung ausgeschlossen werden. Die beamtenrechtlichen Vorschriften dienen primär dazu, im öffentlichen Interesse die Planstellen optimal zu besetzen, um die staatlichen Aufgaben bestmöglich erfüllen zu können. Dabei hat der Dienstherr aber zugleich auch die berechtigten Interessen des/der Beamten/in zu wahren, in seinem Beruf angemessen und seinen Fähigkeiten gemäß weiterzukommen, sofern entsprechende Stellen vorhanden sind oder frei werden (BVerfGE 56, 146, 163; Leisner in Sodan, GG, Art. 33 Rdn 4). Gemäß Art. 33 Abs. 2 GG besteht ein Anspruch auf Zugang zu jedem öffentlichen Amt, wozu auch Beförderungämter gehören (BVerwGE 76, 243, 251; Jarass in Jarass/Pieroth, GG, 9. Auflage, Art. 33 Rdn 19; Kunig in von Münch/Kunig, GG, 5. Auflage, Art.33 Rdn 14). Über den Zugang darf nur nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung entschieden werden. Es gilt der Grundsatz der Bestenauslese (eingehend hierzu Jachmann in von Mangoldt/Klein/Stark, GG, 5.Auflage, Art. 33 Abs. 2 Rdn 17 f.).

Der Grundsatz der Bestenauslese ist hier nicht etwa deshalb verletzt, weil L sich nicht von sich aus beworben hatte. Nach § 8 LBG Berlin sind die Bewerber grundsätzlich durch eine Stellenausschreibung zu ermitteln. Die Stellenausschreibung dient dem Zweck, dass alle interessierten Beamten von der Möglichkeit einer Beförderung, also dem Vorhandensein einer entsprechenden freien Stelle erfahren (Jachmann, aaO, Rdn. 16) und keine geheime Vergabe, im Zweifel unter unsachlichen Gesichtspunkten, erfolgt. Dies schließt aber nicht aus, dass der Dienstherr auch Mitarbeiter/innen berücksichtigt, die sich von sich aus nicht beworben haben. Sie können hierfür unterschiedliche Gründe haben, was aber den Dienstherrn nicht hindert, von sich aus an Beamte heranzutreten, die er für besonders befähigt hält. Gerade hervorragend qualifizierte Beamte warten oft ab, ob der Dienstherr ihre Bewerbung anregt. Auch das dient der Bestenauslese im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG. Insofern ist die Einbeziehung von L ohne deren vorangegangene eigene Bewerbung rechtlich unbedenklich.

Für die Einschätzung der fachlichen Qualifikation kommt es grundsätzlich auf die dienstlichen Beurteilungen der Bewerber an (vgl. BVerwG, Beschl. vom 20.1.04, Buchholz 310 § 123 VwGO Nr. 23 und Juris, sub 9; Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis, 6. Auflage, Rdn 63). Laut Sachverhalt sind diese Beurteilungen bei A und L gleich, wonach man von einer gleichartigen Leistung und Fachkompetenz ausgehen kann. Es spricht auch nichts dafür, dass eine Beurteilung fehlerhaft sein könnte, so dass dahinstehen kann, ob dies im Konkurrentenstreit geltend gemacht werden kann (bejahend BVerwG, Beschl. vom 20.1.04, aaO). Vorliegend hat die Dienstbehörde bei der Auswahlentscheidung ergänzend darauf abgestellt, dass die Mitbewerberin L erfolgreich an drei Weiterbildungsseminaren teilgenommen hat. Es ist grundsätzlich ein zulässiger Aspekt, in die Entscheidung einzubeziehen, ob ein Bewerber Zusatzqualifikationen erworben hat. Irrelevant ist in diesem Zusammenhang der Hinweis des A, er sei nicht zur Teilnahme an derartigen Seminaren aufgefordert worden. Denn Eigeninitiative, auch hinsichtlich Fortbildungsmöglichkeiten, ist ein persönliches Merkmal des Bediensteten, das auch auf einen besonderen Einsatz und auf Gewandtheit des Beamten hindeutet. Insofern spricht vorliegend viel dafür, dass die Auswahlentscheidung des Dienstherrn zugunsten der L fehlerfrei, also rechtmäßig war.

Allerdings ergibt sich aus der Mitteilung der Behörde nicht, welcher Art die Seminare waren, mit welcher Thematik, und wann L daran teilgenommen hat. Liegen sie etwa längere Zeit zurück und/oder betrafen nicht oder nur in geringem Umfang Themen, die sich auf die konkrete berufliche Tätigkeit der L oder das angestrebte Beförderungsamts beziehen, so kann der Dienstherr allein auf die Teilnahme an den Seminaren die Bevorzugung der L nicht stützen. Die Bezeichnung als Weiterbildungs- oder Fortbildungsseminar allein ist nicht aussagekräftig. Auch allgemein politische oder staatsrechtliche Veranstaltungen oder solche zu anderen Rechtsbereichen werden oft als Fortbildungsveranstaltungen deklariert. Insofern sollte R im Laufe des Widerspruchsverfahrens auf eine weitere entsprechende Sachaufklärung zugunsten seines Mandanten drängen. Es kann sich ergeben, dass der Grundsatz der Bestenauslese verletzt ist und A noch einen Anspruch auf Berücksichtigung der Auswahlgrundsätze des Art. 33 Abs.2 GG hat, sein Bewerbungsverfahrensanspruch also noch besteht.

Es sei aber betont, dass beide Lösungen gut vertretbar sind. Es ist bei der Bewertung dem Bearbeiter auch nicht anzulasten, wenn er auf die in dem voran stehenden Absatz erörterten Aspekte nicht einget, sie nicht erkennt, da dies Fragen der Praxis sind.

Die Begründung der Ablehnung einer Beförderung des A wegen seiner aktiven Mitgliedschaft in der als rechtsextrem geltenden Partei P könnte rechtsfehlerhaft sein, insbesondere gegen Verfassungsrecht verstoßen. Allerdings ist insoweit nicht Art. 12 GG heranzuziehen. Für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse ist nicht Art. 12 GG maßgebend, sondern Art. 33 GG (vgl. hierzu Kunig in von Münch/Kunig, aaO, Art.33 Rdn 14 mit weiteren Nachweisen). Der von A weiterhin genannte Art. 21 ist insofern tangiert, als dieser das sog. Parteienprivileg statuiert, wonach allein das Bundesverfassungsgericht über die Verfassungswidrigkeit einer Partei entscheidet, im Falle der P, der A angehört, eine solche Entscheidung aber bisher fehlt. Dieses so genannte Parteienprivileg steht im Spannungsverhältnis zu Art. 33 Abs.2 und Abs.5 GG. Nach Art. 33 Abs. 2 GG ist der Zugang zu einem öffentlichen Amt einschließlich eines Beförderungsamtes nur nach den Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zu beurteilen. Andere Merkmale dürfen nicht berücksichtigte werden, folglich auch nicht die politischen Anschauungen eines Bewerbers. Hier bedarf es jedoch der Differenzierung. Wenn Art. 33 Abs. 2 GG das Merkmal der Eignung als entscheidend ansieht, so sind damit alle geistigen, körperlichen und charakterlichen Eigenschaften gemeint, die für das angestrebte Amt von Bedeutung sind. Zu der Eignung in diesem Sinne gehört auch die Verfassungstreue (eingehend hiezu BVerfGE 39, 334; Kunig, aaO, Art. 33 Rdn 34 unter Verfassungstreue). Diese gehört nach Art. 33 Abs. 5 GG zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums. Durch die Neufassung des Art. 33, wonach diese Grundsätze weiterzuentwickeln sind, hat sich daran nichts geändert. § 7 BeamtenStG setzt für die Berufung in das Beamtenverhältnis entsprechend Art. 33 Abs. 5 GG voraus, dass der Bewerber die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes einzutreten. Die Verfassungstreue ist mithin unbedingtes Verfassungsgebot, wird auch in allen Landesbeamtengesetzen entsprechend konkretisiert. Bei einem aktiven Mitglied einer Partei, die verfassungswidrige Zielsetzungen verfolgt, kann nicht von dessen Verfassungstreue ausgegangen werden. Er bietet gerade nicht die Gewähr dafür, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten. Allerdings könnte Art 21 GG eine einschränkende Beurteilung gebieten. Das Parteienprivileg könnte ausgehöhlt werden, wenn Mitglieder einer als allgemein verfassungswidrig angesehenen Partei, über deren Verfassungswidrigkeit das Bundesverfassungsgericht aber noch nicht entschieden hat, wegen eines anderen Verfassungsgrundsatzes benachteiligt werden. Art 21 GG könnte der Berücksichtigung der Verfassungstreue als Eignungskriterium entgegenstehen (vgl.hierzu Jarass/Pieroth, aaO, Art 33 Rdn 21; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 23. Aufl., Art 33 Rdn 474). Dies würde aber dem Geltungsbereich des Art. 21 GG nicht gerecht, dessen Tragweite überdehnen und das Verfassungsprinzip des Art. 33 Abs. 5 GG sowie das Merkmal der Eignung nach Art. 33 Abs. 2 GG unzulässig einengen. Zwischen den genannten Verfassungsprinzipien ist ein wertender Ausgleich herbeizuführen. In dem konkreten Beförderungsverfahren geht es nicht

um die Verfassungswidrigkeit der Partei P, sondern ausschließlich um das persönliche Verhalten des A. Die diesem obliegenden Pflichten können nicht durch die Sonderstellung der Partei, der A angehört und für die er aktiv tätig ist, relativiert werden. Der Staat hat ein besonderes Bedürfnis, Beamte, die sich aktiv für verfassungswidrige Ziele einsetzen, aus dem öffentlichen Dienst bzw. von Beförderungssämtern fernzuhalten. Dies ist auch im Interesse der Bevölkerung geboten, der der Beamte gegenübertritt. Auch deren Interesse dient das Gebot der Verfassungstreue als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums. Jedenfalls bei Bewerbern, die sich aktiv für die verfassungswidrige Zielsetzung ihrer Partei einsetzen, nicht nur einfache Mitglieder sind, haben Art 33 Abs. 2 und Abs. 5 GG Vorrang vor Art. 21 GG (BVerfGE 39, 334, 347; BVerwGE 62, 267, 269; 83, 158, 174; Leisner in Sodan, aaO, Art. 33 Rdn 11 und 31; Kunig, aaO, Art. 33 Rdn 34 unter Verfassungstreue). Da A Kandidat der P bei der Abgeordnetenhauswahl war, auch nicht den gleichsam amtlichen Ausführungen der P in einer Publikation mit rechtsradikalem Inhalt widersprochen hat, durfte die Dienstbehörde im Rahmen der Beförderungsentscheidung die Eignung des A in Zweifel ziehen und daher eine andere Bewerberin vorziehen. Da die Frage aber im Schrifttum kontrovers diskutiert wird (differenzierend etwa Jarass in Jarass/Pieroth, aaO, Art 33 Rdn 21), ist bei entsprechender Begründung auch ein anderes Ergebnis gegebenenfalls vertretbar.

Je nach Stellungnahme zu der Frage der Weiterbildungsseminare und der Verfassungstreue kann die Erfolgsaussicht des Widerspruchs entweder bejaht oder verneint werden. R sollte aber im Interesse seines Mandanten die für ihn günstigste Lösung anvisieren und hat hinsichtlich des Abstellens auf die Fortbildungsseminare auch gute Chancen.

#### 4. Vorläufiges Rechtsschutzverfahren

Es besteht die Gefahr, dass die L vor Abschluss des Verfahrens des A befördert wird und daher, wie oben unter 1. dargelegt, zuungunsten des A vollendete Tatsachen geschaffen werden.. Um dies zu verhindern, muss R gleichzeitig mit Einlegung des Widerspruchs um vorläufigen Rechtsschutz nachsuchen. Da in der Hauptsache die Bescheidungsklage in Betracht kommt, ist vorläufiger Rechtsschutz nach § 123 VwGO zu beantragen (BVerwG, Beschl. vom 20.1.04, Buchholz 310 § 123 VwGO Nr. 23 und Juris, sub 8). Dies ist letztlich die Konsequenz aus Art. 19 Absatz 4 GG, der effektiven Rechtsschutz auch und gerade durch die Eilverfahren garantiert. Es kommt eine Sicherungsanordnung nach § 123 Absatz 1 Satz 1 VwGO in Betracht. Der Antrag ist dahin zu formulieren, dass dem Antragsgegner vorläufig, längstens bis zum Abschluss des Hauptverfahrens des A, im Wege der einstweiligen Anordnung verboten wird, der L die ausgeschriebene Stelle zu übertragen und sie entsprechend zu befördern (vgl. BVerwG, Beschl. vom 20.1.04, aaO).

Erforderlich für einen erfolgreichen Antrag sind ein Anordnungsgrund und ein Anordnungsanspruch. Die erforderlichen Tatsachen sind glaubhaft zu machen (vgl. hierzu näher Finkelburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 5. Auflage, Rdn 150 ff.). Der Anordnungsgrund ist in der Gefahr der Vereitelung der Rechte des A durch Aushändigung der Ernennungsurkunde an L zu sehen. Der Anordnungsanspruch ergibt sich daraus, dass A ein subjektives grundrechtsgleiches Recht aus Art. 33 Absatz 2 GG darauf hat, dass der Dienstherr eine erneute Entscheidung über die Bewerbung des A trifft, so genannter Bewerbungsverfahrensanspruch, wenn die getroffene Auswahlentscheidung fehlerhaft ist (vgl. die Ausführungen oben unter 3). Da auch nichts dafür spricht, dass eine andere Bewerbung vorrangig sein könnte, ist das Ergebnis der erneuten Prüfung als offen anzusehen. Das reicht, um dem Antrag auf Erlass der einstweiligen Anordnung zum Erfolg zu verhelfen. Eine Glaubhaftmachung dahin, dass eine realistische Aussicht besteht, der Antragsteller sei als bester Mitbewerber anzusehen, ist nicht erforderlich (vgl. BVerwG, Beschl. vom 20.1.04, aaO, Leitsatz 2; BVerfG, Beschl. vom 24.9.02, NVwZ 2003, 200 und Juris, Leitsatz 4 und 5 und Ausführung sub 11).

## 5. Schadensersatz bei Unterlassen eines Rechtsbehelfs

Ein Schadensersatzanspruch kann in Betracht kommen, wenn A keinen Rechtsbehelf einlegt, die Folge der fehlerhaften Entscheidung der Dienstbehörde aber in der Weise geltend macht, dass er die Gehaltsdifferenz zum Beförderungsamte einklagt. Soweit dieser Anspruch auf § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG gestützt wird, ist das Begehren aussichtslos. Dem steht § 839 Abs. 3 BGB entgegen, wonach die Ersatzpflicht nicht eintritt, wenn der Verletzte es schuldhaft unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch von Rechtsmitteln abzuwenden. Das eigene Verschulden des A schließt also seinen Ersatzanspruch aus.

Daneben kommt ein Anspruch auf Schadensersatz wegen einer Verletzung der sich aus Art. 33 Absatz 2 GG ergebenden besonderen Pflicht bzw. wegen Verletzung der Fürsorgepflicht in Betracht, der beim Verwaltungsgericht einzuklagen ist (vgl. BVerwGE 80, 123, 124 ; BVerwG in DVBl. 2006, 316; Wichmann in Wichmann/Langer, Öffentliches Dienstrecht, 6. Auflage, Rdn 270). Erforderlich ist die schuldhafte Verletzung der Pflichten des Dienstherrn (vgl. Battis, BBG, Kommentar, § 8 Rdn 24). Für die Durchsetzung des Anspruchs kommt die allgemeine Leistungsklage in Betracht. Hält man vorliegend die Auswahlentscheidung für fehlerhaft (vgl. oben unter 3), so muss man auch eine Verletzung der genannten Pflichten bejahen. Allerdings hat A keinen Beförderungsanspruch, vielmehr kann er nur eine neue Beurteilungs- und Ermessensentscheidung verlangen. Wie diese ausgefallen wäre, ist offen. Daher dürfte kaum der Nachweis der Kausalität der Pflichtverletzung für den eingetretenen Schaden zu führen sein. Unabhängig davon ist auch hier der Rechtsgedanke des § 839 Absatz 3 BGB anzuwenden, so dass dem A auch bei dieser Anspruchsgrundlage entgegengehalten werden kann, dass er es schuldhaft versäumt hat, den Schaden abzuwenden (vgl. BVerwG DVBl. 2006, 316, 319; Wichmann, aaO, Rdn 270 Seite 534; anders wohl Förster/Sander, aaO, Seite 107).

## 6. Ergänzende Fragen für das Vertiefungsgespräch

Weshalb gilt nicht mehr das BRRG in seiner bisherigen Fassung?

Dies ist das Ergebnis der Föderalismusreform I, wonach die Rahmenkompetenz des Bundes für Beamtenrecht abgeschafft wurde. Der Bund hat nunmehr die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Absatz 1 Nr. 27 GG für Statusangelegenheiten der Beamten (vgl. u.a. Battis, NVwZ 2008, 379 ff.)

A ist Lehrer in Berlin Spandau. Ist er Kommunalbeamter?

Nein, die Bezirke haben keine eigene Rechtspersönlichkeit, A ist unmittelbarer Landesbeamter. Aber die Bezirke entscheiden selbst kraft Übertragung, Art. 77 Absatz 1 Satz 2 VerfBln.

Arten der Beamten?

Beamte auf Lebenszeit, auf Zeit, auf Probe, auf Widerruf, Ehrenbeamte, ferner Bundesbeamte, Landesbeamte, Kommunalbeamter, unmittelbare und mittelbare Landes- oder Bundesbeamte.

War die Mitteilung an A, man wolle L befördern, reines Wohlwollen oder rechtlich geboten?

Derartige Ankündigungen sind nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG (BVerfG in NVwZ 2007, 1178) und des BVerwG (BVerwG in ZBR 2004, 101) ein Gebot des Art. 33 Absatz 2 und des Art. 19 Absatz 4 GG (vgl. hierzu auch Baßlsperger, Einführung in das neue Beamtenrecht Seite 292 f.). Der Dienstherr muss regelmäßig nach der Ankündigung mindestens 2 Wochen warten.

Angenommen, X sei Angestellter und bewerbe sich um eine Beamtenstelle. Die Dienstbehörde lehnt ihn als nicht geeignet ab. Kann er, unterstellt die Ablehnung des X sei rechtlich fehlerhaft, vor dem Verwaltungsgericht auf Neubescheidung klagen?

Nach dem Wortlaut des § 54 BeamtenStG nicht, da das Gesetz von Klagen „des Beamten“ spricht. Die Auslegung geht aber dahin, dass alle beamtenrechtlichen Streitigkeiten gemeint sind.

Was ist Glaubhaftmachung? Gemilderte Beweisführung für Tatsachen. Typisches Mittel ist die eidesstattliche Versicherung.