

2 BvR 206/07

09.07.2007

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

In dem Verfahren
über
die Verfassungsbeschwerde
des Herrn B...

Bevollmächtigte:

gegen den Beschluss des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 23. Januar
2007 - 1 TG 2542/06

hat die 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch den
Vizepräsidenten Hassemer, die Richter Di Fabio und Landau gemäß § 93c in
Verbindung mit § 93a Absatz 2 Buchstabe b BVerfGG in der Fassung der
Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl I S. 1473) am 9. Juli 2007
einstimmig beschlossen:

1. Der Beschluss des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 23. Januar 2007 -
1 TG 2542/06 - verletzt den Beschwerdeführer in seinen Rechten aus Artikel 33
Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 19 Absatz 4 des Grundgesetzes. Der
Beschluss wird aufgehoben und die Sache an den Hessischen
Verwaltungsgerichtshof zurückverwiesen.

2. Das Land Hessen hat dem Beschwerdeführer seine notwendigen Auslagen zu
erstaten.

Gründe:

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Versagung einstweiligen
Rechtsschutzes in einem beamtenrechtlichen Konkurrentenverfahren. Weil der
Dienstherr die Urkunde an den ausgewählten Bewerber bereits ausgehändigt hat,
rügt er insbesondere, dass bereits zwei Tage nach Zustellung der die Beschwerde
zurückweisenden Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vollendete
Tatsachen geschaffen worden sind und so kein ausreichender Zeitraum
verblieben sei, eine einstweilige Anordnung beim Bundesverfassungsgericht zu
beantragen.

I.

1. Der Beschwerdeführer bewarb sich um eine vom Hessischen Ministerium der Justiz ausgeschriebene Stelle für einen Vorsitzenden Richter am Hessischen Finanzgericht. Nachdem ihm durch Schreiben vom 2. Mai 2006 mitgeteilt worden war, dass die Auswahl aufgrund der vorliegenden dienstlichen Beurteilungen auf einen anderen Bewerber gefallen sei, legte er Widerspruch ein und beantragte einstweiligen Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten, der letztinstanzlich durch Beschluss des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 23. Januar 2007 verwehrt wurde.

Zur Begründung führte das Gericht im Wesentlichen aus, die Auswahlentscheidung zugunsten des Beigeladenen sei zwar ursprünglich fehlerhaft gewesen, weil der Dienstherr die maßgeblichen Erwägungen nicht schriftlich niedergelegt habe. Dieser Begründungsmangel sei jedoch dadurch geheilt worden, dass die Begründungserwägungen durch den Erwidierungsschriftsatz im gerichtlichen Eilverfahren vom 24. August 2006 nachgeholt worden seien. Die Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens ergebe sich auch nicht daraus, dass alle zehn Bewerber mit dem zweitbesten Prädikat der Beurteilungsrichtlinie bewertet worden seien. Anders als in dem vom Bundesverfassungsgericht durch Beschluss vom 29. Juli 2003 (2 BvR 311/03) entschiedenen Fall seien die Beurteilungen der einzelnen Bewerber unterschiedlich und ließen ein differenziertes Bild von Eignung, Befähigung und Leistung zu. Dementsprechend sei für die Auswahlentscheidung auch nicht auf Hilfskriterien, sondern auf einen Eignungsvorsprung zurückgegriffen worden. Ob der im Falle des Beschwerdeführers vor der Endnote eingefügte Zusatz "bei wohlwollender Betrachtung noch" mit den Beurteilungsrichtlinien in Einklang stehe, könne im Ergebnis offen bleiben. Dieser Zusatz sei weder vom Dienstherrn bei seiner Auswahlentscheidung noch durch das Verwaltungsgericht verwertet worden. Der vom Dienstherrn in der nachgeholtten Begründung festgestellte Leistungsvorsprung des Beigeladenen könne auch inhaltlich nicht beanstandet werden.

Die Entscheidung wurde den Bevollmächtigten des Beschwerdeführers am 29. Januar 2007 zugestellt.

2. Am 30. Januar 2007 hat der Beschwerdeführer Verfassungsbeschwerde erhoben und angekündigt, er werde, wenn das Ministerium nicht zusichern sollte, bis zum Ausgang der Verfassungsbeschwerde zuzuwarten, noch einen Antrag nach § 32 BVerfGG stellen.

Mit der Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung seiner Rechte aus Art. 19 Abs. 4 und Art. 33 Abs. 2 GG. Schon die Tatsache, dass alle zehn Bewerber des Auswahlverfahrens die gleiche Gesamtnote erhalten hatten, lasse erkennen, dass die Beurteilungspraxis nicht den Grundsätzen der Bestenauslese entspreche und mit den Vorgaben der insgesamt acht Notenstufen enthaltenen Beurteilungsrichtlinien nicht in Einklang stehe. Entgegen der Auffassung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs könne die Begründung der Auswahlentscheidung auch nicht erstmals im gerichtlichen Eilverfahren erfolgen.

Im Übrigen seien diese Erwägungen auch inhaltlich unzutreffend, weil die früheren Beurteilungen der Bewerber nicht bzw. nicht zutreffend berücksichtigt worden seien. Schließlich sei ihm der Beurteilungsbeitrag zur aktuellen Beurteilung des ausgewählten Mitbewerbers nicht zur Einsicht überlassen worden.

3. Am 31. Januar 2007 hat der Beschwerdeführer zusätzlich Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt; zu diesem Zeitpunkt war die Urkunde an den vom Ministerium ausgewählten Bewerber aber bereits übergeben. Mit Schriftsatz vom 9. Februar 2007 teilte der Beschwerdeführer daraufhin mit, dass der Eilantrag für erledigt erklärt, die Verfassungsbeschwerde aber aufrechterhalten werde. Angesichts des konkreten Zeitablaufs habe er nicht die Chance gehabt, effektiven Rechtsschutz zu erhalten.

II.

Das Bundesverfassungsgericht hat dem Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts, dem Land Hessen sowie dem Beigeladenen des Ausgangsverfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

1. Der Präsident des Bundesverwaltungsgerichts hat mitgeteilt, dass der Leistungsvergleich der Bewerber nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts anhand aktueller, aussagekräftiger, hinreichend differenzierter und auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhender Beurteilungen vorgenommen werden müsse. Sollten die Bewerber aufgrund des abschließenden Gesamturteils im Wesentlichen gleich beurteilt sein, müssten auch frühere Beurteilungen berücksichtigt werden. Dies gelte insbesondere, wenn es sich bei den aktuellen Beurteilungen um Anlassbeurteilungen handle.

Zur Bedeutung von Beurteilungsbeiträgen führte das Bundesverwaltungsgericht aus, Beurteilungsbeiträge Dritter seien eine notwendige Erkenntnisquelle für den Beurteiler, wenn dieser sich während des Beurteilungszeitraums kein eigenes Bild von den Leistungsmerkmalen des Beurteilten habe verschaffen können. In diesen Fällen könne der Beurteiler nicht nach Ermessen darüber befinden, ob und auf welche Weise er einen Beurteilungsbeitrag berücksichtige. Vielmehr müsse er rechtsfehlerfrei getroffene Feststellungen und Bewertungen in dem Beurteilungsbeitrag bei der Ausübung des Beurteilungsermessens zur Kenntnis nehmen und bedenken. Die durch den Beurteilungsbeitrag vermittelten Erkenntnisse müssten in die Ausübung des Beurteilungsspielraums einfließen; eine Bindung an Werturteile des Beurteilungsbeitrags bestehe jedoch nicht. Fehler des Beurteilungsbeitrags zögen die Rechtswidrigkeit der dienstlichen Beurteilung nach sich, wenn sich der Beurteiler die fehlerbehafteten Erkenntnisse des Beurteilungsbeitrags ohne eigene Nachprüfung zu eigen mache. Nach dieser Rechtsprechung müsse in der dienstlichen Beurteilung auch im Hinblick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes zum Ausdruck kommen, welche Erkenntnisse des Beurteilungsbeitrags der Beurteiler übernommen habe und aus welchen Gründen er bestimmte Erkenntnisse nicht teile. Dem Beurteilten dürfe die

Einsicht in den Beurteilungsbeitrag aus Rechtsschutzgründen daher nicht vorenthalten werden.

2. Die Hessische Staatskanzlei ist der Auffassung, die Verfassungsbeschwerde sei durch die zwischenzeitlich erfolgte Ernennung des Konkurrenten unzulässig geworden. Im Übrigen sei die Beschwerde auch unbegründet. Zwar sei die Gesamtnote aller Bewerber gleich; ausweislich der Feststellungen des Verwaltungsgerichtshofs erweise sich die Bewertung der Einzelmerkmale aber als durchaus unterschiedlich, so dass den Beurteilungen insgesamt eine hinreichende Differenzierung habe entnommen werden können. Ein Rückgriff auf ältere Beurteilungen sei daher entbehrlich gewesen. Soweit der Beschwerdeführer rüge, dass ihm der Beurteilungsbeitrag zur aktuellen Beurteilung des ausgewählten Mitbewerbers nicht zur Kenntnis gegeben worden sei, habe er dies vor den Verwaltungsgerichten nicht gerügt. Hinsichtlich der übrigen, ebenfalls erfolglosen Mitbewerber könne ein Einsichtsrecht schon deshalb nicht bestehen, weil die Frage, ob ein weiterer Mitbewerber dem ausgewählten Konkurrenten habe vorgezogen werden müssen, jedenfalls den Beschwerdeführer nicht in eigenen Rechten verletze.

III.

Die zulässige Verfassungsbeschwerde wird zur Entscheidung angenommen, weil dies zur Durchsetzung der Rechte des Beschwerdeführers aus Art. 33 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG angezeigt ist (vgl. § 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG). Die Voraussetzungen für eine stattgebende Kammerentscheidung nach § 93c BVerfGG liegen vor. Die für die Beurteilung maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen hat das Bundesverfassungsgericht bereits entschieden.

1. Die Verfassungsbeschwerde ist trotz der zwischenzeitlich erfolgten Übergabe der Ernennungsurkunde an den Mitbewerber zulässig. Ihr fehlt nicht das Rechtsschutzinteresse, obwohl die bereits erfolgte Ernennung des ausgewählten Bewerbers wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität nicht zurückgenommen und dem Beschwerdeführer die ausgeschriebene Stelle daher auch nicht mehr übertragen werden kann. Das Justizministerium hat dem Beschwerdeführer durch die umgehende Ernennung des ausgewählten Mitbewerbers faktisch die Möglichkeit genommen, die Besetzung der ausgeschriebenen Stelle eines Vorsitzenden Richters am Finanzgericht durch eine verfassungsgerichtliche Eilentscheidung zu verhindern. Um sicherstellen zu können, dass eine mögliche Verletzung des Grundsatzes der Bestenauslese nicht folgenlos bleibt, gebietet das Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG in Verbindung mit dem zu wahrenen grundrechtsgleichen Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG daher, dass dem Beschwerdeführer die Weiterverfolgung der behaupteten Verletzung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs im Wege der Verfassungsbeschwerde möglich sein muss (vgl. BVerfGK 5, 205 <210 f.>), weil die verfassungswidrige Beeinträchtigung des Beschwerdeführers fortwirkt.

2. Die Verfassungsbeschwerde ist auch begründet. Die Verfahrensweise des Ministeriums und der angegriffene Beschluss des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs werden den Anforderungen an die Gewährung effektiven Rechtsschutzes im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren nicht gerecht.

a) Art. 33 Abs. 2 GG gewährt jedem Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Daraus folgt der Anspruch eines Beförderungsbewerbers auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung. Dieser Anspruch lässt sich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aber grundsätzlich nur vor Ernennung des ausgewählten Konkurrenten mittels einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO sichern. Wird hingegen die im Streit stehende Stelle besetzt, bleibt dem unterlegenen Bewerber sowohl die erfolgreiche Inanspruchnahme gerichtlichen Eilrechtsschutzes als auch primärer Rechtsschutz in der Hauptsache grundsätzlich versagt. Der um eine Beförderungsauswahl geführte Rechtsstreit erledigt sich grundsätzlich mit der endgültigen Besetzung der ausgeschriebenen Stelle (vgl. BVerwGE 118, 370 <371 f.>).

Aufgrund dieser Verfahrensabhängigkeit des sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebenden subjektiven Rechts sind die Verwaltungsgerichte im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit gehalten, den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes gerade im Eilverfahren besonders Rechnung zu tragen. Art. 19 Abs. 4 GG garantiert nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern auch eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle (vgl. BVerfGE 103, 142 <156>; stRspr). Droht dem Antragsteller bei Versagung des einstweiligen Rechtsschutzes eine erhebliche und irreversible Verletzung in seinen Grundrechten, so ist - erforderlichenfalls unter eingehender tatsächlicher und rechtlicher Prüfung des im Hauptverfahren geltend gemachten Anspruchs - einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren, wenn nicht ausnahmsweise gewichtige Gründe entgegenstehen. Hierbei muss das Gericht das Verfahrensrecht in einer Weise auslegen und anwenden, die dem Gebot effektiven Rechtsschutzes Rechnung trägt (vgl. BVerfGE 97, 298 <315>; BVerfGK 1, 292 <296>). Auch die Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs dürfen deshalb nicht überspannt und über die Darlegung der Fehlerhaftigkeit der Auswahlentscheidung und die Möglichkeit einer günstigeren Entscheidung im Wiederholungsfalle hinaus ausgedehnt werden (vgl. Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 24. September 2002 2 BvR 857/02 , NVwZ 2003, S. 200 <201>).

b) Aus der Verfahrensabhängigkeit des sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebenden Anspruchs eines Beförderungsbewerbers ergeben sich jedoch auch Vorwirkungen auf das Verwaltungsverfahren. Das dem gerichtlichen Rechtsschutzverfahren vorgelagerte Verwaltungsverfahren darf nicht so ausgestaltet sein, dass es den gerichtlichen Rechtsschutz vereitelt oder unzumutbar erschwert (vgl. BVerfGE

22, 49 <81 f.>; 61, 82 <110>). Dies wäre aber etwa der Fall, wenn der unterlegene Mitbewerber erst nach der Ernennung des Mitbewerbers vom Ausgang des Stellenbesetzungsverfahrens erführe. Aus Art. 33 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG folgt deshalb eine Verpflichtung des Dienstherrn, dem unterlegenen Bewerber rechtzeitig vor der Ernennung des Mitbewerbers durch eine Mitteilung Kenntnis vom Ausgang des Auswahlverfahrens zu geben (vgl. Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 19. September 1989 2 BvR 1576/88 , NJW 1990, S. 501).

Aus den selben Erwägungen folgt aber auch eine Verpflichtung, vor Aushändigung der Urkunde einen ausreichenden Zeitraum abzuwarten, um dem Mitbewerber die Möglichkeit zu geben, Eilantrag, Beschwerde oder Verfassungsbeschwerde zu erheben, weil nur so die Möglichkeit der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht. Durch die umgehende Ernennung des Mitbewerbers wird dem unterlegenen Konkurrenten faktisch die Möglichkeit genommen, die Besetzung der ausgeschriebenen Stelle durch eine verfassungsgerichtliche Eilentscheidung zu verhindern (vgl. BVerfGK 5, 205 <210 f.> für eine Notarstelle). Die dem Beschwerdeführer im vorliegenden Fall zur Verfügung stehende Frist von zwei Tagen genügt den Anforderungen nicht.

c) Auch durch die vom Verwaltungsgerichtshof vertretene Auffassung, der Dienstherr könne die Gründe für seine Auswahlentscheidung noch erstmals im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren darlegen, wird der gerichtliche Rechtsschutz des Beschwerdeführers unzumutbar erschwert.

Gemäß § 123 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 920 Abs. 2 ZPO hat der unterlegene Mitbewerber im gerichtlichen Eilverfahren Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund glaubhaft zu machen. Ihm obliegt daher die Darlegungslast für die von ihm behauptete Fehlerhaftigkeit der Auswahlentscheidung. Grundlage hierfür können allein die in den Akten niedergelegten Auswählerwägungen sein. Andere Erkenntnisse stehen dem unterlegenen Bewerber nicht zur Seite und können von ihm auch nicht beschafft werden. Aus Art. 33 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG folgt deshalb auch die Verpflichtung, die wesentlichen Auswählerwägungen schriftlich niederzulegen (vgl. hierzu BAG, Urteil vom 21. Januar 2003 9 AZR 72/02 , BAGE 104, 295 <301 f.>; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 21. Januar 2005 3 CE 04.2899 , BayVBl 2006, S. 91; Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 17. Juni 1997, 1 TG 2183/97 , ZTR 1997, S. 526 <527>).

Nur durch eine schriftliche Fixierung der wesentlichen Auswählerwägungen - deren Kenntnis sich der unterlegene Bewerber gegebenenfalls durch Akteneinsicht verschaffen kann - wird der Mitbewerber in die Lage versetzt, sachgerecht darüber befinden zu können, ob er die Entscheidung des Dienstherrn hinnehmen soll oder ob Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen den Anspruch auf faire und chancengleiche Behandlung seiner Bewerbung bestehen und er daher gerichtlichen Eilrechtsschutz in Anspruch nehmen will. Darüber hinaus eröffnet

erst die Dokumentation der maßgeblichen Erwägungen auch dem Gericht die Möglichkeit, die angegriffene Entscheidung eigenständig nachzuvollziehen (vgl. BVerfGE 65, 1 <70>; 103, 142 <160>).

Die Annahme der angegriffenen Entscheidung, die Auswählerwägungen könnten auch erstmals im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens dargelegt werden, mindert die Rechtsschutzmöglichkeiten des Beschwerdeführers in unzumutbarer Weise. Dies gilt nicht nur im Hinblick darauf, dass ohne die Kenntnis der Entscheidungsgrundlagen eine substantiierte Begründung und Glaubhaftmachung des Anordnungsanspruchs kaum - oder jedenfalls nur sukzessive auf die Erwidern des Dienstherrn hin - möglich ist. Vielmehr ist es dem Beschwerdeführer insbesondere nicht zuzumuten, die Auswahlentscheidung seines Dienstherrn gewissermaßen "ins Blaue hinein" in einem gerichtlichen Eilverfahren angreifen zu müssen, um überhaupt nur die tragenden Erwägungen der Auswahlentscheidung zu erfahren. Im Übrigen stellt nur die schriftliche Dokumentation der Auswählerwägungen sicher, dass die Bewertungsgrundlagen der entscheidenden Stelle vollständig zur Kenntnis gelangt sind, und erweist sich damit als verfahrensbegleitende Absicherung der Einhaltung der Maßstäbe des Art. 33 Abs. 2 GG.

d) Die Auffassung im angegriffenen Beschluss des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs steht überdies im Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Danach lässt § 114 Satz 2 VwGO nur die Ergänzung von Ermessenserwägungen im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens zu, nicht aber die vollständige Nachholung oder die Auswechslung der die Ermessensentscheidung tragenden Gründe (vgl. BVerwGE 106, 351 <365>; 107, 164 <169> sowie Beschluss vom 20. August 2003 1 WB 23/03, RiA 2004, S. 35 <37> für ein beamtenrechtliches Konkurrentenverfahren). So liegen die Dinge aber hier, weil die Auswählerwägungen des Dienstherrn im gerichtlichen Verfahren auch nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs nicht lediglich ergänzt, sondern erstmals dargelegt worden sind. In der angegriffenen Entscheidung wird hierzu ausgeführt: "Diese schriftliche Fixierung der Auswählerwägungen ist vorliegend während des Auswahlverfahrens unterblieben; vielmehr enthält der Besetzungsvorgang lediglich einen Vermerk darüber, dass 'nach Vortrag bei Herrn Staatssekretär am 7. Februar 2006' der Beigeladene als der am besten geeignete Kandidat im Bewerberfeld die ausgeschriebene Stelle erhalten soll. Weshalb der Beigeladene als der am besten geeignete Kandidat erscheint, lässt sich dieser Auswahlentscheidung jedoch nicht entnehmen. Vielmehr ist erst durch den Erwidernsschriftsatz im gerichtlichen Eilverfahren vom 24. August 2006 erkennbar geworden, auf welche Gründe der Antragsgegner sich bei seiner Entscheidung für den Beigeladenen gestützt hat."

e) Auf die weiteren vom Beschwerdeführer erhobenen Rügen kommt es damit nicht mehr an. Aus den vorliegenden Unterlagen ist jedoch auch nicht erkennbar, dass der Dienstherr den in BVerfGK 1, 292 <298> niedergelegten Grundsätzen folgend dargelegt hat, dass die gleichförmige Beurteilung aller zehn Bewerber mit derselben Gesamtnote entgegen dem ersten Anschein das Ergebnis einer mit

Art. 33 Abs. 2 GG zu vereinbarenden, differenzierte Maßstäbe anwendenden Beurteilungspraxis ist.

3. Von einer weiteren Begründung wird abgesehen (§ 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG).

4. Die Entscheidung über die Auslagenerstattung folgt aus § 34a Abs. 2 BVerfGG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.