

Titel:

Fehlende Klagebefugnis bei Ver-/Umsetzungskonkurrenz

Normenketten:

VwGO § 42 Abs. 2

GG Art. 33 Abs. 2

Leitsätze:

1. Im Rahmen einer Ver-/Umsetzungskonkurrenz, bei welcher ein Beamter mit seiner Klage eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung auf einen anderen Dienstposten, der in seiner Wertigkeit dem Statusamt entspricht, fehlt dem Kläger regelmäßig bereits die Klagebefugnis. (Rn. 56) (redaktioneller Leitsatz)
2. Eine Auswahlentscheidung unter den Bewerbern um eine ämtergleiche Um-/Versetzung unterfällt grundsätzlich nicht dem Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG. (Rn. 61) (redaktioneller Leitsatz)
3. Ein Beamter hat grundsätzlich keinen Anspruch, auf einem bestimmten Dienstposten verwendet zu werden. (Rn. 64) (redaktioneller Leitsatz)
4. Entscheidet sich der Dienstherr aufgrund von Zweifeln an der gesundheitlichen Eignung gegen einen Versetzungsbewerber, ist dies nicht ermessensfehlerhaft. (Rn. 68) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Klage auf Versetzung, fehlende Klagebefugnis, Kein Anspruch auf Verwendung auf einen bestimmten Dienstposten, Zweifel an gesundheitlicher Eignung aufgrund von Fehlzeiten, Ermessensfehler (verneint), Versetzungskonkurrenz, Versetzung, Umsetzung, Klagebefugnis, Auswahlentscheidung, Dienstposten, Ermessensfehler, gesundheitliche Eignung

Fundstelle:

BeckRS 2020, 43752

Tenor

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens. Das Urteil ist insoweit vorläufig vollstreckbar.
3. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe der festgesetzten Kosten abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand

1

Der Kläger begehrt die Besetzung einer Stelle bei dem Bayerischen Staatsministerium für Gesundheit und Pflege in Nürnberg (Referat ..., "...").

2

Der Beklagte schrieb zunächst am ... zwei Stellen für Sachbearbeiter in der 3. Qualifikationsebene (bis Besoldungsgruppe A 11) in dem Referat ... "...“ am Dienort ... zum nächst möglichen Zeitpunkt aus.

3

Als Bewerbungsvoraussetzung wurden in der Ausschreibung unter der Überschrift „Ihr Profil“ genannt:

- „Erfolgreich abgeschlossenes Studium als Diplomverwaltungswirt/in (FH) der Fachlaufbahn Verwaltung und Finanzen oder vergleichbare Qualifikation
- Grundkenntnisse in statistischen Verfahren und im Sozialrecht
- sehr gute mündliche und schriftliche Ausdrucksfähigkeit

- hohe Einsatzbereitschaft, Zuverlässigkeit und die Fähigkeit zur Selbstorganisation

- sicheres Auftreten, Offenheit und Einfühlungsvermögen

- gute Kenntnisse in MS-Office (Word, Excel, Access und PowerPoint)" Des Weiteren enthielt die Ausschreibung unter der Überschrift „wir bieten“ u.a. folgende Angaben:

„eine Zulage für die Tätigkeit an einer Obersten Landesbehörde. Die Einstellung/Übernahme ist bis zur Besoldungsgruppe A 11 möglich. Entwicklungsmöglichkeiten sind vorhanden.“

4

Unter den weiteren ergänzenden Angaben wurde in der Stellenausschreibung darauf hingewiesen, dass schwerbehinderte Bewerber bei ansonsten im Wesentlichen gleicher Eignung bevorzugt würden.

5

Auf die Ausschreibung gingen zehn Bewerbungen ein, darunter die des Klägers.

6

Der am ... 1970 geborene Kläger steht als Regierungsoberinspektor (Abschluss als Diplom-Verwaltungswirt (FH); Besoldungsgruppe A 10; Ernennung zum ...) im Dienste des Beklagten. Er ist seit dem ... bei dem Landratsamt ... im Bereich der ... tätig.

7

Der Kläger wurde letztmals am ... als Regierungsoberinspektor (Besoldungsgruppe A 10) für den Beurteilungszeitraum vom 1. Mai 2016 bis 31. Oktober 2017 periodisch dienstlich beurteilt. In dieser Beurteilung erhielt er das Gesamturteil „9 Punkte“.

8

Diese dienstliche Beurteilung wurde dem Kläger am 25. Mai 2018 gegen Unterschrift eröffnet.

9

Die ausgeschriebenen Stellen sollten zunächst mit dem Kläger sowie einem weiteren Bewerber besetzt werden (Bl. 34 der Behördenakte).

10

Gemäß einem Auszug aus der Personalakte des Klägers war dieser im Kalenderjahr 2016 an zehn Arbeitstagen, im Kalenderjahr 2017 an 30 Arbeitstagen sowie im Kalenderjahr 2018 an 38 Arbeitstagen dienstunfähig erkrankt.

11

Die Fehlzeiten erklärte der Kläger auf Nachfrage durch den Beklagten in einem auf den 19. Juni 2018 datierten Schreiben damit, dass er Anfang 2018 eine schwere Bronchitis gehabt habe, im Sommer 2017 an beiden Füßen sowie am Oberschenkel operiert worden sei sowie im Frühjahr 2017 einen Hexenschuss erlitten habe. Daneben sei er wiederholt tageweise nicht dienstfähig gewesen, wobei es sich um wiederkehrende Beschwerden handle, die man erst kürzlich diagnostiziert habe. Nach Auskunft seines behandelnden Neurologen handle es sich um eine neuro-psychologische Störung des vegetativen Nervensystems. Auslöser hierfür sei mit höchster Wahrscheinlichkeit primär die psychologische Belastung durch seine berufliche Situation gewesen. Die Beschäftigung mit den Fällen im ... hätten den Kläger in einem ihm selbst vorher nicht vorstellbar gewesenen Ausmaß belastet. Der Kläger strebe die Versetzung auch aus dem Grunde an, seine berufliche Situation grundlegend zu ändern. Er sehe sich den Anforderungen gewachsen.

12

Mit E-Mail vom 14. November 2018 wurde dem Kläger mitgeteilt, dass er nicht bei dem Beklagten übernommen werde. In einem Ministerium komme es regelmäßig zu einem erheblichen Arbeitsanfall mit hohem Zeitdruck und Stress. Aktuell stelle zudem die mehrmonatige Einarbeitungsphase in ... für neue Kollegen aus dem Raum ... eine zusätzliche Belastung dar.

13

Da auch bezüglich des weiteren Bewerbers krankheitsbedingte Fehlzeiten vorlägen (2016: 26 Tage, 2017: 17 Tage, 2018: 48 Tage), seien die Stellen mangels geeigneter weiterer Bewerber erneut ausgeschrieben worden. In der Behördenakte befindet sich ein Ausdruck der Stellenbörse „...“, der auf den 12. Oktober

2018 datiert ist (Bl. 49 der Behördenakte). Die Stellenausschreibung war inhaltsgleich zu der Stellenausschreibung vom 18. Juni 2018, wobei die Bewerbungsfrist am 2. November 2018 endete.

14

Auf die erneute Stellenausschreibung haben sich insgesamt 16 Personen beworben. Nach Aktenlage haben sich weder der Kläger noch die Beigeladene auf die erneute Ausschreibung hin beworben.

15

Eine der ausgeschriebenen Stellen wurde zum 1. Januar 2019 an die Tarifbeschäftigte ... vergeben, die sich auf die erneute Ausschreibung hin beworben hat. Die weitere Stelle solle mit der Beigeladenen besetzt werden, deren Bewerbung auf eine Stelle in einem anderen Referat des Beklagtes mit deren Einverständnis in das Verfahren mit einbezogen wurde (Bl. 53 der Behördenakte).

16

Die am ... 1990 geborene Beigeladene steht als Steueroberinspektorin (Abschluss als Diplom-Finanzwirtin (FH); Besoldungsgruppe A 10) im Dienste des Beklagtes. Sie ist seit dem ... 2017 im Wege der Abordnung bei dem ..., Dienststelle ..., im Bereich ... tätig. Die Beigeladene wurde zuletzt am 17. August 2018 als Steueroberinspektorin (Besoldungsgruppe A 10) für den Beurteilungszeitraum vom 1. Juni 2016 bis 31. Mai 2018 periodisch dienstlich beurteilt. In dieser Beurteilung erhielt sie das Gesamturteil „11 Punkte“.

17

Mit Schreiben vom 10. Dezember 2018 ließ der Kläger durch seine anwaltlichen Bevollmächtigten Widerspruch erheben. Der Beklagte teilte mit Schreiben vom 19. Dezember 2018 mit, dass die Stelle aufgrund des laufenden Widerspruchsverfahrens zunächst nicht anderweitig besetzt würde.

18

Mit E-Mail vom 28. Januar 2019 teilte die anwaltliche Bevollmächtigte des Klägers mit, dass man sich nach Abschluss der Bewerbungsgespräche für ihn entschieden und beabsichtigt habe, ihn von der Regierung von ... zu versetzen. Das Angebot des Klägers, sich einer amtsärztlichen Untersuchung zu unterziehen, habe man bis dato leider nicht aufgegriffen. Ohne eine solche Untersuchung bestünde keine valide Grundlage. Es handle sich um singuläre Erkrankungen. Die weiteren Beeinträchtigungen hingen mit der derzeitigen Tätigkeit des Klägers zusammen, da ihm die Fälle mit den Kindern im ... teilweise zu nahegehen würden. Dies mache sich teilweise körperlich als Erkrankung bemerkbar. Aus genau diesem Grund habe sich der Kläger entschlossen, sich beruflich zu verändern und dies in den Bewerbungsgesprächen offen angesprochen. Eine Versetzung sei auch unter dem Aspekt der Fürsorge des Arbeitgebers naheliegend.

19

Mit Widerspruchsbescheid vom 22. Februar 2019 wurde der Widerspruch zurückgewiesen.

20

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass dem Kläger die erforderliche Eignung für eine Verwendung auf die ausgeschriebene Stelle fehle. An einem Ministerium käme es regelmäßig zu einem erheblichen Arbeitsanfall. Zumeist müssten Aufgaben unter hohem Zeitdruck erledigt werden. Auch die mehrmonatige Einarbeitung in ... stelle eine zusätzliche physische und psychische Belastung dar. Aus gesundheitlichen Gründen werde der Kläger diesen Anforderungen voraussichtlich nicht gerecht, wobei diese Prognose auf die Krankheitstage des Klägers gestützt worden sei. Eine Aussicht auf Besserung sei nicht erkennbar.

21

Der Widerspruchsbescheid ist der anwaltlichen Bevollmächtigten des Klägers am 1. März 2019 mittels Empfangsbekenntnis zugestellt worden.

22

Der Kläger ließ hiergegen mit Schreiben vom 28. März 2019, bei Gericht am 29. März 2019 eingegangen, Klage erheben.

23

Es sei bereits der Sachverhalt falsch geschildert worden. So sei dem Kläger nicht nach Einsichtnahme in seine Personalakte telefonisch mitgeteilt worden, dass man ihn nicht übernehmen werde. Vielmehr habe man den Kläger aufgefordert, seine Fehlzeiten zu erläutern. Der Kläger habe umgehend eine Stellungnahme abgegeben. Erst mit E-Mail vom 14. November 2018 habe man dem Kläger mitgeteilt, dass

man ihn nicht übernehmen könne. Dass der Grund hierfür die gesundheitliche Nichteignung gewesen sei, sei nicht angeführt worden, sondern man habe lediglich auf die Anforderungen im Ministerium verwiesen. Die telefonische Aufforderung, die Fehlzeiten zu erklären, könne nicht in eine Anhörung zur beabsichtigten Ablehnung der Bewerbung des Klägers umgedeutet werden. Das rechtliche Gehör sei jedoch zentrales Element im Verwaltungsverfahren. Hätte der Beklagte den Kläger im Vorfeld über Bedenken an der gesundheitlichen Eignung hingewiesen, hätte er eine ärztliche Bestätigung beibringen können. Der Kläger sei selbstverständlich bereit gewesen, den Nachweis seiner gesundheitlichen Eignung anzutreten. Die Einholung eines amtsärztlichen Gutachtens werde erneut angeboten.

24

Die belastende Entscheidung habe auch keine auf den konkreten Sachverhalt bezogene Begründung enthalten. Es erscheine zweifelhaft, ob der Widerspruchsbescheid diese Begründung erstmalig liefern dürfe, da er so die Funktion des Grundverwaltungsaktes erfülle.

25

Ferner erscheine es äußerst zweifelhaft, wenn nach Feststellung der fachlichen Eignung in einer Frage von derart zentraler Bedeutung, wie der Prognose zur mutmaßlich nicht gegebenen Dienstfähigkeit, sich diese ausschließlich auf die zahlenmäßige/statistische Bewertung der vorangegangenen Fehlzeiten stütze. Denn eine medizinisch/fachliche Bewertung sei offensichtlich nicht erfolgt, zumindest sei hierzu nichts vorgetragen worden.

26

Die Begründung zur nicht ausreichenden Dienstfähigkeit des Klägers sei nicht schlüssig. Es sei nicht dargelegt worden, inwiefern sich der „Arbeitsanfall“ und „Termindruck“, die Merkmale jeder Tätigkeit in der öffentlichen Verwaltung seien, bei der ausgeschriebenen Stelle stärker auswirken sollten als in anderen Dienststellen. Es würden Ausführungen dazu fehlen, inwiefern speziell auf dem ausgeschriebenen Dienstposten höhere gesundheitliche Anforderungen zu erfüllen seien, als auf anderen Dienstposten. Man hätte darlegen müssen, weshalb die mit neun Punkten bewertete Leistungsfähigkeit des Klägers für den Dienstposten nicht ausreichen solle.

27

Widersprüchlich sei auch das Eingehen auf die Belastungen des Klägers hinsichtlich seiner aktuellen Stelle. Zum einen werde behauptet, dass ein Sachbearbeiter in der ... nicht direkt mit dem Schicksal von Kindern und Jugendlichen befasst sei, da sich seine Tätigkeit nur im Bereich der Kostenerstattung bewege. Andererseits solle eine solche Befassung mit persönlichen Schicksalen im Bereich der ausgeschriebenen Stelle vorkommen, weshalb sich insoweit eine Reduzierung der persönlichen Belastung des Klägers nicht ergeben würde. Der Kläger habe an allen Entscheidungskonferenzen teilgenommen und sei so mit den hilfeauslösenden Sachverhalten befasst gewesen. Dies habe zu einer von dem Kläger zuvor nicht für möglich gehaltenen persönlichen Betroffenheit geführt, was er gegenüber dem Beklagten auch offengelegt habe. Im Widerspruchsbescheid würden hierzu andere, sachlich falsche Feststellungen getroffen. Zudem werde nicht näher begründet, weshalb eine Belastung durch Befassung mit persönlichen Einzelschicksalen auftreten sollte, da dies in der Stellenausschreibung nicht erwähnt worden sei. Die ausgeschriebene Stelle sei mit der Auswertung und Beurteilung von aggregierten Kennzahlen befasst, weshalb Einzelfälle nicht Beurteilungsgrundlage werden könnten.

28

Auch der Verweis auf die Einarbeitungszeit und hiermit verbundene Reisezeiten und -belastungen trage nicht, da die Belastungsreaktionen des Klägers nicht aus körperlicher Belastung des Dienstes resultierten würden. Generell sei die grundsätzliche Berufung auf unspezifizierte körperliche Belastungen höchst fragwürdig.

29

Die Stelle sei in der Stellenausschreibung als auch für Personen mit Schwerbehinderung besetzbar eingestuft worden. Insoweit fehle jeder Vortrag dazu, weshalb die prognostizierte gesundheitliche Eignung des Klägers noch nicht einmal die einer Person mit Schwerbehinderung erreichen sollte, zumal dieser Annahme auch die im Widerspruchsbescheid selbst schon zitierte Beurteilung seiner Leistungsfähigkeit entgegenstehe, welche mit „ausreichend“ bewertet worden sei.

30

Zum Nachweis seiner Eignung könne der Kläger eine Stellungnahme seines Hausarztes sowie eines Psychotherapeuten vorlegen. Der Kläger habe im Rahmen der Psychotherapie den Umgang mit Belastungsreaktionen erarbeitet, der das weitere Auftreten hierauf beruhender Dienstunfähigkeiten reduziere bzw. vermeide. Auch aus den Monatsjournalen für den Zeitraum November 2018 bis März 2019, die der Klage als Anlage beigelegt waren, ergebe sich lediglich ein Fehltag, der auf einen Infekt zurückzuführen gewesen sei. Einer positiven Gesundheitsprognose stehe nichts mehr im Wege.

31

Mit Schreiben vom 2. April 2019 teilte der Beklagte der anwaltlichen Bevollmächtigten des Klägers mit, dass mit der Besetzung der Stelle nicht bis zum Ausgang des Klageverfahrens gewartet werden könne.

32

Daraufhin ließ der Kläger mit Schreiben vom 18. April 2019, am selben Tag bei Gericht eingegangen, einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung stellen (AN 1 E 19.00827) und beantragen, dem Beklagten zu untersagen, die Stelle im Referat ... der 3. Qualifikationsebene mit einem Mitbewerber/einer Mitbewerberin des Klägers zu besetzen, solange über dessen Bewerbung noch nicht bestandskräftig entschieden sei.

33

Der Antrag wurde mit gerichtlichem Beschluss vom 22. Oktober 2019 abgelehnt, da eine Dienstpostenkonkurrenz zwischen Um- bzw. Versetzungsbewerbern vorliege und es somit bereits an einem Anordnungsgrund fehle.

34

Mit weiterem gerichtlichen Beschluss vom 13. Mai 2019 erfolgte eine notwendige Beiladung.

35

Der Beklagte beantragte mit Schreiben vom 7. April 2020:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens.

36

Die Klage sei bereits unzulässig. Das Gericht habe festgestellt, dass eine reine Dienstpostenkonkurrenz vorliege und sich der Beklagte auch nicht freiwillig dem Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG unterworfen habe. Beides gäbe den rechtlichen Rahmen für das noch anhängige Klageverfahren vor und bedeute konkret, dass es dem Kläger im Hauptsacheverfahren bereits an einer Klagebefugnis fehle, d.h. einer Rechtsposition, auf Grund derer er eine erneute Entscheidung über die Übertragung des streitgegenständlichen Dienstpostens in Referat ... verlangen könne. Er könne sich weder unmittelbar noch mittelbar auf die Garantien von Art. 33 Abs. 2 GG berufen. Die Rechtssphäre des nicht berücksichtigten Klägers sei von der Auswahlentscheidung über die ämtergleiche Umsetzung bzw. Versetzung nicht betroffen (BVerwG, U.v. 19.11.2015 - 2 A 6/13 - Rn. 14 bis 24; VG Regensburg, U.v. 17.1.2017 - RO 1 K 16.995).

37

Dem Kläger stehe ein Anspruch auf Übertragung des Dienstpostens insbesondere auch nicht aufgrund einer Ermessensreduzierung auf Null zu. Aus einer solchen könnte sich allenfalls ein Anspruch des Klägers gegen seinen bisherigen Dienstherrn auf eine sog. „Weg-Umsetzung“ von diesem ergeben. Eine Ermessensreduzierung auf Null sei jedoch nach ihrem Inhalt und ihrer Struktur nicht geeignet, einen auf die Vergabe eines konkreten Dienstpostens gerichteten Anspruch auf eine sog. „Hin-Umsetzung“, insbesondere zum Beklagten als einen anderen Dienstherrn, zu vermitteln (BVerwG, U.v. 19.11.2015 - 2 A 6/13 - Rn. 26).

38

Der Kläger habe auch keinen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung. Ein solcher Anspruch bestehe nicht losgelöst von einer subjektiven Rechtsposition, vielmehr setze er eine solche Rechtsposition voraus, über die der Kläger hier vorliegend nicht verfüge (BVerwG, U.v. 19.11.2015 - 2 A 6/13 - Rn. 27).

39

Im Übrigen wäre die Klage auch unbegründet. Die getroffene Auswahlentscheidung genüge den Anforderungen an die Ausübung eines pflichtgemäßen, weit gespannten Ermessens und sei willkürfrei ergangen. Insoweit werde auf die rechtlichen und tatsächlichen Ausführungen im Widerspruchsbescheid sowie im Eilverfahren AN 1 E 19.00827 Bezug genommen.

40

Die anwaltliche Bevollmächtigte des Klägers teilte auf gerichtliche Anfrage mit Schreiben vom 5. Juni 2020 mit, dass auf eine mündliche Verhandlung nicht verzichtet werde.

41

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. November 2015 sei nicht anwendbar, da dem Kläger als Beteiligtem in einem Verwaltungsverfahren Rechte zustünden. Im Eilverfahren sei zudem lediglich die Frage im Vordergrund gestanden, ob dem Kläger das Zuwarten bis zum Abschluss der Hauptsache zugemutet werden könne.

42

Der Kläger habe sich ordnungsgemäß auf die Stelle beworben und er erfülle die formalen Voraussetzungen. Seine Bewerbung sei zum Stellenbesetzungsverfahren auch zugelassen worden. Da das Verfahren nicht ordnungsgemäß geführt worden sei, sei der Kläger insoweit in seinen Rechten verletzt.

43

Entgegen der Auffassung des Beklagten sei der Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG auch im vorliegenden Fall unabhängig von der Besetzung eines höherwertigen Amtes eröffnet. Eignung, Befähigung und fachliche Leistung würden das verfassungsrechtliche Fundament für die zugangsgewährende oder -verwehrende Entscheidung „zu jedem öffentlichen Amte“ bilden. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. November 2015 sei nicht einschlägig, da es dort um eine ämtergleiche Umsetzung auf einen anderen Dienstposten innerhalb ein- und derselben Behörde gegangen sei. Vorliegend handle es sich aber nicht um eine behördeninterne Ausschreibung, da diese durch die Veröffentlichung auf der Internetseite des Beklagten an jeden gerichtet gewesen sei, der die Bewerbungsvoraussetzungen erfülle.

44

Warum die Grundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG nicht anwendbar sein sollten, sei nicht dargelegt. Der Kläger sei gegenüber dem Beklagten ein außenstehender Dritter. Wenn sich der Dienstherr - wie im vorliegenden Fall - für ein Auswahlverfahren entschlüsse, an dem Beförderungs- und Um- / Versetzungsbewerber unterschiedslos teilnehmen sollen, lege er sich auf ein an den Maßstäben des Art. 33 Abs. 2 GG zu messendes Auswahlverfahren fest. Andernfalls könne die Irreführung des Klägers, dass er für die Stelle in Betracht käme, nicht verstanden werden, wenn tatsächlich nur eine interne Ausschreibung der Stelle beabsichtigt gewesen sei.

45

Der Kläger habe bereits im Rahmen des ersten Teils des Bewerbungsgesprächs vom 4. September 2018 offengelegt, dass ihm Maßnahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements angeboten worden seien. Am 14. September 2018 habe man dem Kläger telefonisch mitgeteilt, dass man sich für ihn entschieden habe und er sein Einverständnis zur Einsichtnahme in seine Personalakte erteilen solle. Sowohl die formale als auch die fachliche Eignung des Klägers seien damit durch den Beklagten bereits festgestellt gewesen und der Kläger sei als der geeignetste Bewerber beurteilt worden.

46

Der Ausschluss des Klägers mittels E-Mail vom 12. September 2018 (gemeint wohl: 14.11.2018) sei ohne sachlichem Grund erfolgt. Offensichtlich sei alleine eine quantitative Betrachtung der Abwesenheitstage des Klägers erfolgt, woraus auf die mutmaßliche gesundheitliche Nichteignung des Klägers geschlossen worden sei. Es sei aber eine konkrete Einzelfallentscheidung erforderlich gewesen.

47

Im Weiteren wurde der bisherige Vortrag vertieft und nochmals betont, dass der Kläger bereit sei, seine gesundheitliche Eignung nachzuweisen.

48

Mit weiterem Schreiben vom 24. Juni 2020 wies die anwaltliche Bevollmächtigte des Klägers darauf hin, dass der Kläger im Zeitraum Dezember 2018 bis März 2019 keine auffälligen Fehlzeiten mehr gehabt habe.

Erweise sich der Kläger als gesundheitlich geeignet, stehe ihm ein Anspruch auf Einstellung zu, wenn er der fachlich am besten geeignete Bewerber für eine freie Stelle sei. Hierfür müsse der insoweit bestehende Beurteilungsspielraum der für die Bewerberauswahl zuständigen Stelle auf Null reduziert sein.

49

Die Beigeladene habe sich ursprünglich überhaupt nicht auf diese Stelle beworben.

50

Entgegen der Auffassung des Beklagten sei hier auch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 5. September 2007 (2 BvR 1855/07) zu berücksichtigen gewesen: „Entscheidet sich der Dienstherr im Rahmen seines Organisationsermessens bei einer konkreten Stellenbesetzung, Beförderungs- und Versetzungsbewerber gleichzubehandeln und hat er die Stellen entsprechend ausgeschrieben, so hat er durch diese „Organisationsgrundentscheidung“ seine Freiheit, die Stellen durch Versetzungen oder Umsetzungen zu besetzen, beschränkt und ist aus Gründen der Gleichbehandlung gehalten, die sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebenden Auswahlkriterien auch gegenüber den Versetzungsbewerbern anzuwenden.“

51

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts stehe es im organisatorischen Ermessen des Dienstherrn, ob er eine Stelle im Wege der Beförderung oder der Versetzung vergeben wolle. Entschließe er sich jedoch für ein Auswahlverfahren, an dem sowohl Beförderungsbewerber als auch Versetzungsbewerber unterschiedslos teilnehmen, lege er sich durch diese Organisationsgrundentscheidung auf ein an den Maßstäben des Art. 33 Abs. 2 GG ausgerichtetes Auswahlverfahren fest. Entscheide sich der Dienstherr bei der konkreten Stellenbesetzung für eine Gleichbehandlung von Versetzungs- und Beförderungsbewerbern und schreibe er die Stelle entsprechend aus, so habe er seine Organisationsfreiheit durch Wahl und Ausgestaltung des Besetzungsverfahrens beschränkt, so dass auch Versetzungsbewerber am Leistungsgrundsatz zu messen seien (vgl. NVwZ 2005, 702; insoweit ohne Abweichung auch BAG NZA 2003, 798). An dem gewählten Modell der Bestenauslese unter Einschluss aller Versetzungsbewerber müsse sich der Dienstherr „festhalten lassen“ (BVerwG, RiA 2004, 35; vgl. auch BVerwGE 115, 58 zur Verbindlichkeit der Dienstpostenbeschreibung). Ein unter diesen Bedingungen in Gang gesetztes Auswahlverfahren dürfe nachträglichen Einschränkungen daher nur aus Gründen unterworfen werden, die den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG gerecht würden.

52

Mit der Übernahme der Stelle hätte der Kläger Anspruch auf eine Zulage für die Tätigkeit an einer Obersten Landesbehörde, die ihm aufgrund der Ablehnung seiner Bewerbung nicht ausgezahlt würde.

53

Die anwaltliche Bevollmächtigte des Klägers teilte mit Schreiben vom 23. November 2020 mit, dass der Kläger sich nicht auf die weitere Stellenausschreibung mit Bewerbungsfrist zum 2. November 2018 beworben habe, da dies die Anerkennung der rechtswidrigen Ablehnung seiner Bewerbung in der ersten Stellenausschreibung bedeutet hätte. Zuletzt wurde beantragt,

1. Der Beklagte wird verurteilt, über die Bewerbung des Klägers vom 5. Juli 2018 auf den Dienstposten 3. Qualifikationsebene im Referat ... erneut und unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden.
2. Hilfsweise: Es wird festgestellt, dass die Ablehnung der Bewerbung des Klägers und der Übertragung des streitgegenständlichen Dienstpostens auf den Kläger zum Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses rechtswidrig war.

54

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichtsakte, die beigezogene Gerichtsakte AN 1 E 19.00827 und die beigezogenen Behördenakten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

55

Die Klage ist im Hauptantrag unzulässig, da dem Kläger bereits die Klagebefugnis fehlt (VG Regensburg, U.v. 17.1.2017 - RO 1 K 16.995 - juris Rn. 24; offengelassen von BayVGh, B.v. 19.1.2018 - 3 ZB 17.442 - juris Rn. 5).

56

Der Kläger begehrt mit seiner Klage eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung auf einen anderen Dienstposten, der in seiner Wertigkeit dem Statusamt entspricht, welches der Kläger bereits jetzt innehat. Im Rahmen einer solchen Ver-/Umsetzungskonkurrenz fehlt dem Kläger regelmäßig bereits die Klagebefugnis. Denn ein Beamter hat keinen Anspruch auf Übertragung eines bestimmten Dienstpostens. Aus diesem Grund hat der Kläger auch keinen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung. Ein solcher (allgemeiner) Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung besteht nicht losgelöst von einer subjektiven Rechtsposition quasi für sich selbst. Vielmehr setzt er eine derartige subjektive Rechtsposition voraus. Über eine solche Rechtsposition verfügt der Kläger im Falle einer bloßen Ver-/Umsetzungskonkurrenz aber gerade nicht. Denn die Rechtssphäre des nicht berücksichtigten Beamten ist von der Auswahlentscheidung über eine ämtergleiche Umsetzung nicht betroffen. Der nicht berücksichtigte Bewerber hat keinen Anspruch darauf, die behördliche Entscheidung auf Rechtsfehler zu überprüfen. Das gilt auch für den Abbruch eines solchen Auswahlverfahrens (BVerwG, U.v. 19.11.2015 - 2 A 6/13 - juris Rn. 27). Das wäre selbst dann der Fall, wenn diese auf Willkür beruhen würde - wofür vorliegend jedoch nichts ersichtlich ist. Aus Sicht der Kammer ist die zu einer behördeninternen Umsetzung ergangene Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts auch auf eine behördenübergreifende Versetzung übertragbar, da beide Entscheidung ihrem Wesen nach ähnlich sind.

57

Mangels einer verbindlichen Zusicherung - es fehlt bereits an der erforderlichen Schriftform gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 1 BayVwVfG - besteht auch unter diesem Gesichtspunkt kein möglicher Anspruch, der eine Klagebefugnis begründen könnte.

58

Auch unter Gesichtspunkten der Fürsorge kann eine Klagebefugnis nicht begründet werden.

59

Ein solcher Anspruch könnte allenfalls ausnahmsweise denkbar sein, etwa wenn der in Rede stehende Dienstposten der einzig gesundheitlich unbedenkliche für den Kläger wäre. Aus der Fürsorgepflicht könnte sich daher gegebenenfalls „im Falle der Ermessensreduzierung auf Null“ allenfalls ein Anspruch auf eine „Weg-Ver-/Umsetzung“ ergeben. Sie ist nach ihrem Inhalt und ihrer Struktur aber regelmäßig nicht geeignet, einen auf die Vergabe eines konkreten Dienstpostens gerichteten Anspruchs (auf eine „Hin-Ver-/Umsetzung“) zu vermitteln (BVerwG, U.v. 19.11.2015 - 2 A 6/13 - juris Rn. 26). Dass dem Kläger eine dahingehende subjektive Rechtsposition zustehen könnte, ist unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt denkbar, zumal auch keine entsprechenden Verwaltungsvorschriften des Beklagten existieren.

60

Des Weiteren steht dem Kläger kein Bewerbungsverfahrensanspruch zur Seite, Art. 33 Abs. 2 GG. Dies hat die Kammer bereits rechtskräftig in dem Verfahren AN 1 E 19.00827 entschieden. Auf die dortigen Ausführungen kann daher verwiesen werden. Auf die von der anwaltlichen Bevollmächtigten des Klägers zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (B.v. 5.9.2007 - 2 BvR 1855/07 - juris) kommt es daher nicht an.

61

Folglich muss auf Grundlage von Art. 33 Abs. 2 GG kein Leistungsvergleich erfolgen, der dem Kläger einen Bewerbungsverfahrensanspruch vermitteln würde. Denn eine Auswahlentscheidung unter den Bewerbern um eine ämtergleiche Um-/Versetzung unterfällt grundsätzlich nicht dem Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG, da bei ihr nicht die Vergabe eines höherwertigen Statusamtes oder eine diese vorwegnehmende Entscheidung in Rede steht. Die Behörde ist daher grundsätzlich nicht an die hierzu in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts entwickelten Maßstäbe gebunden (BVerwG, U.v. 19.11.2015 - 2 A 6/13 - juris Rn. 20).

62

Der Beklagte hat sich auch durch die erfolgte Stellenausschreibung nicht freiwillig den Auswahlkriterien des Art. 33 Abs. 2 GG für die Vergabe des Dienstpostens unterworfen. Der Beklagte hat in seiner

Ausschreibung vielmehr lediglich darauf hingewiesen, dass sich die Ausschreibung an Beamte der 3. Qualifikationsebene richte und eine Einstellung bzw. Übernahme bis zur Besoldungsgruppe A 11 möglich ist. Der Hinweis auf Entwicklungsmöglichkeiten begründet jedoch nicht das Vorliegen eines Beförderungsdienstpostens. Somit hat der Beklagte durch die Stellenausschreibung lediglich interessierte Bewerber angesprochen, die auf ein entsprechendes Bewerbungsschreiben hin ver- bzw. umgesetzt werden könnten. Die Entscheidung hierüber musste lediglich den Anforderungen an die Ausübung eines - weiten - pflichtgemäßen Ermessens genügen, und durfte nicht willkürlich sein (BayVGh, B.v. 19.1.2018 - 3 ZB 17.442 - juris Rn. 5).

63

Selbst wenn man von der Zulässigkeit der Klage ausgehen würde, so wäre diese im Hauptantrag jedenfalls unbegründet, da ein möglicher Anspruch des Klägers auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung nicht verletzt wäre.

64

Ein Beamter hat grundsätzlich keinen Anspruch, auf einem bestimmten Dienstposten verwendet zu werden. Es obliegt allein dem Dienstherrn, in Ausübung des ihm zustehenden Organisationsrechts zu entscheiden, welche Maßnahmen erforderlich sind, um eine funktionsfähige Verwaltung und damit eine ordnungsgemäße Erledigung der ihm gesetzlich übertragenen Aufgaben zu gewährleisten (BayVGh, U.v. 3.5.2016 - 3 B 13.1069 - juris Rn. 74). In Ausübung seines personalwirtschaftlichen Organisationsermessens hat der Dienstherr Zahl und Art der für eine effektive Aufgabenerfüllung erforderlichen Stellen zu bestimmen. Maßstab der im Rahmen dieser Stellenbewirtschaftung zu treffenden Entscheidungen ist allein das öffentliche Interesse an bestmöglicher Erfüllung dieser Aufgaben. Erst nachfolgend ist im Rahmen der Ermessenserwägungen bei Versetzungen den berechtigten persönlichen wie beruflichen Belangen der Beamten Rechnung zu tragen (zu Polizeibeamten: BayVGh, U.v. 26.1.2015 - 3 B 12.943 - juris Rn. 19 m.w.N.).

65

Der Kläger kann deshalb nicht beanspruchen, ausschließlich auf dem streitgegenständlichen Dienstposten eingesetzt zu werden.

66

Zur Überzeugung der Kammer steht fest, dass der streitgegenständliche Dienstposten nicht der einzige für den Kläger gesundheitlich geeignete, ideale Dienstposten ist. Der Kläger hat dies jedenfalls weder belegt noch behauptet. Insbesondere setzt sich die Bestätigung vom 26. März 2019 des ..., nicht mit der konkreten Stelle auseinander, sondern es wird lediglich allgemein ausgeführt, dass die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Therapie als sehr günstig einzuschätzen seien.

67

Es ist außerdem davon auszugehen, dass auch andere Dienstposten für den Kläger in gesundheitlicher Hinsicht in Betracht kommen. Nachdem die gesundheitlichen Probleme des Klägers im Zusammenhang mit dem Schicksal von Kindern zu stehen scheinen, wäre es grundsätzlich möglich, auf eine Umsetzung bei dem Landratsamt ... hinzuwirken, da ein Landratsamt aufgrund seines breitgefächerten Aufgabenspektrums ohne weiteres für den Kläger besser geeignete Dienstposten bieten könnte.

68

Es ist aus Sicht der Kammer nicht zu beanstanden, dass sich der Beklagte gegen den Kläger aufgrund von Zweifeln an dessen gesundheitlicher Eignung entschieden hat, da dies nicht ermessensfehlerhaft war und zudem auch noch im Widerspruchsverfahren vertiefend ausgeführt werden konnte. Auch etwaige Anhörungsmängel wären hierdurch geheilt worden. Da für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Versetzungsverfügung maßgeblich auf die zum Zeitpunkt ihres Erlasses maßgebliche Sach- und Rechtslage abzustellen ist (BayVGh, U.v. 3.5.2016 - 3 B 13.1069 - juris Rn. 69), sind nachträgliche Verbesserungen der Gesundheit des Klägers unbeachtlich.

69

Der Kläger hat nach seinen Angaben bereits in einem Vorstellungsgespräch angegeben, dass ihm aufgrund krankheitsbedingter Abwesenheit Maßnahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements angeboten worden seien. Nach Anforderung der Personalakte durch den Beklagten und Übermittlung einer Fehlzeitenübersicht hat sich bestätigt, dass der Kläger innerhalb von zwei Jahren jeweils einen Zeitraum

von sechs Wochen bzw. länger dienstunfähig erkrankt war, § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX. Bereits dieser Umstand ist geeignet, Zweifel an der gesundheitlichen Eignung des Klägers zu begründen, die den Beklagten berechtigt hätten, den Antrag des Klägers auf Versetzung nicht zu entsprechen. Einen Ermessensfehler vermag dies jedenfalls nicht zu begründen. Daher war es auch nicht erforderlich, durch weitere (amts-)ärztliche Untersuchungen zu klären, ob der Kläger gesundheitlich geeignet ist.

70

Dem Kläger steht zudem kein Anspruch auf Versetzung unter Gesichtspunkten von Treu und Glauben zu. Eine abschließende Entscheidung über die Bewerbung eines Beamten ist dem Dienstherrn erst nach Einsicht in die Personalakte möglich, da ihm erst dann alle für eine Personalentscheidung erforderlichen Kenntnisse vorliegen. Demnach sind davor getätigte Aussagen zu einer Entscheidung grundsätzlich nicht geeignet, ein schutzwürdiges Vertrauen eines vermeintlich für einen Dienstposten ausgewählten Beamten zu begründen.

71

Im konkreten Fall des Klägers wurde zudem kein schutzwürdiges Vertrauen begründet, dass dem Kläger der von ihm begehrte Dienstposten übertragen werden sollte. Selbst wenn man dem Kläger gegenüber geäußert haben sollte, dass er ausgewählt worden sei oder der am besten geeignete Bewerber sein sollte, so vermag dies schon deshalb kein schutzwürdiges Vertrauen zu begründen, da der Kläger aufgefordert wurde, nähere Angaben zu seinen Fehlzeiten zu machen und auch davon in Kenntnis gesetzt wurde, dass man seine Personalakte anfordere. Wenn aber der Beklagte weitere Angaben von dem Kläger anforderte, so musste dem Kläger auch bewusst sein, dass die Entscheidungsfindung noch nicht abgeschlossen war. Erst nach Auswertung dieser Unterlagen, insbesondere der Personalakte, ist es dem Beklagten möglich, eine abschließende Entscheidung zu treffen. Demnach vermag auch das Verhalten des Beklagten kein schutzwürdiges Vertrauen zu begründen. Zumindest stünde die fehlende Schriftform des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 BayVwVfG einem Anspruch des Klägers entgegen.

72

Auf dienstliche Beurteilungen musste bei der streitgegenständlichen Auswahlentscheidung nicht abgestellt werden, da sich die Auswahlentscheidung weder unmittelbar noch mittelbar auf die Vergabe eines Statusamtes bezogen hat. Nur bezüglich solcher Auswahlentscheidungen ist grundsätzlich auf aktuelle dienstliche Beurteilungen abzustellen, da diese auf das Statusamt bezogen sind und eine Aussage dazu treffen, ob und in welchem Maße der Beamte den Anforderungen seines Amtes und dessen Laufbahn gewachsen ist. Bezugspunkt bei solchen Auswahlentscheidungen nach Art. 33 Abs. 2 GG ist gerade nicht die Funktionsbeschreibung des konkreten Dienstpostens, sondern das angestrebte Statusamt. Bei ämtergleichen Um-/Versetzen kann der Dienstherr hingegen auf die konkreten Anforderungen des Dienstpostens abstellen und den hiernach nach seinem Dafürhalten am besten geeigneten oder aus anderen dienstlichen Belangen auszuwählenden Beamten auf dem Dienstposten verwenden.

73

Die hilfsweise erhobene Feststellungsklage, an deren Zulässigkeit bereits Zweifel bestehen, ist jedenfalls unbegründet, da die Entscheidung des Beklagten nach den vorstehenden Ausführungen ermessensgerecht und daher nicht rechtswidrig war.

74

Demnach hat die Klage keinen Erfolg und sie war abzuweisen.

75

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 154 Abs. 1 VwGO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus § 167 Abs. 1 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO. Die Beigeladene trägt ihre außergerichtlichen Kosten selbst, da sie keine Anträge gestellt hat, § 162 Abs. 3 VwGO.

76

Die Berufung war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 124a Abs. 1 VwGO nicht vorliegen.