



IM NAMEN DES VOLKES

In dem Verfahren  
über  
die Verfassungsbeschwerde

des Herrn (...),

- Bevollmächtigte: (...) -

- gegen
- a) den Beschluss des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 20. März 2024 - 1 B 269/24 -,
  - b) den Beschluss des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 11. März 2024 - 1 B 244/24 -,
  - c) den Beschluss des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 29. Februar 2024 - 1 B 1082/23 -,
  - d) die Auswahlentscheidung des Ministers der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen über die Besetzung der im Justizministerialblatt des Landes Nordrhein-Westfalen vom 15. Juni 2021 (JMBl NRW Nr. 12/2021) ausgeschriebenen Stelle der Präsidentin oder des Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen aufgrund des Auswahlvermerks vom 2. Mai 2023, vom Minister gebilligt unter dem 10. Mai 2023

hat die 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch

die Vizepräsidentin König

und die Richter Offenloch,

Wöckel

am 7. August 2024 einstimmig beschlossen:

1. Der Beschluss des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 29. Februar 2024 - 1 B 1082/23 - verletzt den Beschwerdeführer in seinem Recht aus Artikel 33 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 19 Absatz 4 des Grundgesetzes. Er wird aufgehoben. Die Sache wird an das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen zurückverwiesen.
2. Im Übrigen wird die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen.
3. Das Land Nordrhein-Westfalen hat dem Beschwerdeführer die Hälfte seiner notwendigen Auslagen zu erstatten.

#### G r ü n d e :

##### I.

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Auswahlentscheidung zur Besetzung der Stelle der Präsidentin oder des Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen und die Versagung einstweiligen Rechtsschutzes im Konkurrentenstreit durch das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen. 1

1. a) Der Beschwerdeführer trat im Jahr 2000 als bei einem Verwaltungsgericht beschäftigter Richter auf Probe in den nordrhein-westfälischen Justizdienst ein und war nach verschiedenen Stationen in der Ministerialverwaltung und am Oberverwaltungsgericht schließlich als Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht tätig. Im Jahr 2015 wurde er zum Richter am Bundesverwaltungsgericht (Besoldungsgruppe R 6) ernannt. 2

Die im verwaltungsgerichtlichen Verfahren beigeladene, zur Ernennung vorgesehene Bewerberin (im Folgenden: Beigeladene) trat 1999 in den nordrhein-westfälischen Justizdienst ein und war von 2001 bis 2004 Dezernentin in der Gerichtsverwaltung eines Verwaltungsgerichts. Nach Tätigkeiten in der Ministerialverwaltung und am Oberverwaltungsgericht wurde sie 2010 zur Ministerialrätin (Besoldungsgruppe B 2) im nordrhein-westfälischen Ministerium der Justiz ernannt. Von 2011 bis 2020 war sie als stellvertretende Leite- 3

rin des Kommissariats der deutschen Bischöfe in Berlin tätig, sodann seit Juni 2020 im Ministerium des Innern des Landes Nordrhein-Westfalen, zuletzt als Ministerialdirigentin (Besoldungsgruppe B 7).

b) Die Stelle der Präsidentin oder des Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts war zunächst im Justizministerialblatt des Landes Nordrhein-Westfalen vom 1. Dezember 2020 ausgeschrieben worden. Das erste Auswahlverfahren wurde abgebrochen, nachdem zunächst der Beschwerdeführer und sodann der verbliebene und zur Auswahl vorgesehene Bewerber ihre Bewerbungen zurückgezogen hatten. 4

c) Die Stelle wurde im Justizministerialblatt des Landes Nordrhein-Westfalen vom 15. Juni 2021 erneut ausgeschrieben. Hierauf bewarben sich zunächst der Beschwerdeführer sowie der bei dem Ministerium der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen tätige Ministerialdirigent (...) und Präsident des Verwaltungsgerichts (...). Nach Erstellung dienstlicher Beurteilungen, für den Beschwerdeführer durch den Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts am 26. Januar 2022, fertigte das Ministerium unter dem 11. Mai 2022 einen auf den Bewerber (...) lautenden Besetzungsvorschlag, der am 16. Mai 2022 von dem damaligen Minister der Justiz paraphiert, jedoch nicht in den Geschäftsgang gegeben wurde. Im Zuge des Regierungswechsels nach der Landtagswahl wurde am 29. Juni 2022 ein neuer Minister der Justiz ernannt. Dieser versah den Besetzungsvorschlag am 30. Juni 2022 mit dem handschriftlichen Vermerk „Vfg. nicht weiter ausführen“. Am 20. Juli 2022 traf er sich zu einem Abendessen mit der Beigeladenen, bei dem diese ihre Absicht mitteilte, sich ebenfalls auf die ausgeschriebene Stelle zu bewerben. Am 13. September 2022 ging die Bewerbung der Beigeladenen beim Ministerium der Justiz ein, am 15. November 2022 ihre aus diesem Anlass vom Ministerium des Innern erstellte dienstliche Beurteilung. 5

Im Februar 2023 wurden aktuelle dienstliche Beurteilungen für die bisherigen Bewerber angefordert. Die Beurteilung des Beschwerdeführers durch den Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts versah der Minister mit dem Vermerk „Ich habe keinen Anlass, von der vorstehenden Beurteilung abzuweichen“. Zur Beigeladenen erstellte der Minister am 28. März 2023 eine eigene Beurteilung („Überbeurteilung“). 6

d) Mit Auswahlvermerk vom 2. Mai 2023 wurde vorgeschlagen, die Beigeladene für die Besetzung der Stelle auszuwählen. Dies billigte der Minister der Justiz durch Paraphierung am 10. Mai 2023. Zur Begründung führt der Auswahlvermerk aus: Die Bewerbung der Beigeladenen werde in die Entscheidung einbezogen, obwohl sie nach der in der Stellenausschreibung genannten Bewerbungsfrist eingegangen sei. Bewerbungsfristen seien lediglich Ordnungsfristen und hinderten den Dienstherrn nicht, die Suche nach dem am besten geeigneten Bewerber nach Fristablauf fortzusetzen. Der Vergleich der dienstlichen Beurteilungen ergebe in den Gesamtergebnissen einen Gleichstand des Beschwerdeführers, der Beigeladenen und des Bewerbers (...). Die weitere inhaltliche Ausschöpfung der Beurteilungen führe zu einem Qualifikationsvorsprung der Beigeladenen im Bereich der Ver- 7

waltung. Sie verfüge über eine jahrzehntelange und äußerst vielfältige Verwaltungserfahrung, zuletzt in der herausragenden Führung und Neustrukturierung einer großen Organisationseinheit im Ministerium des Innern. Daraus ergebe sich ein Qualifikationsvorsprung insgesamt, da den Verwaltungsaufgaben im Amt des Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts ein deutlich höheres Gewicht als den Rechtsprechungsaufgaben beizumessen sei.

Der Präsidialrat der nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichtsbarkeit stimmte dem Besetzungsvorschlag des Ministers am 5. Juni 2023 zu. 8

2. a) Der Beschwerdeführer beantragte beim Verwaltungsgericht Münster den Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen die beabsichtigte Ernennung. Er rügte eine parteipolitische Vorfestlegung und manipulative Gestaltung des Auswahlverfahrens sowie die materielle Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung unter mehreren Gesichtspunkten. 9

b) Das Verwaltungsgericht Münster erließ mit Beschluss vom 28. September 2023 - 5 L 583/23 - die begehrte einstweilige Anordnung und untersagte dem Ministerium der Justiz vorläufig, die Stelle mit der Beigeladenen zu besetzen. 10

c) Der dagegen vom Ministerium der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen erhobenen Beschwerde trat der Beschwerdeführer entgegen. 11

Mitte September 2022 habe er einen Anruf eines Bundestagsabgeordneten erhalten. Dieser habe erklärt, in Koalitionskreisen in Düsseldorf werde der Wunsch gehegt, dass eine Frau Präsidentin des Oberverwaltungsgerichts werde. Es sei daher gewünscht, dass der Beschwerdeführer und der Bewerber (...) ihre Bewerbungen zurückzögen. Er habe dem nicht entsprochen, sondern ein Gespräch mit dem Minister der Justiz vereinbart, das am 11. November 2022 stattgefunden habe. Bei diesem Gespräch habe der Minister ihn darüber informiert, dass eine Bewerbung der Beigeladenen eingegangen sei, bei der er einen Vorsprung sehe. Sodann habe der Minister ihn aufgefordert, die Bewerbung zurückzuziehen. Diesen Geschehensablauf versicherte der Beschwerdeführer an Eides statt. 12

Aus diesem Ablauf folge bei lebensnaher Betrachtung, dass das Verfahren unfair gewesen sei und sich der Minister bereits frühzeitig auf die Beigeladene festgelegt habe. Hierfür spreche auch, dass das bereits im Mai 2022 entscheidungsreife Auswahlverfahren acht Monate lang ohne dokumentierte Gründe nicht weitergeführt worden sei, bis schließlich im Februar 2023 festgestellt worden sei, dass die dienstlichen Beurteilungen nicht mehr aktuell seien, und neue Beurteilungen angefordert worden seien. 13

d) Mit dem angegriffenen Beschluss vom 29. Februar 2024 änderte das Oberverwaltungsgericht den Beschluss des Verwaltungsgerichts und lehnte den Antrag des Beschwerdeführers auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ab. Der Vorwurf, das Ministerium habe das Besetzungsverfahren manipulativ gestaltet, sei haltlos. Zwar habe der Minister durch den Vermerk vom 30. Juni 2022 das Verfahren verzögert. Es sei jedoch nicht zu beanstanden, 14

dass er den Vorschlag nicht umgehend nach seinem Amtsantritt ohne umfassende eigene Prüfung gebilligt habe. Es lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass dem Minister zu diesem Zeitpunkt das Interesse der Beigeladenen an einer Bewerbung bekannt gewesen sei. Er habe hierzu erklärt, er habe erst bei dem Abendessen mit der Beigeladenen am 20. Juli 2022 Kenntnis hiervon erhalten. Die Ausführungen des Verwaltungsgerichts zu einer gezielten Verzögerung entbehrten daher einer tatsächlichen Grundlage. Informelle Gespräche, wie sie der Minister während des Auswahlverfahrens mit den Bewerbern geführt habe, seien grundsätzlich nicht unüblich und hätten keine abschließende Entscheidung zur Besetzung zum Gegenstand. Vielmehr gehe es regelmäßig lediglich darum, den Bewerbern vorläufige Einschätzungen des Ministers mitzuteilen, die nicht mit einer Vorfestlegung gleichgesetzt werden dürften. Der Minister habe hierzu vortragen lassen und im Landtag auch selbst erklärt, dass die Initiative zu den Gesprächen jeweils nicht von ihm, sondern von der Beigeladenen beziehungsweise dem Beschwerdeführer ausgegangen sei und dass er in den Gesprächen lediglich auf das hochkarätige Bewerberfeld verwiesen und um eine Prüfung gebeten habe, ob die jeweilige Bewerbung aufrechterhalten werde. Der Minister habe weiter erklärt, dass er zu keinem Zeitpunkt einem Bewerber gegenüber geäußert habe, dass es eine andere (bessere) Bewerbung gebe. Soweit der Beschwerdeführer in seiner eidesstattlichen Versicherung vortrage, der Minister habe ihn aufgefordert, die Bewerbung zurückzuziehen, habe er ausdrücklich nicht ausgeschlossen, dass der Minister lediglich formuliert haben könnte, er – der Beschwerdeführer – möge seine Bewerbung überdenken. Die mit der eidesstattlichen Versicherung behauptete Äußerung des Ministers, die Beigeladene habe einen Vorsprung, könne, sollte sie tatsächlich erfolgt sein, ohne Weiteres auf einer zulässigen bloßen Voreinschätzung beruhen.

Auch aus der „Überbeurteilung“ des Ministers folge keine Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung. Der Sache nach habe er keine weitere eigene Beurteilung erstellt, sondern die für die Auswahl erforderlichen Erwägungen zur Maßstabsangleichung und zum Qualifikationsvergleich angestellt. Die Rügen des Beschwerdeführers gegen die Beurteilung der Beigeladenen sowie die Würdigung deren Leistungen in der Auswahlentscheidung griffen ebenfalls nicht durch. 15

e) Die beiden hiergegen erhobenen Anhörungsrügen des Beschwerdeführers wies das Oberverwaltungsgericht mit den ebenfalls angegriffenen Beschlüssen vom 11. März 2024 und vom 20. März 2024 zurück. 16

## II.

Der Beschwerdeführer hat am 26. März 2024 Verfassungsbeschwerde erhoben. 17

1. Er rügt im Wesentlichen eine Verletzung seines grundrechtsgleichen Rechts auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt aus Art. 33 Abs. 2 GG sowie seines Rechts auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG. 18

Die Auswahlentscheidung sei nicht nach den Kriterien der Bestenauswahl im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG, sondern nach einer politischen Vorfestlegung getroffen worden. Bereits Mitte September 2022 habe der Bundestagsabgeordnete in dem mit ihm geführten Telefonat die Vorfestlegung auf eine Frau, formuliert als „Wunsch von Koalitionskreisen“, mitgeteilt. Sowohl der Bundestagsabgeordnete als auch der Minister der Justiz selbst hätten versucht, ihn zu einer Rücknahme seiner Bewerbung zu bewegen. Beides sei zu einem Zeitpunkt geschehen, zu dem die dienstliche Beurteilung der Beigeladenen noch nicht vorgelegen habe. Dies habe er in der eidesstattlichen Versicherung gegenüber dem Oberverwaltungsgericht näher dargelegt. Das Oberverwaltungsgericht habe diese detaillierte Erklärung jedoch in unhaltbarer Weise gewürdigt und den abweichenden pauschalen Parteivortrag des Ministeriums als wahr unterstellt, ohne hierfür eine Begründung anzugeben. Die einzelnen Anhaltspunkte („Stopp-Verfügung“ des Ministers, längerer Stillstand des Verfahrens, Anruf des Bundestagsabgeordneten, Gespräch mit dem Minister) sprächen in der Gesamtschau für eine manipulative Gestaltung des Verfahrens und Voreingenommenheit des Ministers. Deshalb hätte sich dem Oberverwaltungsgericht eine weitere Aufklärung aufdrängen müssen, zumal es in Konkurrentenstreitverfahren zu einer dem Hauptsacheverfahren gleichkommenden Prüfungstiefe verpflichtet sei. Es hätte dienstliche Erklärungen oder eidesstattliche Versicherungen der beteiligten Personen anfordern oder eine mündliche Verhandlung beziehungsweise einen Erörterungstermin mit Zeugenvernehmung durchführen können.

Weiter macht der Beschwerdeführer eine fehlende Dokumentation wesentlicher Vorgänge im Auswahlverfahren, die Rechtswidrigkeit der dienstlichen Beurteilungen, einen fehlerhaften Leistungsvergleich in der Auswahlentscheidung auf der Grundlage eines rechtswidrigen Anforderungsprofils sowie ein Übergehen seines Vorbringens durch das Oberverwaltungsgericht geltend.

2. Das Ministerium der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen ist der Verfassungsbeschwerde entgegengetreten. Die rechtlichen Schlussfolgerungen des Beschwerdeführers zum Vorwurf einer manipulativen Verfahrensgestaltung und einer politischen Vorfestlegung basierten auf einem unzutreffenden beziehungsweise unvollständigen Sachverhalt und einer falschen Rechtsanwendung. Gespräche des Ministers mit den Bewerbern seien üblich und dienten einer von Art. 33 Abs. 2 GG vorgesehenen Personalentwicklung zur bestmöglichen Besetzung aller Ämter. Die vom Beschwerdeführer behauptete „zwischen den Koalitionsparteien erfolgte parteipolitische Vorfestlegung“ habe es nicht gegeben. Zumindest könne sie nicht zur Umsetzung gelangt sein, weil sie die handelnden Personen im Ministerium der Justiz nicht erreicht und beeinflusst habe. Im Übrigen sei die Rüge der Befangenheit verwirkt. Der Beschwerdeführer habe die Beteiligung des Ministers am Auswahlverfahren zunächst rügelos hingenommen und eine Befangenheit erst im Dezember 2023 in der fachgerichtlichen Beschwerdeinstanz geltend gemacht. Die weiteren Einwendungen des Beschwerdeführers zum Verfahren und zur materiellen Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung habe das Oberverwaltungsgericht ebenfalls zutreffend behandelt.

3. Der Beigeladenen wurde Gelegenheit zur Äußerung gegeben. Sie hat mitgeteilt, sich nicht äußern zu wollen. 22

### III.

Die Verfassungsbeschwerde wird gemäß § 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang zur Entscheidung angenommen, weil dies zur Durchsetzung des Rechts des Beschwerdeführers auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 33 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG angezeigt ist. Die Voraussetzungen für eine stattgebende Kammerentscheidung im Sinne von § 93c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG liegen insoweit vor. Die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen sind durch das Bundesverfassungsgericht bereits geklärt. Die Verfassungsbeschwerde ist insoweit zulässig und offensichtlich begründet. 23

Der Beschluss des Oberverwaltungsgerichts vom 29. Februar 2024 verletzt den Beschwerdeführer in seinem Recht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 33 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG. 24

1. 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 (sogenannter Bewerbungsverfahrensanspruch). 25

Mit den Begriffen „Eignung, Befähigung und fachliche Leistung“ eröffnet Art. 33 Abs. 2 GG in Hinblick auf den Prognosecharakter der Auswahlentscheidung von Verfassungen wegen einen Beurteilungsspielraum des Dienstherrn, der nur eingeschränkter Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte unterliegt. Die verwaltungsgerichtliche Rechtmäßigkeitskontrolle ist daher beschränkt und hat sich nur darauf zu erstrecken, ob die Verwaltung gegen Verfahrensvorschriften verstoßen, anzuwendende Begriffe oder den rechtlichen Rahmen, in dem sie sich frei bewegen kann, verkannt hat oder ob sie von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, allgemeine Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt hat (vgl. BVerfGE 39, 334 <354>; 108, 282 <296>; 141, 56 <78 Rn. 56>). 26

Die konkrete Stellenausschreibung und das daran anschließende Auswahlverfahren dienen der verfahrensmäßigen Absicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs der Bewerber (vgl. BVerfGK 10, 355 <357>). Um eine Durchsetzung der in Art. 33 Abs. 2 GG gewährleisteten Rechte sicherstellen zu können, erfordert der Bewerbungsverfahrensanspruch eine angemessene Gestaltung des Auswahlverfahrens (vgl. BVerfGK 10, 355 <357>; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 28. November 2011 – 2 BvR 1181/11 -, Rn. 21; vgl. auch zu Art. 12 Abs. 1 GG BVerfGK 5, 205 <215>). Das Auswahlverfahren muss so organisiert sein, dass es sich dafür eignet, den fachlich besten Bewerber zu ermitteln (vgl. 27

BVerfGE 110, 304 <326 ff.>), und damit die Chancengleichheit einschränkende, nicht sachlich begründete Vorfestlegungen vermeiden. Der Dienstherr muss sich fair und unparteiisch gegenüber allen Bewerbern verhalten (vgl. BVerwGE 145, 185 <192 Rn. 25>; BVerwG, Beschluss vom 26. März 2024 - 2 VR 10.23 -, juris, Rn. 22). Dies umfasst eine unvoreingenommene Haltung der über die Auswahl entscheidenden Person gegenüber den Bewerbern und eine an sachlichen Erwägungen ausgerichtete Wahrnehmung des Entscheidungsspielraums (vgl. zur Beurteilung BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 6. August 2002 - 2 BvR 2357/00 -, Rn. 32). Schließlich darf auch die Auswahlentscheidung grundsätzlich nur auf Gesichtspunkte gestützt werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffen (vgl. BVerfGE 139, 19 <56 Rn. 76>; 141, 56 <68 Rn. 31>; BVerfGK 12, 284 <287>).

Der Gewährleistung der Unvoreingenommenheit des Auswahlentscheiders dienen die 28  
einfachgesetzlichen Bestimmungen zur Besorgnis der Befangenheit in § 21 VwVfG und gleichlautenden landesrechtlichen Regelungen, hier § 21 VwVfG NRW, die nach fachgerichtlicher Rechtsprechung im Auswahlverfahren als Teil des auf den Erlass eines Verwaltungsakts gerichteten Stellenbesetzungsverfahrens (vgl. BVerwGE 138, 102 <105 f. Rn. 17 ff.>) anwendbar sind (vgl. hierzu Thür. OVG, Beschluss vom 30. Januar 2008 - 2 EO 236/07 -, juris, Rn. 65; Hess. VGH, Beschluss vom 18. März 2009 - 1 B 2642/08 -, juris, Rn. 3; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 10. September 2020 - 4 S 1657/20 -, juris, Rn. 4 f.; vgl. auch OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 27. April 2017 - 6 A 277/16 -, juris, Rn. 9; Beschluss vom 6. November 2023 - 6 B 889/23 -, juris, Rn. 8 ff.). Nach diesen Bestimmungen hat derjenige, der in einemungsverfahren für eine Behörde tätig werden soll, den Leiter der Behörde oder den von diesem Beauftragten zu unterrichten und sich auf dessen Anordnung der Mitwirkung zu enthalten, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen eine unparteiische Amtsausübung zu rechtfertigen, oder wenn von einem Beteiligten das Vorliegen eines solchen Grundes behauptet wird; betrifft die Besorgnis der Befangenheit den Leiter der Behörde, so trifft diese Anordnung die Aufsichtsbehörde, sofern sich der Behördenleiter nicht selbst einer Mitwirkung enthält. Maßgeblich ist danach, ob ein vernünftiger Verfahrensbeteiligter unter den gegebenen Umständen die Besorgnis hegen kann, dass der Amtsträger, in dessen Person die Gründe vorliegen, das Verfahren nicht objektiv oder unvoreingenommen betreiben könnte (vgl. BVerwGE 141, 1 <9 f. Rn. 33>; OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 26. Januar 2022 - 20 D 71/18.AK -, juris, Rn. 175).

2. Nach Art. 33 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG kann der unterlegene Bewerber 29  
in einem gerichtlichen Verfahren überprüfen lassen, ob er durch die Auswahlentscheidung in seinem subjektiv-öffentlichen Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzt worden ist (stRspr; vgl. BVerfGK 1, 292 <295 f.>; 11, 398 <402>; 12, 265 <268 f.>; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 28. November 2011 - 2 BvR 1181/11 -, Rn. 20).

Der Bewerbungsverfahrensanspruch lässt sich nach ständiger fachgerichtlicher (vgl. BVerwGE 118, 370 <372>; 145, 185 <187 Rn. 12>), verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender (vgl. BVerfGE 141, 56 <78 Rn. 57>) Rechtsprechung nur vor Ernennung eines 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.>; 138, 102 <109 f. Rn. 30 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 40, 272 <275>; 103, 142 <156>; BVerfGK 11, 398 <401>; 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 (vgl. BVerfGE 141, 56 <78 Rn. 57>). 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. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 24. September 2002 - 2 BvR 857/02 -, Rn. 11 ff.).

Zu beachten ist weiter, dass die fachgerichtliche Überprüfung grundrechtseingreifender Maßnahmen die rechtsstaatlich gebotene Beachtung des geltenden Rechts und den effektiven Schutz der berührten materiellen Rechte nur gewährleisten kann, wenn sie auf zureichender Aufklärung des jeweiligen Sachverhalts beruht (vgl. BVerfGE 101, 275 <294 f.>; BVerfGK 4, 119 <127 f.>; 13, 487 <493>; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 3. Dezember 2013 - 2 BvR 2299/13 -, Rn. 18). Daher können zur Klärung der tatsächlichen Grundlagen für die erforderliche Abwägung Maßnahmen der gerichtlichen Sachverhaltsermittlung bereits im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes geboten sein (vgl. BVerfGK 3, 135 <140>; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 24. März 2009 - 2 BvR 2347/08 -, Rn. 9; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 3. Dezember 2013 - 2 BvR 2299/13 -, Rn. 18). Unabhängig davon berechtigt die Eilbedürftigkeit eines Verfahrens die Gerichte jedenfalls nicht dazu, ihrer Eilentscheidung Tatsachen

als gewiss zugrunde zu legen, die mit plausiblen Gründen umstritten sind. An der Sachverhaltsaufklärung, die danach geboten sein kann, ist ein Gericht im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht durch den Grundsatz der summarischen Prüfung im Eilverfahren von vornherein gehindert; auch hier ist, jedenfalls wenn eine erhebliche Grundrechtsverletzung in Rede steht, eine Prüfung des Rechtsschutzbegehrens auch in tatsächlicher Hinsicht geboten (vgl. BVerfGE 79, 69 <74 f.>; 93, 1 <13 f.>; BVerfGK 5, 135 <140>; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 3. Dezember 2013 - 2 BvR 2299/13 -, Rn. 18). Werden in einem Konkurrentenstreitverfahren offensichtlich fragwürdige Besetzungsumstände vorgebracht, ist dem auf den Einzelfall bezogen durch die Fachgerichte nachzugehen (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 4. Juli 2018 - 2 BvR 1207/18 -, Rn. 12).

3. Nach diesen Maßstäben verletzt der angegriffene Beschluss des Oberverwaltungsgerichts vom 29. Februar 2024 den Beschwerdeführer in seinem Recht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 33 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG. 33

a) Mit seiner eidesstattlichen Versicherung hat der Beschwerdeführer offensichtlich fragwürdige Besetzungsumstände im Sinne einer sachwidrigen Vorfestlegung und Voreingenommenheit des Ministers als Auswahlentscheider vorgebracht. 34

In seiner eidesstattlichen Versicherung hat der Beschwerdeführer angegeben, er sei im September 2022 von einem Bundestagsabgeordneten angerufen worden. Dieser habe ihn von dem Wunsch „in Koalitionskreisen in Düsseldorf“ unterrichtet, dass eine Frau OVG-Präsidentin werde. Dies sei vor allem ein Wunsch der Grünen. Die Unionsseite sei zufrieden, wenn es sich hierbei um eine Frau mit CDU-Mitgliedschaft handele, weshalb die Wahl auf die Beigeladene gefallen sei. Der Wunsch der Koalition sei es deswegen, dass die weiteren Bewerber, der Abteilungsleiter im Justizministerium (...) und der Beschwerdeführer, ihre Bewerbungen zurückzögen. Mit dem Abteilungsleiter würde der Minister sprechen, mit dem Beschwerdeführer zu sprechen sei er, der Bundestagsabgeordnete, beauftragt worden. Eine konkrete Kompensation könne er nicht anbieten, außer dass man sein kooperatives Verhalten in der Zukunft nicht vergessen werde. Der Beschwerdeführer habe dem Abgeordneten in einem weiteren Gespräch mitgeteilt, dass er nicht geneigt sei, seine Bewerbung zurückzuziehen, und zunächst das Gespräch mit dem Minister suchen würde. In dem folgenden Gespräch mit dem Minister am 11. November 2022 habe er mit diesem zunächst über die mit der Stelle verbundenen Aufgaben gesprochen. Dann habe ihm der Minister mitgeteilt, dass er einen Vorsprung bei der Beigeladenen sehe, und auf Nachfrage bestätigt, dass sie sich bereits beworben habe. Außerdem habe der Minister ihn aufgefordert, seine Bewerbung zurückzuziehen. Über eine Kompensation könne man mit Wohlwollen nachdenken. In der Einschätzung der Bewerbersituation stimme er mit dem Chef der Staatskanzlei überein. 35

Aus der eidesstattlichen Versicherung ergeben sich Anhaltspunkte für ein politisch koordiniertes Vorgehen mit Kenntnis und unter Beteiligung des Ministers, das mit einer Vorfestlegung anhand sachfremder Kriterien (Geschlecht und Parteimitgliedschaft) verbunden wäre. Der äußere Ablauf, dass Gespräche des Beschwerdeführers mit dem Minister und dem Bundestagsabgeordneten sowie zwischen dem Minister und dem weiteren Bewerber (...) stattgefunden haben, ist im Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht nicht bestritten worden. Auch der ebenfalls unstrittige Zeitpunkt des Gesprächs des Beschwerdeführers mit dem Minister am 11. November 2022 stellt – bei Zugrundelegung des Inhalts der eidesstattlichen Versicherung – einen Anhaltspunkt für eine Voreingenommenheit des Ministers dar. Da die Beurteilung der Beigeladenen erst später, am 15. November 2022, im Ministerium einging, wäre eine sachliche Grundlage für die dem Minister zugeschriebene Äußerung, er sehe einen Vorsprung bei der Beigeladenen, nicht erkennbar. 36

b) Das substantiierte, durch eidesstattliche Versicherung untermauerte Vorbringen des Beschwerdeführers zu einer sachwidrigen Vorfestlegung und Voreingenommenheit des Ministers hat das Oberverwaltungsgericht mit einer verfassungsrechtlich nicht tragfähigen Begründung als unerheblich behandelt. 37

Zu der von dem Beschwerdeführer behaupteten Äußerung des Ministers, er sehe einen Vorsprung bei der Beigeladenen, hat das Oberverwaltungsgericht ausgeführt, sie könne keine vorzeitige Festlegung und Befangenheit des Ministers belegen, da sie ohne Weiteres auf einer zulässigen bloßen Voreinschätzung beruhen könnte; das Vorbringen des Beschwerdeführers gebe deshalb keinen Anlass zu weiterer gerichtlicher Sachverhaltsaufklärung (Rn. 29 f., zitiert nach juris). 38

Dies begegnet durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Denn damit hat das Oberverwaltungsgericht entweder einen mit Art. 33 Abs. 2 GG nicht vereinbaren Maßstab an die Darlegung einer möglichen Voreingenommenheit des Auswahlentscheiders angelegt (dazu aa) oder in Anwendung eines verfassungsrechtlich tragfähigen Maßstabs eine erforderliche Beweiswürdigung oder weitere Sachaufklärung unterlassen (dazu bb). Beide möglichen Lesarten führen indes dazu, dass der angegriffene Beschluss im Ergebnis die für einen effektiven Rechtsschutz gebotene Prüfungstiefe in Bezug auf die Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG verfehlt. Die Möglichkeit einer Verletzung des Art. 33 Abs. 2 GG ist nicht aus anderen Gründen ausgeschlossen (dazu cc). 39

aa) Soweit die Begründung des Oberverwaltungsgerichts so zu verstehen sein sollte, dass Äußerungen eines Auswahlentscheiders zum erwarteten Ausgang eines Auswahlverfahrens als „bloße Voreinschätzungen“ stets unbedenklich seien, wäre dies mit Art. 33 Abs. 2 GG nicht vereinbar. 40

Zwar ist von Verfassungs wegen grundsätzlich nichts dagegen zu erinnern, wenn der Dienstherr in einem laufenden Stellenbesetzungsverfahren schon vor der Auswahlentscheidung gegenüber einem Bewerber eine vorläufige Einschätzung der Erfolgsaussichten 41

der Bewerbung äußert. Dies setzt jedoch voraus, dass die Einschätzung auf Gesichtspunkte gestützt wird, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffen. Deuten hingegen Umstände darauf hin, dass sie stattdessen auf sachwidrigen Erwägungen beruht, kann dies den Schluss auf eine unzulässige Voreingenommenheit oder Vorfestlegung des Auswahlentscheiders rechtfertigen. Solche Umstände hatte der Beschwerdeführer hier im fachgerichtlichen Verfahren geltend gemacht. Dieses Vorbringen durfte nicht unter Hinweis auf eine vermeintliche generelle Zulässigkeit der Äußerung „bloßer Voreinschätzungen“ als unerheblich behandelt werden.

bb) Sollte das Oberverwaltungsgericht hingegen dahin zu verstehen sein, dass die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Äußerung des Ministers nur unter den konkreten Umständen des Einzelfalls unbedenklich war, verfehlte es ebenfalls die für einen effektiven Rechtsschutz gebotene Prüfungstiefe. Es fehlte dann an der gebotenen eigenen Überzeugungsbildung von dem tatsächlichen Geschehen und erforderlichenfalls einer weiteren Aufklärung des entscheidungserheblichen Sachverhalts. 42

Eine abschließende Beweiswürdigung hat das Oberverwaltungsgericht nicht angestellt. Mit seiner Erwägung, die Äußerung des Ministers zu einem Vorsprung der Beigeladenen könne auf einer zulässigen bloßen Voreinschätzung beruhen, zeigt es lediglich eines von mehreren möglichen Ergebnissen einer Beweiswürdigung auf, das – ohne Entscheidung des Gerichts für oder gegen diese Möglichkeit – eine richterliche Überzeugungsbildung nicht tragen (vgl. Kraft, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 108 Rn. 18) und auch einen weiteren Aufklärungsbedarf nicht entfallen lassen kann (vgl. zur Unzulässigkeit einer antizipierten Beweiswürdigung Dawin/Panzer, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, § 86 VwGO Rn. 121 <Feb. 2021>). Das Oberverwaltungsgericht hat auch nicht festgestellt, dass das Vorbringen des Beschwerdeführers in der eidesstattlichen Versicherung durch den Vortrag des Ministeriums und die vom Oberverwaltungsgericht zitierten öffentlichen Äußerungen des Ministers und weiterer Ministerialbeamter widerlegt sei. Es hat allein auf die Existenz dieser Äußerungen hingewiesen (juris, Rn. 27: „Der Minister hat insoweit durchgängig vortragen lassen und im Landtag NRW auch selbst erklärt ...“; juris, Rn. 120: „Im Übrigen liegen bereits öffentliche Bekundungen des Ministers und des Abteilungsleiters Z im Rechtsausschuss vor, in denen diese in Übereinstimmung mit den Ausführungen des Ministers und Chefs der Staatskanzlei im Landtag das Vorliegen einer politischen Absprache und Einflussnahme verneint haben.“), die sachliche Richtigkeit der Äußerungen aber offengelassen. Den inhaltlichen Gegensatz, dass einerseits der Minister im Landtag erklärt hat, er habe zu keinem Zeitpunkt einem Konkurrenten gegenüber geäußert, dass es eine andere (bessere) Bewerbung gebe, und andererseits der Beschwerdeführer eidesstattlich versichert hat, dass der Minister ihm gegenüber von einem Vorsprung der Beigeladenen gesprochen habe, hat das Oberverwaltungsgericht nicht aufgelöst. 43

Der Gegensatz durfte nicht unaufgelöst bleiben. Denn wie bereits ausgeführt, ergibt sich bei Zugrundelegung der eidesstattlichen Versicherung ein problematischer Umstand des 44

Besetzungsverfahren daraus, dass dem Ministerium im Zeitpunkt des Gesprächs des Ministers mit dem Beschwerdeführer die Beurteilung der Beigeladenen noch nicht vorlag. Es ist nicht erkennbar, auf welcher sachlichen Grundlage im Sinne der Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG die Annahme eines Vorsprungs zu diesem Zeitpunkt beruhen konnte.

Die nähere Würdigung und gegebenenfalls Aufklärung des Sachverhalts durch das Oberverwaltungsgericht durften zur Wahrung des effektiven Rechtsschutzes nicht mit Blick auf die Eilbedürftigkeit der Entscheidung unterbleiben, weil dem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes in Konkurrentenstreitverfahren die Rechtsschutzfunktion eines Hauptsacheverfahrens zukommt. Angesichts einer Dauer des Beschwerdeverfahrens von fünf Monaten ist nicht ersichtlich, dass jede weitere Aufklärung zu einer substantiellen Verzögerung des Verfahrens geführt hätte. 45

cc) Eine mögliche Verletzung des Art. 33 Abs. 2 GG infolge einer sachwidrigen Vorfestlegung und Voreingenommenheit des Ministers ist auch nicht aus anderen Gründen ausgeschlossen. 46

Eine Obliegenheit zur frühzeitigen Rüge einer Befangenheit, wie sie das Ministerium der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen geltend macht, hat das Oberverwaltungsgericht nicht angenommen. Eine solche Rügeobliegenheit folgt auch nicht verfassungsrechtlich zwingend aus Art. 33 Abs. 2 GG oder den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG. Zwar umfasst die Treuepflicht eines Beamten oder Richters gegenüber dem Dienstherrn eine allgemeine Pflicht zur Rücksichtnahme, die in bestimmten Konstellationen die Wahrnehmung eigener Rechte gegenüber dem Dienstherrn begrenzen kann (vgl. BVerfGE 3, 58 <156 ff.>; 81, 363 <384 f.>; BVerwG, Urteil vom 17. Februar 2022 - 2 C 5.21 -, juris, Rn. 24 m.w.N., zum Grundsatz der zeitnahen Geltendmachung einer zu niedrigen Alimentation). Ein Bedürfnis für einen solchen Interessenausgleich ist hier jedoch nicht erkennbar, da dem (hier: zukünftigen) Dienstherrn die Verantwortung für die faire Gestaltung des Auswahlverfahrens zukommt und die für eine Befangenheit des Entscheiders relevanten Tatsachen zugänglich sind. 47

Anderes ergibt sich auch nicht aus dem allgemeinen Rechtsgedanken der Verwirkung. Zwar unterliegen der Bewerbungsverfahrensanspruch und das daraus folgende Recht auf Anfechtung der Auswahlentscheidung nach der fachgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich der Verwirkung (vgl. BVerwGE 163, 36 <41 ff. Rn. 15 ff.>). Da aber im Auswahlverfahren nach Abgabe der Bewerbung regelmäßig – und so auch hier – keine weiteren Verfahrenshandlungen des Bewerbers notwendig sind, fehlt es vorliegend bereits an äußeren Umständen, an die ein Vertrauen des Dienstherrn darauf, der Beschwerdeführer werde eine mögliche sachwidrige Vorfestlegung und Voreingenommenheit des Ministers unbeanstandet lassen, anknüpfen könnte. Insoweit liegen die Dinge in wesentlicher Hinsicht anders als in den Fällen einer aktiven Mitwirkung des Betroffenen an einem Auswahlverfahren in Kenntnis eines Befangenheitsgrundes (vgl. dazu BVerwGE 90, 287 <290 f.>). 48

Schließlich steht der Entscheidungserheblichkeit nicht entgegen, dass nach der im Auswahlvermerk angestellten Eignungsprognose nicht nur der Beigeladenen, sondern auch dem Mitbewerber (...) ein Vorsprung gegenüber dem Beschwerdeführer zugeschrieben wurde. Denn um eine Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs durch einen Fehler des Auswahlverfahrens zu rügen, genügt es, wenn die Aussichten des Bewerbers, beim zweiten Mal ausgewählt zu werden, offen sind (vgl. BVerfGK 9, 1 <6>; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 24. September 2002 - 2 BvR 857/02 -, Rn. 13). Dies ist hier der Fall, da der Beschwerdeführer das Anforderungsprofil der Stelle erfüllt und überdies als hervorragend geeignet eingeschätzt wurde. Auf das Verhältnis zum bisherigen Bewerberfeld kommt es schon deshalb nicht an, weil das Bewerberfeld bei einer erneuten Durchführung des Verfahrens nicht konkret absehbar ist. Im Übrigen unterliegt die Reihung der Bewerber dem Beurteilungsspielraum des Dienstherrn, der ihn erneut ergebnisoffen wahrzunehmen hätte.

4. Eine verfassungsgerichtliche Prüfung, ob der Beschwerdeführer tatsächlich aufgrund einer sachwidrigen Vorfestlegung und Voreingenommenheit des Ministers in seinem Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzt wurde, ist aufgrund der bislang unzureichenden Klärung des Sachverhalts durch das Oberverwaltungsgericht derzeit nicht möglich. Es ist Aufgabe des Oberverwaltungsgerichts, ausreichende tatsächliche Feststellungen hierzu zu treffen und auf dieser Grundlage die Rechtmäßigkeit des Auswahlverfahrens anhand der Maßstäbe des Art. 33 Abs. 2 GG erneut zu überprüfen.

#### IV.

Im Übrigen wird die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen. Sie ist insoweit unzulässig, weil sie den Substantiierungsanforderungen nach § 23 Abs. 1 Satz 2, § 92 BVerfGG nicht genügt. Von einer weiteren Begründung wird insoweit gemäß § 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG abgesehen.

#### V.

Die Erstattung der notwendigen Auslagen des Beschwerdeführers wird nach § 34a Abs. 2 BVerfGG zur Hälfte angeordnet, weil den unzulässigen Rügen des Beschwerdeführers ein entsprechendes eigenständiges Gewicht zukommt (vgl. BVerfGE 32, 1 <39>; 86, 90 <122>; 88, 366 <381>; BVerfGK 20, 164 <170>).

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

König

Offenloch

Wöckel