

BENNO PÜTZER

# Konkurrentenklagen und Ämterstabilität

*Beiträge zum Verwaltungsrecht*

30

---

**Mohr Siebeck**

# Beiträge zum Verwaltungsrecht

herausgegeben von

Wolfgang Kahl, Jens-Peter Schneider  
und Ferdinand Wollenschläger

30





Benno Pützer

# Konkurrentenklagen und Ämterstabilität

Zugleich ein Beitrag zur Bestimmung  
der hergebrachten Grundsätze  
des Berufsbeamtentums

Mohr Siebeck

*Benno Pützer*, geboren 1987; Studium der Rechtswissenschaften in Bonn und Helsinki; 2013 erstes, 2015 zweites Examen; anschließend wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Wissenschaftsrecht und Medienrecht der Universität zu Köln.

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2022

ISBN 978-3-16-162393-6 / eISBN 978-3-16-162643-2

DOI 10.1628/978-3-16-162643-2

ISSN 2509-9272 / eISSN 2569-3859 (Beiträge zum Verwaltungsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.de> abrufbar.

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck aus der Times gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

# Vorwort

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln hat die vorliegende Arbeit im Wintersemester 2022/2023 als Dissertation angenommen.

Herzlicher Dank gebührt insofern zuvörderst Herrn Professor Dr. Christian von Coelln, der nicht nur als Betreuer und Erstgutachter zum Entstehen und Gelingen dieser Arbeit beigetragen hat. Auch die zahlreichen Erfahrungen, die ich während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Wissenschaftsrecht und Medienrecht sammeln durfte, haben daran einen nicht zu unterschätzenden Anteil.

Herrn Professor Dr. Wolfram Höfling, M.A., danke ich dafür, dass er ungeachtet seiner Entpflichtung als ausgesprochen engagierter Zweitgutachter am Verfahren mitgewirkt hat.

Ferner gilt mein herzlicher Dank den vielen (ehemaligen) Kolleginnen und Kollegen am o. g. Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Wissenschaftsrecht und Medienrecht, am Institut für Deutsches und Europäisches Wissenschaftsrecht sowie am (früheren) Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht (Professor Dr. Michael Sachs †). Das dortige Arbeitsklima sowie die gelebte akademische Kollegialität haben erheblichen Einfluss auf die Entstehung dieser Arbeit gehabt. Namentlich aus dem Kreise der (ehemaligen) Kollegen hervorgehoben sei Dr. Sebastian Nellesen, der freundlicherweise die Mühen des Korrekturlesens auf sich genommen hat.

Für die Auszeichnung der Arbeit mit ihrem Promotionspreis sei schließlich nicht nur der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln, sondern auch dem dortigen Verein zur Förderung der Rechtswissenschaft gedankt, der durch die Dotierung des Preises einen Beitrag zur Drucklegung geleistet hat.

Köln, im Mai 2023

Benno Pützer



# Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsverzeichnis . . . . .	IX
Einführung . . . . .	1
A. Problemaufriss . . . . .	1
B. Ziele und Aufbau der Arbeit . . . . .	4
Teil 1: Konkurrenz als Rechtsproblem . . . . .	5
A. Begriffliche Klarstellungen und Abgrenzungen . . . . .	5
B. Das grundsätzliche Rechtsschutzkonzept in verwaltungsrechtlichen Konkurrenzsituationen . . . . .	7
C. Die Besonderheiten dienstrechtlicher Konkurrentenklagen gegenüber dem grundsätzlichen Rechtsschutzkonzept . . . . .	12
D. Zusammenfassung . . . . .	22
Teil 2: Die Bedeutung der Ernennung für die Erfolgsaussichten der Verpflichtungsklage des unterlegenen Konkurrenten . . . . .	25
A. Unstatthaftigkeitsthese . . . . .	25
B. Erledigungsthese . . . . .	26
C. Unmöglichkeitsthese . . . . .	31
D. Entfallen des verfolgten Anspruchs . . . . .	32
E. Zwischenergebnis . . . . .	34
Teil 3: Die mangelnde Überzeugungskraft der zur Stützung des sogenannten Grundsatzes der Ämterstabilität vertretenen Ansätze . . . . .	35
A. Zur Bedeutung der begrenzten Rücknahmemöglichkeiten des einfachen Dienstrechts . . . . .	35



B. Zur Bedeutung des Art. 33 Abs. 5 GG und der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums . . . . .	85
C. Zur Bedeutung des Vertrauensschutzgedankens . . . . .	193
D. Zur Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes . . . . .	198
E. Zur Bedeutung haushaltsrechtlicher Vorschriften . . . . .	201
F. Fazit zu den verschiedenen vertretenen Begründungsansätzen . . . . .	203
Teil 4: Rechtsschutzkonzept auf Grundlage der gewonnenen Erkenntnisse . . . . .	205
A. Grundkonzeption . . . . .	205
B. Die praktische Schwäche dieser Konzeption und die Möglichkeit ihrer Überwindung . . . . .	211
C. Zusammenfassung zum Rechtsschutzkonzept . . . . .	234
Zusammenfassung der Thesen . . . . .	237
Literaturverzeichnis . . . . .	243
Stichwortverzeichnis . . . . .	265

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsübersicht . . . . .	VII
Einführung . . . . .	1
<i>A. Problemaufriss . . . . .</i>	1
I. Die Ausgangslage . . . . .	1
II. Begriffliches zum sogenannten Grundsatz der Ämterstabilität . . . . .	3
<i>B. Ziele und Aufbau der Arbeit . . . . .</i>	4
Teil 1: Konkurrenz als Rechtsproblem . . . . .	5
<i>A. Begriffliche Klarstellungen und Abgrenzungen . . . . .</i>	5
I. Konkurrenz und Konkurrentenklagen . . . . .	5
II. Beschränkung auf verwaltungsrechtliche Konkurrenzsituationen im engeren Sinne . . . . .	6
<i>B. Das grundsätzliche Rechtsschutzkonzept in verwaltungsrechtlichen Konkurrenzsituationen . . . . .</i>	7
I. Klagebegehren und Klagearten . . . . .	7
II. Kombinationslehre . . . . .	9
III. Gegenauffassung . . . . .	9
IV. Zusammenfassung zum gegenwärtigen Stand des grundsätzlichen Rechtsschutzkonzepts . . . . .	10
<i>C. Die Besonderheiten dienstrechtlicher Konkurrentenklagen gegenüber dem grundsätzlichen Rechtsschutzkonzept . . . . .</i>	12
I. Entwicklung und gegenwärtiger Stand der dienstrechtlichen Sonderdogmatik . . . . .	12
1. Ausgangspunkt: Relevanz der Verpflichtungsklage . . . . .	12
a) Grundsätzliche Möglichkeit der Verpflichtungsklage . . . . .	12

b) Besonderheit: Erfolglosigkeit der Verpflichtungsklage bei Ernennung des Konkurrenten . . . . .	13
2. Unterschied in Bezug auf die Möglichkeit einer Anfechtungsklage	13
a) Grundsätzliche Ablehnung der Anfechtungsklagemöglichkeit . . .	13
b) Begründungen . . . . .	14
3. Bedeutung des Eilrechtsschutzes . . . . .	16
a) Grundlegendes . . . . .	16
b) Folgen dieser Bedeutung des Eilrechtsschutzes . . . . .	17
aa) Informations- und Wartepflichten . . . . .	17
bb) Erforderlichkeit umfassender Prüfung . . . . .	18
cc) Bereichsspezifischer Bedeutungsverlust des BVerwG . . . . .	18
4. Ausnahmen bei Vereitelung des vorbeugenden Rechtsschutzes . . .	19
5. Begriffliches . . . . .	20
II. Anwendungsfälle der dienstrechtlichen Sonderdogmatik . . . . .	21
<i>D. Zusammenfassung . . . . .</i>	<i>22</i>
 Teil 2: Die Bedeutung der Ernennung für die Erfolgsaussichten der Verpflichtungsklage des unterlegenen Konkurrenten . . . . .	
<i>A. Unstatthaftigkeitsthese . . . . .</i>	<i>25</i>
<i>B. Erledigungsthese . . . . .</i>	<i>26</i>
I. Keine Erfolglosigkeit wegen Erledigung der Ablehnungsentscheidung bzw. des ablehnenden Verwaltungsaktes . . . . .	27
II. Keine Erfolglosigkeit wegen Erledigung des Verwaltungsverfahrens	28
III. Keine Erfolglosigkeit wegen Erledigung des Rechtsstreits (in der Hauptsache) . . . . .	28
IV. Keine Erfolglosigkeit wegen Erledigung der Hauptsache . . . . .	29
1. Vorliegen einer Hauptsacheerledigung . . . . .	29
2. Nutzwert der Erkenntnis . . . . .	30
V. Zwischenfazit zur Erledigungsthese . . . . .	30
<i>C. Unmöglichkeitsthese . . . . .</i>	<i>31</i>
<i>D. Entfallen des verfolgten Anspruchs . . . . .</i>	<i>32</i>
I. Untergang des derivativen Bewerbungsverfahrensanspruchs durch (rechtswidrige) Vergabe des Amtes . . . . .	32
II. Art der Erfolglosigkeit der Klage . . . . .	33
<i>E. Zwischenergebnis . . . . .</i>	<i>34</i>

Teil 3: Die mangelnde Überzeugungskraft der zur Stützung des sogenannten Grundsatzes der Ämterstabilität vertretenen Ansätze . . . . .	35
<i>A. Zur Bedeutung der begrenzten Rücknahmemöglichkeiten des einfachen Dienstrechts . . . . .</i>	35
I. Die begründungsaktsbezogenen Fehlerfolgenregime des öffentlichen Dienstrechts . . . . .	36
1. Mögliche Folgen fehlerhafter Ernennungen im Beamten- und Richterdienstrecht . . . . .	36
a) Nichternennungen . . . . .	37
b) Fehlerhafte Ernennungen . . . . .	38
aa) Nichtigte Ernennungen . . . . .	38
bb) Rücknehmbare Ernennungen . . . . .	38
(1) Fälle obligatorischer Rücknahme . . . . .	39
(2) Fälle fakultativer Rücknahme . . . . .	39
2. Besonderheiten in Bezug auf Soldaten und Notare . . . . .	40
II. Die Bedeutung dieser Regelungsregime für Verwaltungsverfahren . .	41
1. Verdrängung der allgemeinen Bestimmungen zu Nichtigkeit, Widerruf und Rücknahme . . . . .	41
2. Zur Frage nach der Anwendbarkeit des § 50 VwVfG . . . . .	42
3. Zusammenfassung . . . . .	44
III. Die Bedeutung des Numerus clausus behördlicher Aufhebungstatbestände für gerichtliche Verfahren in Konkurrentenstreitigkeiten . . . . .	44
1. Die Bedeutung des Numerus clausus für unechte Konkurrentenklagen . . . . .	44
2. Die Bedeutung des Numerus clausus für echte Konkurrentenklagen	45
a) Beurteilung auf Grundlage des sogenannten Anspruchsmodells	46
aa) Prämissen dieser Lehre . . . . .	46
(1) Eingeschränkte Bedeutung des § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO	46
(2) Der materielle Aufhebungsanspruch . . . . .	47
(a) Grundlegendes . . . . .	47
(b) Voraussetzungen . . . . .	48
bb) Anwendung dieser Lehre auf die echte Konkurrentenklage	50
(1) Rechtliche Unmöglichkeit der Erfüllung des Aufhebungsanspruchs? . . . . .	50
(a) Primat des rechtlichen Müssens . . . . .	50
(b) Primat des rechtlichen Dürfens . . . . .	51
(c) Stellungnahme . . . . .	52

(2) Unzulässigkeit oder Unbegründetheit? . . . . .	53
(a) Vermeintliches Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses	53
(aa) Differenzierung zwischen Nutzlosigkeit und Aussichtslosigkeit der Klage . . . . .	53
(bb) Keine Nutzlosigkeit der echten Konkurrentenklage	54
(cc) Beschränkte Relevanz der Frage der Aussichtslosigkeit für das Vorliegen des Rechtsschutzbedürfnisses . . . . .	54
(b) Keine Unzulässigkeit wegen fehlender Klagebefugnis	55
(c) Unbegründetheit echter Konkurrentenklagen auf Grundlage des Anspruchsmodells . . . . .	56
cc) Zwischenergebnis . . . . .	56
b) Beurteilung auf Grundlage eines wortlautbasierten Verständnisses der Anfechtungsklage . . . . .	56
aa) Keine Relevanz als Prüfungsmaßstab . . . . .	57
bb) Keine Bestimmung eines von § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO abweichenden Prüfungsmaßstabes . . . . .	58
(1) Vorbemerkung: Die prinzipielle Möglichkeit der Bestimmung eines abweichenden Prüfungsmaßstabes . .	58
(2) Grammatikalische Auslegung . . . . .	59
(3) Systematische Auslegung . . . . .	60
(a) Bedeutung entsprechender Regelungen hinsichtlich anderer Konstellationen . . . . .	60
(aa) Gegenüberstellung mit §§ 46 und 75 Abs. 1a VwVfG . . . . .	60
(bb) Gegenüberstellung mit § 168 Abs. 2 S. 1 GWB	61
(b) Unanwendbarkeit des (Rechtsgedankens des) § 50 VwVfG . . . . .	62
(c) Vergleich zu § 48 Abs. 2 VwVfG . . . . .	64
(d) Zwischenergebnis zur systematischen Auslegung . .	64
(4) Historisch-genetische Auslegung . . . . .	65
(a) Erstmalige Kodifikation im Deutschen Beamtengesetz von 1937 . . . . .	65
(b) Die beamtenrechtlichen Kodifikationen der 1950er-Jahre . . . . .	66
(aa) Die §§ 11 f. BBG und §§ 8 f. BRRG . . . . .	66
(bb) Zur (früheren) Bedeutung des § 59 BRRG a. F.	67
(c) Aktuelle Regelungen: BBG 2009 und BeamStG 2008	68
(d) Zwischenergebnis zur historisch-genetischen Auslegung	70
(5) Teleologische Auslegung . . . . .	70

(6) Zwischenergebnis zur Frage der abweichenden Bestimmung des Prüfungsumfangs . . . . .	71
cc) Zusammenfassung . . . . .	72
c) Anspruchsmodell versus wortlautbasiertes Verständnis . . . . .	72
aa) Überblick über das Meinungsbild . . . . .	72
(1) Meinungsbild in der Literatur . . . . .	73
(2) Positionierungen der Rechtsprechung . . . . .	73
(a) Positionierungen des BVerwG . . . . .	74
(aa) Vermeintliche Positionierung des BVerwG im Sinne des Anspruchsmodells . . . . .	74
(bb) Differenzierung zwischen behördlichen und gerichtlichen Befugnissen . . . . .	75
(b) Ausgewählte Instanzrechtsprechung . . . . .	75
(aa) Entscheidung des OVG Münster zum kommunalrechtlichen Vertretungsverbot . . . . .	76
(bb) Rechtsprechung des OVG Münster zu beamtenrechtlichen Konkurrentenklagen . . . . .	76
(cc) Rechtsprechung zu § 102b GüKG a. F. . . . .	77
(c) Zusammenfassung . . . . .	77
bb) Die Vorzugswürdigkeit des wortlautbasierten Verständnisses . . . . .	78
(1) Vorbemerkung . . . . .	78
(2) Bedeutung des materiellen Aufhebungsanspruchs für die Begründetheit der Anfechtungsklage . . . . .	79
(a) Wortlaut als Ausgangspunkt der Auslegung . . . . .	79
(b) Historie und Genese . . . . .	80
(c) Keine teleologische Erforderlichkeit des Anspruchsmodells . . . . .	81
(aa) Maßgebliche Bedeutung des materiellen Rechts für die Begründetheit der Anfechtungsklage auch auf Grundlage des wortlautbasierten Verständnisses . . . . .	81
(bb) Zu Divergenzen zwischen behördlichen und gerichtlichen Aufhebungsmöglichkeiten . . . . .	82
(d) Unabhängigkeit der Anfechtungsklage von Bestehen bzw. Durchsetzbarkeit eines Aufhebungsanspruchs als verfassungsrechtliches Gebot . . . . .	83
(3) Ergebnis . . . . .	84
IV. Zwischenergebnis . . . . .	85

<i>B. Zur Bedeutung des Art. 33 Abs. 5 GG und der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums</i> . . . . .	85
I. Vorbemerkungen . . . . .	86
1. Zum Verhältnis zwischen einfachgesetzlich fundierten und auf Art. 33 Abs. 5 GG gestützten Begründungsmustern . . . . .	86
2. Zur beschränkten Reichweite sämtlicher auf Art. 33 Abs. 5 GG beruhender Argumente . . . . .	87
a) Personeller Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 5 GG . . . . .	87
aa) Semantische Argumentation . . . . .	88
bb) Systematik . . . . .	89
(1) Zusammenhang zum öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG . . . . .	89
(2) Missachtung der Systematik: Isolierte Begriffsverständnisse . . . . .	89
(3) Unterschiedliche Teilmengen eines einheitlich verstandenen öffentlichen Dienstes . . . . .	90
(a) Grundsätzliche Beschränkung auf Beamte . . . . .	91
(b) Einbeziehung der Richter . . . . .	92
b) Verbleibender Anwendungsbereich für einen auf Art. 33 Abs. 5 GG gestützten Grundsatz der Ämterstabilität . . . . .	93
II. Fundamentalität und Traditionalität als Anforderungen an hergebrachte Grundsätze im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG . . . . .	93
1. Fundamentalität . . . . .	94
a) Grundsatzcharakter . . . . .	94
b) Berufsbeamtentum als Bezugsgegenstand . . . . .	96
aa) Differenzierung zwischen Beamtentum und Beamtenrecht . . . . .	96
bb) Das maßgebliche Bild des Beamtentums . . . . .	97
(1) Die Bestimmung der geschützten Einrichtung als Methodenfrage . . . . .	97
(2) Relevanz des Werturteils des Verfassungsgebers . . . . .	99
(3) Kein Widerspruch: Die subjektivrechtliche Dimension . . . . .	100
(4) Zusammenfassung zum maßgeblichen Bild des Berufsbeamtentums . . . . .	102
c) Zusammenfassung zum Merkmal der Fundamentalität . . . . .	102
2. Traditionalität . . . . .	102
a) Die Perspektivenfrage: dynamisches oder statisches Traditionalitätsverständnis? . . . . .	103
aa) Dynamisches Traditionalitätsverständnis . . . . .	104
bb) Statisches Traditionalitätsverständnis . . . . .	104

cc)	Das Spannungsfeld zwischen Entwicklungsoffenheit und Einrichtungsgarantie . . . . .	105
	(1) Wider den Einwand der Versteinerung . . . . .	105
	(2) Beschränkung des Gesetzgebers als Zweck der Einrichtungsgarantie . . . . .	107
	(3) Versteinerungsgefahr auf Grundlage eines dynamischen Verständnisses . . . . .	109
	(4) Entstehung neuer Grundsätze des Berufsbeamtentums nicht ausgeschlossen . . . . .	110
dd)	Zwischenfazit zur Perspektivenfrage . . . . .	111
b)	Das Zeitmoment: Zur Bestimmung des „längeren traditionsbildenden Zeitraumes“ . . . . .	111
aa)	Die grundsätzliche Bedeutung der Geltungszeit der Weimarer Reichsverfassung . . . . .	111
bb)	Zum Verhältnis von Lage und Dauer des maßgeblichen Zeitraumes . . . . .	113
	(1) Mögliche Verständnisse . . . . .	113
	(2) Anerkennung während der gesamten Geltungszeit der WRV nicht erforderlich . . . . .	114
cc)	Lage des traditionsbildenden Zeitraumes . . . . .	115
	(1) Fixpunkte: Geltungszeit der Weimarer Reichsverfassung und Inkrafttreten des Grundgesetzes . . . . .	115
	(2) Insbesondere: Das Ende der Geltungszeit der Weimarer Reichsverfassung . . . . .	115
	(a) In Betracht kommende Zeitpunkte . . . . .	117
	(b) Unmöglich- und Entbehrlichkeit einer taggenauen Abgrenzung . . . . .	118
dd)	Dauer des traditionsbildenden Zeitraumes . . . . .	120
	(1) Unbestimmtheit der Schlüsselbegriffe . . . . .	120
	(2) Zur Bedeutung der Geltungsdauer der WRV . . . . .	120
	(3) Zur Übertragbarkeit der für die Entstehung von Gewohnheitsrecht Anwendung findenden Maßstäbe . . . . .	121
	(4) Versuch einer annähernden Konkretisierung . . . . .	122
	(a) Die Obergrenze des Mindestzeitraumes . . . . .	122
	(b) Die eingeschränkte Bedeutung dieser Obergrenze des Mindestzeitraumes . . . . .	123
	(5) Zusammenfassung zur Dauer des traditionsbildenden Zeitraumes . . . . .	125
ee)	Zusammenfassung zum Zeitmoment der Traditionalität . . . . .	125



c) Das Umstandsmoment: Zur Wahrung und Anerkennung eines Grundsatzes „als verbindlich“ . . . . .	125
aa) Gesetzlich positiviert Grundsätze . . . . .	126
(1) Keine Beschränkung auf verfassungsrechtlich positiviert Grundsätze . . . . .	126
(a) Zweifel an der Existenz dieser Ansicht . . . . .	127
(b) Zur inhaltlichen Überzeugungskraft eines solchen Verständnisses . . . . .	128
(2) Keine Beschränkung auf durch förmliches Parlamentsgesetz positiviert Grundsätze . . . . .	129
(3) Zwischenfazit . . . . .	132
bb) Anerkennung und Wahrung jenseits gesetzlicher Regelungen	132
(1) Grundsätzliches . . . . .	132
(2) Anerkennung in der Rechtsprechung . . . . .	132
(a) Beschränkte Rechtsschutzmöglichkeiten im maßgeblichen Zeitraum . . . . .	133
(b) Konsens als Hinderungsgrund für gerichtliche Entscheidungen . . . . .	133
(c) Zwischenfazit zur Bedeutung der Rechtsprechung . . . . .	134
(3) Andere Formen faktischer Anerkennung . . . . .	135
(a) Literatur . . . . .	135
(b) Verwaltungspraxis . . . . .	136
(aa) Ermittlung von Verwaltungspraxis aus der Literatur . . . . .	136
(bb) Bedeutung des DBG von 1937 für die Ermittlung früherer Verwaltungspraxis . . . . .	137
(4) Zwischenfazit zur außergesetzlichen Anerkennung: Erforderlichkeit einer „herrschenden Meinung“ . . . . .	139
cc) Zwischenfazit zum Umstandsmoment der Traditionalität . . . . .	141
3. Conclusio zum Maßstäbeteil . . . . .	141
a) Fundamentalität . . . . .	141
b) Traditionalität . . . . .	142
c) Zusammenfassung . . . . .	142
III. Der Grundsatz der Ämterstabilität als hergebrachter Grundsatz im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG? . . . . .	143
1. Der Mangel an Fundamentalität . . . . .	144
a) Die mangelnde Abstraktionshöhe . . . . .	144
b) Die mangelnde Bedeutung für die Institution . . . . .	145
2. Der Mangel an Traditionalität . . . . .	145
a) Bestandsaufnahme . . . . .	145

aa) Prozessuale Situation . . . . .	146
bb) Materiell-rechtliche Situation . . . . .	147
cc) Zusammenfassung . . . . .	149
b) Die Notwendigkeit der Differenzierung zwischen der fehlenden Traditionalität der Konkurrentenklagemöglichkeit und der (vermeintlichen) Traditionalität des Ausschlusses derselben . . . .	150
3. Zwischenfazit . . . . .	151
IV. Der Grundsatz der Ämterstabilität als Ausprägung eines anderen hergebrachten Grundsatzes? . . . . .	151
1. Zur Abgrenzung hergebrachter Grundsätze . . . . .	151
a) Uneinheitliche und unklare Begriffsverwendung . . . . .	152
b) Gewinnung abstrakter Grundsätze aus Detailregelungen . . . . .	152
c) Zusammenfassung . . . . .	152
2. Lebenszeitprinzip im weiten Sinne . . . . .	153
a) Der Lebenszeitbeamte als Regeltypus . . . . .	153
b) Eingeschränkte Möglichkeiten der Aufhebung bzw. Beendigung eines Beamtenverhältnisses . . . . .	154
aa) Auswertung des historischen Befundes . . . . .	155
(1) Nachträgliche Beendigung . . . . .	155
(a) Materielle Voraussetzungen . . . . .	156
(b) Formelle Voraussetzungen . . . . .	156
(2) Wichtig- bzw. Vernichtbarkeit des Begründungsaktes . . . .	157
(a) Vorbemerkung zur (fehlenden) Relevanz des § 32 DBG . . . .	157
(b) Die herrschende Anfechtbarkeitslehre . . . . .	158
(c) Mindermeinungen . . . . .	159
(3) Zusammenfassung . . . . .	159
bb) Teleologisch-wertende Betrachtung im Lichte des Fundamentalitätserfordernisses . . . . .	160
(1) Primärprinzip: Schutz von Unabhängigkeit und Neutralität . . . .	160
(2) Keine Gefährdung des Primärprinzips durch Möglichkeit der Konkurrentenklage . . . . .	161
cc) Zwischenfazit . . . . .	162
3. Personalhoheit des Dienstherrn . . . . .	162
a) Der hergebrachte Grundsatz dienstherrlicher Personalhoheit . . . .	162
b) Beschränkung der Personalgewalt durch Art. 33 Abs. 2 GG . . . .	164
c) Zusammenfassung . . . . .	164
4. Zwischenfazit: Der sogenannte Grundsatz der Ämterstabilität unterliegt nicht dem Schutz hergebrachter Grundsätze nach Art. 33 Abs. 5 GG . . . . .	164

V. Zudem: Eingeschränkte Bedeutung der „hergebrachten Grundsätze“ für fachgerichtliche Entscheidungen . . . . .	164
1. Zum Verhältnis zwischen Art. 33 Abs. 5 GG und den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums . . . . .	165
a) Problemaufriss . . . . .	165
aa) Ausdrückliche Gleichsetzung von Art. 33 Abs. 5 GG und hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums . . . . .	165
bb) Implizite Gleichsetzung von Art. 33 Abs. 5 GG und hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums . . . . .	165
(1) Exkurs: Zeitliche Geltung von Verfassungsbestimmungen und „derogative Kraft“ derselben . . . . .	166
(2) Die Frage nach der „derogativen Kraft“ des Art. 33 Abs. 5 GG . . . . .	167
b) Zur Notwendigkeit der Differenzierung zwischen Art. 33 Abs. 5 GG und den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums	168
aa) Grundlegende Qualifizierung des Art. 33 Abs. 5 GG als Regelungsauftrag . . . . .	168
bb) Die Bindung der verschiedenen Teilstaatsgewalten an Art. 33 Abs. 5 GG bzw. die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums auf Grundlage dieser Differenzierung .	168
(1) Die Bindung an die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums . . . . .	169
(a) Gebundene Organe . . . . .	169
(b) Qualität dieser Bindung . . . . .	169
(2) Die Bindung an Art. 33 Abs. 5 GG . . . . .	171
c) Dogmatische Begründung dieser Differenzierung . . . . .	172
aa) Semantik und Regelungstechnik . . . . .	172
(1) Negativer Gehalt: Wie die Vorschrift nicht formuliert ist	172
(2) Positiver Gehalt: Wie die Vorschrift formuliert ist . . . . .	173
(a) Einzelbegriffe . . . . .	173
(b) Gesamtbetrachtung . . . . .	173
(c) Abstraktionslevel der zu berücksichtigenden Grundsätze . . . . .	174
bb) Genese . . . . .	174
(1) Entstehung der ursprünglichen Fassung des Art. 33 Abs. 5 GG . . . . .	175
(2) Ergänzung der Fortentwicklungsklausel im Jahre 2006 .	176
cc) Systematik . . . . .	177
(1) Art. 3 Abs. 2 (S. 1) GG . . . . .	177
(a) Heutige Rechtslage . . . . .	177

(b) Ursprüngliche Beschränkung des Art. 3 Abs. 2 GG durch Art. 117 Abs. 1 GG . . . . .	177
(c) Keine Übertragbarkeit auf Art. 33 Abs. 5 GG . . . . .	178
(2) Art. 6 Abs. 5 GG . . . . .	179
(a) Ursprünglich eingeschränkte Bedeutung der Vorschrift	179
(b) Aufwertung durch das BVerfG . . . . .	179
(c) Keine Übertragbarkeit auf Art. 33 Abs. 5 GG . . . . .	180
dd) Teleologie . . . . .	181
(1) Grundsatz funktionsadäquater Aufgabenzuordnung . . . . .	181
(2) Folgenbetrachtung . . . . .	181
(a) Das Argument des unverbindlichen Programmsatzes	181
(b) Vermeintliche Gefahr der Unterminierung . . . . .	183
d) Zwischenfazit zum Verhältnis zwischen Art. 33 Abs. 5 GG und den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums . . . . .	185
2. Der Anwendungsvorrang des einfachen Rechts . . . . .	185
a) Grundlagen des Anwendungsvorrangs . . . . .	185
b) Bedeutung des Verfassungsrechts in unterschiedlichen Konstellationen . . . . .	186
aa) Fehlen bzw. Schweigen des einfachen Rechts . . . . .	186
(1) Erforderlichkeit echten Schweigens . . . . .	186
(2) Vorbehalt des Gesetzes . . . . .	187
bb) Existenz einfachen Rechts . . . . .	187
(1) Eindeutig verfassungsgemäßes bzw. verfassungswidriges Recht . . . . .	187
(2) Sowohl verfassungskonform als auch verfassungswidrig auslegbares Recht . . . . .	188
c) Auswirkungen des Anwendungsvorrangs des einfachen Rechts auf die Konstellation der echten Konkurrentenklage . . . . .	189
aa) Keine unmittelbare Bedeutung der hergebrachten Grundsätze	189
bb) Höchstens mittelbare Bedeutung der hergebrachten Grundsätze	189
(1) Ausgangslage . . . . .	189
(2) Grenze der Auslegbarkeit . . . . .	190
(3) Anwendung auf den Fall der echten Konkurrentenklage	192
3. Zwischenergebnis . . . . .	192
VI. Zwischenergebnis . . . . .	192
C. Zur Bedeutung des Vertrauensschutzgedankens . . . . .	193
I. Grundlagen des Vertrauensschutzes . . . . .	193
1. Herleitung . . . . .	193
2. Voraussetzungen . . . . .	194

3. Rechtsfolge . . . . .	194
II. Relevanz des Vertrauensschutzgedankens für die Konstellation der echten Konkurrentenklage . . . . .	195
1. Vertrauen in den Bestand der Ernennung . . . . .	195
2. Vertrauen in die Aufrechterhaltung der bisherigen Rechtsprechungslinie . . . . .	197
III. Zwischenergebnis . . . . .	198
<i>D. Zur Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes . . . . .</i>	198
I. (Verfassungs-)Rechtliche Fundierung des Interesses an der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes . . . . .	199
II. Die Bedeutung der Funktionsfähigkeit der Verwaltung für die Entscheidung über (echte) Konkurrentenklagen . . . . .	200
1. Nur potentielle Bedeutung als verfassungsimmanente Schranke des Art. 33 Abs. 2 GG . . . . .	200
2. Höchstens mittelbare Bedeutung . . . . .	201
III. Zwischenergebnis . . . . .	201
<i>E. Zur Bedeutung haushaltsrechtlicher Vorschriften . . . . .</i>	201
I. Die Bedeutung des Haushaltsrechts für unechte Konkurrentenklagen	202
II. Die Bedeutung des Haushaltsrechts für die echte Konkurrentenklage	202
III. Zwischenergebnis . . . . .	203
<i>F. Fazit zu den verschiedenen vertretenen Begründungsansätzen . . . . .</i>	203
I. Beschränkte Herleitbarkeit des sogenannten Grundsatzes der Ämterstabilität . . . . .	203
II. Pragmatische Überlegungen als tatsächlicher Grund? . . . . .	203
1. Offene Folgenabwägungen in der Literatur . . . . .	203
2. Historische Entwicklung: Wechselnde Begründungen . . . . .	204
III. Zwischenergebnis . . . . .	204
 Teil 4: Rechtsschutzkonzept auf Grundlage der gewonnenen Erkenntnisse . . . . .	 205
<i>A. Grundkonzeption . . . . .</i>	205
I. Zur echten Konkurrentenklage . . . . .	205
1. Zulässigkeit der echten Konkurrentenklage . . . . .	205
2. Notwendigkeit der Beiladung des Ernannten . . . . .	207
3. Begründetheit der echten Konkurrentenklage . . . . .	207
4. Wirkung der Klageerhebung . . . . .	208
5. Entscheidungsausspruch und -wirkung . . . . .	208

II. Zur unechten Konkurrentenklage . . . . .	210
III. Zur schwindenden Bedeutung des Eilrechtsschutzes . . . . .	210
<i>B. Die praktische Schwäche dieser Konzeption und die Möglichkeit ihrer Überwindung . . . . .</i>	<i>211</i>
I. Die Unsicherheit über den Bestand der Ernennung als Schwäche dieses Rechtsschutzkonzepts . . . . .	211
II. Abhilfe durch verwaltungsaktförmige Konkurrentenmitteilung . . . . .	212
1. Die auf Grundlage der Lehre vom Grundsatz der Ämterstabilität praktizierte Konkurrentenmitteilung . . . . .	212
2. Mögliche Bedeutung einer verwaltungsaktförmigen Konkurrentenmitteilung . . . . .	213
a) Bindende Eignungsfeststellung durch einen der Ernennung vorausgehenden Verwaltungsakt . . . . .	213
b) Grundlegendes zu mehrstufigen Verwaltungsverfahren und Vorbescheiden . . . . .	214
aa) Mehrstufige Verwaltungsverfahren im Allgemeinen . . . . .	214
bb) Die verfahrensstufige Wirkung des Vorbescheides im Besonderen . . . . .	215
c) Anwendung dieser Grundsätze auf die Situation der sogenannten Konkurrentenmitteilung . . . . .	216
3. Keine pauschale Qualifizierbarkeit der Konkurrentenmitteilung als Verwaltungsakt . . . . .	217
a) Maßstäbe . . . . .	218
b) Auslegung der Konkurrentenmitteilung . . . . .	219
aa) Vorbemerkung zur Notwendigkeit der Trennung zwischen den verschiedenen mitgeteilten Informationen . . . . .	219
(1) Allgemeines zum Verhältnis zwischen dem Verwaltungsakt und seiner Verkörperung . . . . .	219
(2) Die Aussagegehalte der sogenannten Konkurrentenmitteilung . . . . .	220
bb) Unerheblichkeit der behördlichen Willensbildung . . . . .	221
cc) Irrelevanz der Rechtsverletzung . . . . .	222
dd) Maßgeblichkeit des objektiven Empfängerhorizontes . . . . .	223
(1) Inhalt der sogenannten Konkurrentenmitteilung . . . . .	223
(2) Gestaltung und äußere Form der sogenannten Konkurrentenmitteilung . . . . .	224
c) Zwischenergebnis . . . . .	225
4. Möglichkeit des besteignungsfeststellenden Vorbescheides . . . . .	225
a) Gestaltung und Inhalt . . . . .	226

aa) Bezeichnung . . . . .	226
bb) Tenor . . . . .	227
cc) Begründung . . . . .	227
dd) Rechtsbehelfsbelehrung . . . . .	228
ee) Zusammenfassung zu Gestaltung und Inhalt eines besteignungsfeststellenden Vorbescheides . . . . .	229
b) Befugnis zum Erlass eines derartigen Verwaltungsaktes . . . . .	229
aa) Vorbemerkung . . . . .	229
bb) Erforderlichkeit der gesetzlichen Ermächtigung . . . . .	230
cc) Anforderungen an gesetzliche Ermächtigungen zum Erlass feststellender Verwaltungsakte . . . . .	231
dd) Anwendung dieser Maßstäbe auf die Konstellation des besteignungsfeststellenden Vorbescheides . . . . .	232
c) Zwischenergebnis . . . . .	232
5. Auswirkung eines solchen Vorbescheides auf das Rechtsschutzkonzept . . . . .	233
C. Zusammenfassung zum Rechtsschutzkonzept . . . . .	234
Zusammenfassung der Thesen . . . . .	237
Literaturverzeichnis . . . . .	243
Stichwortverzeichnis . . . . .	265

# Einführung

## A. Problemaufriss

### *I. Die Ausgangslage*

Jeder Deutsche – so formuliert Art. 33 Abs. 2 GG den sog. Grundsatz der Bestenauslese – hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Einfachgesetzlich bestimmen Vorschriften wie § 9 S. 1 BBG bzw. § 9 BeamtStG (die nach §§ 46, 71 DRiG auch in Bezug auf Richter Geltung beanspruchen) oder § 3 Abs. 1 SG Entsprechendes.<sup>1</sup> In Zusammenschau mit Bestimmungen wie der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG oder § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO könnte dieser Befund einen unbefangenen Beobachter zu der Annahme verleiten, ein unter Verstoß gegen den Grundsatz der Bestenauslese übergangener Bewerber könne mittels einer verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage die gerichtliche Kassation der rechtswidrigen Einstellungs- oder Beförderungsentcheidung (und im Zuge einer zusätzlichen Verpflichtungsklage sodann seine eigene Ernennung oder doch zumindest eine erneute, nunmehr rechtmäßige Auswahlentscheidung) erreichen. Nicht zuletzt entspräche dies auch der in anderen Bereichen des Verwaltungsrechts in Konkurrenzkonstellationen geübten Praxis.<sup>2</sup> Einem Abgleich mit der Realität hält diese Einschätzung indes nur sehr eingeschränkt stand. Obschon die Beschwerden über die Missachtung des Rechts auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern, die „so alt wie dieses Verfassungsrecht selbst“ sind,<sup>3</sup> nie an Aktualität verloren haben<sup>4</sup> und effektiver Rechtsschutz des unterlegenen Konkurrenten gemeinhin als probates Mittel im Kampf gegen das Problem der sog. Ämterpatro-

---

<sup>1</sup> Nicht nur aufgrund der ausdrücklichen Anordnung in § 22 Abs. 1 S. 1 BBG, sondern auch, weil sie gem. § 10 Abs. 1 Nr. 3 BBG, § 8 Abs. 1 Nr. 3 BeamtStG ebenfalls eine Ernennung erfordern, gilt dies sowohl für die Begründung eines Beamten- oder Richterdienstverhältnisses (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 BBG, § 8 Abs. 1 Nr. 1 BeamtStG) als auch für Fälle der Beförderung.

<sup>2</sup> Zu dieser noch sogleich Teil I B.

<sup>3</sup> *Tietgen*, in: von Caemmerer/Friesenhahn/Lange, FS 100 Jahre DJT, Bd. II, 1960, S. 325 (335).

<sup>4</sup> Zur Beschädigung des (Ansehens des) öffentlichen Dienstes durch Ämterpatronage etwa *Lecheler*, in: Badura/Dreier, FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II, 2001, S. 359 (372).



nage betrachtet wird,<sup>5</sup> soll nach herrschender Auffassung<sup>6</sup> Rechtsschutz in Fällen der dienstrechtlichen Statusamtkonkurrenz nur in eingeschränktem Umfang möglich sein. Entgegen dem der VwGO zugrundeliegenden Grundsatz des nachgehenden Rechtsschutzes<sup>7</sup> soll insbesondere die Anfechtung der rechtswidrigen Konkurrentenernennung durch den übergangenen Bewerber regelmäßig ausgeschlossen sein.<sup>8</sup> Stattdessen wird Letzterer auf die Inanspruchnahme vorbeugenden Eilrechtsschutzes verwiesen.<sup>9</sup> Begründet wird diese Sonderdogmatik<sup>10</sup> heute regelmäßig (nur) mit dem Verweis auf einen sog. Grundsatz der Ämterstabilität.<sup>11</sup> Dass zu dessen dogmatischer Herleitung mitunter nicht einmal weitergehende Erläuterungen für erforderlich erachtet werden,<sup>12</sup> hat zwar bereits zu seiner Bezeichnung als „Mythos“<sup>13</sup> geführt. In der Sache erweist sich diese – in Widerspruch zu der in verwaltungsrechtlichen Konkurrenzkonstellationen gemeinhin zur Anwendung gelangenden Praxis<sup>14</sup> stehende – Sonderdogmatik heute jedoch gefestigter als in der Vergangenheit.<sup>15</sup> Obschon die Kritik daran nie ganz verstummt ist, beschränken sich die kritischen Auseinandersetzungen der jüngeren Vergangenheit meist auf die „Perfektionierung des bestehenden Systems“, anstatt es grundsätzlich zu hinterfragen.<sup>16</sup> So bemühen sich Stellungnahmen seitens der Literatur überwiegend um die Auflösung der mitunter als unbillig emp-

<sup>5</sup> *Battis*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 33 Rn. 41; *Bochmann*, ZBR 2004, 405 (408); vgl. auch *Voßkuhle*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 41 Rn. 68: Das Problem der Ämterpatronage müsse durch „dogmatische[n] Ausbau der Konkurrentenklage“ bekämpft werden. Zu Konkurrentenklagen als Mittel zur Durchsetzung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung auch jenseits des Dienstrechts s. *Fehling*, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. IV, 2022, § 100 Rn. 3.

<sup>6</sup> So auch *Weckmann*, Die Rolle staatlicher Auswahlentscheidungen im Rechtsschutzsystem der „Konkurrentenverdrängungsklage“, 2019, S. 32 f. S. im Einzelnen die Nachweise u. Teil I C.

<sup>7</sup> Dazu etwa BVerwGE 40, 323 (326); BVerwG NVwZ 1991, 580 (580); *Pietzcker/Marsch*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Loseblatt, Stand 42. Lfg. Februar 2022, § 42 Abs. 1 Rn. 162; *Sennekamp*, in: Fehling/Kastner/Störmer, VerwR, 5. Aufl. 2021, § 42 VwGO Rn. 40; *W.-R. Schenke*, in: Kopp/Schenke, VwGO, 28. Aufl. 2022, Vor § 40 Rn. 33 f.

<sup>8</sup> Eingehend u. Teil I C.I.1.b) und C.I.2.a).

<sup>9</sup> Dazu u. Teil I C.I.3.

<sup>10</sup> *Bamberger*, ZBR 2019, 192 (192).

<sup>11</sup> Nur beispielhaft VGH München RiA 2017, 230 (233).

<sup>12</sup> Exemplarisch *Jachmann-Michel/Kaiser*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 33 Rn. 23a; *von Glasenapp*, NordÖR 2011, 253 (255); *Stuttman*, NVwZ 2017, 1146 (1146).

<sup>13</sup> *Laubinger*, ZBR 2010, 289 (293); *Schoch*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Loseblatt, Stand 42. Lfg. Februar 2022, § 123 Rn. 42a.

<sup>14</sup> Dazu u. Teil I B.

<sup>15</sup> Vgl. die geradezu beiläufige Erwähnung in BVerwG NVwZ 2017, 489 ff.

<sup>16</sup> *Gundel*, Die Verwaltung Bd. 37 (2004), S. 401 (401).

fundenen Folge- und Begleiterscheinungen dieser Praxis<sup>17</sup> oder fordern bestenfalls kleinere Nachjustierungen,<sup>18</sup> während die Rechtsprechung die (vermeintliche) Grundsatzqualität des sog. Grundsatzes der Ämterstabilität eher noch stärkt,<sup>19</sup> indem sie die Fallgruppen möglicher Ausnahmen ausschärft und deren Voraussetzungen präzisiert.<sup>20</sup>

## II. Begriffliches zum sogenannten Grundsatz der Ämterstabilität

Erschwert wird der Umgang mit der hier untersuchten Thematik durch den Umstand, dass die im Mittelpunkt der Untersuchung stehenden Begriffe „Ämterstabilität“ bzw. „Grundsatz der Ämterstabilität“ weder gesetzlich definiert<sup>21</sup> noch in Literatur und Rechtsprechung einheitlich verwendet werden.<sup>22</sup> Im Schrifttum werden die Begriffe mitunter als Synonym für das im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG hergebrachte Lebenszeitprinzip verwendet.<sup>23</sup> Teilweise heißt es auch, der (hergebrachte) Grundsatz der Ämterstabilität besage, dass eine einmal erfolgte Ernennung grundsätzlich – und nicht nur durch Gerichte – nicht mehr aufgehoben werden könne.<sup>24</sup> Meist wird er jedoch als Begründung für die oben umrisse-

<sup>17</sup> Beispielsweise *Özfirat-Skubinn*, Rechtswidrige Beamtenernennungen, bei denen der Rechtsschutz eines Mitbewerbers vereitelt wird – Wege zur Kompensation, 2011, passim; *Zwinger*, Zwischen Stellenblockade und Bewerberschutz, 2022, S. 104 ff. Zu Schadensersatzansprüchen zu Unrecht übergangener Bewerber exemplarisch von *Glaserapp*, NordÖR 2011, 253 (256 ff.); vgl. auch schon *Tietgen*, in: von Caemmerer/Friesenhahn/Lange, FS 100 Jahre DJT, Bd. II, 1960, S. 325 (345 ff.).

<sup>18</sup> Etwa in Bezug auf die Ausgestaltung des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens *H. Geiger*, BayVBl. 2010, 517 ff.; *Wedel/Muders*, ZRP 2021, 91 (92 ff.); von *der Weiden*, ThürVBl. 2017, 181 ff. und 210 ff.; *Hebeler*, Die Verwaltung Bd. 50 (2017), S. 302 (304).

<sup>19</sup> Mitunter wird infolgedessen schon gar nicht mehr die Lehre vom Grundsatz der Ämterstabilität als begründungs- oder rechtfertigungsbedürftig angesehen, sondern nur noch die Annahme einer Ausnahme von dieser, vgl. etwa von *der Weiden*, jurisPR-BVerwG 1/2019 Anm. 6.

<sup>20</sup> Zu der im Anschluss an (die tatsächlichen Schilderungen in) BVerwGE 138, 102 (114 f. Rn. 42) zwischenzeitlich aufgeworfenen Frage, ob bereits die objektive Vereitelung einstweiligen Rechtsschutzes für die Annahme einer Ausnahme vom Grundsatz der Ämterstabilität ausreiche oder ob insofern subjektive Elemente (Vorsatz/Fahrlässigkeit) hinzutreten müssen, s. etwa OVG Münster Urt. v. 17.06.2019 – 6 A 1133/17 – Rn. 171, juris; *Stuttman*, NVwZ 2018, 1870 (1871).

<sup>21</sup> *Kenntner*, NVwZ 2017, 417 (420).

<sup>22</sup> Ähnlich bereits *W.-R. Schenke*, in: Butzer/Kaltenborn/Meyer, FS für Schnapp, 2008, S. 655 (686 f.).

<sup>23</sup> *Werres*, Beamtenverfassungsrecht, 2011, Rn. 64, unter Bezugnahme auf BVerfGE 70, 251 (266), wo der Begriff der Ämterstabilität jedoch gerade nicht fällt. Ähnlich *Schnellenbach*, Konkurrenzen im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2018, Anhang 3 Rn. 1.

<sup>24</sup> *Schlotterbohm*, ZBR 2015, 368 (370); *Dehoust*, SächsVBl. 2013, 35 (36); *Tegethoff*, JA 2004, 732 (733).

ne grundsätzliche Erfolglosigkeit der (beamtenrechtlichen) Konkurrentenklage angeführt: Der unterlegene Bewerber könne gegen eine dem Grundsatz der Bestenauslese widersprechende Ernennung seines Mitbewerbers nicht erfolgreich gerichtlich vorgehen, da der Grundsatz der Ämterstabilität dem entgegenstehe, heißt es oftmals sinngemäß.<sup>25</sup> In diesem Sinne werden die Begriffe „Ämterstabilität“ bzw. „Grundsatz der Ämterstabilität“ auch in der vorliegenden Untersuchung verwendet, sofern nicht im Einzelfall ausdrücklich auf ein anderes Begriffsverständnis hingewiesen wird.

## B. Ziele und Aufbau der Arbeit

Die Arbeit verfolgt im Wesentlichen zwei Ziele: Zunächst soll untersucht werden, ob bzw. wie sich ein Grundsatz der Ämterstabilität im vorstehend umrissenen Sinne, auf dessen Bestand die (Sonder-)Dogmatik dienstrechtlicher Statusamtkonkurrentenklagen maßgeblich fußt, rechtlich schlüssig hergeleitet werden kann. Dazu werden die verschiedenen Argumente, die zu seiner Begründung vertreten werden (könnten), herausgearbeitet und jeweils auf ihre Tragfähigkeit geprüft (s. u. Teil 3). Anschließend wird gezeigt, dass es der auf der Prämisse vom Grundsatz der Ämterstabilität beruhenden Sonderdogmatik keineswegs bedarf, um derlei Konkurrentenklagen sach- und interessengerecht justiziabel zu handhaben. Hierzu wird ein Rechtsschutzkonzept auf Grundlage der allgemeinen verwaltungsprozessrechtlichen Dogmatik *de lege lata* skizziert (u. Teil 4). Diesen Untersuchungen zur besseren Verständlichkeit vorangestellt ist zunächst eine Gegenüberstellung der allgemeinen prozessrechtlichen Dogmatik verwaltungsrechtlicher Konkurrentenstreitigkeiten einerseits und der dienstrechtlichen Sonderdogmatik andererseits (sogleich Teil 1). Zudem wird dargestellt, welche Bedeutung die Existenz einer (vermeintlich stabilen) Ernennung für die Erfolgsaussichten einer Verpflichtungsklage des unterlegenen Bewerbers hat (Teil 2).

---

<sup>25</sup> EGMR, Urt. v. 13.01.2011 – 32715/06 – Rn. 32, juris (insoweit nicht abgedruckt in NJW 2011, 3703 ff.); BVerwGE 138, 102 (109f. Rn. 27 ff.); OVG Koblenz DVBl. 2009, 659 (660); Seitz, Die arbeitsrechtliche Konkurrentenklage, 1995, S. 44; Wollenschläger, Verteilungsverfahren, 2010, S. 311 f.; ders., in: Gärditz, VwGO, 2. Aufl. 2018, § 123 Rn. 218; Schoch, in: Schoch/Schneider, VwGO, Loseblatt, Stand 42. Lfg. Februar 2022, § 123 Rn. 42a; Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 123 Rn. 34; Bostedt, in: Fehling/Kastner/Störmer, VerwR, 5. Aufl. 2021, § 123 VwGO Rn. 18; Fuchs, DVBl. 2017, 1092 (1092); Hartung, RiA 2017, 49 (50f.); Kennner, NVwZ 2017, 417 (420).

## Teil 1

# Konkurrenz als Rechtsproblem

## A. Begriffliche Klarstellungen und Abgrenzungen

### *I. Konkurrenz und Konkurrentenklagen*

Konkurrenzsituationen sind keine Besonderheit des öffentlichen (Dienst-)Rechts, sondern können prinzipiell überall dort auftreten, wo Knappheit im soziologischen Sinne herrschen, die Nachfrage (bzw. in soziologischer Terminologie: das Bedürfnis) also das vorhandene Kontingent (den sog. Vorrat) überwiegen<sup>1</sup> und es somit zu einer irgendwie gearteten Mangelsituation kommen kann.<sup>2</sup> Über diese echte Konkurrenz hinaus werden mitunter auch andere Situationen als Konkurrenz bzw. die in ihnen in Betracht kommenden Rechtsschutzkonstellationen als Konkurrentenklage oder Konkurrentenstreit bezeichnet.<sup>3</sup> Abzugrenzen sind echte Konkurrenzkonstellationen im eingangs beschriebenen Sinne somit insbesondere von Fällen sog. unechter Konkurrenz. Dabei handelt es sich um Fallgestaltungen, die gerade nicht von der für die echte Konkurrenz konstitutiven Wechselbezüglichkeit<sup>4</sup> geprägt sind. Während in Fällen der echten Konkurrenz eine gleichmäßige Aufteilung des knappen Gutes seiner Natur nach ausgeschlossen<sup>5</sup> und das Begehren des Konkurrenten daher stets darauf gerichtet ist, die Begüns-

---

<sup>1</sup> Definition nach *Balla*, Soziologie der Knappheit, 1978, S. 3; ähnlich *Szabados*, Krankenhäuser als Leistungserbringer in der gesetzlichen Krankenversicherung, 2009, S. 147; *Rennert*, DVBl. 2009, 1333 (1333). Grundlegend zur Verteilung knapper Güter als Rechtsproblem bereits *Tomuschat*, Der Staat Bd. 12 (1973), S. 433 ff.; *Malaviya*, Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren, 2009, S. 49 f.

<sup>2</sup> *Brohm*, in: Erichsen/Hoppe/von Mutius, FS für Menger, 1985, S. 235 (237); *Berg*, Der Staat Bd. 15 (1976), S. 1 ff.; *Schnellenbach*, Konkurrenzen im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2018, Einf. Rn. 12.

<sup>3</sup> Vgl. schon *Frenz*, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz in Konkurrenzsituationen, 1999, S. 16; *Weckmann*, Die Rolle staatlicher Auswahlentscheidungen im Rechtsschutzsystem der „Konkurrentenverdrängungsklage“, 2019, S. 38 f.

<sup>4</sup> *Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2005, S. 34.

<sup>5</sup> *Tomuschat*, Der Staat Bd. 12 (1973), S. 433 (465), spricht von Konstellationen, in denen „eine Repartierung angesichts der Natur des knappen Guts ausscheidet“. Es handelt sich mithin um „unteilbare“ Güter, *Malaviya*, Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren, 2009, S. 54.

tigung eines Mitbewerbers zu verhindern bzw. zu beseitigen, um an dessen Stelle selbst begünstigt zu werden,<sup>6</sup> geht die Entscheidung zugunsten des einen Bewerbers dort nicht zwingend mit der Ablehnung eines anderen einher. Vielmehr kann der (zunächst) unterlegene Konkurrent in solchen Konstellationen auch erfolgreich begehren, im gleichen Maße wie sein Mitbewerber begünstigt zu werden.<sup>7</sup> Dieser nicht von Knappheit im oben erläuterten Sinne geprägten Situation der sog. Konkurrentengleichstellungsklage<sup>8</sup> kommt im Folgenden keine nennenswerte Bedeutung zu.<sup>9</sup>

## II. Beschränkung auf verwaltungsrechtliche Konkurrenzsituationen im engeren Sinne

Aus dem Ziel dieser Untersuchung, die Tragfähigkeit des in Bezug auf Statusamtkonkurrenzen praktizierten Rechtsschutzmodells zu untersuchen,<sup>10</sup> resultiert zudem eine Beschränkung auf öffentlich- und konkret auf verwaltungsrechtliche Konkurrenzkonstellationen.

Öffentlich-rechtliche Konkurrenzsituationen zeichnen sich dadurch aus, dass der Staat an ihnen nicht nur – wie namentlich im Bereich des zivilrechtlichen Wettbewerbsrechts – als externer Regulator, sondern unmittelbar als Akteur beteiligt ist.<sup>11</sup> Dies kann, wobei diese Zuordnung oftmals bloße Perspektivfrage ist, sowohl auf Anbieter- als auch auf Abnehmerseite der Fall sein. Aus Sicht eines privaten Wettbewerbsteilnehmers kann der Staat also entweder als Mitbewerber auftreten, mit dem er in Konkurrenz um die Gunst eines anderen Privaten steht, oder aber der Staat kann als Anbieter bzw. potentieller Abnehmer eines Guts derjenige sein, um dessen Gunst der private Wettbewerbsteilnehmer gemeinsam

<sup>6</sup> Berg, Der Staat Bd. 15 (1976), S. 1 (11): „Auswahl des einen bedeutet ganz konkret insoweit Ausschluß des andern.“

<sup>7</sup> Beispiele finden sich etwa im Wirtschafts- (Marktzugang, Subventionen) und Hochschulrecht (Studienplatzklagen in Form der sog. Kapazitätsprozesse, dazu etwa von Coelln, in: von Coelln/Schemmer, BeckOK Hochschulrecht NRW, Stand 23. Ed. 01.06.2022, Grundlagen des Hochschulrechts in Deutschland, Rn. 109). Vgl. allgemein zu derlei partizipativen Konkurrentenklagen (auch Gleichstellungsklagen genannt) sowie zu der Frage, inwiefern sie überhaupt als Konkurrentenklagen zu klassifizieren sind, auch Fehling, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. IV, 2022, § 100 Rn. 12 f.

<sup>8</sup> Vgl. Lindner, GewArch 2016, 135 (135); von einer partizipativen Konkurrentenklage spricht etwa Wernsmann, Die Verwaltung Bd. 36 (2003), S. 67 (75).

<sup>9</sup> Von gewisser, jedoch nur mehr rechtshistorischer Relevanz ist sie höchstens in Bezug auf BVerwGE 118, 370 ff., s. dazu u. C.I.4.

<sup>10</sup> Vgl. o. Einführung B.

<sup>11</sup> Vgl. P.M. Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 30; noch enger Baumeister/Budroweit, WiVerw 2006, 1 (1), die voraussetzen, dass der Staat der Dritte ist, um dessen Gunst die privaten Wettbewerber konkurrieren; vgl. dazu noch sogleich im Text.

mit seinen privaten Mitbewerbern konkurriert. Dabei kommt im Rahmen der hiesigen Untersuchung allein der zuletzt geschilderten Konstellation der sog. staatlichen Verteilungsentscheidungen,<sup>12</sup> nicht aber der zuerst umrissenen Konstellation der staatlichen Konkurrenz Bedeutung zu. Da der auf dem Gebiet der staatlichen Konkurrenz stattfindende Rechtsschutz mitunter als Konkurrentenrechtsschutz im weiteren Sinne bezeichnet wird,<sup>13</sup> kann der hier interessierende Teilaspekt als öffentlich-rechtliche Konkurrenzkonstellation im engeren Sinne umschrieben werden.<sup>14</sup>

Erfolgt die staatliche Verteilungsentscheidung nicht etwa gesetzesunmittelbar, sondern durch Verfahren und Handlungsformen der Verwaltung, handelt es sich um verwaltungsrechtliche Konkurrenzsituationen. Neben der hier im Besonderen interessierenden Konkurrenz um Statusämter kommen solche verwaltungsrechtliche Konkurrenzkonstellationen beispielsweise<sup>15</sup> auch in Bezug auf Studienplätze,<sup>16</sup> bei der Zulassung zu Messen und Märkten,<sup>17</sup> hinsichtlich der Vergabe von Taxen- und Linienverkehrsgenehmigungen<sup>18</sup> sowie in unterschiedlichen Konstellationen im Gesundheitsdienstleistungsrecht<sup>19</sup> vor.

## B. Das grundsätzliche Rechtsschutzkonzept in verwaltungsrechtlichen Konkurrenzsituationen

### I. Klagebegehren und Klagearten

In echten, also von Knappheit geprägten verwaltungsrechtlichen Konkurrenzverhältnissen ist das Begehren des übergangenen Bewerbers in der Regel darauf gerichtet, anstelle eines (zunächst) erfolgreichen Konkurrenten begünstigt zu werden. Zur Bezeichnung des diesem Begehren dienenden Rechtsbehelfs finden Begriffe wie verdrängende, ausschließende oder auch positive Konkurrenten-

<sup>12</sup> Dazu insgesamt etwa *Malaviya*, Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren, 2009, S. 4 ff. m. w. N.

<sup>13</sup> *Wernsmann*, Die Verwaltung, Bd. 36 (2003), S. 67 (69).

<sup>14</sup> Vgl. auch *Fehling*, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. IV, 2022, § 100 Rn. 10.

<sup>15</sup> S. auch *Rennert*, DVBl. 2009, 1333 (1333); *Kingreen*, Die Verwaltung Bd. 36 (2003), S. 33 (36); *H. Geiger*, BayVBl. 2010, 517 ff.; *Laubinger*, ZBR 2010, 289 (289); *Lindner*, GewArch 2016, 135 (135).

<sup>16</sup> Vgl. etwa BVerfGE 147, 253 ff.

<sup>17</sup> Etwa VGH München GewArch 2015, 460 ff.; *H.-A. Roth*, WiVerw1985, 46 ff.

<sup>18</sup> *Heinze*, TranspR 2009, 219 ff.; *Dirnaichner*, KommP BY 2017, 1 ff.

<sup>19</sup> Dazu *Baumeister/Budroweit*, WiVerw 2006, 1 ff.; *Rennert*, GesR 2008, 344 ff.; *Shirvani*, SDRV Bd. 62 (2012), S. 107 (126 ff.); *Düring*, in: Butzer/Kaltenborn/Meyer, FS für Schnapp, 2008, S. 389 (389); *Kingreen*, Die Verwaltung Bd. 36 (2003), S. 33 ff.

klage Verwendung.<sup>20</sup> Da es sich bei den begehrten Verwaltungshandlungen in aller Regel<sup>21</sup> um Verwaltungsakte handelt,<sup>22</sup> verbirgt sich hinter diesen Begriffen zumeist eine Verpflichtungsklage im Sinne von § 42 Abs. 1 Var. 2 VwGO.<sup>23</sup> Wendet sich der Übergangene hingegen (nur) gegen die Begünstigung seines Konkurrenten, finden Bezeichnungen wie Konkurrentenabwehrklage,<sup>24</sup> negative<sup>25</sup> oder defensive Konkurrentenklage<sup>26</sup> Verwendung. In isolierter Form kommt diesen letztgenannten Klagen, bei denen es sich aufgrund der Natur der angegriffenen Begünstigung meist um Anfechtungsklagen im Sinne des § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO handelt,<sup>27</sup> jedenfalls in echten Konkurrenzkonstellationen nur eine untergeordnete Bedeutung zu.<sup>28</sup> Der übergangene Mitbewerber wird in solchen Konstellationen in der Regel kein isoliertes Interesse an der bloßen Beseitigung der Begünstigung seines Konkurrenten haben.<sup>29</sup> Diese stellt für ihn meist nur einen (notwendigen) Zwischenschritt auf dem Weg zu seiner eigenen Begünstigung dar.<sup>30</sup> Somit kommt dieser Klageform in erster Linie in Kombination mit einer positiven Konkurrentenklage Bedeutung zu.<sup>31</sup>

<sup>20</sup> *Brohm*, in: Erichsen/Hoppe/von Mutius, FS für Menger, 1985, S. 235 (248); *Schenke*, NVwZ 1993, 718 (719). Vgl. auch *Kingreen*, Die Verwaltung Bd. 36 (2003), S. 33 (43).

<sup>21</sup> Anderes gilt namentlich in Konstellationen, in denen aufgrund funktioneller oder formeller Privatisierung nur die (gesellschaftsrechtliche) Einwirkung des Hoheitsträgers verlangt werden kann. Dort kommt der allgemeinen Leistungsklage Bedeutung zu, vgl. *Sennekamp*, in: Fehling/Kastner/Störmer, VerwR, 5. Aufl. 2021, § 42 VwGO Rn. 34.

<sup>22</sup> *P. M. Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 54; *Sennekamp*, in: Fehling/Kastner/Störmer, VerwR, 5. Aufl. 2021, § 42 VwGO Rn. 34.

<sup>23</sup> *Pietzcker/Marsch*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Loseblatt, Stand 42. Lfg. Februar 2022, § 42 Abs. 1 Rn. 141.

<sup>24</sup> S. etwa *Fehling*, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. IV, 2022, § 100 Rn. 9.

<sup>25</sup> Vgl. *Kingreen*, Die Verwaltung Bd. 36 (2003), S. 33 (43).

<sup>26</sup> *Shirvani*, SDSRV Bd. 62 (2012), S. 107 (126).

<sup>27</sup> *Pietzcker/Marsch*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Loseblatt, Stand 42. Lfg. Februar 2022, § 42 Abs. 1 Rn. 141.

<sup>28</sup> Größere Bedeutung haben sie in Fällen, in denen der Zugang eines neuen Konkurrenten zum Markt, also das Entstehen bzw. die Verschärfung einer Wettbewerbssituation vermieden werden soll, s. etwa BVerwGE 30, 347 (348 f.); BVerwG NVwZ 2001, 322 (323); *Fehling*, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. IV, 2022, § 100 Rn. 10 m. w. N.

<sup>29</sup> Überdies ist, da namentlich Art. 12 Abs. 1 GG nicht vor Konkurrenz schützt, in derlei Konstellationen regelmäßig die Klagebefugnis fraglich, s. etwa BVerwGE 132, 64 (73 ff. Rn. 28 ff.).

<sup>30</sup> *Happ*, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 42 Rn. 54: „entscheidende Hilfsfunktion“.

<sup>31</sup> *Rennert*, DVBl. 2009, 1333 (1339).

## II. Kombinationslehre

Nach einer lange vorherrschenden und noch immer weit verbreiteten<sup>32</sup> Auffassung soll ein unterlegener Bewerber, der seine eigene Begünstigung anstrebt, regelmäßig im Wege einer solchen Kombination von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage vorgehen müssen.<sup>33</sup> Seine eigene Begünstigung (bzw. jedenfalls die rechtmäßige Neubescheidung seines Antrages) müsse er im Wege der Verpflichtungsklage zu erreichen suchen.<sup>34</sup> Damit diese aber nicht an der Erschöpfung des Kontingents scheitere, müsse er überdies im Wege einer Anfechtungsklage die Kassation der (vermeintlich rechtswidrigen) Begünstigung eines Mitbewerbers anstreben.<sup>35</sup>

## III. Gegenauffassung

Hinsichtlich der Erforderlichkeit der Erhebung einer zusätzlichen Anfechtungsklage sah und sieht sich diese Konzeption jedoch sowohl rechtspraktischer als auch dogmatischer Kritik ausgesetzt. In eher rechtspraktischer Hinsicht wurde dieser Auffassung entgegengehalten, dass jedenfalls in Konstellationen, in denen mehr als zwei Private miteinander konkurrieren, für den Unterlegenen oftmals unklar sei, welche Begünstigung er angreifen müsse.<sup>36</sup> Wurde etwa eine Vielzahl von Marktbeschickern zugelassen, sei für den abgelehnten Bewerber oftmals jedenfalls nicht ohne Weiteres erkennbar, wessen Zulassung rechtswidrig und infolgedessen erfolgreich angreifbar sei.<sup>37</sup> Dies könne zu dem als unbillig empfundenen

<sup>32</sup> Vgl. auch *Sennekamp*, in: Fehling/Kastner/Störmer, VerwR, 5. Aufl. 2021, § 42 VwGO Rn. 34: „wohl hM“.

<sup>33</sup> BVerwG NVwZ 2011, 613 (614); OVG Magdeburg NVwZ 1996, 815 (815); OVG Lüneburg NJW 1992, 1979 (1980); VGH München NJW 1984, 680 (681); *Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2005, S. 580; *Peters*, in: Dietlein/Heusch, BeckOK Kommunalrecht NRW, Stand 20. Ed. 01.06.2022, § 8 GO NRW Rn. 42; *Lindner*, GewArch 2016, 135 (136 f.); *Quaas*, DÖV 1982, 434 (438).

<sup>34</sup> S. aber auch *Laubinger*, ZBR 2010, 289 (292), der u. U. ein Vorgehen ausschließlich im Wege der Anfechtungsklage (gegen die Gewährung des Vorteils an den Mitbewerber) für möglich hält, weil der Verpflichtungsklage das Rechtsschutzbedürfnis fehlen könne, sofern absehbar sei, dass die Behörde nach gerichtlicher Aufhebung der Konkurrentenbegünstigung ohnehin den Kläger begünstigen werde.

<sup>35</sup> BVerwG NVwZ 2011, 613 (614); OVG Magdeburg NVwZ 1996, 815 (815); OVG Lüneburg NJW 1992, 1979 (1980); VGH München NJW 1984, 680 (681); *Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2005, S. 580; *Peters*, in: Dietlein/Heusch, BeckOK Kommunalrecht NRW, Stand 20. Ed. 01.06.2022, § 8 GO NRW Rn. 42; *Lindner*, GewArch 2016, 135 (136 f.).

<sup>36</sup> *Happ*, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 42 Rn. 54; zu einer Konstellation mit deutlich über fünfhundert in Rede stehenden Genehmigungen s. BVerwGE 80, 270 (271, 273).

<sup>37</sup> *J. Wieland*, Die Verwaltung Bd. 32 (1999), S. 217 (220); *W.-R. Schenke*, Verwaltungspro-



denen Ergebnis führen, dass ein zu Unrecht übergangener Bewerber gezwungen sei, zahlreiche Konkurrentenbegünstigungen anzugreifen.<sup>38</sup> In stärker rechtsdogmatischer Hinsicht wird diesem Rechtsschutzkonzept zudem entgegengehalten, dass es einer solchen zusätzlich erhobenen Anfechtungsklage jedenfalls regelmäßig<sup>39</sup> nicht bedürfe. Habe die Behörde den Kläger zu Unrecht übergangen und werde sie (bzw. ihr Rechtsträger) daher auf dessen Verpflichtungsklage hin zu seiner Zulassung verpflichtet, sei es an ihr, den dazu erforderlichen Platz durch Rücknahme der/einer rechtswidrigen Zulassung selbst zu schaffen.<sup>40</sup> Infolgedessen wird vielfach auch ein Vorgehen des Unterlegenen alleine im Wege der Verpflichtungsklage für (jedenfalls grundsätzlich) ausreichend erachtet.<sup>41</sup>

#### *IV. Zusammenfassung zum gegenwärtigen Stand des grundsätzlichen Rechtsschutzkonzepts*

Derzeit werden, was freilich für den Rechtsschutzsuchenden wenig befriedigend ist, (noch) beide vorgenannten Ansichten und zudem verschiedene vermittelnde Auffassungen vertreten. So wird mitunter zwar von der grundsätzlichen Erforderlichkeit der kumulativen Erhebung von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ausgegangen, eine Ausnahme aber für Fälle angenommen, in denen die zusätzliche Anfechtung der Konkurrentenbegünstigung(en) dem Kläger ausnahmsweise – etwa aufgrund der Vielzahl der ihm evtl. nicht im Einzelnen bekannten Mitbewerber – unzumutbar sei.<sup>42</sup> Teilweise wird das Regel-Ausnahme-Verhältnis aber auch gegenläufig formuliert: Demnach bedürfe es der zusätzlich zur Verpflichtungsklage erhobenen Drittanfechtungsklage im Grundsatz nicht; anderes gelte nur, wenn ohnehin nur eine Auswahl zwischen zwei Bewerbern zu treffen gewesen oder dem Kläger im Ablehnungsbescheid mitgeteilt worden sei,

---

zessrecht, 17. Aufl. 2021, Rn. 298; *Ennuschat*, in: *Ennuschat/Wank/Winkler*, GewO, 9. Aufl. 2020, § 70 Rn. 78.

<sup>38</sup> *Pöcker*, DÖV 2003, 193 (196); *R. P. Schenke*, in: *Kopp/Schenke*, VwGO, 28. Aufl. 2022, § 42 Rn. 48.

<sup>39</sup> Anderes kann gelten, wenn die Behörde über keine (einschlägige) Rücknahmebefugnis verfügt, OVG Magdeburg NVwZ 1996, 815 (815); OVG Lüneburg NJW 1992, 1979 (1980); VGH München NJW 1984, 680 (681); s. zur Frage der Bedeutung behördlicher Rücknahmebefugnisse für die Begründetheit der Anfechtungsklage noch eingehend u. Teil 3 A.III.2.

<sup>40</sup> *W.-R. Schenke*, NVwZ 1993, 718 (721 ff.). Vgl. auch VGH Kassel GewArch 1993, 248 (249); VG Hannover GewArch 2008, 405 (406 f.); *Ennuschat*, in: *Ennuschat/Wank/Winkler*, GewO, 9. Aufl. 2020, § 70 Rn. 77.

<sup>41</sup> BVerwGE 80, 270 (273); VG Hannover GewArch 2008, 405 (406 f.); *R. P. Schenke*, in: *Kopp/Schenke*, VwGO, 28. Aufl. 2022, § 42 Rn. 48; *Remmert*, DVBl. 2009, 1333 (1339).

<sup>42</sup> VGH München GewArch 2015, 460 (460); zustimmend *Lindner*, GewArch 2016, 135 (136 f.).

## Stichwortverzeichnis

- Ämterstabilität 3 f., 21 f.
- Anwendungsfälle 21 f.
- hergebrachter Grundsatz 143–151
- Anfechtungsklage 13–16, *siehe auch* echte Konkurrentenklage
- Anspruchsmodell 46–56
- Aufhebungsanspruch 47–49
- Ausschluss 13–16
- dogmatische Konzeption 45–84
- Klagebefugnis 14 f.
- Rechtsschutzbedürfnis 53–55
- wortlautbasiertes Verständnis 56–72
- Anspruchsmodell 46–56
- Anwendungsvorrang des einfachen Rechts 185–192
- Aufhebungsanspruch 47–49
- Unmöglichkeit 49–52
  
- Bewerbungsverfahrensanspruch 32 f.
- Untergang durch Ernennung 32 f.
  
- Deutsches Beamtengesetz (1937) 65 f., 137–139, 157 f.
  
- echte Konkurrentenklage 13–16, 205–209, *siehe auch* Anfechtungsklage
- Eilrechtsschutz 16–19, 210 f.
- Prüfungsdichte 18
- Einrichtungsgarantie 94–96
- Entwicklungsoffenheit 105–110
- Erledigung 26–30
- Hauptsache 29 f.
- Rechtsstreit (in der Hauptsache) 28 f.
- Verwaltungsakt 27
- Verwaltungsverfahren 28
- Ernennung, 13–16, 25–34
- Fehlerfolgen 36–41
- Nichtigkeit 38
- Rücknehmbarkeit 38–40
- Essentialität *siehe* Fundamentalität
  
- Fundamentalität 94–102, 141 f.
- Bezugsgegenstand 96–102
- Grundsatzcharakter 94–96
- Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes 198–201
  
- Grundsatz der Ämterstabilität *siehe* Ämterstabilität
  
- Haushaltsrecht 201–203
- Hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums 93–143
- Bindung 168–185
- Einrichtungsgarantie 94–96
- Fundamentalität 94–102
- Traditionalität 102–141
  
- Informations- und Wartepflichten 17, *siehe auch* Konkurrentenmitteilung
  
- Konkurrentenklage 7 f., 12–23
- echte 13–16, 205–209, *siehe auch* Anfechtungsklage
- unechte 12 f., 210, *siehe auch* Verpflichtungsklage
- Konkurrentenmitteilung 17, 212–234
- Kompetenz 229–232
- Verwaltungsaktbefugnis 231 f.
- Verwaltungsaktqualität 217–225
- Konkurrenz 5 f.
- echte 5 f.
- unechte 5 f.
  
- Lebenszeitprinzip 153–162

- Machtübernahme, nationalsozialistische  
117 f., 137
- Neutralität 160–162
- Nichternennung 37
- Numerus clausus der Rücknahmetatbestände  
35–41
- Personalhoheit 162–164
- Petrifikation *siehe* Versteinering
- Pragmatismus 203 f.
- Programmsatz 181–183
- Rechtsschutzbedürfnis 53–55  
– Aussichtslosigkeit 53–55  
– Nutzlosigkeit 53 f.
- Rechtsschutzkonzept  
– grundsätzliches 7–12  
– hiesiges 205–211, 233 f.  
– in Bezug auf dienstrechtliche Konkurrenzklagen vorherrschendes 12–21
- Rechtsschutzvereitelung 19 f.
- Regelungsauftrag 168–171, 174–184
- Rücknahme 38–41  
– fakultativ 39 f.  
– obligatorisch 39
- Sonderdogmatik 12–23  
– Anwendungsfälle 21 f.
- Substanzialität *siehe* Fundamentalität
- Substanzialität *siehe* Fundamentalität
- Terminologie 3, 20 f.
- Traditionalität 102–141
- dynamisches Verständnis 104  
– statisches Verständnis 104 f.  
– Umstandsmoment 125–141  
– Zeitmoment 111–125
- Traditionsbildender Zeitraum 111–125  
– Bedeutung der Weimarer Reichsverfassung 111–115, 120 f.  
– Dauer 120–125  
– Lage 115–120
- Unabhängigkeit 160–162
- unechte Konkurrentenklage 12 f., 210,  
*siehe auch* Verpflichtungsklage  
– Erledigung 26–31  
– Unstatthaftigkeit 25 f.
- Unmöglichkeit 31 f., 49–52
- Verpflichtungsklage 12 f., 25–34, *siehe auch*  
unechte Konkurrentenklage
- Versteinering 105–107, 109 f.
- Vertrauensschutz 193–198
- Verwaltungspraxis 136–139
- Vorbehalt des Möglichen 49–52
- Vorbescheid 214 f., 225–234  
– Eignungsfeststellung 216, 225–234
- Vorbeugender Rechtsschutz 16 f., 210 f.  
– Vereitelung 19 f.
- Wartepflichten *siehe* Informations- und  
Wartepflichten
- Weimarer Reichsverfassung 115–121,  
126–129  
– Außerkrafttreten 115–119