

- **Constanze Burkhard-Neuhaus (bis 2008)**
Notarin a. D.
- **Roland Neubert**
Spezialist für öffentliches Dienstrecht
- **Sabrina Klaesberg**
Fachanwältin für Arbeitsrecht
Tätigkeitsschwerpunkt Familienrecht
- **Michael Emde**
Fachanwalt für Strafrecht
- **Florian Hupperts**
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Tätigkeitsschwerpunkt öffentliches Dienstrecht
- **Sven Ollmann**
Tätigkeitsschwerpunkt öffentliches Dienstrecht

of counsel:

- **Hans-Ulrich Krück**
Oberstaatsanwalt a.D.

In Bürogemeinschaft mit
Rechtsanwalt
Martin Niemeyer

Ihre Rechtsanwälte im Beamtenrecht



**Rechtsanwalt
Hupperts**



**Rechtsanwalt
Neubert**



**Rechtsanwalt
Ollmann**

informieren



Rechtsanwälte

- Westring 23
44787 Bochum
- ☎ +49 234 96 137-0
- 📠 +49 234 96 137-49

- info@bn-anwaelte.de
www.bn-anwaelte.de

OVG Münster: keine Rechtsschutzmöglichkeit bei Dienstpostenbesetzung durch bloße Umsetzung für den unterlegenen Bewerber

Sachverhalt

Das OVG Münster hat mit Entscheidung vom 30.11.2017 – 6 A 2314/15 – entschieden, dass ein Beamter bei einer Auswahl unter Bewerbern um einen im Wege der ämtergleichen Umsetzung zu besetzenden Dienstposten regelmäßig keine Verletzung subjektiver Rechte geltend machen kann. Nach der Entscheidung besteht für eine Klage gerichtet auf eine erneute Entscheidung über die Übertragung des Dienstpostens im Rahmen einer „Umsetzungskonkurrenz“ in der Regel keine Klagebefugnis des unterlegenen Bewerbers.

Der Fall

Ein Polizeipräsidium hatte einen Dienstposten im Wege der „Interessenabfrage“ ausgeschrieben. Die Entscheidung erging nicht nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung (Leistungsgrundsatz). Der unterlegene Bewerber hatte geklagt. In der ersten Instanz (VG Gelsenkirchen) hat er obsiegt. Das Oberverwaltungsgericht hat der Berufung des beklagten Landes stattgegeben und die Klage abgewiesen.

Die Begründung

Das Oberverwaltungsgericht geht davon aus, dass eine Auswahlentscheidung unter Bewerbern um eine ämtergleiche Umsetzung zunächst nicht dem Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG – Leistungsgrundsatz – zuzuordnen ist.

Dies sei deswegen **nicht** der Fall, weil bei ihr nicht die Vergabe eines höherwertigen Amtes oder eine dies vorwegnehmende Entscheidung betroffen sei. Bei der (bloßen) Umsetzung handele es sich um eine organisationsrechtliche Maßnahme, die die Individualsphäre des Beamten grundsätzlich nicht berühre. Denn die Umsetzung könne auf jeden sachlichen organisations- oder personalwirtschaftlichen Grund gestützt werden, weil sie allein im öffentlichen Interessen an einer möglichst optimalen Aufgabenerfüllung und Stellenbesetzung geschehe.

Anders sei es nur dann, wenn der Dienstpostenbesetzung im Wege der Umsetzung „Statusrelevanz“ zukomme. Dies ist nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts dann der Fall, wenn die Besetzung des Dienstpostens eine zwingende Voraussetzung für die nachfolgende Beförderung vermittelt und die Auswahl für diese Ämtervergabe dann vorweggenommen oder

vorbestimmt wird. Dies ist nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts aber auch dann gegeben, wenn die Übertragung des Dienstpostens im Wege der Umsetzung in „sonstiger Weise als förderlich“ anzusehen ist. Dies ist nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts dann der Fall, wenn dies der Dienstherr in der Ausschreibung entweder erkennen lässt oder in ständiger Verwaltungspraxis die Wahrnehmung von mit dem Dienstposten verbundenen Funktionen im Rahmen späterer Beförderungsentscheidungen besonders berücksichtigt oder dies sogar voraussetzt.

Bewertung

Die Entscheidung lässt im Ergebnis mehr Fragen offen, als sie diese klärt. Feststeht, dass Dienstpostenbesetzungen im Wege der Umsetzung jedenfalls dann nicht mehr für unterlegene Bewerber angreifbar sind, wenn die Dienstpostenausschreibung im Wege der Interessenabfrage ergangen ist.

Das Oberverwaltungsgericht übersieht in seiner Entscheidung jedoch, dass im vorliegenden Fall tatsächlich eine „Entscheidung nach Bestenauslese“ durchgeführt wurde, weil die Entscheidung nämlich in einem Bewerbervergleich und einem Assessmentcenter gefallen ist. Denn die Entscheidung erging durch eine Auswahlkommission. Warum in diesem Zusammenhang eine Rechtsverletzung des unterlegenen Bewerbers durch das Oberverwaltungsgericht verneint wird, ist nicht nachvollziehbar. Der grundgesetzlich geschützte Anspruch auf gerichtliche Überprüfung (Art. 19 Abs. 4 GG) wird an dieser Stelle ohne Not erheblich eingeschränkt.

Darüber hinaus übersieht das Oberverwaltungsgericht aus Sicht des Unterzeichners, dass die getroffene Entscheidung den Behörden letztendlich die Möglichkeit gibt, „verkappte Auswahlentscheidungen nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG“ zu treffen, ohne dass diese im Nachhinein angreifbar wären.

Soweit das OVG insofern eine Hintertür offen lässt, ist dies auch nur ein geringer Trost: Denn da das Oberverwaltungsgericht davon ausgeht, dass dies der Dienstherr in einer speziellen Ausschreibung erkennen lassen muss bzw. es ständiger Verwaltungspraxis entsprechen muss, dass die Wahrnehmung des Dienstpostens im Rahmen späterer Beförderungsentscheidungen besonders berücksichtigt wird oder dies sogar Voraussetzung für die Beförderung ist, ist im Ergebnis der Manipulation Tür und Tor geöffnet; Fehlt es nämlich an einer in diesem Sinne nach Außen geäußerten Absicht der Behörde, hat der Unterlegene keine Rechtsschutzmöglichkeiten, selbst wenn die Dienststelle die Besetzung als „vorweggenommene Beförderungsentscheidung“ (insgeheim) will.

Offen gelassen hat das Oberverwaltungsgericht im Übrigen die Rechtsfrage, ob ein unterlegener Bewerber dann Rechtsschutzmöglichkeiten hat, wenn die Behörde den Dienstposten selbst nach Art. 33 Abs. 2 GG ausschreibt (z.B. mit dem Zusatz, dass Frauen bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt berücksichtigt werden). Es steht zu befürchten, dass auch hier noch eine Beschränkung des Rechtsschutzes erfolgen wird. Dies dürfte allerdings aus Sicht des Unterzeichners verfassungsrechtlich unzulässig sein und neue spannende Rechtsfragen und Rechtsfälle aufwerfen.

Ollmann

Rechtsanwalt