



## **Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen**

**OVG: 2 LA 55/16**  
(VG: 6 K 581/14)

### **Beschluss**

**In der Verwaltungsrechtssache**

des Polizeioberkommissars

Kläger und Zulassungsantragsteller,

Prozessbevollmächtigte:

**g e g e n**

die Freie Hansestadt Bremen, vertreten durch den Senator für Inneres, Contrescarpe  
22 - 24, 28203 Bremen,

Beklagte und Zulassungsantragsgegnerin,

Prozessbevollmächtigter:

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 2. Senat - durch die Richterinnen Meyer, Dr. Jörgensen und Dr. Steinfatt am 15. November 2017 beschlossen:

**Der Antrag des Klägers, die Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen – 6. Kammer – vom 26.01.2016 zuzulassen, wird abgelehnt.**

**Der Kläger trägt die Kosten des Berufungszulassungsverfahrens.**

**Der Streitwert wird für das Zulassungsverfahren auf 24.977,30 Euro festgesetzt.**

## Gründe

I.

Der Kläger begehrt die Aufhebung einer Beförderungsentscheidung sowie der Ernennung des Konkurrenten, hilfsweise die Beschaffung einer der bereits besetzten Stelle gleichwertigen Stelle, weiter hilfsweise Schadensersatz wegen unterbliebener Beförderung.

Der Kläger steht im Amt eines Polizeioberkommissars (BesGr A 10) im Dienst der Beklagten. Zum Beförderungszeitpunkt 01.01.2014 bewarb er sich erfolglos auf mehrere der ausgeschriebenen Beförderungsdienstposten der Besoldungsgruppe A 11 bei der Polizei Bremen. Nachdem ihm die Auswahlentscheidungen mitgeteilt worden waren, ließ er am 16.12.2013 durch seinen Prozessbevollmächtigten beim Verwaltungsgericht beantragen, „der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO vorläufig zu untersagen, den zum 01.01.2014 ausgeschriebenen Beförderungsdienstposten SB Polizeivollzugsdienst Sportschiffahrt/Kontaktdienst, OKZ: WV 20-21, Besoldungsgruppe A 11 [...] zu besetzen, [...]“. Dem Antrag beigefügt waren der die Bewerbung des Klägers ablehnende Bescheid betreffend den Beförderungsdienstposten WV 14-41 sowie das Protokoll zur Bewerberauswahl betreffend den Beförderungsdienstposten WV 20-21. Mit Schriftsatz vom 18.12.2013 legte der Prozessbevollmächtigte des Klägers „vorsorglich nochmals das Auswahlprotokoll“ betreffend den Beförderungsdienstposten WV 20-21 vor.

Am 23.12.2013 wurde dem erfolgreichen Bewerber aus dem Verfahren betreffend den Beförderungsdienstposten WV 14-41 die Urkunde ausgehändigt, mit der er mit Wirkung vom 01.01.2014 zum Polizeihauptkommissar ernannt wurde.

Mit Schriftsatz vom 22.01.2014 teilte der Prozessbevollmächtigte des Klägers mit, der Antrag in der Antragschrift vom 13.12.2013 werde wegen offensichtlichen Schreibversehens dahingehend berichtigt, dass es WV 14-41 heißen müsse.

Im Hinblick auf die bereits erfolgte Ernennung des Konkurrenten erklärten die Beteiligten die Hauptsache im Eilverfahren für erledigt.

Am 02.05.2014 hat der Kläger Klage erhoben mit dem Begehren, die Beförderungsentscheidung sowie die Ernennung des Konkurrenten aufzuheben, hilfsweise die Beklagte zur Beschaffung einer der besetzten Stelle gleichwertigen Stelle zu verpflichten, weiter hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, ihn besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen, wie er stehen würde, wenn er zum 01.01.2014 in ein Amt der Besoldungsgruppe A 11 befördert worden wäre.

Mit Urteil vom 26.01.2016 hat das Verwaltungsgericht die Klage abgewiesen. Eine Durchbrechung des Grundsatzes der Ämterstabilität komme nicht in Betracht, da das Verhalten der Beklagten vor der Beförderung nicht zu beanstanden sei. Dass mit dem Eilantrag des Klägers die Freihaltung des Beförderungsdienstpostens WV 14-41 begehrt worden sei, habe sich dem Antrag nicht mit hinreichender Bestimmtheit entnehmen lassen. Die Beklagte sei auch nicht verpflichtet gewesen, den Kläger vor der Ernennung des Mitbewerbers zur Klarstellung seines Rechtsschutzbegehrens aufzufordern bzw. zunächst beide Beförderungsdienstposten freizuhalten. Ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichtbeförderung scheidet aus, weil der Kläger es infolge der fehlerhaften Bezeichnung des Dienstpostens im Eilantrag schuldhaft unterlassen habe, in Bezug auf den Beförderungsdienstposten WV 14-41 den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.

Dagegen beantragt der Kläger die Zulassung der Berufung mit der Begründung, es bestünden ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des verwaltungsgerichtlichen Urteils.

II.

Der Antrag des Klägers auf Zulassung der Berufung bleibt ohne Erfolg. Es bestehen keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils im Sinne des § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO sind nach der ständigen Rechtsprechung des Senats immer schon dann begründet, wenn ein einzelner die angefochtene Entscheidung tragender Rechtssatz oder eine einzelne erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt wird (vgl. nur Beschlüsse vom 17.03.2017 – 2 LA 268/15 – juris, und vom 02.03.2012 – 2 A 208/09 – juris, unter Hinweis auf BVerfG, Beschluss vom 03.03.2004 – 1 BvR 461/03 – BVerfGE 110, 77, 83; BVerfG, Beschluss vom 08.12.2009 – 2 BvR 758/07 – BVerfGE 125, 104, 140).

1.

Das Vorbringen des Klägers stellt nicht schlüssig in Frage, dass ihm ein Anspruch auf Aufhebung der Auswahlentscheidung und der Ernennung seines Konkurrenten sowie ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Neubescheidung nicht zur Seite stehen. Die Bewerbungsverfahrensansprüche der unterlegenen Bewerber gehen durch die Ernennung unter, wenn diese das Auswahlverfahren endgültig abschließt. Dies ist regelmäßig der Fall, weil die Ernennung nach dem Grundsatz der Ämterstabilität nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, sodass das Amt unwiderruflich vergeben ist. Auch wenn die Ernennung in die Rechte der unterlegenen Bewerber aus Artikel 33 Abs. 2 GG eingreift, ist deren Rechtsbeständigkeit aus Gründen der Ämterstabilität mit dem Grundrecht auf wirkungsvollen gerichtlichen Rechtsschutz nach Artikel 19 Abs. 4 Satz 1 GG vereinbar, wenn unterlegene Bewerber ihren Bewerbungsverfahrensanspruch vor der Ernennung in der grundrechtlich gebotenen Weise gerichtlich geltend machen konnten. Hatte ein unterlegener Bewerber Gelegenheit, die Rechtsschutzmöglichkeiten zur gerichtlichen Nachprüfung der Auswahlentscheidung vor der Ernennung auszuschöpfen, so sind seine Ansprüche aus Artikel 33 Abs. 2, Artikel 19 Abs. 4 Satz 1 GG erfüllt (BVerwG, Urteil vom 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102-122, Rn. 31, 33).

Ein unterlegener Bewerber kann seinen Bewerbungsverfahrensanspruch nach neuerer höchstrichterlicher Rechtsprechung dann durch eine Anfechtungsklage gegen die Ernennung weiterverfolgen, wenn er unter Verstoß gegen Artikel 19 Abs. 4 GG daran gehindert worden ist, seine Rechtsschutzmöglichkeiten vor der Ernennung auszuschöpfen (BVerwG, Urteil vom 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102-122, Rn. 27). Auf die Ämterstabilität kann sich der Dienstherr daher nicht berufen, wenn er die Gewährung wirkungsvollen gerichtlichen Rechtsschutzes für den Kläger verhindert und diesen hierdurch in seinen Rechten aus Artikel 19 Abs. 4 Satz 1 und Artikel 33 Abs. 2 GG verletzt hat (BVerwG, Urteil vom 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102-122, Rn. 41). Der Dienstherr verhindert den nach Artikel 19 Abs. 4 Satz 1 GG, Artikel 33 Abs. 2 GG gebotenen Rechtsschutz, wenn er die Ernennung entgegen einer einstweiligen Anordnung oder noch während eines laufenden gerichtlichen Verfahrens vornimmt. Darüber hinaus liegen Fälle der Rechtsschutzverhinderung vor, wenn der Dienstherr die Ernennung ohne vorherige Mitteilungen an die unterlegenen Bewerber oder vor Ablauf der Wartefrist für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (in der Regel zwei Wochen), der gesetzlichen Frist für die Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht oder der Wartefrist für die Anrufung des Bundesverfassungsgerichts vornimmt (BVerwG, Urteil vom 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102-122, Rn. 36).

Unter Anwendung dieser Grundsätze kommt eine Durchbrechung der Ämterstabilität vorliegend nicht in Betracht. Eine Rechtsschutzverhinderung durch den Dienstherrn liegt

nicht vor. Entgegen der Auffassung des Klägers ist die Ernennung nicht während eines laufenden, auf den Beförderungsdienstposten WV 14-41 bezogenen gerichtlichen Verfahrens erfolgt. Ein solches Verfahren hatte der Kläger (noch) nicht angestrengt. Das zum Zeitpunkt der Aushändigung der Ernennungsurkunde beim Verwaltungsgericht anhängige Eilverfahren 6 V 2205/13 bezog sich ausweislich des vom Prozessbevollmächtigten des Klägers formulierten Antrags ausschließlich auf den Beförderungsdienstposten WV 20-21. Die Fassung des Antrags bestimmt zunächst den Streitgegenstand; ihr kommt daher für das weitere Verfahren maßgebliche Bedeutung zu (vgl. nur VGH BW, Urteil vom 26.10.2016 – A 9 S 908/13 – Rn. 31, juris). Zwar ist das Gericht nach § 88 VwGO, der mit Einschränkungen auch für Verfahren nach § 123 VwGO Geltung beansprucht (vgl. Kopp / Schenke, 20. Aufl., § 88, Rn. 2), an die Fassung der Anträge nicht gebunden. Vielmehr hat es das im Antrag und im gesamten Parteivorbringen zum Ausdruck kommende Rechtsschutzziel zu ermitteln und seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Wesentlich ist der geäußerte Parteiwille, wie er sich aus der prozessualen Erklärung und sonstigen Umständen ergibt; der Wortlaut der Erklärung tritt hinter deren Sinn und Zweck zurück. Neben dem Klageantrag und der Klagebegründung ist auch die Interessenlage des Klägers zu berücksichtigen, soweit sie sich aus dem Parteivortrag und sonstigen für das Gericht und den Beklagten als Empfänger der Prozessklärung erkennbaren Umständen ergibt (st. Rspr., vgl. nur BVerwG, Beschluss vom 13.01.2012 – 9 B 56/11 – Rn. 8, juris, NVwZ 2012, 375). Ist aber der Kläger bei der Fassung des Klageantrages anwaltlich vertreten worden, kommt der Antragsformulierung allerdings gesteigerte Bedeutung für die Ermittlung des tatsächlich Gewollten zu. Selbst dann darf die Auslegung jedoch vom Antragswortlaut abweichen, wenn die Klagebegründung, die beigefügten Bescheide oder sonstige Umstände eindeutig erkennen lassen, dass das wirkliche Klageziel von der Antragsfassung abweicht (BVerwG, Beschluss vom 13.01.2012 – 9 B 56/11 – Rn. 8, juris, NVwZ 2012, 375). Diese Grundsätze können in gleicher Weise für Eilverfahren herangezogen werden.

Vorliegend fehlt es an dieser geforderten Eindeutigkeit, dass das wirkliche Ziel des Eilantrags von der Formulierung des Antrags abweicht. Aus der Interessenlage lässt sich vorliegend nichts herleiten, weil der Kläger sich auf beide Beförderungsdienstposten beworben hatte und insofern die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes in Bezug auf beide Dienstposten denkbar war. Dass POK K. in der Antragsbegründung als ausgewählter Bewerber genannt war, ließ keinen eindeutigen Schluss auf eine irrtümliche Bezeichnung des Beförderungsdienstpostens im Antrag zu, weil POK K. in beiden Bewerbungsverfahren erfolgreich war und ihm der Beförderungsdienstposten WV 20-21 nur deshalb nicht übertragen wurde, weil er im Bewerbungsverfahren seine Präferenz für den Beförderungsdienstposten WV 14-41 geäußert hatte. Lediglich die Äußerung in der Antragsbegründung, dass POK K. „die Stelle innehat“, weist darauf hin, dass mit dem Antrag tatsächlich der Beförderungsdienstposten WV 14-41 gemeint gewesen sein könnte. In dieselbe Richtung weist die Vorlage des Bescheides der Polizei Bremen vom 26.11.2013, mit dem die Bewerbung des Klägers auf den Beförderungsdienstposten WV 14-41 abgelehnt wurde. Da zugleich bei Stellung des Eilantrags aber auch das Auswahlprotokoll für den Beförderungsdienstposten WV 20-21 vorgelegt wurde, ließen auch die dem Antrag beigefügten Unterlagen nicht im Sinne der zitierten Rechtsprechung eindeutig erkennen, dass von der Antragsfassung Abweichendes gewollt war. Dass dieses Protokoll sogar am 18.12.2013 vorsorglich nochmals überreicht wurde, deutete im Gegenteil auf eine Bekräftigung hin, dass im Verfahren um den Beförderungsdienstposten WV 20-21 gestritten werde. War danach sowohl für das Gericht als auch für die Beklagte erkennbar nur ein Eilverfahren in Bezug auf den Beförderungsdienstposten WV 20-21 anhängig, so hat die Beklagte zu Recht entsprechend nur diesen zunächst freigehalten.

Weitergehende Pflichten des Dienstherrn ergeben sich weder aus dessen Fürsorgepflicht noch aus § 86 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Insbesondere war die Beklagte nicht verpflichtet, den Kläger auf den Irrtum hinzuweisen oder auf eine Klarstellung des Antrags hinzuwirken.

Es ist unklar, ob die Beklagte die Zweideutigkeit des Eilantrags überhaupt erkannt hat oder ob sie vielmehr schlicht ihrem Handeln die Fassung des Antrags zugrunde gelegt hat. Aus der E-Mail des Prozessbevollmächtigten der Beklagten vom 18.12.2013 ergibt sich nur, dass der Beklagten die Diskrepanz zwischen Widerspruch und Eilantrag bewusst war. Noch in der Antragserwiderung vom 10.01.2014 ist die Beklagte davon ausgegangen, dass sich der Eilantrag auf den Beförderungsdienstposten WV 20-21 beziehe. Sie hat deshalb den erfolgreichen Bewerber um den Beförderungsdienstposten WV 20-21 als Beizuladenden bezeichnet und sich vor diesem Hintergrund eingehend mit dem Rechtsproblem des aus ihrer Sicht fehlenden Widerspruchs gegen die Auswahlentscheidung auseinander gesetzt.

Jedenfalls besteht keine allgemeine, auf die Fürsorgepflicht gegründete Pflicht des Dienstherrn, dem Beamten zu helfen, seine prozessualen Pflichten in einem gegen den Dienstherrn gerichteten Verfahren zu erfüllen. Zutreffend hat das Verwaltungsgericht ausgeführt, nach § 82 Abs. 1 Satz 1 VwGO, der im Eilverfahren analoge Anwendung finde (Kopp / Schenke, 20. Aufl., § 82 Rn. 1), obliege es dem Kläger, den Gegenstand des Antragsbegehrens hinreichend bestimmt zu bezeichnen. Die Folgen einer ungenügenden Bezeichnung des Antragsbegehrens seien durch den Kläger zu tragen. Dies gilt umso mehr, wenn der Kläger anwaltlich vertreten ist. Aus dem Beamtenverhältnis folgt keine Modifizierung dieser prozessualen Risikoverteilung. Aus der vom Kläger zur Stützung seiner gegenteiligen Auffassung zitierten Rechtsprechung ergibt sich nichts anderes. Diese Entscheidungen beziehen sich ausnahmslos nicht auf die Situation, dass Beamter und Dienstherr sich als Prozessparteien mit den aus dem Prozessverhältnis resultierenden Rechten und Pflichten gegenüber stehen.

Der Senat verkennt nicht, dass dem unterlegenen Bewerber viel auferlegt wird, indem von ihm verlangt wird, in einer im Vergleich zur allgemeinen Rechtsmittelfrist kurzen Zeitspanne von zwei Wochen nach Bekanntgabe der Auswahlentscheidung einstweiligen Rechtsschutz zu beantragen, weil anderenfalls die Stelle bzw. der Beförderungsdienstposten endgültig vergeben ist. Trotzdem trifft ihn eine entsprechend große Sorgfaltspflicht, dafür Sorge zu tragen, dass die im Streit stehende Stelle eindeutig bezeichnet ist.

Zwar hätte im vorliegenden Fall auch die Beklagte die Widersprüchlichkeit des gestellten Eilantrages erkennen können. Insbesondere im Hinblick auf die intern an den Prozessbevollmächtigten der Beklagten gerichtete Frage, wie damit umzugehen sei, dass Widerspruch und Eilantrag auseinander klafften, hätte es – auch im Hinblick auf die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht – nahe gelegen, kurzfristig eine Klärung herbeizuführen. Eine derartige Rechtspflicht bestand jedoch nicht. Auch entbindet die bloße Erkennbarkeit der Widersprüchlichkeit des Vorgehens des Beamten für den Dienstherrn den Beamten nicht von der ihn treffenden Sorgfaltspflicht. Rechtzeitig gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen bleibt im Verantwortungsbereich des Beamten. Die mit weitreichenden Folgen – auch für den ausgewählten Bewerber – verknüpfte Frage der Ämterstabilität kann nicht von jedem fahrlässigen Handeln des Dienstherrn abhängig gemacht werden. Dementsprechend setzen die von der Rechtsprechung anerkannten Fallgruppen, in denen die Durchbrechung der Ämterstabilität in Betracht kommt, Pflichtverletzungen von erheblichem Gewicht seitens des Dienstherrn voraus.

Auch aus § 86 Abs. 1 Satz 1 VwGO ergibt sich keine weitergehende Verpflichtung des Dienstherrn. Aus § 86 Abs. 1 Satz 1 VwGO folgt lediglich eine Obliegenheit der Beteiligten zur Mitwirkung an der Aufklärung des Sachverhalts (vgl. zu dieser Rechtsnatur BVerwG, Beschluss vom 04.12.2013 – 5 B 42/13 – Rn. 22, juris sowie Beschluss vom 30.06.2010 – 8 B 37/10 – Rn. 4, juris; auch SächsOVG, Beschluss vom 02.08.2013 – A 1 A 74/12 – Rn. 13, juris; OVG NW, Beschluss vom 23.05.2011 – 12 A 149/10 – Rn. 7, juris), aus deren Nichterfüllung der die Mitwirkung verweigernden Partei prozessuale Nachteile erwachsen können. Abgesehen davon, dass vorliegend eine Obliegenheitsver-

letzung seitens der Beklagten schon nicht ersichtlich ist, könnte der Kläger daher auch aus deren Vorliegen keinen Anspruch herleiten.

2.

Ebenso wenig begegnet die Annahme des Verwaltungsgerichts ernstlichen Zweifeln, dass der Kläger keinen Anspruch auf Schaffung bzw. Übertragung einer gleichwertigen Stelle hat. Die Rechtsprechung, dass in den Fällen der Rechtsschutzverhinderung zwar die Ernennung rechtsbeständig sei, jedoch der Bewerbungsverfahrensanspruch des unterlegenen Bewerbers mit verändertem Inhalt fortbestehe, hat das Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich aufgegeben (BVerwG, Urteil vom 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102-122, Rn. 40). Aufgrund seiner Abhängigkeit von dem konkreten Auswahlverfahren ist dieser Anspruch nicht darauf gerichtet, eine weitere Planstelle zu schaffen. Hinzu kommt, dass auch das neue Amt nach den Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG vergeben werden muss (BVerwG, Urteil vom 04.11.2010 – 2 C 16/09 – a. a. O.). Im Übrigen setzte auch dieser Anspruch eine den Kläger in seinem Recht aus Artikel 19 Abs. 4 Satz 1 GG verletzende Rechtsschutzverhinderung voraus. Eine solche muss sich der Dienstherr vorliegend nicht vorwerfen lassen (s. o. unter 1.).

3.

Schließlich vermag das Vorbringen des Klägers im Berufungszulassungsantrag nicht schlüssig in Frage zu stellen, dass ein Schadensersatzanspruch wegen unterbliebener Beförderung nicht besteht. Die Ausführungen im Berufungszulassungsantrag zum weiter hilfsweise gestellten, auf Schadensersatz zielenden Klageantrag stellen die angefochtene Entscheidung schon deshalb nicht in Frage, weil sich der Berufungszulassungsantrag nicht mit der hierauf bezogenen Argumentation des Verwaltungsgerichts auseinandersetzt. Der Kläger macht insoweit geltend, das Verschulden der Beklagten ergebe sich aus dem Umstand, dass sie nach Auffassung des Verwaltungsgerichts „zumindest nicht vorsätzlich“ gehandelt habe. Dieses Vorbringen zeigt ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit des Urteils des Verwaltungsgerichts schon deshalb nicht auf, weil sich die aus dem Urteil zitierte Passage nicht auf den auf Schadensersatz zielenden Hilfsantrag, sondern auf den Hauptantrag bezieht. Die Verneinung eines Schadensersatzanspruchs hat das Verwaltungsgericht auf die fehlende Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz durch den Kläger gestützt. Hiermit befasst sich der Berufungszulassungsantrag nicht.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 40, § 47 Abs. 1 und 3, § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1, Satz 4, § 45 Abs. 1 Sätze 2 und 3 GKG. Da der Hauptanspruch und die hilfsweise geltend gemachten Ansprüche denselben Gegenstand betreffen, waren sie nicht zusammenzurechnen. Vielmehr war nur der Wert des Hauptanspruchs, der dem Wert der Hilfsanträge jeweils entspricht, anzusetzen.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5, § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Mit der Ablehnung des Zulassungsantrages wird das angefochtene Urteil rechtskräftig (§ 124a Abs. 5 Satz 4 VwGO).

gez. Meyer

gez. Dr. Jörgensen

gez. Dr. Steinfatt