

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Fachpresse: ja

Allgemeines Beamtenrecht

Rechtsquelle/n:

|          |                                       |
|----------|---------------------------------------|
| GG       | Art. 19 Abs. 4 Satz 1, Art. 33 Abs. 2 |
| BeamtStG | § 9                                   |
| BGB      | § 242                                 |
| VwGO     | § 58 Abs. 2 Satz 1                    |

Titelzeile:

Verwirkung des Anfechtungsrechts im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit

Stichworte:

Beamter; Lehrer; Konkurrentenstreit; Beförderung; Beförderungsverfahren; Bewerbungsverfahrensanspruch; unterbliebene Ausschreibung; unterbliebene Konkurrentenmitteilung; regelmäßige Beförderungsrunden; Kenntnis; Kennenmüssen; Anstoßwirkung; Grundsatz der Amterstabilität; nachträglicher Primärrechtsschutz; Verwirkung; Rechtsinstitut; Treu und Glauben; Zeitmoment; Umstandsmoment; Vertrauensmoment; längere Untätigkeit; Zeitraum; Jahresfrist; Anknüpfungspunkt; Ernennung; Vertrauensschutz des begünstigten Dritten; Treuwidrigkeit.

Leitsätze:

1. Das Recht des in einem Beförderungsverfahren nicht berücksichtigten Beamten, eine Verletzung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs durch Anfechtung der Ernennung des ausgewählten Beamten geltend zu machen, unterliegt der Verwirkung (Fallkonstellation des ausnahmsweise eröffneten nachgehenden Primärrechtsschutzes wegen Verhinderung oder Unmöglichkeit vorherigen Eilrechtsschutzes, vgl. BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - BVerwGE 138, 102 Rn. 29 ff.).
2. Eine Verwirkung kann anzunehmen sein, wenn der Beamte hinreichende Kenntnis vom Umstand regelmäßig stattfindender Beförderungen in seinem Verwaltungsbereich hatte (Anstoßwirkung). Der positiven Kenntnis steht es gleich, wenn sich ihm eine solche Kenntnis hätte aufdrängen müssen und er etwa fehlendes Wissen über nähere Einzelheiten des Beförderungsverfahrens durch einfache Nachfrage beim Dienstherrn oder beim Personalrat hätte erlangen können.
3. Die zeitliche Grenze, ab der das Anfechtungsrecht in derartigen Fallkonstellationen verwirkt sein kann, ist in Anlehnung an die gesetzliche Wertung in § 58 Abs. 2 Satz 1 VwGO regelmäßig mit einem Jahr ab der jeweiligen Ernennung anzusetzen.



Urteil des 2. Senats vom 30. August 2018 - BVerwG 2 C 10.17

- I. VG Weimar vom 29. Oktober 2015  
Az: VG 1 K 663/15 We
- II. OVG Weimar vom 28. Juni 2016  
Az: OVG 2 KO 31/16



Bundesverwaltungsgericht

**IM NAMEN DES VOLKES**  
**URTEIL**

BVerwG 2 C 10.17  
OVG 2 KO 31/16

Verkündet  
am 30. August 2018

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 30. August 2018  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen  
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. von der Weiden,  
Dr. Hartung, Dollinger und Dr. Günther

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Thüringer  
Oberverwaltungsgerichts vom 28. Juni 2016 wird zurück-  
gewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens mit  
Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigelade-  
nen, die diese selbst trägt.

#### G r ü n d e :

##### I

- 1 Die Klägerin, eine Studienrätin, wendet sich gegen die Ernennung der Beigeladenen zur Oberstudienrätin und beansprucht ihre eigene Beförderung.
- 2 Mit Wirkung zum 1. April 2009 beförderte der Beklagte die Beigeladene vom Amt einer Studienrätin (Besoldungsgruppe A 13 ThürBesG) zur Oberstudienrätin (Besoldungsgruppe A 14 ThürBesG) an einem beruflichen Gymnasium. Der Ernennung der Beigeladenen ging weder eine Ausschreibung voraus noch unterrichtete der Beklagte die bei der Auswahl nicht berücksichtigten anderen beamteten Lehrer von der Beförderungsentscheidung. Auch in den Folgejahren nahm der Beklagte in vergleichbarer Weise Beförderungen in das Amt eines Oberstudienrats/einer Oberstudienrätin vor.

- 3 Auf ihre erstmals im März 2013 beantragte Beförderung teilte der Beklagte der Klägerin mit, ein solcher Antrag sei nicht erfolgreich, Feststellung und Auswahl der zu befördernden Beamten erfolgten von Amts wegen; allerdings sei keine Aussage über den Zeitpunkt künftiger Beförderungen möglich. Mit dem dagegen gerichteten Widerspruch von Juni 2013 verlangte die Klägerin die Aufhebung von Beförderungen ihr namentlich nicht bekannter Beamter zu Oberstudienräten bei gleichzeitiger eigener Beförderung. Diesen Widerspruch wies der Beklagte als unzulässig zurück.
- 4 Die Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Das Oberverwaltungsgericht hat im Berufungsurteil ausgeführt, die Klägerin habe das Anfechtungsrecht gegen die Ernennung der Beigeladenen verwirkt, weil sie über Jahre hinweg untätig geblieben sei, obwohl ihr bekannt gewesen sei, dass in den Jahren von 2009 bis 2012 regelmäßig Beförderungen für Lehrkräfte an beruflichen Gymnasien stattfanden. Jedenfalls hätte sie sich durch einfache Nachfrage darüber Kenntnis verschaffen können.
- 5 Hiergegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Klägerin, mit der sie beantragt,

die Urteile des Thüringer Oberverwaltungsgerichts vom 28. Juni 2016 und des Verwaltungsgerichts Weimar vom 29. Oktober 2015 sowie den Bescheid des Staatlichen Schulamtes Nordthüringen vom 9. April 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides des Thüringer Ministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur vom 27. August 2013 sowie die Ernennung der Beigeladenen zur Oberstudienrätin (Besoldungsgruppe A 14 ThürBesG) aufzuheben und den Beklagten zu verpflichten, die Klägerin zur Oberstudienrätin (Besoldungsgruppe A 14 ThürBesG) zu ernennen, hilfsweise über die Bewerbung der Klägerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.

- 6 Der Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

## II

- 7 Die Revision der Klägerin ist zulässig, aber unbegründet. Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts verletzt kein Bundesrecht im Sinne von § 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO oder sonstiges revisibles Recht. Die Klägerin ist zwar in ihrem Bewerbungsverfahrenanspruch verletzt worden (1.). Sie hat diese Rechtsposition - und zwar sowohl die prozessuale Befugnis, diese Rechtsverletzung geltend zu machen, als auch den materiellen Anspruch selbst - indes verwirkt, weil sie es versäumt hat, die Ernennung der Beigeladenen rechtzeitig anzufechten (2.).
- 8 1. Die Nichteinbeziehung der Klägerin in die Auswahlentscheidung über Beförderungen zur Oberstudienrätin oder zum Oberstudienrat zum 1. April 2009 (Besoldungsgruppe A 14 ThürBesG) war mit Art. 33 Abs. 2 GG und § 9 BeamStG nicht vereinbar.
- 9 a) Art. 33 Abs. 2 GG sowie die einfach-rechtlichen Konkretisierungen in den Beamtenetzen gewährleisten jedem Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt im statusrechtlichen Sinne nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Der Grundsatz der Bestenauswahl ist demnach von der Verfassung verbindlich und vorbehaltlos vorgeschrieben. Andere Kriterien können bei der Vergabe öffentlicher Ämter nur Berücksichtigung finden, wenn sie ebenfalls Verfassungsrang haben (stRspr, vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 2. Oktober 2007 - 2 BvR 2457/04 - BVerfGK 12, 265 <268>). Art. 33 Abs. 2 GG dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes; dessen fachliches Niveau und rechtliche Integrität sollen gerade durch die ungeschmälernte Anwendung des Leistungsgrundsatzes gewährleistet werden. Zum anderen trägt die Vorschrift dem berechtigten Interesse der Beamten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen dadurch Rechnung, dass sie grundrechtsgleiche Rechte auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl begründet. Jeder Bewerber um ein öffentliches Amt hat einen Anspruch darauf, dass der Dienstherr seine Bewerbung nur aus Gründen zurückweist, die durch Art. 33 Abs. 2 GG gedeckt sind (stRspr, vgl. etwa BVerwG, Beschlüsse vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 19 f.

und vom 19. Dezember 2014 - 2 VR 1.14 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 65 Rn. 16 ff.).

- 10 Aus der Verfahrensabhängigkeit des sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebenden Anspruchs eines Beförderungsbewerbers ergeben sich Vorwirkungen für das Verwaltungsverfahren. Das dem gerichtlichen Rechtsschutzverfahren vorgelagerte Verwaltungsverfahren darf nicht so ausgestaltet sein, dass es den gerichtlichen Rechtsschutz vereitelt oder unzumutbar erschwert (vgl. BVerfG, Urteil vom 6. Juni 1967 - 2 BvR 375/65 u.a. - BVerfGE 22, 49 <81 f.>; Beschluss vom 8. Juli 1982 - 2 BvR 1187/80 - BVerfGE 61, 82 <110>; Beschlüsse der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 23. Juni 2015 - 2 BvR 161/15 - NVwZ 2016, 59 Rn. 38 und vom 25. November 2015 - 2 BvR 1461/15 - NVwZ-RR 2016, 187 Rn. 14). Zur Sicherung des Gebotes effektiven Rechtsschutzes folgt aus Art. 33 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG auch die Verpflichtung, die wesentlichen Auswählerwägungen schriftlich niederzulegen (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 25. November 2011 - 2 BvR 2305/11 - NVwZ 2012, S. 368 <369>). Nur durch eine schriftliche Fixierung der wesentlichen Auswählerwägungen - deren Kenntnis sich der unterlegene oder der von vornherein nicht berücksichtigte 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. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 - BVerfGK 11, 398 <403>).
- 11 In verfahrensrechtlicher Hinsicht folgt aus dem Leistungsgrundsatz in Verbindung mit dem Grundsatz effektiver Rechtsschutzgewährung (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) weiter die Pflicht des Dienstherrn, einem bei der Entscheidung über die Vergabe von Beförderungsstellen unterlegenen Beamten das Ergebnis der Entscheidung rechtzeitig vor der Ernennung des Mitbewerbers/der Mitbewerber mitzuteilen. Eine solche Konkurrentenmitteilung soll den unterlegenen Be-

amten in die Lage versetzen, gegen eine aus seiner Sicht rechtswidrige Auswahlentscheidung um gerichtlichen (Eil-)Rechtsschutz nachzusuchen (BVerfG, Beschluss vom 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 - NVwZ 2007, 1178 <1179>; BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - BVerwGE 138, 102 Rn. 34).

- 12 Daran gemessen hat der Beklagte den Bewerbungsverfahrensanspruch der Klägerin zum einen dadurch verletzt, dass er sie bei der Auswahlentscheidung über die Beförderungen zum 1. April 2009 nicht einbezogen hat. Zum anderen hat er es rechtswidrig unterlassen, der Klägerin das Ergebnis der Auswahlentscheidung vor der Ernennung der ausgewählten Person mitzuteilen. Die zum 1. April 2009 gleichwohl vorgenommene Ernennung der Beigeladenen in ein Beförderungsamtsamt der Besoldungsgruppe A 14 ThürBesG ist deshalb mit dem Leistungsgrundsatz (Art. 33 Abs. 2 GG) und der Garantie effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) unvereinbar gewesen.
- 13 b) Der Beklagte hat die Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs der Klägerin auch zu vertreten. Zu vertreten hat der Dienstherr Vorsatz und Fahrlässigkeit. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt (§ 276 Abs. 2 BGB). Von den für die Auswahlentscheidung verantwortlichen Beamten muss verlangt werden, dass sie die Sach- und Rechtslage unter Heranziehung aller ihnen zu Gebote stehenden Hilfsmittel gewissenhaft prüfen und sich aufgrund vernünftiger Überlegungen eine Rechtsauffassung bilden. Dazu gehören auch die Auswertung der Rechtsprechung und ggf. die ernsthafte Auseinandersetzung mit der Frage, ob in Aussicht genommene Personalentscheidungen am Maßstab der relevanten Rechtsnormen Bestand haben können (BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2012 - 2 A 7.09 - BVerwGE 141, 361 Rn. 39).
- 14 Nach diesen Maßstäben hat der Beklagte den Verstoß gegen den Grundsatz der Bestenauswahl aus Art. 33 Abs. 2 GG jedenfalls wegen Fahrlässigkeit zu vertreten. Bei sorgfältiger rechtlicher Prüfung hätten die Verantwortlichen erkennen müssen, dass ihre zum 1. April 2009 getroffene Auswahlentscheidung den in der Rechtsprechung entwickelten Maßstäben nicht entsprach und dass es rechtswidrig ist, keine Konkurrentenmitteilungen zu versenden. Hieran konnte bereits zum damaligen Zeitpunkt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsge-



richts (vgl. nur Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - BVerwGE 138, 102 Rn. 25 und 34 m.w.N.) und des Bundesverfassungsgerichts (vgl. nur Beschluss vom 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 - NVwZ 2007, 1178 <1179> m.w.N.) kein vernünftiger Zweifel mehr bestehen.

- 15 2. Die in ihrem Bewerbungsverfahrenanspruch verletzte Klägerin hat indes ihr Recht auf Anfechtung der Ernennung der Beigeladenen zur Oberstudienrätin verwirkt.
- 16 Das Rechtsinstitut der Verwirkung hat - entgegen der Auffassung der Klägerin - eine hinreichende gesetzliche Grundlage (a). Es ist im öffentlichen Recht und damit auch bei der Anfechtbarkeit der Konkurrentenernennung grundsätzlich anwendbar (b). Ob die abstrakten tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Verwirkung vorliegen (c), ist im konkreten Einzelfall zu beantworten (d).
- 17 a) Das Vorbringen der Revision, die Regelung der Beziehungen der Bewerber zum Dienstherrn im Hinblick auf eine beabsichtigte Beförderung sei allein Sache des Gesetzgebers und die Gerichte dürften dieses Verhältnis - auch bei Untätigkeit des Gesetzgebers - nicht auf der Grundlage allgemeiner Rechtsinstitute, wie etwa der Verwirkung, ausgestalten, trifft nicht zu. Es ist auch im Bereich von Art. 33 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 4 GG Aufgabe der Gerichte, die Interessen der verschiedenen Beteiligten - ausgewählte Bewerber, nicht berücksichtigte Bewerber und Dienstherr - ausgehend von den verfassungsrechtlichen Vorgaben in einen sachgerechten Ausgleich zu bringen, wenn der Gesetzgeber das bei Beförderungen einzuhaltende Verfahren nicht weiter regelt. Zu den dabei zu berücksichtigenden Rechtsgrundsätzen zählt auch das allgemein anerkannte Institut der Verwirkung.
- 18 Gesetzlicher Anknüpfungspunkt für das Rechtsinstitut der Verwirkung ist der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Die Verwirkung ist eine besondere Ausprägung dieses Grundsatzes und gilt auch im öffentlichen Recht, namentlich im öffentlichen Dienstrecht (vgl. Schubert, in: Münchner Kommentar, BGB, 7. Aufl. 2016, § 242 Rn. 356 ff., 411, 419). Die Verwirkung ist darüber hinaus durch die Regelungen in den § 15 StVG, § 4 Abs. 4 Satz 2 TVG, § 21 Abs. 4 MarkenG und § 3 Satz 3 Mindestlohngesetz gesetzlich anerkannt. Deshalb greift

die Auffassung der Revision nicht durch, dass es, gemessen an den verfassungsrechtlichen Garantien aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG und Art. 33 Abs. 2 GG, an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage für die Maßstabsbildung fehlt.

- 19 b) Gegenstand der Verwirkung können alle subjektiven Rechte sein. Bei einer verwirkbaren Rechtsposition kann es sich ebenso um eine einzelne prozessuale Befugnis wie um ein materielles privates oder subjektiv-öffentliches Recht handeln (vgl. BGH, Urteile vom 10. März 1956 - IV ZR 336/55 - BGHZ 20, 198 <206>, vom 25. März 1965 - V BLw 25/64 - BGHZ 43, 289 <292> und vom 20. Oktober 1988 - VII ZR 302/87 - NJW 1989, 836 <838> sowie Beschluss vom 21. Februar 2012 - VIII ZR 146/11 - NJW-RR 2012, 1227 Rn. 6 ff.; BVerwG, Beschluss vom 9. August 1990 - 4 B 95.90 - NVwZ-RR 1991, 111; Urteil vom 16. Mai 1991 - 4 C 4.89 - NVwZ 1991, 1182; Beschluss vom 29. August 2018 - 3 B 24.18 - juris Rn. 14 ff.). Die Verwirkung ist auch im öffentlichen Dienstrecht anwendbar (vgl. u.a. BVerwG, Urteil vom 24. Februar 1958 - 6 C 234.57 - BVerwGE 6, 204 <205 ff.>; Beschluss vom 17. Januar 1975 - 6 CB 133.74 - ZBR 1975, 146; Urteile vom 28. Juni 1982 - 6 C 92.78 - Buchholz 232 § 116 BBG Nr. 21 S. 7 und vom 29. August 1996 - 2 C 23.95 - BVerwGE 102, 33 <36>; Beschlüsse vom 6. Juni 2014 - 2 B 75.13 - Buchholz 449 § 3 SG Nr. 73 Rn. 15 und vom 23. Dezember 2015 - 2 B 40.14 - Buchholz 449 § 3 SG Nr. 82 Rn. 21).
- 20 Der Tatbestand der Verwirkung setzt eine verwirkbare Rechtsposition voraus. Grundsätzlich ist - wie dargestellt - jedes Recht verwirkbar. Nicht verwirkbare Rechtspositionen müssen als solche ausdrücklich gesetzlich bestimmt sein (vgl. z.B. § 4 Abs. 4 Satz 2 TVG). Eine solche gesetzliche Ausnahmebestimmung der Nichtverwirkbarkeit des Rechts des Beamten, seinen Bewerbungsverfahrenanspruch in Fällen der Rechtsschutzverhinderung durch die Anfechtung der Ernennung des Konkurrenten durchzusetzen, besteht nicht. Auch der aus Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG entwickelte Bewerbungsverfahrenanspruch unterliegt deshalb grundsätzlich der Verwirkung.
- 21 c) Tatbestandlich setzt Verwirkung voraus, dass ein Recht nicht mehr ausgeübt werden kann, weil seit der Möglichkeit der Geltendmachung eine längere Zeit verstrichen ist und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung unter Berücksichtigung des beim Verpflichteten - oder bei einem

Dritten - daraus erwachsenen Vertrauens als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (stRspr, vgl. BVerwG, Urteile vom 7. Februar 1974 - 3 C 115.71 - BVerwGE 44, 339 <343> und vom 12. Dezember 2002 - 7 C 22.02 - Buchholz 428 § 18 VermG Nr. 16 S. 26; Beschlüsse vom 7. März 2013 - 4 BN 33.12 - BauR 2013, 1101, vom 6. Juni 2014 - 2 B 75.13 - Buchholz 449 § 3 SG Nr. 73 Rn. 15, vom 20. Januar 2017 - 8 B 23.16 - NVwZ-RR 2017, 430 und vom 24. Mai 2017 - 1 B 103.17 - juris Rn. 5; zuletzt Urteil vom 15. Juni 2018 - 2 C 19.17 - Rn. 8). Das ist dann der Fall, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist (sog. Zeitmoment) und der Berechtigte unter Verhältnissen untätig bleibt, unter denen vernünftigerweise etwas zur Wahrung des Rechts unternommen zu werden pflegt (sog. Umstandsmoment, BVerfG, Beschluss vom 26. Januar 1972 - 2 BvR 255/67 - BVerfGE 32, 305 <308 f.>). Erst dadurch wird eine Situation geschaffen, auf die ein Beteiligter - hier der Dienstherr oder der begünstigte Dritte - vertrauen, sich einstellen und einrichten darf (sog. Vertrauensmoment, vgl. BVerfG, Beschluss vom 26. Januar 1972 - 2 BvR 255/67 - BVerfGE 32, 305 <308 f.>; BVerwG, Urteile vom 13. November 1975 - 2 C 16.72 - BVerwGE 49, 351 <358>, vom 29. August 1996 - 2 C 23.95 - BVerwGE 102, 33 <36> und vom 15. Juni 2018 - 2 C 19.17 - juris Rn. 8; OVG Münster, Urteil vom 16. Januar 2008 - 21 A 4240/05 - DÖD 2008, 185). Darauf, ob etwa der mit Widerspruch und Klage angefochtene Verwaltungsakt rechtmäßig oder rechtswidrig war, kommt es nicht an, denn die Verwirkung des prozessualen Rechts hat zur Folge, dass der Rechtsinhaber die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung nicht mehr geltend machen kann (BVerwG, Beschluss vom 24. Mai 2017 - 1 B 103.17 - juris Rn. 5).

- 22 Eine Schutzwürdigkeit des Verpflichteten besteht z.B. nicht, wenn er die Untätigkeit des Berechtigten in unredlicher Weise veranlasst hat oder wenn er davon ausgehen muss, dass der Berechtigte von den ihm zustehenden Ansprüchen nichts weiß (z.B. BGH, Urteil vom 15. September 1999 - I ZR 57/97 - NJW 2000, 140 <142>; Sutschet, in: BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Hau/Posek, Stand 1. Mai 2018, § 242 BGB Rn. 141). Fehlt das Umstands- oder/und das Vertrauensmoment, tritt eine Verwirkung auch bei sehr langer Dauer der Nichtgeltendmachung eines Rechts jedenfalls regelmäßig nicht ein. Zeit-, Umstands- und Vertrauensmoment sind nicht präzise voneinander zu trennen und abgrenzbar. Sie stehen vielmehr in einer Wechselwirkung zueinander (BGH, Urteil

vom 19. Dezember 2000 - X ZR 150/98 - BGHZ 146, 217 <224>). Maßgeblich ist eine Gesamtbewertung aller zeitlichen und sonstigen Umstände. Dies kann im Einzelfall, insbesondere bei - wie hier - mehrpoligen Rechtsbeziehungen, zu komplexen Abwägungsvorgängen führen.

- 23 d) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte die Klägerin hinreichende Kenntnis, dass beamtete Lehrer alljährlich und in regelmäßigen Abständen befördert wurden (aa). Daher war es ihr zumutbar, binnen eines Jahres ab der zum 1. April 2009 wirksamen Aushändigung der Ernennungsurkunde zur Oberstudienrätin die Ernennung der Beigeladenen anzufechten. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt für diese Jahresfrist ist § 58 Abs. 2 Satz 1 VwGO. Das erst im Jahr 2013 gestellte Rechtsschutzgesuch der Klägerin ist daher verspätet (bb). Zu diesem Zeitpunkt hat die zur Oberstudienrätin beförderte Beigeladene darauf vertrauen dürfen, dass ihr neues Amt stabil und unangreifbar ist (cc).
- 24 aa) Nach den nicht mit (durchgreifenden) Verfahrensrügen angegriffenen und deshalb revisionsrechtlich (§ 137 Abs. 2 VwGO) bindenden Feststellungen des Obergerichtes, hatte die Klägerin Kenntnis, "dass jedenfalls in dem hier zu beurteilenden Zeitraum alljährlich und in regelmäßigen Abständen Beförderungen vorgenommen wurden, auch wenn sie von konkreten Beförderungen und den ausgewählten Beamten nichts gewusst haben mag" (Berufungsurteil, UA S. 20).
- 25 Im Übrigen und lediglich ergänzend weist der Senat darauf hin, dass aufgrund der vom Berufungsgericht im Urteil in Bezug genommenen Gerichts-, Behörden- und Personalakten (UA S. 15) weiter tatsächlich feststeht, dass zu den Beförderungstichtagen des 1. September 2009, 1. Oktober 2010 und 1. Oktober 2011 auch an der berufsbildenden Schule in N., an der die Klägerin unterrichtet, vier Beförderungen von Studienräten (Besoldungsgruppe A 13 ThürBesG) zu Oberstudienräten (Besoldungsgruppe A 14 ThürBesG) stattgefunden haben. Auch hat die Klägerin auf Vorhalt des Beklagten eingeräumt, im Jahr 2011 anlässlich der Ernennungen von zwei Studienrätinnen zu Oberstudienrätinnen, jeweils an einem Frühstück teilgenommen zu haben, zu denen die beförderten Lehrerinnen das Kollegium aus Anlass ihrer Beförderung eingeladen hatten (VG-Akte, Bl. 226 und Bl. 233). Die dazu zuletzt nochmals in der mündlichen

Verhandlung vor dem Senat gegebene Behauptung der Klägerin, sie habe keinen Zusammenhang zwischen diesen Ernennungen und ihrer Rechtsposition erkennen können, ist für den Senat nicht nachvollziehbar. Mit dem Wissen um diese regelmäßig stattfindenden Beförderungsrunden (auch) in dem sie betreffenden Bereich der Thüringer Schulverwaltung war für die Klägerin mithin auch die sog. Anstoßwirkung gegeben, gegen die eigene Nichtberücksichtigung ggf. vorzugehen, wie dies - wenn auch sicherlich stärker - bei ordnungsgemäßem Vorgehen des Dienstherrn durch eine sog. Konkurrentenmitteilung der Fall gewesen wäre.

- 26 Der Senat tritt dem Oberverwaltungsgericht - wenngleich im Streitfall nicht entscheidungserheblich - auch darin bei, dass der positiven Kenntnis des nicht berücksichtigten Beamten von regelmäßig stattfindenden Beförderungen in seinem Verwaltungsbereich die Fallkonstellation gleichzusetzen ist, wenn sich ihm eine solche Kenntnis hätte aufdrängen müssen und er etwa fehlendes Wissen über nähere Einzelheiten des Beförderungsverfahrens durch einfache Nachfrage beim Dienstherrn oder Personalrat ohne nennenswerten Aufwand (insbesondere Kosten) in zumutbarer Weise hätte erlangen können (zu einer solchen Erkundigungsobliegenheit vgl. BVerwG, Urteil vom 15. Juni 2018 - 2 C 19.17 - juris Rn. 28 ff., dort im Rahmen von § 839 Abs. 3 BGB).
- 27 bb) Die Kenntnis von den aus der Besoldungsgruppe A 13 ThürBesG über die Besoldungsgruppe A 14 ThürBesG alljährlich zu bestimmten Stichtagen durchgeführten Lehrerbeförderungen hätte die Klägerin binnen Jahresfrist nach den durchgeführten Ernennungen veranlassen müssen, sich bei ihrem Dienstherrn nach ihrem eigenen beruflichen Fortkommen zu erkundigen und sodann ggf. um Rechtsschutz gegen die ausgesprochenen Beförderungen nachzusuchen.
- 28 Gesetzlicher Anknüpfungspunkt für die Jahresfrist ist § 58 Abs. 2 Satz 1 VwGO. Danach ist die Einlegung eines Rechtsbehelfs nur innerhalb eines Jahres seit Zustellung, Eröffnung oder Verkündung zulässig, wenn die Rechtsbehelfsbelehrung unterblieben oder unrichtig erteilt worden ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist die Möglichkeit einer Verwirkung zwar nicht an die Fristen der § 70 Abs. 1 und § 58 Abs. 2 VwGO gebunden und kann deshalb je nach den Umständen auch schon vor Ablauf der Jahresfrist des § 58

Abs. 2 Satz 1 VwGO eintreten (BVerwG, Urteile vom 25. Januar 1974 - 4 C 2.72 - BVerwGE 44, 294 <298 f.> und vom 3. Dezember 2014 - 2 A 3.13 - BVerwGE 151, 14 Rn. 24). Einer zu engen Fristbestimmung für den übergangenen Beamten steht aber entgegen, dass der Dienstherr sich nicht auf die Ämterstabilität berufen kann, weil er den ihm obliegenden verfahrensrechtlichen Pflichten nicht nachgekommen ist und anderenfalls die Grundrechte unterlegener Bewerber durch vorzeitige Ernennungen ausgeschaltet würden (vgl. BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - BVerwGE 138, 102 Rn. 37).

- 29 Unter Berücksichtigung der abzuwägenden öffentlichen und privaten Interessen von Klägerin, Dienstherrn und Beigeladener und ihrer verfassungsrechtlichen Verortung erscheint es daher angemessen, für die Anfechtung von Dritternennungen im Konkurrentenstreit als längeren Zeitraum eine Zeitspanne von einem Jahr ab der Aushändigung der Ernennungsurkunde an den beförderten Beamten anzusehen. In der hier gegebenen Fallkonstellation, dass der übergangene Beamte hinreichende Kenntnis von der Tatsache regelmäßiger Beförderungsverfahren in seinem Verwaltungsbereich hat, ist es einem Beamten, der an seinem beruflichen Fortkommen interessiert ist, zuzumuten, sich innerhalb dieser Zeitspanne über erfolgte Beförderungen zu informieren, sich ggf. rechtlich beraten zu lassen und zu entscheiden, ob er sich gegen die vorzeitig erfolgte Ernennung eines ausgewählten Beamten wendet. Damit ist hinreichend dem Gebot Rechnung getragen, dass durch die Annahme einer Verwirkung der durch Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gewährleistete Weg zu den Gerichten nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden darf (vgl. BVerfG, Beschluss vom 26. Januar 1972 - 2 BvR 255/67 - BVerfGE 32, 305 <308 f.>).
- 30 Dabei berücksichtigt der Senat einerseits, dass der rechtswidrig nicht in das Auswahlverfahren einbezogene Beamte nur durch die nachträgliche Erhebung einer Anfechtungsklage die Möglichkeit erhält, seinem übergangenen Bewerbungsverfahrenanspruch Geltung zu verschaffen. Dieser durch Art. 19 Abs. 4 Satz 1, Art. 33 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich verbürgte Anspruch hat einen hohen Stellenwert. Zu würdigen ist andererseits, dass auch die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung ein verfassungsrechtliches Schutzgut ist (Art. 33 Abs. 2, Art. 83 ff. GG). Bei all- oder halbjährlichen Beförderungsstichta-

gen - wie hier - käme es zwar auch in Betracht, als notwendigen Zeitraum für die Erlangung von Rechtsschutz die Zeit bis zum nächsten Beförderungstichtag festzulegen. Doch wäre ein solcher Zeitraum im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG zu knapp bemessen. Er könnte für die Annahme der Verwirkung möglicherweise genügen, wenn der Dienstherr dem Berechtigten nachträglich unverzüglich Kenntnis von allen relevanten Umständen verschafft hätte. Daran fehlt es hier aber.

- 31 Das Gebot der Rechtssicherheit (Art. 20 Abs. 3 GG) und die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung (Art. 33 Abs. 2, Art. 83 ff. GG) fordern eine generelle und möglichst baldige Klärung von Beförderungskonkurrenzen. Sowohl der Dienstherr als auch die Bewerber brauchen Klarheit darüber, ob die Stellenbesetzung Bestand hat, zumal die nachträgliche Aufhebung der Ernennung im Beförderungsamt mit zunehmendem Zeitablauf zu schwierigen Rückabwicklungsproblemen führt (vgl. BVerwG, Urteil vom 3. Dezember 2014 - 2 A 3.13 - BVerwGE 151, 14 Rn. 23, zum Abbruch eines Auswahlverfahrens). Des Weiteren wäre es unverständlich, wenn der Beamte bei einem seinen Rechten aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1, Art. 33 Abs. 2 GG Rechnung tragenden und insoweit verfahrensfehlerfreien Auswahlverfahren einerseits unter Hinweis auf die Funktionsfähigkeit der Verwaltung und die Ämterstabilität auf die Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes verwiesen wird, ihm aber andererseits im nachträglichen Anfechtungsverfahren mehr als ein Jahr zur Wahrung seiner Rechte zur Verfügung stünde.
- 32 Was den Anknüpfungszeitpunkt für den Lauf der Jahresfrist betrifft, vermag der Senat dem Berufungsgericht allerdings nicht zu folgen, das hierfür auf den Beförderungstichtag abheben will. Insoweit ist vielmehr auf den Zeitpunkt der jeweiligen Beförderung abzustellen. Dem Berufungsgericht ist zuzugestehen, dass dieser Zeitpunkt in Fällen der vorliegenden Art dem nicht berücksichtigten Beamten zunächst nicht bekannt ist. Er kann ihn aber jedenfalls im Wege der Akteneinsicht in Erfahrung bringen und damit den Fristenlauf leicht errechnen. Zwar kann dieser Zeitpunkt bei einer Mehrzahl von zu Ernennenden variieren und damit unterschiedliche Fristenläufe zur Folge haben. Andererseits gibt es nicht in jedem Fall einen (einheitlichen) Beförderungstichtag und könnte die Frist zu einem erheblich früheren Zeitpunkt ablaufen, wenn Beförderungstich-

tag und Ernennung weit auseinanderfallen. Gegen ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Auswahlentscheidung (so OVG Münster, Beschluss vom 27. April 2016 - 1 A 1923/14 - juris Rn. 96) spricht, dass eine solche Anknüpfung sich vom Angriffsgegenstand der nachgehenden Anfechtungsklage entfernen würde. Letzteres ist nach allgemeiner Ansicht die Ernennung desjenigen oder derjenigen Beamten, gegenüber dem oder denen sich der nicht berücksichtigte Beamte zu Unrecht zurückgesetzt sieht. Deshalb hält es der Senat aus Gründen eines einheitlichen und stimmigen systematischen Ansatzes für richtig, den Lauf der Jahresfrist an den Zeitpunkt der Ernennung des jeweiligen Beamten anzuknüpfen.

- 33 Die Rüge der Klägerin, dass der Beklagte seiner Mitteilungs- und Wartepflicht vor der Ernennung der Beigeladenen zur Oberstudienrätin nicht genügt und hierdurch die zeitnahe Inanspruchnahme von Rechtsschutz verhindert hat, rechtfertigt es nicht, nachträglichen Anfechtungsrechtsschutz gegen die Dritt-ernennung über einen Zeitraum von mehr als einem Jahr ab Urkundenaushändigung zu eröffnen. Die Verfahrensweise des Beklagten war zwar, wie dargestellt, - offensichtlich - rechtswidrig. Dieser Fehlerhaftigkeit ist indes bereits dadurch Rechnung getragen, dass der Beamtin aus diesem Grund ausnahmsweise - in Durchbrechung des Grundsatzes der Ämterstabilität - die Möglichkeit nachgehenden (Primär-)Rechtsschutzes binnen eines Jahres nach der Aushändigung der Ernennungsurkunde an den Dritten eröffnet ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - BVerwGE 138, 102 Rn. 29 ff.).
- 34 Die Klägerin führt sinngemäß zu Recht an, dass bei der Beurteilung, ob eine verspätete Inanspruchnahme von Rechtsbehelfen treuwidrig erscheint, das Verhalten der Behörde nicht außer Betracht bleiben dürfe, insbesondere dann, wenn sie sich ihrerseits treuwidrig verhalten habe. Allerdings ist das Verhalten der Behörde für die Frage der Verwirkung nur insoweit erheblich, als es sich kausal und in relevanter Weise ausgewirkt hat, namentlich dann, wenn der Berechtigte, dessen Rechtsausübung als treuwidrig umstritten ist, erst durch die andere Partei zu diesem, das Maß der Treuwidrigkeit überschreitenden Verhalten veranlasst wurde (vgl. BVerwG, Urteile vom 7. Februar 1974 - 3 C 115.71 - BVerwGE 44, 339 <343 f.> und vom 10. August 2000 - 4 A 11.99 - Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 158 S. 58). Für ein solches, zusätzlich treuwidriges Verhal-



ten fehlen hier genügende Anhaltspunkte. Insbesondere ist nichts dafür ersichtlich, dass der Beklagte mit der Beigeladenen kollusiv zusammengewirkt oder sonst versucht hätte, die Inanspruchnahme gerichtlichen Hauptsacherechtschutzes durch die Klägerin zu verhindern. Dies kann auch der, ohnehin späteren, Mitteilung des Beklagten vom 9. März 2013, ein Antrag sei nicht erforderlich, weil Beförderungen von Amts wegen vorgenommen würden, nicht entnommen werden.

- 35 cc) Bei der für die Verwirkung erforderlichen Betätigung berechtigten Vertrauens in die Umstände des Bestands in die Ernennung stellt der Senat maßgeblich auf das Vertrauen der nach § 65 Abs. 2 VwGO notwendig Beigeladenen in die Stabilität des ihr zum 1. April 2009 verliehenen Statusamts einer Oberstudienrätin (Besoldungsgruppe A 14 ThürBesG) ab (vgl. dazu auch OVG Koblenz, Beschluss vom 18. Dezember 2014 - 10 A 10738/14.OVG - BeckRS 2016, 54829). Die Beigeladene darf unter Berücksichtigung der Rechtswidrigkeit des sie begünstigenden Auswahl- und Ernennungsverfahrens zwar nicht sofort ab Aushängung der Urkunde - hier zum 1. April 2009 -, im konkreten Fall aber nach einem Zeitraum von einem Jahr ab diesem Zeitpunkt in die Stabilität des ihr verliehenen neuen und höherwertigen Statusamts vertrauen. Denn sie hat sich gegenüber der Klägerin weder rechtswidrig noch sonst treuwidrig verhalten. Auch hat sie nicht rechtsmissbräuchlich mit dem Beklagten zusammengewirkt; zu einer evident missbräuchlichen "Geheimernennung" ist es nicht gekommen. Ab dem Zeitpunkt ihrer Ernennung hat die Beigeladene ihr grundsätzlich schutzwürdiges Vertrauen in den Bestand ihrer Ernennung durch Ausübung ihres Amtes einer Oberstudienrätin betätigt. Ab diesem Zeitpunkt stehen ihr auch aus dem höheren Statusamt höhere Besoldungs- und Versorgungsansprüche zu.
- 36 3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 und Abs. 3 VwGO und § 162 Abs. 3 VwGO.

Domgörgen

Dr. von der Weiden

Dr. Hartung

Dollinger

Dr. Günther

## B e s c h l u s s

Der Streitwert wird für das Revisionsverfahren auf 30 828,72 € festgesetzt.

Für den Klageantrag, den Beklagten zu verpflichten, die Klägerin zur Oberstudienrätin zu ernennen, ist zunächst gemäß § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 GKG die Summe der für ein Kalenderjahr zu zahlenden Bezüge mit Ausnahme nicht ruhegehaltstfähiger Zulagen anzusetzen. Maßgebend für die Berechnung ist gemäß § 52 Abs. 6 Satz 2 GKG das laufende Kalenderjahr. Der sich ergebende Wert ist gemäß § 52 Abs. 6 Satz 4 GKG auf die Hälfte zu reduzieren, wenn das Verfahren die Verleihung eines anderen Amtes betrifft. Eine weitere Reduzierung ist nicht vorzunehmen.

Domgörgen

Dr. von der Weiden

Dollinger