

Titel:

Rechtsschutz bei Nichtbeförderung, hier: in Amt der Besoldungsgruppe A 16

Normenketten:

GG Art. 19 Abs. 4 S. 1, Art. 33 Abs. 2

BayBG Art. 20 Abs. 1

BGB § 839 Abs. 3

VwGO § 42 Abs. 2 analog, § 43 Abs. 2, § 113 Abs. 1, Abs. 5

Leitsätze:

1. Ein Anspruch auf Beförderung in die Besoldungsgruppe A 16 ist nicht gegeben, wenn es an der Innehabung eines entsprechenden Dienstpostens fehlt und die Stellen, auf die sich der Beamte beworben hat, derzeit nicht zu besetzen sind. (Rn. 20) (redaktioneller Leitsatz)
2. Allein die Rüge, das Stellenbesetzungsverfahren des Dienstherrn sei intransparent und der Beamte sei nicht leistungsgerecht einbezogen worden, ist nicht ausreichend, um einen Anspruch auf Schadensersatz wegen rechtswidrig übergangener Beförderung zu begründen. (Rn. 23) (redaktioneller Leitsatz)
3. Für einen Schadensersatz wegen übergangener Beförderung nach § 839 Abs. 2 BGB ist erforderlich, dass der Beamte versucht, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden; dabei obliegt es ihm, sich - jedenfalls in den Grundzügen - über das vom Dienstherrn praktizierte Beförderungsverfahren zu informieren, seine Nichteinbeziehung in den zur Beförderung in Aussicht genommenen Personenkreis sowie in das Auswahlverfahren zu rügen, einen Antrag auf Beförderung zu stellen und gegen die drohende Ernennung anderer mit den Mitteln des vorläufigen Rechtsschutzes vorzugehen (BVerwG BeckRS 2018, 24296). (Rn. 24) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Beamtenrecht, Recht der Landesbeamten, Polizeibeamter der Besoldungsgruppe A 15, Anspruch auf Beförderung (verneint), Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichtbeförderung (verneint), Vorrang von Primärrechtsbehelfen, Klagebefugnis für Feststellungsklage (verneint), subjektiv-öffentliches Recht auf förmliche Ausschreibung von Beförderungssämtern (verneint), Besoldungsgruppe A 16, Schadensersatz, Auswahlverfahren, Ausschreibung, Bewerber, Dienstposten, Beförderungsentcheidung, Ernennung

Rechtsmittelinstanz:

VGH München, Beschluss vom 02.02.2021 – 3 ZB 20.615

Fundstelle:

BeckRS 2020, 4085

Tenor

I. Die Klage wird abgewiesen.

II. Die Kosten des Verfahrens hat der Kläger zu tragen.

III. Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht der Beklagte vorher Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand

1

Der Kläger wendet sich u.a. gegen seine Nichtbeförderung in ein Amt der Besoldungsgruppe A 16.

2

Der Kläger steht als Polizeidirektor (Besoldungsgruppe A 15, letzte Beförderung zum 1. Februar 2011) in Diensten des Beklagten. Zuletzt war er als Leiter der Polizeiinspektion ... im Zuständigkeitsbereich des Polizeipräsidiums ... eingesetzt.

3

Mit Antrag vom 11. September 2018 beantragte der Kläger beim Beklagten, ihn umgehend in die Besoldungsgruppe A 16 aufzunehmen und ihn zukünftig rechtzeitig über sämtliche bevorstehenden Beförderungsentscheidungen zu informieren sowie ihm Schadensersatz wegen Nichtbeförderung in die Besoldungsgruppe A 16 zu bezahlen.

4

Der Beklagte lehnte den Anspruch mit Bescheid vom 13. Dezember 2018 ab. Der Bescheid wurde dem Kläger am 24. Dezember 2018 förmlich zugestellt.

5

Der Kläger ließ am 24. Januar 2019 Klage erheben. Er leite eine Dienststelle mit der Sollstärke von 132 Beamten und damit die zweitgrößte Inspektion im Bereich des Polizeipräsidiums Die mit A 15 bzw. A 16 bewerteten Planstellen im Zuständigkeitsbereich der Polizei würden vom Beklagten nicht ausgeschrieben, obwohl dies gemäß Art. 20 Abs. 1 Bayerisches Beamtengesetz (BayBG) bei besonderem dienstlichen Interesse vorgeschrieben sei. Ein besonderes dienstliches Interesse liege bei diesen hochrangigen Stellen aber vor. Die vom Beklagten vorgenommene individuelle Suche nach Bewerbern bzw. Bewerberinnen sei intransparent und rechtlich nicht haltbar. Insgesamt seien seit Oktober 2016 bis November 2018 mindestens 23 Stellen, auch und insbesondere die im Juli 2017 freigewordene Stelle bei der Polizeiinspektion, auf diese Weise besetzt worden, ohne den Kläger zu berücksichtigen. Die entsprechende Liste sei dem Kläger vom Landesvorsitzenden der Deutschen Polizeigewerkschaft zur Verfügung gestellt worden und vermutlich unvollständig. Auf diese Art und Weise sei der Anspruch des Klägers auf Beförderung in der Vergangenheit vereitelt worden.

6

Der Kläger beantragt (zuletzt):

7

1. Der Beklagte wird verpflichtet, eine Besoldung des Klägers in die Besoldungsgruppe A 16 vorzunehmen und den Kläger versorgungs-, besoldungs- und dienstrechtlich so zu stellen, als wenn er zum 1. Januar 2016 in ein Amt der Besoldungsgruppe A 16 befördert worden wäre.

8

2. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger für den Zeitraum ab 1. Januar 2016 monatlich 7.234,03 EUR brutto nebst einer jeweils im Dezember eines Kalenderjahres fälligen Sonderzahlung abzüglich des jeweils durch den Kläger im betreffenden Monat erzielten Erwerbseinkommens nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz zu bezahlen.

9

Hilfsweise (sinngemäß):

10

Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, zukünftig die Stellenbesetzungen (A 15/A 16) durch Ausschreibungen bekannt zu machen, den Kläger zukünftig über neu zu besetzende A 16-Stellen zu informieren und den Kläger in die Auswahlverfahren nach den Grundsätzen der Bestenauslese einzubeziehen.

11

Für den Beklagten beantragt das Bayerische Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration,

12

die Klage abzuweisen.

13

Eine Pflicht zur Ausschreibung der mit A 15 bzw. A 16 bewerteten Dienstposten bestehe nicht. Der bayerische Gesetzgeber habe sich ausdrücklich gegen eine grundsätzliche Pflicht zur Stellenausschreibung entschieden. Eine Ausschreibung setze vielmehr voraus, dass ein besonderes dienstliches Interesse bestehe. Dies sei in den streitgegenständlichen Fällen nicht der Fall, zumal dem Beklagten die aufgrund der letzten periodischen Beurteilung in Frage kommenden Beamten bekannt seien (wird ausgeführt). Ein Anspruch des Klägers auf Beförderung in die Besoldungsgruppe A 16 bestehe nicht. Ein solcher Anspruch bestehe nur unter eng begrenzten - hier nicht gegebenen - Voraussetzungen. Die streitgegenständlichen

Dienstposten würden anhand einer internen Reihung vergeben, die sich aus den Ergebnissen der letzten periodischen Beurteilung der in Besoldungsgruppe A 15 besoldeten Beamten ergebe. Soweit der Kläger zahlreiche Stellenbesetzungen in den vergangenen Jahren anführe, seien die anderen Bewerber deshalb berücksichtigt worden, weil diese bessere Beurteilungen erhalten hätten als der Kläger. Bei zwei Ausnahmefällen sei eine Beförderung trotz schlechterer Beurteilung erfolgt, weil die jeweiligen Dienstposten höher bewertet worden seien.

14

Mit Schriftsatz vom 27. Oktober 2019 ließ der Kläger seinen Vortrag vertiefen. Die Behauptung des Beklagten, bei den Beförderungsentscheidungen der Vergangenheit seien jeweils besser geeignete Bewerber zum Zuge gekommen, sei unsubstantiiert und lasse sich nicht überprüfen. Entsprechendes gelte für den Vortrag, dass zwei Beförderungen schlechterer Bewerber deshalb erfolgt seien, weil deren Dienstposten neu bewertet worden seien.

15

Am 6. Februar 2020 fand mündliche Verhandlung statt, in der die Sach- und Rechtslage mit den Beteiligten erörtert wurde. Die Parteien wiederholten sinngemäß bereits schriftsätzlich angekündigte Anträge.

16

Wegen der weiteren Einzelheiten wird Bezug genommen auf den Inhalt der beigezogenen Behördenakte und der Gerichtsakte sowie auf das Protokoll über die mündliche Verhandlung am 6. Februar 2020.

Entscheidungsgründe

I.

17

Die Klage ist hinsichtlich der Hauptanträge zulässig, aber unbegründet. Die Hilfsanträge sind bereits unzulässig.

18

1. Der Kläger hat keinen Anspruch, in ein Amt der Besoldungsgruppe A 16 befördert zu werden. Der Ablehnungsbescheid des Beklagten vom 13. Dezember 2018 ist insofern rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 VwGO).

19

Ein Anspruch auf Beförderung kennt das Beamtenrecht grundsätzlich nicht (BVerwG, U.v. 30.8.1962 - II C 16.60 - juris Rn. 42 ff.). Er besteht nur in eng begrenzten Ausnahmefällen und setzt voraus, dass eine freie und besetzbare Beförderungsstelle vorhanden ist, die der Dienstherr im Zeitpunkt der Entscheidung über den Beförderungsantrag auch tatsächlich besetzen will und bei der er seine Beurteilungsermächtigung sowie sein Ermessen dahin ausgeübt hat, dass er allein diesen Beamten für den am besten Geeigneten hält (BVerwG, B.v. 24.9.2008 - 2 B 117.07 - juris Rn. 8).

20

Gemessen daran steht dem Kläger der geltend gemachte Anspruch nicht zu. Der Kläger benennt schon keine Beförderungsstelle, die der Beklagte mit ihm besetzen soll. Vielmehr hat er das Angebot, ihn zum Leiter der Polizeiinspektion ... - ein Amt der angestrebten Besoldungsgruppe A 16 - ausdrücklich abgelehnt. Dass derzeit eine weitere Stelle der Besoldungsgruppe A 16 vom Beklagten besetzt werden soll und kumulativ der Beklagte sein Ermessen dahin ausgeübt hätte, den Kläger für den geeignetsten Bewerber zu halten, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Vielmehr hat die Vertreterin des Beklagten in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, dass Stellen im Bereich des Polizeipräsidiums, für die allein der Kläger sich beworben hat, zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung nicht zu besetzen und für die absehbaren Besetzungen im Jahr 2020 andere, leistungsstärkere Bewerber vorhanden seien.

21

2. Der Kläger hat auch keinen Anspruch darauf, besoldungs-, versorgungs- und dienstrechtlich so gestellt zu werden, als wäre er bereits zum 1. Januar 2016 in ein Amt der Besoldungsgruppe A 16 befördert worden. Dementsprechend steht ihm auch die mit dem Hauptantrag zu 2. geltend gemachte Besoldung nicht zu (§ 113 Abs. 1, Abs. 5 VwGO).

22

Rechtsgrundlage für das geltend gemachte Begehren ist der beamtenrechtliche Schadensersatzanspruch. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kann ein Beamter danach von seinem Dienstherrn Ersatz des ihm durch eine Nichtbeförderung entstandenen Schadens verlangen, wenn der Dienstherr bei der Vergabe eines Beförderungsamtes den aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Anspruch des Beamten auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl schuldhaft verletzt hat, dem Beamten das Amt ohne diesen Rechtsverstoß voraussichtlich übertragen worden wäre und dieser es nicht schuldhaft unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden (vgl. z.B. BVerwG, U.v. 19.3.2015 - 2 C 12.14 - BVerwGE 151, 333 - juris Rn. 12 m.w.N.).

23

Im Falle des Klägers ist keine der genannten Voraussetzungen erfüllt. Dass sein Anspruch auf eine leistungsgerechte Einbeziehung verletzt worden wäre, hat der Kläger nicht substantiiert dargelegt. Sein Vortrag beschränkt sich im Wesentlichen auf die Rüge, dass das Stellenbesetzungsverfahren, das der Beklagte praktiziert, intransparent sei und gegen Art. 20 Abs. 1 BayBG verstoße. Selbst wenn dies zuträfe, ergäbe sich daraus noch nicht, dass der Kläger in den seit dem 1. Januar 2016 durchgeführten Stellenbesetzungsverfahren nicht leistungsgerecht einbezogen worden wäre. Konkrete Anhaltspunkte hierfür hat der Kläger zu keiner Zeit geltend gemacht. Die Behauptung des Klägers, dass ihm dies unmöglich gewesen sei, ist unter Berücksichtigung der Rechtsschutzmöglichkeiten, die dem Kläger zur Verfügung gestanden hätten (dazu sogleich), nicht nachvollziehbar. Dementsprechend fehlt es auch an jedem Vortrag, dem Kläger hätte bei leistungsgerechter Einbeziehung in die Bewerberauswahl zum 1. Januar 2016 (oder später) ein Amt der Besoldungsgruppe A 16 übertragen werden müssen. Dem Vortrag des Beklagten, die seit dem 1. Januar 2016 vergebenen Ämter seien - mit zwei Ausnahmen, die Folge von Stellenhebungen gewesen seien - unter Beachtung des Leistungsgrundsatzes anhand einer Reihung entsprechend der letzten periodischen Beurteilung der Inhaberinnen und Inhaber eines Amtes der Besoldungsgruppe A 15 vergeben worden, ist der Kläger nicht substantiiert entgegengetreten.

24

Schließlich hat es der Kläger unterlassen, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Ein an seinem beruflichen Fortkommen interessierter Beamter, der - jedenfalls in den Grundzügen - über ein vom Dienstherrn praktiziertes Beförderungsverfahren informiert ist, hat die Obliegenheit, sich gegebenenfalls über weitere Einzelheiten dieses Verfahrens zu erkundigen, seine Nichteinbeziehung in den zur Beförderung in Aussicht genommenen Personenkreis sowie in das Auswahlverfahren zu rügen, einen Antrag auf Beförderung zu stellen und gegen die drohende Ernennung anderer mit den Mitteln des vorläufigen Rechtsschutzes vorzugehen. Unterlässt er dies, kann dies einem Anspruch auf Schadensersatz wegen unterbliebener bzw. verspäteter Beförderung gemäß § 839 Abs. 3 BGB entgegengehalten werden (BVerwG, U.v. 15.6.2018 - 2 C 19.17 - juris Rn. 28; BayVGh, B.v. 20.3.2019 - 3 ZB 16.2597 - juris Rn. 7).

25

Der Einwand des Klägers, ihm könne die schuldhafte Versäumung der Inanspruchnahme des primären Rechtsschutzes nicht vorgeworfen werden, da es der Dienstherr unterlassen habe, ihn über das Ergebnis der Auswahlentscheidung(en) zu informieren, greift nicht durch. Denn Rechtsmittel im Sinne von § 839 Abs. 3 BGB sind nicht nur die Rechtsbehelfe des verwaltungsgerichtlichen Primärrechtsschutzes gegen bevorstehende Ernennungen, sondern auch der an den Dienstherr gerichtete Antrag, befördert zu werden (BVerwG, U.v. 15.6.2018 - 2 C 19.17 - juris Rn. 27). Der Zugang von Negativmitteilungen war für eine solche Antragstellung nicht erforderlich (BayVGh, B.v. 13.9.2019 - 3 ZB 18.711 - juris Rn. 9). Soweit der Kläger rügt, ihm sei in Ermangelung einer entsprechenden Ausschreibung bereits unbekannt gewesen, welche Stellen zur Besetzung angestanden hätten, greift dies ebenfalls nicht durch, denn im Hinblick auf die Offenhaltung der umstrittenen Beförderungsstelle durch einen vorläufigen Rechtsschutzantrag, folgt aus Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG die Pflicht des Dienstherrn zur Mitteilung der Auswahlentscheidung vor Ernennung des Mitbewerbers (BVerfG, B.v. 19.9.1989 - 2 BvR 1576/88 - juris). Der Kläger, der als Beamter der Besoldungsgruppe A 15 die wesentlichen Züge des vom Beklagten praktizierten Beförderungsverfahrens kannte, hat es jedoch unterlassen, den Anspruch auf eine Negativmitteilung gerichtlich durchzusetzen. Er hat lediglich mit Schreiben seiner Bevollmächtigten vom 11. September 2018 beim Beklagten beantragt, über künftige Auswahlentscheidungen rechtzeitig informiert zu werden. Als entsprechende Mitteilungen jedoch ausblieben - möglicherweise, weil der Beklagte diesen Antrag nur als Antrag ausgelegt hat, alle zu besetzenden Stellen förmlich auszuschreiben -, hat der Kläger hiergegen keinen gerichtlichen Eilrechtsschutz gesucht. Er hat vielmehr nach Zugang des Ablehnungsbescheids vom

13. Dezember 2018 nur die dem vorliegenden Verfahren zu Grunde liegende Klage erhoben. Dass ein Eilantrag mit dem Ziel, die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger jeweils Negativmitteilungen zukommen zu lassen weder unzumutbar noch von vornherein aussichtslos gewesen wäre, zeigt dabei der Umstand, dass der Beklagte dem Kläger nach Klarstellung seines Begehrens noch in der mündlichen Verhandlung eine entsprechende Zusicherung zu Protokoll des Gerichts gegeben hat.

26

Im Übrigen erscheint es nicht ausgeschlossen, dass der Kläger hinsichtlich solcher Dienstposten, die ohne eine entsprechende Mitteilung mit anderen Beamtinnen oder Beamten besetzt wurden, möglicherweise sogar noch Hauptsacherechtsbehelfe erheben könnte. Denn verstößt der Dienstherr vor der Ernennung eines Konkurrenten gegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, muss der verfassungsrechtlich gebotene Rechtsschutz nach der Ernennung nachgeholt werden. Der Dienstherr kann sich auf die Ämterstabilität nicht berufen, um Verletzungen des vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG zu decken (BVerwG, U.v. 13.12.2018 - 2 A 5.18 - juris Rn. 27). Soweit der Kläger der Auffassung ist, dass ihm seit dem 1. Januar 2016 bei leistungsgerechter Auswahl tatsächlich ein Amt hätte übertragen werden müssen, könnte er seinen Beförderungsanspruch - vorbehaltlich einer eventuellen Verwirkung - noch immer im Hauptsacheverfahren verfolgen.

27

3. Die hilfsweise erhobene Feststellungsanträge sind unzulässig.

28

a) Die Feststellungsanträge sind bereits aus Subsidiaritätsgründen unzulässig. Nach § 43 Abs. 2 VwGO sind Feststellungsanträge unstatthaft, soweit das Begehren mit einer Gestaltungs- oder einer Leistungsklage verfolgt werden könnte. Hinsichtlich aller drei Begehren des Klägers (Ausschreibung aller Stellen, Information über alle zu besetzenden Stellen, Einbeziehung in die Bestenauswahl) wären solche Leistungsanträge - ungeachtet weiterer Zulässigkeitsvoraussetzungen - grundsätzlich statthaft.

29

b) Soweit sich die Feststellungsanträge auf die Information über bevorstehende Beförderungsentscheidungen und die Einbeziehung des Klägers in die Auswahlentscheidung beziehen, mangelt es der Klage zum maßgeblichen Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung (BVerwG, U.v. 23.8.2007 - 7 C 2.07 - BVerwGE 129, 199 - juris Rn. 17 ff.) auch an einem Rechtsschutzinteresse. Denn zu diesem Zeitpunkt hatte sich der Beklagte bereits verpflichtet, den Kläger über bevorstehende Ernennungen zu unterrichten. Darüber hinaus war zwischen den Beteiligten nie streitig, dass der Kläger in die Auswahlverfahren nach den Grundsätzen der Bestenauslese einzubeziehen war. Die vom Kläger implizit aufgeworfene Frage, ob das Auswahlverfahren in jedem Fall dem Leistungsgrundsatz entsprach, ist eine andere, vom Feststellungsantrag nicht mehr umfasste Frage.

30

c) Soweit der Kläger die Feststellung begehrt, dass der Beklagte verpflichtet sei, alle mit A 16 bewerteten Stellen förmlich auszuschreiben, ist der Antrag auch in Ermangelung einer auch für eine Feststellungsklage erforderlichen Klagebefugnis (BVerwG, U.v. 26.1.1996 - 8 C 19.94 - BVerwGE 100, 262 - juris Rn. 20 m.w.N.) unzulässig (§ 42 Abs. 2 VwGO analog). Der Kläger hat - auch unter Beachtung der eingeschränkten Anforderungen an die Möglichkeit einer Verletzung in eigenen Rechten - offensichtlich keinen subjektiv-öffentlichen Anspruch darauf, dass der Beklagte alle mit A 15 und/oder A 16 bewerteten Stellen förmlich nach Art. 20 BayBG ausschreibt.

31

Art. 20 Abs. 1 BayBG bestimmt, dass Bewerber und Bewerberinnen durch Stellenausschreibung zu ermitteln sind, wenn es im besonderen dienstlichen Interesse liegt. Schon ausweislich dieser Formulierung dient die Vorschrift allein dem öffentlichen Interesse an einem sachgerechten und zügigen Stellenbesetzungsverfahren. Eine im Gesetzgebungsverfahren von gewerkschaftlicher Seite geforderte Ausweitung der Ausschreibungspflicht hat der Gesetzgeber zugunsten des bestehenden Freiraums der personalbewirtschaftenden Stellen und zur Vermeidung bürokratischen Aufwands ausdrücklich abgelehnt (Gesetzesentwurf der Staatsregierung eines Bayerischen Beamtengesetzes vom 6.5.2008, LT-Drs. 15/10605 S. 42; vgl. auch Zängl in Weiss/Niedermaier/Summer/Zängl, Beamtenrecht in Bayern, Stand Oktober 2019, Art. 20 BayBG Rn. 3 ff.). Ein subjektiv-öffentliches Recht einzelner Beamten auf eine Ausschreibung begründet Art. 20 Abs. 1 BayBG demnach nicht. Eine andere Auslegung von Art. 20 Abs. 1

BayBG ist auch verfassungsrechtlich nicht geboten. Aus Art. 33 Abs. 2 GG folgt der Anspruch eines Beförderungsbewerbers auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung. Art. 33 Abs. 2 GG fordert aber nicht, diesen subjektiven Anspruch durch eine Stellenausschreibung verfahrensrechtlich abzusichern (BayVGH, B.v. 19.1.2009 - 15 CE 08.3184 - juris Rn. 11; Zängl in Weiss/Niedermaier/Summer/Zängl, Beamtenrecht in Bayern, Stand Oktober 2019, Art. 20 BayBG Rn. 4 m.w.N.).

II.

32

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

33

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 ff. ZPO.

34

Die Berufung war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen (§ 124, § 124a VwGO).