

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Fachpresse: ja

Recht des öffentlichen Dienstes einschließlich des Beamten-
disziplinarrechts und des Dienstrechts der Soldaten sowie des
Rechts der Wehrpflichtigen und der Zivildienstpflichtigen

Rechtsquelle/n:

GG	Art. 33 Abs. 2
VwGO	§ 113 Abs. 1 Satz 4
BeamStG	§ 25

Titelzeile:

Kein Anspruch eines Beamten auf Auswahlentscheidung über Beförderung zu be-
stimmtem Zeitpunkt

Stichworte:

Amtszulage; Auswahlentscheidung; Auswahlverfahren; Beförderungsamt; Beförde-
rungsanspruch; dienstliche Beurteilung; Eignung; Erledigung der Hauptsache; Er-
messensreduzierung auf Null; Ernennung; Fortführung; Fortsetzungsfeststellungsinter-
esse; maßgeblicher Zeitpunkt; Organisationsgewalt; Präjudizinteresse; Rehabilita-
tionsinteresse; Rehabilitierung; Ruhestandseintritt; Überprüfungsverfahren; Verlänge-
rungsantrag; Wartefrist.

Leitsätze:

1. Ein Präjudizinteresse für eine Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO besteht nicht, wenn der Beamte einen Schadensersatzprozess vor den Verwaltungsgerichten nicht nur beabsichtigt, sondern bereits betreibt.
2. Es obliegt dem Dienstherrn im Rahmen seiner Organisationsgewalt darüber zu entscheiden, ob und zu welchem Zeitpunkt er eine Stelle besetzen will. Auch die zeitliche Dimension eines Stellenbesetzungsverfahrens wird daher - abgesehen von Missbrauchsfällen - nicht durch subjektive Rechtspositionen der Bewerber eingeschränkt.

Urteil des 2. Senats vom 17. November 2016 - BVerwG 2 C 27.15



- I. VG Darmstadt vom 10. Oktober 2013
Az: VG 1 K 655/13.DA
- II. VGH Kassel vom 14. Oktober 2015
Az: VGH 1 A 1203/15



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 2 C 27.15
VGH 1 A 1203/15

Verkündet
am 17. November 2016

...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 17. November 2016
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. von der Weiden, Dr. Hartung,
Dr. Kenntner und Dr. Günther

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 14. Oktober 2015 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

G r ü n d e :

I

- 1 Der 1950 geborene Kläger ist Studiendirektor a.D. (Besoldungsgruppe A 15 HBesO) im Dienst des beklagten Landes. Er verfolgt im Wege der Fortsetzungsfeststellungsklage ein Beförderungsbegehren.
- 2 Im März 2009 schrieb der Beklagte die Stelle des Direktors an einer Gesamtschule ohne Oberstufe mit bis zu 1 000 Schülern (Besoldungsgruppe A 15 HBesO plus Amtszulage) an der A-Schule in B. aus. Neben dem Kläger bewarben sich hierauf vier weitere Bewerber, die allerdings - anders als der Kläger - ihre Bewerbungen im Verfahrensverlauf wieder zurücknahmen. Daraufhin brach der Beklagte das Auswahlverfahren ab und schrieb die Stelle im April 2010 erneut, aber unter einer anderen Verfahrensnummer aus. Widerspruch und gerichtlicher Eilrechtsschutz des Klägers gegen die Auswahl eines Mitbewerbers blieben erfolglos. Auf die Verfassungsbeschwerde des Klägers stellte das Bundesverfassungsgericht eine Verletzung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs fest. Mangels schriftlicher Dokumentation des Abbruchgrundes sei die Beendigung des ersten Auswahlverfahrens rechtswidrig gewesen.

- 3 Das Bundesverfassungsgericht verwies die Sache an den Verwaltungsgerichtshof zurück, der dem Beklagten daraufhin vorläufig die Fortführung des zweiten Auswahlverfahrens untersagte.
- 4 Nach zwei weiteren, jeweils im gerichtlichen Eilverfahren beanstandeten Versuchen im März und Mai 2012, das erste Auswahlverfahren abzubrechen, entschied sich der Beklagte im März 2013, das Auswahlverfahren mit dem Kläger als einzigem Bewerber fortzuführen. Hierfür wurde eine aktuelle dienstliche Beurteilung für den Kläger erstellt, die mit dem Gesamturteil "befriedigend" abschloss. Zur Klärung darin aufgetretener Zweifel an der Eignung für das angestrebte Direktorenamt forderte der Beklagte den Kläger zur Teilnahme an einem "Überprüfungsverfahren" auf. Nachdem der Kläger zunächst mehr Vorbereitungszeit für eine aktuelle Überprüfung seiner Eignung erbeten hatte, lehnte er im Juli 2013 eine Mitwirkung hieran endgültig ab. Weitere Überprüfungen seien weder vom Bundesverfassungsgericht gefordert worden noch sonst notwendig.
- 5 Die nachfolgend erhobene Klage auf Übertragung der Direktorenstelle hat das Verwaltungsgericht abgewiesen. Über die darüber hinaus - im Dezember 2013 - erhobene Schadensersatzklage wegen Nichtbeförderung hat das Verwaltungsgericht noch nicht entschieden. Während des Berufungsverfahrens ist der Kläger nach Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze mit Ablauf des 31. Juli 2015 in den Ruhestand getreten und hat daher seinen Antrag auf eine Fortsetzungsfeststellung umgestellt. Der Verwaltungsgerichtshof hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und dies im Wesentlichen damit begründet, ein Beamter habe grundsätzlich keinen Anspruch auf Beförderung. Eine Ausnahme liege schon deshalb nicht vor, weil der Dienstherr noch gar keine abschließende Auswahlentscheidung getroffen habe. Ursächlich hierfür sei die Weigerung des Klägers gewesen, an der Aktualisierung seiner Eignungsfeststellung mitzuwirken.
- 6 Mit seiner bereits vom Verwaltungsgerichtshof zugelassenen Revision beantragt der Kläger,

das Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom
14. Oktober 2015 und das Urteil des Verwaltungsgerichts

Darmstadt vom 10. Oktober 2013 aufzuheben und festzustellen, dass das beklagte Land - spätestens - zum Zeitpunkt des Erreichens der gesetzlichen Altersgrenze des Klägers verpflichtet war, dem Kläger die Stelle des Direktors einer Gesamtschule als Leiter einer Gesamtschule ohne Oberstufe mit bis zu 1 000 Schüler/innen an der A-Schule in B. zu übertragen.

7 Der Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

II

8 Die Revision des Klägers hat keinen Erfolg. Das Berufungsurteil beruht zwar auf der Verletzung revisiblen Bundesrechts, stellt sich jedoch aus anderen Gründen als richtig dar (§ 144 Abs. 4 VwGO). Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist bereits unzulässig, weil es an dem hierfür erforderlichen Fortsetzungsfeststellungsinteresse fehlt (1.). Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht dagegen die Begründetheit der Klage verneint (2.). Der Beklagte war nicht verpflichtet, dem Kläger die ausgeschriebene Direktorenstelle zu übertragen oder eine Auswahlentscheidung zu Gunsten des Klägers hierüber zu treffen, sodass der Kläger eine entsprechende Feststellung nicht beanspruchen kann.

9 1. Die in entsprechender Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO statthafte Fortsetzungsfeststellungsklage (a) ist unzulässig, da der Kläger nicht über das hierfür nötige berechtigte Interesse verfügt. Ein solches ergibt sich weder aus einem Präjudiz- (b) noch aus einem Rehabilitierungsinteresse (c).

10 a) Das ursprüngliche, auf Übertragung der ausgeschriebenen Direktorenstelle gerichtete Klagebegehren hat sich erledigt, nachdem der Kläger mit Ablauf des 31. Juli 2015 die gesetzliche Altersgrenze erreicht hat.

11 An diesem kraft Gesetzes erfolgten Ruhestandseintritt hat der Verlängerungsantrag des Klägers nichts zu ändern vermocht (vgl. § 25 BeamStG, § 33 Abs. 1

Satz 1 HBG). Das Hinausschieben des Beginns des Ruhestands ist nur möglich, solange dieser noch nicht begonnen hat. Dem entspricht auch der erkennbare Zweck einer Verlängerung, die befristete Fortführung des Dienstes des Beamten im dienstlichen Interesse zu ermöglichen, etwa um ein bestimmtes Vorhaben zum Abschluss zu bringen (BVerwG, Beschluss vom 21. Dezember 2011 - 2 B 94.11 - juris Rn. 14).

- 12 Der Erledigung des Verpflichtungsbegehrens hat der Kläger im Berufungsverfahren dadurch Rechnung getragen, dass er den Klageantrag umgestellt und nunmehr eine Fortsetzungsfeststellung beantragt hat. Da Rechtsschutzziel und Prozessstoff unverändert geblieben sind, war die Umstellung des Antrags nicht als eine Änderung der Klage im Sinne des § 91 Abs. 1 VwGO anzusehen, sondern gemäß § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 264 Nr. 2 ZPO unabhängig von einer Zustimmung des Beklagten zulässig (BVerwG, Urteile vom 2. April 2008 - 8 C 7.07 - Buchholz 428 § 3 VermG Nr. 69 Rn. 18 und vom 20. November 2014 - 3 C 25.13 - Buchholz 418.32 AMG Nr. 67 Rn. 11).
- 13 Zulässig ist diese Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO allerdings nur, wenn der Kläger im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung auch ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung und nicht nur einen abstrakten Klärungsbedarf hat. Das erforderliche Fortsetzungsfeststellungsinteresse kann rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Natur sein und ergibt sich nach der Rechtsprechung insbesondere aus den Gesichtspunkten der konkreten Wiederholungsgefahr, der Rehabilitierung, der schwerwiegenden Grundrechtsbeeinträchtigung sowie der Präjudizwirkung für einen beabsichtigten Schadensersatzanspruch. Die gerichtliche Feststellung muss geeignet sein, die betroffene Position des Klägers zu verbessern (BVerwG, Urteil vom 16. Mai 2013 - 8 C 41.12 - juris Rn. 20).
- 14 b) Der Kläger verfügt nicht über ein Präjudizinteresse an der von ihm erstrebten Feststellung.
- 15 Soll die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungshandelns der Vorbereitung eines Schadensersatzprozesses dienen, so kann auch dies grund-

sätzlich ein berechtigtes Interesse an der Fortsetzungsfeststellung begründen, sofern der Prozess nicht offensichtlich aussichtslos erscheint (BVerwG, Urteil vom 20. Juni 2013 - 8 C 17.12 - Buchholz 11 Art. 12 GG Nr. 286 Rn. 26). Dahinter steht die Erwägung, dass der Kläger durch die Erledigung nicht um die Früchte seiner bisherigen Prozessführung gebracht werden soll.

- 16 Ein derartiges Interesse an einer Präjudizwirkung kann jedoch dann nicht angenommen werden, wenn ein Beamter einen Schadensersatzprozess vor den Verwaltungsgerichten nicht nur beabsichtigt, sondern bereits betreibt. Die Fragen, die mit der Fortsetzungsfeststellungsklage geklärt werden sollen, stellen sich dann gleichermaßen in dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren, in dem der Betroffene seinen Anspruch auf Schadensersatz unmittelbar geltend macht. Hat ein Beamter den Anspruch auf Ersatz eines ihm durch rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten des Dienstherrn entstandenen Schadens bereits zum Gegenstand eines besonderen Verwaltungsstreitverfahrens gemacht, besteht daher kein Bedürfnis dafür, ihm daneben noch Rechtsschutz für eine gesonderte Klage auf Feststellung zu gewähren, dass das Verhalten des Dienstherrn rechtswidrig gewesen ist (BVerwG, Urteile vom 6. März 1975 - 2 C 20.73 - Buchholz 237.6 § 8 LBG Niedersachsen Nr. 1 S. 1 und vom 17. Dezember 1981 - 2 C 69.81 - ZBR 1982, 350 Rn. 24).
- 17 Da der Kläger bereits im Erledigungszeitpunkt eine Schadensersatzklage vor dem Verwaltungsgericht erhoben hatte, fehlt es hier an einem Rechtsschutzinteresse für die isolierte Fortsetzungsfeststellung. Die Fragen, die das Beförderungsbeghären des Klägers aufwirft und die mit der vorliegenden Klage geklärt werden sollen, stellen sich - soweit sie präjudizielle Wirkung entfalten können - ebenso in dem seit Dezember 2013 vor dem Verwaltungsgericht Darmstadt anhängigen Verwaltungsstreitverfahren, in dem der Kläger einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichtbeförderung geltend macht.
- 18 Im Übrigen bestehen Zweifel, ob die beantragte Feststellung eines Beförderungsanspruchs überhaupt geeignet ist, dem bereits im Ruhestand befindlichen Kläger im Schadensersatzprozess einen relevanten Vorteil zu verschaffen. In versorgungsrechtlicher Hinsicht resultieren die Zweifel daraus, dass die Versor-

gung nur dann aus dem letzten Amt gewährt wird, wenn der Beamte zumindest zwei Jahre lang zuvor aus diesem Amt besoldet wurde (vgl. § 5 Abs. 2 Satz 1 HBeamtVG in der zum Zeitpunkt des Ruhestandseintritts geltenden Fassung vom 27. Mai 2013 <GVBl. S. 218>; zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der zweijährigen Wartefrist BVerwG, Urteil vom 17. März 2016 - 2 C 2.15 - NVwZ 2016, 1099 <1100>). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Frage, ob dem Kläger die begehrte Stelle zu übertragen gewesen wäre, ist derjenige des erledigenden Ereignisses, hier also der Eintritt in den Ruhestand mit Ablauf des 31. Juli 2015. Zu diesem Zeitpunkt hätte sich eine Stellenübertragung aber nicht mehr versorgungsrelevant auswirken können, weil die Wartefrist nicht mehr zu erfüllen war.

- 19 Darüber hinaus ist die begehrte Fortsetzungsfeststellung auch nicht geeignet, eine vollständige Präjudizwirkung für den anhängigen Schadensersatzprozess zu entfalten. Denn der Streitgegenstand des auf Schadensersatz gerichteten verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ist mit dem vorliegenden nicht identisch, sondern geht in zeitlicher und sachlicher Hinsicht darüber hinaus. Vor dem Verwaltungsgericht hat der Kläger beantragt, ihn dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen, als ob er zum 20. Dezember 2009 in das Amt des kommissarischen Schulleiters der A-Schule in B. eingesetzt und nach der Probezeit in ein Amt der Besoldungsgruppe A 16 HBesO befördert worden wäre. Demgegenüber ist für die vorliegende Fortsetzungsfeststellungsklage nicht die Beurteilung der Sach- und Rechtslage am 20. Dezember 2009, sondern der Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses - das Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze mit Ablauf des 31. Juli 2015 - maßgeblich. Auch steht hier allein ein Amt der Besoldungsgruppe A 15 HBesO einschließlich Amtszulage in Rede. Dieses bleibt hinter dem vom Kläger im Schadensersatzprozess erstrebten Statusamt der Besoldungsgruppe A 16 HBesO zurück, das auf der vom Kläger behaupteten Schulgröße von mehr als 1 000 Schüler/innen beruht.
- 20 c) Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse kann auch nicht aus einem Rehabilitationsinteresse hergeleitet werden.
- 21 Ein schützenswertes Interesse an Rehabilitation besteht nur, wenn sich aus dem in Rede stehenden behördlichen Handeln eine Stigmatisierung des Be-

troffenen ergibt, die geeignet ist, sein Ansehen in der Öffentlichkeit oder im sozialen Umfeld herabzusetzen. Diese Stigmatisierung muss Außenwirkung erlangt haben und noch in der Gegenwart andauern (BVerwG, Urteil vom 16. Mai 2013 - 8 C 41.12 - juris Rn. 25). Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt.

- 22 Der Kläger macht der Sache nach im Wesentlichen geltend, im Zusammenhang mit seinem gerichtlich über viele Jahre verfolgten Rechtsschutzbegehren Opfer einer negativen Presseberichterstattung geworden und dadurch in der Öffentlichkeit herabgewürdigt zu sein. Da die Erhebung einer verwaltungsgerichtlichen Klage für sich genommen indes nicht ehrenrührig ist, kann sie keine diskriminierende Wirkung im Rechtssinne hervorgerufen haben. Ferner hat der Kläger zwar eine lange Prozessgeschichte hinter sich, die jedenfalls teilweise auch im Fokus der Öffentlichkeit stand. Diese ist jedoch nicht ohne klägerischen Erfolg geblieben. Vielmehr hat der Kläger im Jahr 2011 vor dem Bundesverfassungsgericht und im darauffolgenden Jahr zweimal vor den Verwaltungsgerichten obsiegt. Schließlich hat das Berufungsgericht auch keine tatsächlichen Feststellungen getroffen, dass sich die Prozessführung des Klägers auf dessen Ansehen in der Öffentlichkeit negativ ausgewirkt hat.
- 23 2. Die Klage ist darüber hinaus auch nicht begründet. Beamten steht ein Anspruch auf Übertragung eines Beförderungsamts nur ausnahmsweise und unter Voraussetzungen zu, die hier nicht vorliegen (a). Der Beklagte war auch nicht verpflichtet, spätestens bis zum Ruhestandseintritt des Klägers eine Auswahlentscheidung (zu dessen Gunsten) zu treffen (b).
- 24 a) Dem Kläger stand ein Beförderungsanspruch nicht zu.
- 25 Gegenstand der vom Kläger begehrten Feststellung ist die Übertragung der vom Beklagten ausgeschriebenen Stelle "Direktorin/Direktor einer Gesamtschule als Leiterin/Leiter einer Gesamtschule ohne Oberstufe mit bis zu 1 000 Schülerinnen und Schülern" und mithin ein Beförderungsbegehren. Zwar unterfallen das innegehabte Statusamt des Klägers und das von ihm erstrebte derselben Besoldungsgruppe (A 15 HBesO). Für das erstrebte Statusamt wird indes eine Amtszulage gewährt (vgl. § 23 Abs. 2 Satz 1 HBesG i.V.m. dessen Anlage I),

die gemäß § 45 Abs. 2 Satz 2 HBesG als ruhegehaltfähiger Bestandteil des Grundgehalts gilt. Angesichts dessen handelt es sich bei dem Amt des "Gesamtschuldirektors" gegenüber dem gleichrangigen Statusamt des Klägers um ein Amt mit höherem Endgrundgehalt, d.h. um ein Beförderungsamtsamt (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 17. Januar 2013 - 2 B 129.11 - juris Rn. 7 und vom 19. November 2015 - 2 B 26.15 - Buchholz 250 § 46 BPersVG Nr. 38 Rn. 6).

- 26 Ein Beamter hat grundsätzlich keinen Anspruch auf Beförderung (vgl. BVerfG, Beschluss vom 22. Mai 1975 - 2 BvL 13/73 - BVerfGE 39, 334 <354>, Urteil vom 24. September 2003 - 2 BvR 1436/02 - BVerfGE 108, 282 <295>, Beschluss vom 21. April 2015 - 2 BvR 1322/12 u.a. - BVerfGE 139, 19 Rn. 75). Hat sich der Dienstherr zur Besetzung einer freien Planstelle entschlossen, vermittelt Art. 33 Abs. 2 GG dem Bewerber lediglich ein grundrechtsgleiches Recht auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl. Aus der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht folgt nichts anderes (BVerwG, Urteil vom 19. November 2015 - 2 A 6.13 - BVerwGE 153, 246 Rn. 26).
- 27 Eine Ausnahme kommt nur in Betracht, wenn eine freie und besetzbare Beförderungsstelle vorhanden ist, die der Dienstherr im Zeitpunkt der Entscheidung über den Beförderungsantrag auch tatsächlich besetzen will und der Bewerber - im Sinne einer Ermessensreduzierung auf Null - der am besten geeignete Kandidat ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. Januar 2010 - 2 BvR 811/09 - BayVBl 2010, 303 Rn. 8, hierzu auch Beschluss vom 20. September 2016 - 2 BvR 2453/15 - NJW 2016, 3425 Rn. 28; BVerwG, Urteile vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - BVerwGE 138, 102 Rn. 22, vom 25. Juli 2013 - 2 C 12.11 - BVerwGE 147, 244 Rn. 9 und vom 11. Dezember 2014 - 2 C 51.13 - BVerwGE 151, 114 Rn. 15).
- 28 Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Der Beklagte hat nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts noch keine Auswahlentscheidung getroffen. Das Auswahlermessen des Beklagten war ferner nicht dergestalt auf Null reduziert, dass einzig die Auswahl des Klägers den Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG gerecht geworden wäre. Die Annahme einer Verdichtung des Auswahlermessens scheidet vielmehr schon deshalb aus, weil nach der letzten

dienstlichen Beurteilung des Klägers Zweifel an dessen Eignung für das angestrebte Direktorenamt verblieben (vgl. BVerwG, Urteil vom 29. November 2012 - 2 C 6.11 - BVerwGE 145, 185 Rn. 17).

- 29 b) Der Beklagte hat es auch nicht rechtswidrigerweise unterlassen, eine Auswahlentscheidung zu Gunsten des Klägers zu treffen.
- 30 aa) Eine entsprechende Verpflichtung resultierte insbesondere nicht aus der früheren Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs des Klägers.
- 31 Der Abbruch des ersten Auswahlverfahrens im Jahr 2009 war mangels schriftlicher Dokumentation des hierfür maßgeblichen Grundes unwirksam, sodass eine Neuausschreibung nicht hätte erfolgen dürfen. Aus dieser vom Bundesverfassungsgericht festgestellten Verletzung von Art. 33 Abs. 2 GG kann der Kläger indes keinen Beförderungsanspruch herleiten. Er hatte lediglich einen Anspruch auf Fortführung des ursprünglichen Auswahlverfahrens nach dessen Maßgaben. Der Fortsetzungsanspruch hat dem Kläger dagegen zu keinem Zeitpunkt einen Anspruch vermittelt, dass das Auswahlverfahren zu Ende geführt oder er gar ausgewählt wird (BVerfG, Beschluss vom 28. November 2011 - 2 BvR 1181/11 - NVwZ 2012, 366 <368>; BVerwG, Urteil vom 3. Dezember 2014 - 2 A 3.13 - BVerwGE 151, 14 Rn. 17 ff.).
- 32 Indem der Beklagte seit März 2013 das ursprüngliche Auswahlverfahren - und dies sogar mit dem Kläger als einzigem Bewerber - fortgeführt hat, ist der fehlerhafte Verfahrensabbruch kompensiert. Weitere Rechte kann der Kläger aus der verfassungsgerichtlich festgestellten Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs nicht für sich herleiten.
- 33 bb) Der Beklagte war ferner nicht verpflichtet, spätestens bis zum Ruhestandseintritt des Klägers eine Entscheidung über die Vergabe des Beförderungsamtes zu treffen.
- 34 Ob, in welcher Gestalt und zu welchem Zeitpunkt eine Stelle besetzt werden soll, entscheidet der Dienstherr in Ausübung seiner Organisationsgewalt nach

seinen Bedürfnissen. Die Schaffung und Besetzung von Planstellen dient grundsätzlich allein dem öffentlichen Interesse an einer bestmöglichen Erfüllung der öffentlichen Aufgaben. Sie erfolgt nicht in Wahrnehmung der Fürsorgepflicht des Dienstherrn gegenüber seinen Beamten (vgl. BVerwG, Urteil vom 22. Juli 1999 - 2 C 14.98 - Buchholz 237.2 § 12 BlnLBG Nr. 3 S. 5). Subjektive Rechte etwaiger Bewerber auf den Erlass einer solchen Entscheidung bestehen grundsätzlich nicht, sondern setzen sie voraus. Dies gilt auch für die vorgelagerte Frage, wann eine hierauf bezogene Auswahlentscheidung getroffen wird.

35 Aus der Art. 33 Abs. 2 GG vorgelagerten Organisationsgewalt des Dienstherrn folgt, dass es ihm im Grundsatz obliegt, nicht nur darüber zu entscheiden, ob und wann er welche Statusämter vorhält, sondern - im Rahmen einer angemessenen Ausgestaltung des Auswahlverfahrens - auch, wann er diese endgültig besetzen will (BVerwG, Urteile vom 13. Dezember 2012 - 2 C 11.11 - BVerwGE 145, 237 Rn. 20 und vom 29. November 2012 - 2 C 6.11 - BVerwGE 145, 185 Rn. 29). Die organisatorische Entscheidungshoheit des Dienstherrn über die zeitliche Dimension der Stellenbesetzung wird somit - abgesehen von Missbrauchsfällen - nicht durch subjektive Rechtspositionen des Beamten eingeschränkt. Es gibt keinen Anspruch auf die vom Kläger erstrebte zügige Durchführung des Bewerbungsverfahrens oder auf eine Entscheidung über die Bewerbung zu einem bestimmten Zeitpunkt. Dies beruht darauf, dass bereits kein Anspruch auf Bereitstellung einer Stelle besteht.

36 Die Ausgestaltung des Auswahlverfahrens muss aber dem grundgesetzlich verbürgten Bewerbungsverfahrensanspruch Rechnung tragen und darf dessen Inanspruchnahme nicht vereiteln oder unangemessen erschweren (vgl. BVerfG, Beschluss vom 8. Oktober 2007 - 2 BvR 1846/07 u.a. - BVerfGK 12, 284 <288>; BVerwG, Urteil vom 3. Dezember 2014 - 2 A 3.13 - BVerwGE 151, 14 Rn. 18). Der Dienstherr darf seine Organisationsgewalt nicht gezielt und manipulativ einsetzen, um eine Auswahlentscheidung zu Gunsten oder zu Lasten einzelner Bewerber zu steuern (vgl. auch BGH, Urteil vom 7. Juli 1983 - III ZR 182/82 - ZBR 1983, 336 = juris Rn. 28).

- 37 Anhaltspunkte für eine manipulativ-verzögernde Gestaltung des Auswahlverfahrens sind hier indes nicht ersichtlich. Es ist insbesondere nicht zu beanstanden, dass der Beklagte an der fortbestehenden Eignung des Klägers gezweifelt und ihn daher zur Mitwirkung an einem "Überprüfungsverfahren" aufgefordert hat.
- 38 Eine Ernennung darf nur vorgenommen werden, wenn die gesetzlichen Ernennungsvoraussetzungen zu diesem Zeitpunkt gegeben sind (BVerwG, Beschluss vom 6. Januar 2012 - 2 B 113.11 - DÖD 2012, 104 Rn. 7). Der Beklagte war daher nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, nicht die dienstliche Beurteilung des Klägers aus dem Jahr 2009 heranzuziehen, sondern - wie geschehen - eine aktuelle dienstliche Beurteilung zu erstellen (BVerwG, Urteile vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - BVerwGE 138, 102 Rn. 46 und vom 30. Juni 2011 - 2 C 19.10 - BVerwGE 140, 83 Rn. 15; Beschlüsse vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 21 und vom 19. Dezember 2014 - 2 VR 1.14 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 65 Rn. 22).
- 39 Die dienstliche Beurteilung vom 24. Juni 2013 enthielt indes tatsächliche Anhaltspunkte für berechtigte Zweifel an der fortbestehenden Eignung des Klägers für das in Rede stehende Statusamt eines Direktors. Diese - mit dem Gesamturteil "befriedigend" schließende - Beurteilung war nicht nur deutlich schlechter ausgefallen als die vorangehenden dienstlichen Beurteilungen. Der Beurteiler hat vielmehr auch Zweifel an der Eignung des Klägers zu Führung und Leitung angeführt und im Einzelnen belegt. Die Ausführungen der dienstlichen Beurteilung begründeten damit Zweifel an der aktuellen Eignung des Klägers für das angestrebte Direktorenamt.
- 40 Dass sich der Erstbeurteiler im Zeitpunkt der Erstellung der dienstlichen Beurteilung bereits im Ruhestand befand, ändert an den tatsächlich aufgekommenen Zweifeln an der Eignung nichts (vgl. § 12 Abs. 3 Satz 1 HBG). Ungeachtet dessen ist die Erstellungskompetenz des Beurteilers auch gegeben. Zwar sind in den Ruhestand versetzte Beamte grundsätzlich nicht mehr befugt, eine dienstliche Beurteilung zu erstellen und eine solche in dienstlicher Eigenschaft zu verantworten (vgl. BVerwG, Urteil vom 28. Januar 2016 - 2 A 1.14 - Buchholz 232.0 § 21 BBG 2009 Nr. 3 Rn. 25; Beschlüsse vom 20. August 2004 - 2 B

64.04 - Buchholz 232.1 § 40 BLV Nr. 25 S. 9 und vom 16. April 2013 - 2 B 134.11 - juris Rn. 18). Vorliegend war der Beurteiler allerdings auf Grundlage eines Arbeitsvertrages zum kommissarischen Schulleiter bestellt worden und damit Vorgesetzter des Klägers im Sinne des § 3 Abs. 3 HBG (zur Maßgeblichkeit der tatsächlichen Aufgabenwahrnehmung BVerwG, Beschluss vom 8. Juli 2014 - 2 B 7.14 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 61 Rn. 18). Da der Beurteiler mithin Dienstvorgesetzter des Klägers war, fiel es auch in seine Kompetenz, eine dienstliche Beurteilung für ihn zu erstellen.

- 41 cc) Insbesondere liegt in der zeitlichen Verfahrensgestaltung keine manipulative Verzögerung durch das beklagte Land. Vielmehr war es der Kläger selbst, der Feststellungen zu seiner Eignung vereitelt und dadurch eine zeitnahe Auswahlentscheidung verhindert hat.
- 42 Da für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage hier der Ernennungszeitpunkt maßgeblich ist, musste der Beklagte Zweifel an der Eignung des Klägers auch bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigen (vgl. BVerwG, Urteile vom 30. Oktober 2013 - 2 C 16.12 - BVerwGE 148, 204 Rn. 12 und vom 23. April 2015 - 2 C 35.13 - BVerwGE 152, 68 Rn. 27; BGH, Urteil vom 7. Juli 1983 - III ZR 182/82 - ZBR 1983, 336 = juris Rn. 60 zur gesundheitlichen Eignung). Der Beklagte war daher verpflichtet, die mit der dienstlichen Beurteilung vom 24. Juni 2013 zutage getretenen Zweifel an der fortbestehenden Eignung des Klägers für das von diesem begehrte Beförderungsamtsamt weiter aufzuklären.
- 43 Das hierfür vom Beklagten gewählte Überprüfungsverfahren - das aus der Durchführung eines schulfachlichen Gesprächs sowie eines Beratungsgesprächs mit dem Bewerber nach einer "Unterrichtsmitschau" besteht - ist in rechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden. Es entsprach auch der ständigen Verwaltungspraxis des Beklagten in Anlehnung an dessen Erlass "Ausschreibungs- und Auswahlverfahren zur Besetzung von Stellen" vom 22. November 2001 (- I A 3.1 - 051.030.000 - 3 -, ABI. 1/2002 S. 8). Dabei ist unerheblich, dass der Erlass zu diesem Zeitpunkt formell keine Gültigkeit mehr besaß. Denn die tatsächliche Verwaltungspraxis des Beklagten orientierte sich weiterhin an dem Erlass und den entsprechenden Vorgaben.

- 44 Die erforderlichen weiteren Eignungsfeststellungen hat der Kläger durch die Absage des für Anfang Juli 2013 geplanten Überprüfungsverfahrens zunächst verzögert und mit seiner im Schreiben vom 29. Juli 2013 geäußerten endgültigen und unmissverständlichen Weigerung schließlich vereitelt. Die im Raum stehenden Zweifel an der fortbestehenden Eignung des Klägers für das Direktorenamt konnten damit nicht geklärt oder beseitigt werden (vgl. den aus §§ 427, 444 und 446 ZPO folgenden allgemeinen Rechtsgedanken zur vorwerfbaren Beweisvereitelung).
- 45 3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Domgörgen

Dr. von der Weiden

Dr. Hartung

Dr. Kenntner

Dr. Günther

B e s c h l u s s
vom 17. November 2016

Der Streitwert für das Revisionsverfahren wird auf 35 210,52 € festgesetzt (§ 47 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 52 Abs. 6 Satz 4 GKG).

Domgörgen

Dr. Kenntner

Dr. Günther