

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 1334

**Das Dogma  
rechtsschutzverkürzender  
Ämterstabilität**

Von

**Daniel Thal**



**Duncker & Humblot · Berlin**

DANIEL THAL

Das Dogma  
rechtsschutzverkürzender Ämterstabilität

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1334

# Das Dogma rechtsschutzverkürzender Ämterstabilität

Von

Daniel Thal



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät  
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster  
hat diese Arbeit im Jahr 2016  
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D 6

Alle Rechte vorbehalten  
© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: Konrad Tritsch GmbH, Ochsenfurt  
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0582-0200  
ISBN 978-3-428-15010-6 (Print)  
ISBN 978-3-428-55010-4 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-85010-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit zum Beamtenrecht entstand maßgeblich während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Umwelt- und Planungsrecht an der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster. Sie wurde vom Promotionsausschuss der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster im Sommersemester 2016 als Dissertation angenommen. Judikatur und Schrifttum sind bis Juni 2016 berücksichtigt.

Da das Beamtenrecht teils von bundes-, teils von landesrechtlicher Kodifikation geprägt ist, beziehen sich die Gesetzesangaben grundsätzlich auf das Beamtenrecht des Bundes. Dort, wo ein Hinweis auf Landesrecht geboten schien, wird auf das Beamtenrecht des Landes Nordrhein-Westfalen verwiesen.

Mein besonderer und aufrichtiger Dank gilt zunächst Herrn Prof. Dr. Fabian Wittreck, der sich ohne Verpflichtung mit großem persönlichem wie zeitlichem Engagement der Erstkorrektur der Arbeit angenommen hat. Seine wertvollen Hinweise haben entscheidend zur stetigen Verbesserung der Arbeit beigetragen. Nicht unerwähnt soll bleiben, dass Herr Prof. Dr. Wittreck trotz zahlreicher anderweitiger Verpflichtungen stets ein offenes Ohr für Fragen und Anliegen meinerseits behielt. Seiner weit überobligatorischen Hilfe bleibe ich zu Dank verpflichtet. Herzlich danken möchte ich zudem Herrn Prof. Dr. Marcel Krumm. Der Dank gilt nicht nur für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens, sondern auch für seine keineswegs selbstverständliche Bereitschaft, mir bezüglich Fragen des Promotionsverfahrens mit Rat zur Seite zu stehen.

Die Erstellung dieser Arbeit wäre schließlich ohne die bedingungslose Unterstützung und Liebe meiner Eltern nicht möglich gewesen. Mein Dank ist ihnen nicht nur für die Förderung meines Promotionsvorhabens gewiss, sondern besonders auch vor dem Hintergrund, dass es ihnen während meines gesamten Lebens eine Selbstverständlichkeit war, mich vorbehaltlos zu unterstützen und mir mit Rat und vielerlei Tat zur Seite zu stehen. Ich bin gewiss, dass mein Erfolg in der gesamten juristischen Ausbildung – einschließlich dieser Dissertation – nicht zuletzt ihnen zu verdanken ist. Von Herzen sei ihnen diese Arbeit daher gewidmet.

Münster, im August 2016

*Daniel Thal*







(b)	Veränderung des Statusamtes in Gestalt der Beförderung . . . .	45
(aa)	Beförderungen im BeamtStG . . . . .	46
(bb)	Die Beförderung im BBG (2009) . . . . .	47
(5)	Überblick über die mit dem Statusamt verbundenen subjektiven Rechte . . . . .	48
(a)	Das Recht auf eine amtsangemessene Bezeichnung . . . . .	49
(b)	Amtsangemessener Tätigkeitsbereich . . . . .	49
(c)	Amtsangemessene Besoldung . . . . .	50
bb)	Das funktionelle Amtsverständnis . . . . .	51
(1)	Behördenzugehörigkeit als Anknüpfungspunkt des abstrakten Funktionsamtes . . . . .	51
(2)	Das konkret-funktionelle Amt als Dienstposten . . . . .	52
2.	Die beamtenrechtliche Ernennung . . . . .	53
a)	Begriff und Rechtsnatur der Ernennung . . . . .	53
b)	Die Merkmale der Ernennung . . . . .	54
aa)	Mitwirkungsbedürftigkeit . . . . .	54
bb)	Umfassende Formenbindung des Ernennungsvorganges . . . . .	54
(1)	Gründe der Formenbindung . . . . .	54
(2)	Die Aushändigung der Urkunde . . . . .	55
(a)	Der Begriff der Aushändigung als formaler Aspekt . . . . .	55
(b)	Die zeitliche Dimension der Aushändigung als Zusammen- hang mit der Mitwirkungsbedürftigkeit . . . . .	55
(3)	Die Ernennungsurkunde . . . . .	56
(a)	Merkmale kraft Urkunde . . . . .	56
(b)	Geschriebene Voraussetzungen . . . . .	57
(c)	Ungeschriebene Merkmale . . . . .	57
c)	Wirksamwerden und Bindungswirkung der Ernennung . . . . .	58
aa)	Innere und äußere Wirksamkeit von Verwaltungsakten . . . . .	58
bb)	Keine gesetzliche Regelung hinsichtlich Behördenbindung . . . . .	58
cc)	Urkundenaushändigung als spezialgesetzliche Bekanntgabe . . . . .	59
dd)	Rechtsfolgen der Bindung für Dienstherrn . . . . .	60

## *2. Teil*

### **Analyse des einfachen Gesetzesrechts** 61

§ 3	Der beamtenrechtliche Numerus clausus als Ausdruck rechtsschutzverkürzender Ämterstabilität? . . . . .	61
I.	Ausgangsthese der Lehre der Ämterstabilität . . . . .	61

- II. Die Differenzierung zwischen Rücknahme- und Nichtigkeitstatbeständen als gesetzliche Systematik der Beamtengesetzgebung und das Verhältnis zum allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht . . . . . 62
  - 1. Die Nichtigkeitsgründe . . . . . 62
  - 2. Die Rücknahmeregelungen . . . . . 63
  - 3. Parallelität der Rechtsfolgen einer nichtigen oder zurückgenommenen Er-  
nennung im Innen- und Außenverhältnis . . . . . 64
    - a) Das Verhältnis zum Dienstherrn . . . . . 64
      - aa) Keine öffentlich-rechtliche „Statuserhaltung“ . . . . . 64
      - bb) Notwendigkeit der Konstruktion einer Rechtsbeziehung . . . . . 65
    - b) Das Außenverhältnis zum Bürger . . . . . 67
      - aa) Geltungserhaltung vorhandener Amtshandlungen . . . . . 67
      - bb) Kein schützenswertes Vertrauen auf „Beständigkeit des Beamtenver-  
hältnisses als solchem“ . . . . . 68
- III. Einwände gegen die Deutung des Numerus clausus als drittrechtsschutzverei-  
telnde Konstruktion . . . . . 68
  - 1. Normenhierarchische Bedenken . . . . . 68
  - 2. Das VwVfG als hermeneutisch-systematische Auslegungsrichtlinie . . . . . 69
    - a) Die Hermeneutik des Gesetzes . . . . . 69
    - b) Rechtsschutzvereitelnde Wirkung des Numerus clausus als Systeman-  
omalie im deutschen Verwaltungsrecht . . . . . 70
      - aa) Die gesetzlichen Systeme der Rücknahmeregeln als Beschränkung der  
behördlichen Handlungsmöglichkeiten . . . . . 70
      - bb) Vergleich mit anderen Konkurrenzverhältnissen . . . . . 71
  - 3. Das Misstrauen des Gesetzes als Grund für das Fehlen des verletzten Leis-  
tungsprinzips im Numerus clausus . . . . . 72
  - 4. Traditionelle Lehre und Eingeständnis fehlender Stimmigkeit . . . . . 73
- IV. Zusammenfassung des Ergebnisses . . . . . 74

*3. Teil*

- Analyse des (Beamten-)Verfassungsrechts . . . . . 76**
- § 4 Ämterstabilität vor dem Hintergrund des Art. 33 V GG . . . . . 76
  - I. Ausgangspunkt der traditionellen Lehre . . . . . 76
  - II. Vorgehensweise . . . . . 76
  - III. Die Norm des Art. 33 V GG . . . . . 77
    - 1. Einführung . . . . . 77
      - a) Die institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums in Art. 33 V, IV GG . . . . . 77
      - b) Regelungsauftrag und unmittelbar geltendes Recht . . . . . 78
        - aa) Grundgesetzlicher Regelungsauftrag . . . . . 78
        - bb) Sekundäre Auftragsadressaten . . . . . 78

cc) Art. 33 V GG als unmittelbar geltendes Recht .....	79
IV. Anforderungen an Verwaltungspersonal und -stellenbewirtschaftung vor dem Hintergrund staatsorganisatorischer Strukturaussagen der Verfassung .....	79
1. Verwaltungspersonal und Rechtsstaatlichkeit .....	79
a) Stabilisierender Faktor des Verfassungslebens .....	79
b) Gesetzesbindung des Verwaltungshandelns .....	80
c) Gebot der lauterer Unparteilichkeit der Amtsträger .....	82
d) Konnex zu subjektiven Bürgerrechten .....	82
e) Gewaltenteilende Aufgabe des Verwaltungspersonals .....	83
aa) Grundlagen .....	83
bb) Separierung bürokratischer und politischer Strukturen als eigentliche Gewaltenteilung der Verfassung .....	83
(1) Verortung des Verwaltungspersonals im bürokratischen Bereich .....	83
(2) Der politische Bereich .....	84
2. Das Verwaltungspersonal als Baustein der parlamentarischen Demokratie .....	85
a) Demokratische Legitimation .....	86
aa) Personelle Legitimation .....	86
bb) Sachliche Legitimation .....	86
b) Staatsvolkintegrative Aspekte .....	87
3. Neutralität des Verwaltungspersonals als Wesensmerkmal der republikanischen Staatsform? .....	88
V. Umsetzung der staatsorganisatorischen Implikationen in <i>hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums</i> .....	90
1. Berücksichtigung hergebrachter Grundsätze des Berufsbeamtentums .....	90
a) Berücksichtigungsgebot .....	90
b) Hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums als persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich des Art. 33 V GG .....	90
aa) Definition des Begriffs „hergebrachte Grundsätze“ .....	90
(1) Essentialität .....	91
(2) Traditionalität .....	91
bb) Persönlicher Anwendungsbereich des Art. 33 V GG .....	93
2. Die Umsetzung staatsorganisatorischer Aussagen in anerkannten hergebrachten Grundsätzen des Art. 33 V GG .....	95
a) Das Leistungsprinzip .....	95
aa) Zusammenhang mit Rechtsstaatlichkeit .....	95
(1) Leistungsprinzip und rechtmäßiges Staatshandeln .....	95
(2) Leistungsprinzip und Statussicherheit .....	96
(3) Leistungsprinzip und Gewaltenteilung .....	96
bb) Demokratiestaatlicher Leistungsaspekt .....	97
b) Die allgemeine Treuepflicht des Beamten und ihre Ausprägungen .....	99
aa) Anforderungen und Grenzen der Gehorsamspflicht im Rechtsstaat ..	99

- bb) Pflicht zur unparteiischen und parteipolitisch neutralen Amtsführung 101
  - (1) Demokratiefördernde Funktion des Berufsbeamtentums . . . . . 101
  - (2) Neutralität als modus operandi der „neuen Gewaltenteilung“ . . . . 102
- c) Das Lebenszeitprinzip als tauglicher Anknüpfungspunkt der Lehre der Ämterstabilität? . . . . . 104
  - aa) Bezugspunkte der lebenszeitlichen Anstellung . . . . . 104
  - bb) Die historische Entwicklung des Beamtentums als Limitierung der Aussagereichweite einzelner Grundsätze des Art. 33 V GG . . . . . 105
    - (1) Genese der Lebenszeitlichkeit (Markierung Entstehungsgeschichte Lebenszeitlichkeit) . . . . . 105
    - (2) Anerkannter Aussagewert (Markierung Bezugspunkte Lebenszeitlichkeit) . . . . . 107
      - (a) Aussageerweiterungen durch die überkommene Lehre als Verknennung der historischen Implikationen . . . . . 108
  - cc) Erweiternde Auslegung des Lebenszeitprinzips als notwendige Bedingung erweiterter Rechtsschutzmöglichkeiten? . . . . . 109
    - (1) Staussicherheit im geltenden Gesetzesrecht . . . . . 109
    - (2) Staussicherheitserweiterung aus Rechtsschutzerweiterung? . . . . 110
      - (a) Evolutions- und Veränderungsmöglichkeiten in der konservativen Norm des Art. 33 V GG? . . . . . 110
      - (b) Maßstab und Grenzen einer evolutiven Auslegung . . . . . 111
      - (c) Untersuchung der rechtsschutzvereitelnden Wirkungen der Ämterstabilität vor dem Hintergrund des Art. 33 V GG . . . . 112
        - (aa) Bedeutung gerichtlichen Rechtsschutzes für die Beamtenautonomie . . . . . 112
        - (bb) Historische Dimension der Staussicherheit . . . . . 115
        - (cc) Leistungsrelevante Auswirkungen gerichtlichen Rechtsschutzes . . . . . 116
        - (dd) Eingeständnisse seitens der Judikatur . . . . . 117
        - (ee) Gerichtlicher Rechtsschutz als Effektivierung der „neuen Gewaltenteilung“ und die Institution des politischen Beamten . . . . . 118
        - (ff) Demokratiestaatlicher Nutzen . . . . . 119
  - dd) Das Verbot eignungswidriger Patronage als übergeordnete Systematik der behandelten Grundätze . . . . . 120

§ 5 Die Persönlichkeitsrechte von Beamten als Anknüpfungspunkt der Irreversibilität von Ernennungen? . . . . . 124

  - I. Ausgangspunkt der Lehre der Ämterstabilität . . . . . 124
  - II. Vorgehensweise . . . . . 124
  - III. Der Beamte als Grundrechtsträger . . . . . 124
    - 1. Die Strafgefangenenentscheidung des Bundesverfassungsgerichts als Ausgangspunkt . . . . . 124

2. Umfassende Grundrechtsgeltung als umfassende Wahrnehmungsmöglichkeit? .....	125
a) Gleichlauf von Grundrechtsgeltung und -wahrnehmung .....	125
b) Erfordernis einer persönlichen Betroffenheit .....	126
c) Die Statuskonkurrenz als Situation persönlicher Betroffenheit .....	128
IV. Persönlichkeitsrelevante Aspekte der Statuskonkurrenz .....	128
1. Grundlegende Problematik .....	128
2. Ermittlung persönlichkeitsrelevanter Belange .....	129
a) Die Fürsorgepflicht des Dienstherrn .....	129
b) Die Eignungsprognose .....	130
V. Die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht als rechtsschutzausschließendes Konstrukt? .....	130
1. Die Fürsorgepflicht .....	131
a) Normative Grundlagen .....	131
b) Verhältnis der Fürsorgepflicht zu sonstigen persönlichkeitsschützenden Grundrechten des Grundgesetzes .....	132
aa) Das Verhältnis der Fürsorgepflicht zu Art. 10 GG .....	132
bb) Das Verhältnis der Fürsorgepflicht zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht .....	133
c) Ausprägungen der Fürsorgepflicht .....	134
aa) Berücksichtigung bei Beförderungen .....	134
(1) Fürsorgeelemente der Stellenbewirtschaftung .....	134
(2) Bestenauslese als vorrangige Sonderregelung .....	135
(3) Fürsorge als additives Element zur Revision rechtswidriger Zustände .....	137
bb) Fürsorge und Schutz vor „Angriffen“ .....	138
(1) Anwürfe im Kollegialverhältnis erfasst? .....	138
(2) Reichweite und Inhalt dieser Schutzpflicht .....	139
(a) Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit .....	139
(b) Fürsorgerechtlicher Schutz des Ernannten als Kontrapunkt zur Ämterstabilität .....	140
(c) Kein „Chef auf Abruf“ .....	141
2. Systemstimmigkeit der Ergebnisse zur Fürsorgepflicht im Hinblick auf Art. 33 V GG .....	142
VI. Die Persönlichkeitsrechte des Ernannten und das gerichtliche Konkurrentenverfahren .....	143
1. Der Konkurrentengerichtsprozess .....	143
2. Unstimmigkeiten der traditionellen Lehre .....	144
3. Der persönlichkeitsrechtliche Prüfungsmaßstab des Gerichts .....	145
a) Kein Vorrang von Art. 33 V GG oder berufsgrundrechtlichen Gewährleistungen der Statuskonkurrenz .....	145

b) Datenschutz und Menschenwürde (Art. 1 I GG) .....	146
aa) Folgen bei unterstellter Einschlägigkeit .....	147
bb) Anwendungsbereich .....	147
c) Grundlagen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts .....	149
aa) Herleitung .....	149
bb) Schutzrichtung und Ausprägung in Fallgruppen .....	150
d) Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung .....	151
aa) Grundlagen .....	151
bb) Schutzbereichsbeschränkung auf persönliche Daten .....	152
cc) Die Eignung im weiteren Sinn als persönliches Datum .....	153
(1) Eignung, Befähigung und fachliche Leistung als Eignung im weiteren Sinne .....	153
(2) Komplementäre „Kompetenztrias“ und deren Inhalt .....	154
(a) Die fachliche Leistung des Bewerbers .....	155
(b) Der Begriff der Befähigung .....	156
(c) Die Eignung im engeren Sinn .....	156
(3) Zusammenfassende Bewertung der Datenqualität und die Lokali- sierung der Eignungsbewertung .....	158
dd) Bestehen weiterer Erfordernisse zur Schutzbereichseröffnung? .....	160
ee) Beeinträchtigung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung .....	160
(1) Eingriffe in das ISB .....	160
(2) Antizipierte Einwilligung in Datenverwendung? .....	161
(a) Verzicht oder Nichtausübung von Freiheit? .....	161
(b) Verzichtsanforderungen .....	162
(c) Fehlende Freiwilligkeit in der Konkurrenz .....	163
(d) Keine hinreichende Verzichtskonkretisierung .....	164
ff) Rechtfertigung von Beeinträchtigungen des Rechts auf informatio- nelle Selbstbestimmung .....	164
(1) Grundlagen der Beschränkbarkeit .....	164
(2) Insbesondere Erfordernis einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage .....	165
(3) Verhältnismäßigkeit des Informationseingriffes .....	166
(a) Kein Dispens von Verhältnismäßigkeit durch Aufgabenzu- schreibung .....	167
(b) „Keine Abwägung im Bereich des Unwägbaren“ .....	167
(c) Der Kernbereich privater Lebensgestaltung .....	168
(aa) Schwierigkeit und Notwendigkeit der Begriffsbestimmung .....	168
(bb) Kriterien der Zuordnung als verdeckte Abwägung .....	169
(cc) Die Bewertung der Statuskonkurrenz .....	171
(d) Die Verhältnismäßigkeit im Übrigen .....	172
(aa) Konkurrenzauflösung als legitimer Zweck .....	172



(bb) Die Proportionalität des Datenzugriffs	173
(α) Belastung des Grundrechtsträgers	174
(β) Kein additiver Eingriff	175
(γ) Kriterien zur Bestimmung der Belastungsintensität	176
(δ) Grund der Belastung	176
(ε) Abwägung der Aspekte	178
e) Das Recht auf Darstellung der eigenen Person	181
aa) Grundlagen	181
bb) Kein Anspruch auf bestimmtes Interpretationsergebnis durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht	182
cc) Kein Urteil über Ehrhaftigkeit in der relativen Statuskonkurrenz	182
§ 6 Die Personalgewalt als Schranke der gerichtlichen Kassation?	184
I. Ausgangspunkt der Betrachtung	184
II. Der Begriff der Personalgewalt	184
III. Die Personalgewalt als staatsorganisatorische Kompetenzzuweisung und die Vorgaben des Art. 33 V GG	185
1. Ministerielle Letztverantwortung als Komplementärfunktion zur beamtenrechtlichen Treuepflicht	185
2. Konsequenzen aus der Standortbestimmung der Personalgewalt	186
a) Zubilligung eines autonomen Entscheidungsbereiches für die Exekutive	186
b) Kein inhaltlicher Dispens von Art. 33 II GG	187
§ 7 Art. 21 GG als Legitimationsgrundlage für Zugriff der politischen Parteien auf Stellen in Verwaltung und Justiz?	189
I. Ausgangslage: Parteien als Motor von Patronage	189
II. Vorgehensweise	189
III. Die Rolle der Parteien im verfassungsrechtlichen Gefüge	190
1. Der „Parteienstaat“	190
a) Parteien als „Quasi-Verfassungsorgane“	190
b) Parteien als verfassungsrechtliche Institutionen	191
2. Die Demokratie des Grundgesetzes als Bürgerdemokratie und die Konsequenz für die Vergabe öffentlicher Ämter	192
a) Parteiliche Betätigung als bürgerliche Freiheitsbetätigung	192
b) Öffentliche Ämter als Identifikationsfaktoren des Gemeinwesens	193
3. Die Kritik an der Rolle der politischen Parteien	194
IV. Verfassungsimmanente Grenzziehungen des parteipolitischen Einflusses	195
1. Versuch eines argumentum e contrario	195
2. Die Rechte der politischen Parteien als Abgrenzungskriterium	195
a) Die Parteienfreiheit aus Art. 21 I 2 GG	195
aa) Die Rechtsnatur des Art. 21 I 2 GG	195

- bb) Der Umfang der Parteienfreiheit . . . . . 197
        - (1) Aufgabenakzessorische Betätigungsfreiheit . . . . . 197
        - (2) Aufgabenbeschreibung des Grundgesetzes . . . . . 198
      - b) Abgrenzungstauglichkeit der parteilichen Betätigungsfreiheit . . . . . 198
        - aa) Abgrenzung über Begriff der politischen Willensbildung? . . . . . 198
        - bb) Abgrenzung aus „Mitwirkung“? . . . . . 199
    - 3. Von aufgabenakzessorischer Parteienfreiheit zur aufgabensystemakzessorischen Parteienfreiheit . . . . . 199
    - 4. Parteien als Personalrekrutierungspool . . . . . 201
  - V. Bewertung der Ergebnisse . . . . . 203
- § 8 Ämterstabilität und Haushaltsverfassungsrecht . . . . . 206
  - I. Ausgangsthese der Lehre der Ämterstabilität . . . . . 206
  - II. Haushaltsplan und Haushaltsgesetz als staatsleitender Hoheitsakt . . . . . 207
    - 1. Verfassungsrechtliche Grundlagen des finanzwirksamen Staatshandelns . . . . . 207
    - 2. Art. 110 GG als parlamentarisches Budgetrecht . . . . . 207
      - a) Demokratische Legitimation des parlamentarischen Verfahrens . . . . . 207
      - b) Rechtsstaatliche Kontrollfunktion . . . . . 208
        - aa) Umfassendes haushaltsrechtliches Delegationsverbot . . . . . 209
        - bb) Keine Balance, sondern strikte Gewaltentrennung . . . . . 210
  - III. Haushaltsplan und Haushaltsgesetz . . . . . 211
    - 1. Die Rechtsnatur des Haushaltsplanes . . . . . 211
    - 2. Die Funktionen des Haushaltsplanes . . . . . 211
      - a) Klassische Deckungsfunktion . . . . . 212
      - b) Politische Programm- und Steuerungsfunktion . . . . . 212
      - c) Volkswirtschaftliche Dimension . . . . . 213
    - 3. Haushaltsplan und -gesetz als einheitliches Parlamentsgesetz . . . . . 214
      - a) Das Haushaltsgesetz als Organgesetz . . . . . 214
      - b) Rechtswirkungen des Haushaltsgesetzes . . . . . 216
        - aa) Die haushaltsrechtliche Perspektive der Exekutive . . . . . 216
          - (1) Ausbringung von Planstellen als Teil der Programmfunktion . . . . . 216
          - (2) Fehlende Verpflichtung zum Haushaltsvollzug . . . . . 217
          - (3) Parallelität zum Gewährleistungsumfang des Art. 33 II GG . . . . . 218
        - bb) Die Bindungen der Judikative . . . . . 219
          - (1) Kritik an höchstrichterlicher Stellenmehrung . . . . . 220
          - (2) „Platzmangel“ aus Funktionenbindung . . . . . 222
          - (3) Keine Stellenmehrung unter Kompensationsgesichtspunkten . . . . . 223
          - (4) Drohende Nivellierung der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung bei Planstellenmehrung . . . . . 224
        - cc) Kein inhaltlicher Dispens für Exekutive und Judikative aus haushaltsverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten . . . . . 225

dd) Die haushaltsrechtliche Perspektive des um Zugang Nachsuchenden	226
(1) Fehlende Auswirkungen des Haushaltsrechts auf das Beamten- sachrecht	226
(a) Verfassungsrechtliche Subordination des Haushaltsrechts	226
(b) Fortbestand der staatlichen Leistungsverpflichtung als Grund- satz der Privatrechts- und Wirtschaftsordnung	227
(2) Strukturidentität von §§ 3 II HGGrG/BHO und § 49 I BHO	229
(3) Lex specialis-These als Verstoß gegen Normenhierarchie	229
IV. Zusammenschauende Bewertung der haushaltsverfassungsrechtlichen Grundla- gen	230
1. Bloß sekundäre Betroffenheit des Haushaltsrechtsverfassungsrechts	230
2. Interessenausgleich als immanentes Haushaltsprinzip im Bereich der Plan- stellen	231
§ 9 Die Lehre der Ämterstabilität eingedenk des Grundrechts des Art. 19 IV 1 GG	232
I. Ausgangspunkt	232
II. Die grundlegende Konzeption des Art. 19 IV GG	232
1. Beschränkung staatlicher Machtausübung	232
2. Art. 19 IV GG als grundrechtliche Verbürgung eines Systems des Individu- alrechtsschutzes	233
a) Grundrechtlicher Charakter des Art. 19 IV GG	233
b) Das Individualrechtsschutzsystem	234
III. Die Voraussetzungen des Art. 19 IV GG	235
1. Grundrechtsberechtigte	235
2. Die Ausübung öffentlicher Gewalt	236
a) Die Exekutive als Kernbereich des Art. 19 IV GG	236
b) Exklusivität der „nachfragenden“ Verwaltung?	237
aa) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Vergabe- recht	237
bb) Öffentliche Gewalt als typisierende Rollenverteilung	238
3. Mögliche Verletzung subjektiver Rechte	241
a) Bestehen einer eingeräumten Rechtsposition	241
b) Das Erfordernis einer subjektiven Rechtsdurchsetzungsmacht	242
c) Rekonstruktion der subjektiven Rechtsmacht in der Statuskonkurrenz	244
aa) Subjektive Rechtsgehalte im Anwendungsbereich des Art. 33 II GG	244
(1) Die historische Entwicklung der Ämterzugangsgleichheit in der deutschen Legislation	244
(a) Die Entwicklung in Preußen	244
(b) Die Kodifikation im deutschen Gesamtstaat	247
(2) Die bipolare Binnenstruktur des Art. 33 GG und die Anerkennung subjektivrechtlicher Elemente	249

- bb) Art. 12 I GG als potenzieller Anknüpfungspunkt subjektiver Rechte des Ämterzugangs . . . . . 253
- cc) Die grundrechtliche Wirkdimension des Ämterzugangs als Zusammentreffen von Leistungs- und Gleichheitsnorm . . . . . 258
  - (1) Dominanz teilhaberechtlicher Aspekte im Ämterzugang . . . . . 258
  - (2) Vergleichbare Konstellation im Hochschulzugangsrecht . . . . . 258
  - (3) Bereichsspezifische Übertragung der gewonnenen Erkenntnisse 259
    - (a) Urzustand des Amtes in der staatsorganisatorischen Sphäre 259
    - (b) Das grundrechtliche Leistungssubstrat aus Art. 12 I GG . . . . 260
    - (c) Art. 33 II GG als lex specialis zu Art. 12 I GG in der notwendig relationalen Konkurrenzauflösung . . . . . 263
      - (aa) Bevorzugungsansprüche in der fiktiven Konkurrenz . . . . 264
      - (bb) Bevorzugungsansprüche in der realen Konkurrenz . . . . 265
      - (cc) Subjektive Rechte im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis . . . . . 267
- IV. Die Rechtsfolgen des Art. 19 IV GG . . . . . 268
  - 1. Grundrechtsverpflichtete . . . . . 268
  - 2. Das Offenstehen des Rechtsweges . . . . . 268
    - a) Möglichkeit der Anrufung eines Gerichts . . . . . 268
    - b) Effektivität gerichtlicher Verfahren . . . . . 269
      - aa) Der Vorrang primären Rechtsschutzes als Streitgegenstandsbestimmung . . . . . 269
      - bb) Das Erfordernis wirksamen Rechtsschutzes . . . . . 270
        - (1) Grundlegendes Prinzip . . . . . 270
        - (2) Das Gebot vollständiger Nachprüfung . . . . . 270
          - (a) Der Rechtsschutz in der Statuskonkurrenz im Wandel von absoluter zu latenter Irreversibilität . . . . . 271
          - (b) Keine Bindung der Gerichte an Verwaltungsentscheidungen ohne gesetzliche Anordnung . . . . . 271
          - (c) Der relative Normbestandsschutz . . . . . 272
- V. Vorwirkungen des Art. 19 IV GG auf das Verwaltungsverfahren der Bewerberkonkurrenz . . . . . 275
  - 1. Prinzipielle Anerkennung verfahrensrechtlicher Gewährleistungen durch Judikatur und Schrifttum . . . . . 275
  - 2. Verfahrenspostulate im Verwaltungsverfahren der Bewerberkonkurrenz . . . 276
    - a) Gebot der Amtsprofilierung . . . . . 276
      - aa) Bestehen einer Rechtspflicht zur Profilierung? . . . . . 277
      - bb) Bindungswirkungen und gerichtliche Kontrolle . . . . . 279
    - b) Das Dokumentationsgebot . . . . . 282
      - aa) Fixierung der Entscheidungsgrundlagen . . . . . 282
      - bb) Bestehen eines Anhörungserfordernisses? . . . . . 284

c) Pflicht zur substantiierten Mitteilung und korrespondierende Abwartepflicht .....	286
d) Einsichtsrechte .....	289
§ 10 Vertrauensschutz des Ausgewählten als Grenzen der gerichtlichen Kassation? ....	291
I. Ausgangspunkt der Lehre der Ämterstabilität .....	291
II. Vorgehensweise .....	291
III. Dilemma der Rechtsordnung .....	291
IV. Der Grundsatz der Rechtssicherheit .....	292
1. Normative Grundlagen und begriffliche Präzisierungen .....	292
2. Der Vertrauensschutz des Ausgewählten als Anknüpfungspunkt der Untersuchung .....	293
a) Vertrauensschutz in Abhängigkeit vom situationsspezifischen Vertrauensstatbestand .....	293
b) Vertrauensschutz gegenüber der Legislative .....	294
aa) Grundstruktur .....	294
bb) Vertrauensschutz im Zusammenhang mit Art. 33 V GG .....	295
(1) Vertrauensschutz als <i>lex specialis</i> .....	295
(2) <i>Numerus clausus</i> als Abwägungsergebnis? .....	296
c) Vertrauensschutz gegenüber und durch die Exekutive .....	298
aa) Handlungsform Verwaltungsakt als Vertrauenstatbestand .....	298
(1) Formelle und materielle Bestandskraft .....	299
(2) Ämterstabilität und materielle Bestandskraft .....	299
bb) Vertrauensschutz mithilfe der Verwaltung .....	300
d) Vertrauensschutz gegenüber der Judikative .....	302
aa) Notwendigkeit vertrauensschützender Aspekte gegenüber der rechtssprechenden Gewalt .....	302
bb) Die Rechtsprechungsänderung .....	303
(1) Definition der Rechtsprechungsänderung .....	303
(2) Rechtsprechungsänderung im Bereich der Statuskonkurrenz .....	303
(3) Fehlende Kongruenz von allgemeinem Prinzip und anlassbezogenem Judikaturumschwung als Widerspruch der Lehre der Ämterstabilität .....	306
(4) Verfassungsrechtliche Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsprechungsänderung .....	307
(a) Praxiswechsel und Gesetzesbindung der Gerichte .....	307
(b) Bestandsaufnahme in Judikatur und Schrifttum .....	308
(aa) Der Praxiswechsel in der Judikatur der obersten Bundesgerichte .....	309
(bb) Die Sichtweise des Schrifttums .....	309
(cc) Verlagerung der Diskussion auf Rückwirkungsprobleme .....	310
(dd) Fehlen eines tragfähigen Konzeptes .....	311

- (c) Lösung mittels allgemeiner Vertrauensaspekte ..... 312
  - (aa) Judikate als Vertrauensgrundlage ..... 313
  - (bb) Das spezifische Bürgervertrauen in Judikate ..... 314
- (d) Besteht eine Grenze „rückwirkender“ Rechtsprechungsänderung? ..... 317
  - (aa) Wirkungsgleichheit als Ausgangspunkt ..... 317
  - (bb) Keine Funktionungleichheit bei bloßer Wirkungsgleichheit 319

*4. Teil*

**Das Rechtsschutzkonzept in der Statuskonkurrenz** 322

- § 11 Das Konzept des die Untersuchungsergebnisse adaptierenden interdependenten Rechtsschutzes ..... 322
  - I. Die Determinanten des Rechtsschutzes nach den bisherigen Ergebnissen ..... 322
    - 1. Die Ergebnisse der Bewertung der überkommenen Argumente ..... 322
    - 2. Anzuerkennende Interdependenz der Personalentscheidung ..... 324
  - II. Das Rechtsschutzkonzept ..... 325
    - 1. Grundsatzkonzeption ..... 325
    - 2. Stabilitätsdurchbrechungen ..... 330
      - a) Rechtsschutzvereitelung ..... 330
      - b) Ämterpatronage ..... 331
      - c) Einschränkung aus Interdependenzgründen ..... 332

*5. Teil*

**Zusammenfassung der Ergebnisse** 334

- § 12 Zusammenfassung der Ergebnisse ..... 334

- Literaturverzeichnis** ..... 344

- Sachwortverzeichnis** ..... 384



## 1. Teil

# Einleitung und Begriffsklärungen

## § 1 Einleitung

### I. Bestandsaufnahme

„Ein Gespenst geht um im deutschen Beamtenrecht [...]“, so formulierte es im Jahr 1980 *Ernst-Lüder Solte*,<sup>1</sup> bezogen auf die sogenannte beamtenrechtliche Konkurrentenklage, die in der höchstrichterlichen Diktion ausschließlich den Fall erfasst, dass ein unterlegener Bewerber die *erfolgte Ernennung* eines Konkurrenten gerichtlich aufzuheben begehrt.<sup>2</sup> Bereits acht Jahre zuvor war es derselbe Autor, der sich dazu aufschwang, eine „eherne Säule“<sup>3</sup> des deutschen Beamtenrechts zum Einsturz zu bringen.<sup>4</sup> Die Rede ist vom *Grundsatz der Ämterstabilität*. Seit jeher galt der unüberwindbar scheinende Satz, wonach die *vollzogene formgültige Ernennung* des Beamten irreversibel – selbst gegenüber dem Richterspruch – bleiben müsse.<sup>5</sup> Bereits mehrfach und beharrlich wurde die Ämterstabilität zu Grabe getragen – mit eben solcher Zähheit widerstand sie jedoch stets ihren Kritikern.

So war es das Bundesverwaltungsgericht höchstselbst, das geradezu beiläufig in einem *obiter dictum* im Jahre 2002 aussprach, was Kritiker bereits gefordert hatten.<sup>6</sup> Die Zweifel an seiner immerhin Jahrzehnte praktizierten, vom Reichsgericht inspirierten<sup>7</sup> Judikatur aufnehmend, befand das Gericht, was viele dachten:

„Es erscheint mit Art. 19 IV GG schwer vereinbar, einem Beamten den Rechtsschutz mit der Begründung zu versagen, sein Anspruch auf eine den Grundsätzen des Art. 33 II GG entsprechende Auswahlentscheidung sei durch den Vollzug der getroffenen, diese Grundsätze möglicherweise verletzenden Auswahlentscheidung untergegangen.“<sup>8</sup>

---

<sup>1</sup> *Solte*, NJW 1980, 1027 (1027).

<sup>2</sup> So die Begriffsbeschreibung in BVerwGE 80, 127 (129 f.).

<sup>3</sup> *Hufen*, JuS 2002, 1237 (1237).

<sup>4</sup> *Solte*, ZBR 1972, 109 ff.

<sup>5</sup> Nachweise bei *Wernsmann*, DVBl. 2005, 276 (280 f.).

<sup>6</sup> Vgl. zeitlich kurz vor der Entscheidung des Gerichts noch *Schenke*, in: FS Maurer, S. 723 (739 f.).

<sup>7</sup> Exemplarisch RGZ 125, 140 ff.

<sup>8</sup> BVerwGE 115, 89 (91 f.).



Dieser „Paukenschlag“<sup>9</sup> brachte erneute Bewegung in die „nahezu eingeschlafene Kontroverse“<sup>10</sup> hinsichtlich der Irreversibilität insbesondere von Beförderungsentscheidungen im öffentlichen Dienst. Während die Teile des Schrifttums, die stets das bisherige Rechtsschutzkonzept der Judikatur favorisierten, sich eilig daran machten, die aufkommenden Zweifel auszuräumen,<sup>11</sup> feierten die Kritiker der bisherigen Lesart bereits schnell den Triumph des Einzugs eines umfassenden repressiven Rechtsschutzes im Stellenbesetzungsrecht der öffentlichen Verwaltung.<sup>12</sup> Mit seinen Zweifeln habe das Bundesverwaltungsgericht einen nicht mehr rückgängig machbaren Schritt vollzogen in Gestalt der längst überfälligen „Kehrtwende zur echten Konkurrentenklage“ im Beamtenrecht.<sup>13</sup> Die Rechtsprechung der Instanzgerichte blieb zurückhaltend bis ablehnend den Zweifeln der Bundesrichter gegenüber.<sup>14</sup>

Die Ämterstabilität erwies sich als widerstandskräftiger als manche Prognose es erwarten ließ und so war es erneut das Bundesverwaltungsgericht, das am 21. August 2003 die Hoffnungen, die an die Zukunft der Konkurrentenrechtsprechung im Beamtenrecht gerichtet waren, herb enttäuschte.<sup>15</sup> Es revozierte seine Zweifel, wenn es ausführte,

„[d]er abgelehnte Bewerber muss vorläufigen Rechtsschutz in Anspruch nehmen mit dem Ziel, die Stelle bis zu einer abschließenden Entscheidung über seinen Bewerbungsverfahrensanspruch freizuhalten, um zu verhindern, dass durch die Ernennung des ausgewählten Konkurrenten vollendete Tatsachen geschaffen werden. Wird die Stelle anderweitig besetzt, bleibt ihm sowohl die Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes als auch primärer Rechtsschutz in der Hauptsache versagt. Der um eine Beförderungsauswahl geführte Rechtsstreit erledigt sich mit der endgültigen Besetzung der ausgeschriebenen Stelle, weil Beförderung und Besetzung der Stelle nicht mehr rückgängig gemacht werden dürfen.“<sup>16</sup>

Seine zum Ausdruck gebrachten Zweifel aufnehmend, führte das Gericht aus, diese seien im Hinblick auf einen zwischenzeitlich ergangenen Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts<sup>17</sup> „entkräftet“ worden.<sup>18</sup> Im konkreten Fall hatte das Urteil die Situation zum Gegenstand, dass eine „erledigende“ Ernennung entgegen

<sup>9</sup> *Battis*, NJW 2002, 1085 (1089).

<sup>10</sup> *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, Rn. 314.

<sup>11</sup> *Grundmann*, NordÖR 2002, 106 (107); *Lemhöfer*, ZBR 2003, 14 (16); *Schnellenbach*, ZBR 2002, 180 (180 ff.); insgesamt skeptisch zu diesem Zeitpunkt auch *Landau/Christ*, NJW 2003, 1648 (1649).

<sup>12</sup> *Battis*, NJW 2002, 1085 (1089); *Brinktrine*, RiA 2003, 15 (17); *Hufen*, JuS 2002, 1237 (1238); neutral hingegen *Aulehner*, JA 2002, 554 (insb. S. 556).

<sup>13</sup> *Battis*, NJW 2003, 940 (944); ebenso *Herrmanns*, NordÖR 2002, 108 (110).

<sup>14</sup> Offenlassend immerhin OVG Münster, NVwZ-RR 2003, 881 (882); ablehnend hingegen OVG Münster, NVwZ-RR 2004, 436 (436 f.); VG Hamburg, NordÖR 2004, 210 (210); VG Meiningen, ThürVBl. 2003, 88 (89).

<sup>15</sup> BVerwGE 118, 370 ff.

<sup>16</sup> BVerwGE 118, 370 (372) unter Hinweis auf BVerwGE 80, 127 (130).

<sup>17</sup> Unter Hinweis auf BVerfG-K, NVwZ 2003, 200 (200 f.).

<sup>18</sup> BVerwGE 118, 370 (372 f.).

einer vom Unterlegenen erwirkten einstweiligen Anordnung vollzogen worden war. Diese Missachtung der gerichtlichen Autorität zum Anlass nehmend, schlug das Bundesverwaltungsgericht eine neue Volte im Konkurrentenstreit des öffentlichen Dienstes. Der Betroffene könne in dieser wie in der Situation der gänzlichen Verhinderung vorläufigen Rechtsschutzes durch den Dienstherrn verlangen, „verfahrensrechtlich und materiellrechtlich so gestellt zu werden, als sei die einstweilige Anordnung beachtet worden.“<sup>19</sup> Die vollzogene Ernennung, mithin die Ämterstabilität, blieb hiervon unberührt, lediglich die eigene Statusverbesserung sollte im Hauptsacheverfahren weiter verfolgbar bleiben.

Diese Judikatur, die im Ergebnis auf Planstellenmehrungen hinausläuft, wurde teilweise begrüßt, stellte sie doch das Stabilitätsdogma des Beamtenrechts selbst nicht in Frage.<sup>20</sup> Die Stimmen hingegen, die der Judikatur in diesem Punkt ohnehin stets kritisch gegenüberstanden, sahen sich in ihren Erwartungen an den erhofften Neuanfang des Rechtsschutzes im Beamtenrecht enttäuscht.<sup>21</sup>

Wie bereits 2002, waren es denn dann auch nicht eifrige Stimmen des Schrifttums, sondern erneut das Bundesverwaltungsgericht selbst, das die Diskussion um die Ämterstabilität, wenn auch klar angestoßen durch die „deutlichen Hinweise“<sup>22</sup> des Bundesverfassungsgerichts,<sup>23</sup> aus ihrem Dornröschenschlaf weckte. Erstmals ließ es in einer Situation, in der die Ernennung des Ausgewählten vorgenommen wurde, bevor der unterlegene Konkurrent die Möglichkeit hatte, Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidungen im vorläufigen Rechtsschutzverfahren zu erheben, die Anfechtungsklage gegen die vollzogene Auswahlentscheidung zu.<sup>24</sup> Der Grundsatz der Ämterstabilität in Gestalt der Rechtsschutzsperre zum Zeitpunkt der Aushändigung der Ernennungsurkunde war erstmals durchbrochen.

## II. Ziel der Untersuchung

Mit der Anerkennung der Konkurrentenklage des Beamtenrechts durch die höchstrichterliche Rechtsprechung stellt sich auf den ersten Blick die Frage nach der

---

<sup>19</sup> BVerwGE 118, 370 (375).

<sup>20</sup> OVG Münster, PersV 2005, 394 (395); aus der Literatur zusätzlich zu den Nachweisen bei Haushaltsrecht noch *Günther*, DÖD 2006, 6 (8); *Schnellenbach*, ZBR 2004, 104 (104 f.); *Witkowski*, in: FG 50 Jahre VG Frankfurt/Main, S. 234 (238) spricht von einem Schritt „in die richtige Richtung“. Umfassend zu dieser „Wiederherstellung“ der subjektiven Konkurrentenrechte zu Lasten des Haushaltsrecht *Özfirat-Skubinn*, Rechtswidrige Beamtenernennungen, S. 27 ff.

<sup>21</sup> Zusätzlich zu den Nachweisen in § 10 der Untersuchung, *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, Rn. 315.; kritisch aus jüngster Zeit nochmals *Schenke*, DVBl. 2015, 137 (138).

<sup>22</sup> *Hufen*, JuS 2011, 957 (957).

<sup>23</sup> BVerfG-K, NVwZ 2008, 70 (71).

<sup>24</sup> BVerwGE 138, 102 ff.