



Im Namen des Volkes

**In dem Verfahren
über
die Verfassungsbeschwerde**

des Herrn M...

- Bevollmächtigte: Rechtsanwältin Prof. Dr. Ruth Wehner,
Neustadt 116, 25813 Husum -

gegen den Beschluss des Hamburgischen Obergerichtes vom 11. Dezember 2003 – 1 Bs 599/03 -

hat die 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch

den Vizepräsidenten Hassemer,
die Richter Di Fabio
und Landau

gemäß § 93c in Verbindung mit § 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl I S. 1473) am 1. August 2006 einstimmig beschlossen:

Der Beschluss des Hamburgischen Obergerichtes vom 11. Dezember 2003 – 1 Bs 599/03 – verletzt den Beschwerdeführer in seinen Grundrechten aus Artikel 19 Absatz 4 in Verbindung mit Artikel 33 Absatz 2 des Grundgesetzes.

Die Entscheidung wird aufgehoben. Die Sache wird an das Obergericht zurückverwiesen.

Die Freie und Hansestadt Hamburg hat dem Beschwerdeführer die notwendigen Auslagen für das Verfassungsbeschwerde-Verfahren zu erstatten.

Gründe:

I.

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Ablehnung seines Eilantrags in einem beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit. 1

1. Der Beschwerdeführer ist, die Beigeladene des Ausgangsverfahrens war Professor bzw. Professorin der Besoldungsgruppe C 2 an der Fachhochschule für öffentli- 2

che Verwaltung. Nachdem er von der bevorstehenden Beförderung der Beigeladenen auf eine C 3-Professur erfahren hatte, beantragte der Beschwerdeführer am 11. November 2003 beim Verwaltungsgericht Hamburg die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes. In dem Verfahren nahm die Freie und Hansestadt Hamburg dahingehend Stellung, bei der beabsichtigten Beförderung handele es sich nicht um eine Berufung auf eine Professorenstelle, sondern um eine "Stellenhebung ad personam" von C 2 auf C 3 im Rahmen von Bleibeverhandlungen zur Abwehr eines auswärtigen Rufs der Beigeladenen, für die es keines Auswahlverfahrens bedürfe. Das Verwaltungsgericht Hamburg gab dem Antrag des Beschwerdeführers mit Beschluss vom 27. November 2003 statt. Zur Begründung führte es aus, die im Streit stehende Stelle habe nicht ohne ihre vorherige Ausschreibung vergeben werden dürfen. Die Auswahl des Beschwerdeführers sei jedenfalls möglich, weil er bereits auf einer Professorenstelle am Fachbereich Rechtswissenschaften unterrichte und deshalb für die Lehrtätigkeit in den der zu vergebenden C 3-Stelle zugedachten Fächern qualifiziert sei.

2. Auf die von der Stadt Hamburg und der Beigeladenen eingelegten Beschwerden hob das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht die erstinstanzliche Entscheidung mit Beschluss vom 11. Dezember 2003 auf und lehnte den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ab. Zur Begründung führte das Gericht aus, es könne dahingestellt bleiben, ob eine Ausschreibungspflicht bestanden habe. Jedenfalls habe der Beschwerdeführer die Möglichkeit seiner Wahl für diesen Fall nicht glaubhaft gemacht. Aus seinem Vorbringen in dem Verfahren um die Verpflichtung zur Korrektur fachfremder Klausuren, welches im Jahr 2000 beim Obergerverwaltungsgericht anhängig gewesen sei, ergebe sich, dass er für die vakante Stelle von Prof. A. in der Ausgestaltung der neuen Ausweisung offenkundig nicht geeignet, die Möglichkeit seiner Beförderung mithin ausgeschlossen sei. Zwar könne es zutreffen, dass der Beschwerdeführer seit 1999 zahlreiche Klausuren auch in den Fächern Allgemeines Verwaltungs-, Polizei- sowie Öffentliches Dienstrecht korrigiert habe und diese Korrekturen sämtlich unbeanstandet geblieben seien, er darüber hinaus über Erfahrungen in Staatsprüfungen verfüge, in denen er regelmäßig auch in den vorgenannten Fächern als stimmberechtigtes Mitglied der Prüfungskommission teilnehme und er seine Kenntnisse auf diesen Gebieten aufgefrischt, erweitert und erheblich vertieft habe. Es möge richtig sein, dass er sich vor allem im Zusammenhang mit der Diskussion um die Einführung des – das Strafprozess- und das Polizeirecht zusammenfassenden – Fachs "Eingriffsrecht" verstärkt mit diesen Rechtsbereichen befasst habe. Dies ändere aber nichts daran, dass der Beschwerdeführer seit 20 Jahren Lehrerfahrung ausschließlich in den Fächern Straf-, Strafverfahrens-, Ordnungswidrigkeiten- und Bürgerliches Recht erworben habe und deshalb auch bei einer Ausschreibung der fraglichen C 3-Stelle chancenlos sei.

3

II.

1. Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer die Verletzung seiner Rechte aus Art. 19 Abs. 4, Art. 33 Abs. 2 und Art. 103 Abs. 1 GG. Die Stellenvergabe ohne vorherige Ausschreibung und ohne seine Einbeziehung in die Auswahl-

4

lentscheidung verstoße gegen Art. 33 Abs. 2 GG. Der angegriffene Beschluss verletze zudem Art. 33 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG. Das Oberverwaltungsgericht habe die Anforderungen an die Darlegung eines Anordnungsanspruchs überspannt. Es habe die Entscheidung des Verwaltungsgerichts zu Ungunsten des Beschwerdeführers abgeändert, ohne ihm zuvor die Beschwerdebegründungen der Stadt Hamburg und der Beigeladenen zuzuleiten, und aus Schriftsätzen vorangegangener Gerichtsverfahren zitiert, die ihm nicht zur Kenntnis gegeben worden seien und zu denen er keine Stellung habe nehmen können. Andernfalls hätte er die damaligen Umstände des Gerichtsverfahrens darlegen und darauf hinweisen können, dass das Oberverwaltungsgericht seinerzeit entschieden habe, er sei auch in den Fächern einsetzbar, bezüglich derer ihm das Oberverwaltungsgericht nunmehr die Eignung abspreche.

2. Die Behörde für Inneres der Freien und Hansestadt Hamburg hat von der Möglichkeit zur Stellungnahme keinen Gebrauch gemacht. Die Beigeladene des Ausgangsverfahrens verteidigt die angegriffene Entscheidung. Die Bleibeverhandlungen hätten nur zu einer besoldungs-, nicht jedoch zu einer statusrechtlichen Änderung ihres Amtes geführt. Sie seien vom Haushalts- und Organisationsermessen des Dienstherrn gedeckt, ohne dass es eines Auswahlverfahrens bedürfe. In einem solchen sei ein Erfolg des Beschwerdeführers im Übrigen auszuschließen.

5

III.

Mit Beschluss vom 18. Dezember 2003 – 2 BvQ 70/03 – hat das Bundesverfassungsgericht dem Antrag des Beschwerdeführers auf Erlass einer einstweiligen Anordnung stattgegeben und die Wirkung des angefochtenen Beschlusses ausgesetzt. Den Antrag auf Verlängerung der einstweiligen Anordnung lehnte es mit Beschluss vom 9. Juni 2004 – 2 BvQ 70/03 – ab, nachdem die Freie und Hansestadt Hamburg zugesichert hatte, die im Streit stehende Stelle erst nach Durchführung einer Ausschreibung zu besetzen.

6

IV.

Die Kammer nimmt die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an, weil dies zur Durchsetzung der Rechte des Beschwerdeführers gemäß § 90 Abs. 1 BVerfGG angezeigt ist (§§ 93a Abs. 2 Buchstabe b, 93b Satz 1 BVerfGG). Die Verfassungsbeschwerde ist überwiegend offensichtlich begründet. Das Bundesverfassungsgericht hat die hier maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen bereits entschieden (§ 93c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG).

7

1. a) Die Verfassungsbeschwerde ist hinsichtlich des gerügten Verstoßes gegen Art. 19 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 GG zulässig. Zwar war das fachgerichtliche Begehren des Beschwerdeführers darauf gerichtet, die Berufung der Beigeladenen vor Abschluss eines Auswahlverfahrens zu untersagen, an welchem auch er teilnehmen konnte; die Freie und Hansestadt Hamburg hat zwischenzeitlich die Durchführung einer Ausschreibung zugesichert. Dennoch ist hiermit die Belastung des Beschwerdeführers durch den angefochtenen Beschluss nicht entfallen. Darin

8

hat das Oberverwaltungsgericht festgestellt, der Beschwerdeführer sei für die C 3-Stelle "offensichtlich ungeeignet" und "auch bei einer Ausschreibung [...] offenkundig chancenlos". Für den Beschwerdeführer besteht die Gefahr, dass ihm diese Feststellungen im Rahmen einer etwaigen Bewerbung auf die dann ausgeschriebene Stelle entgegen gehalten werden.

b) Soweit der Beschwerdeführer rügt, ihm sei die Beschwerdebeurteilung der Stadt Hamburg nicht zugeleitet worden, ist die Verfassungsbeschwerde unzulässig. Er hat nicht geltend gemacht, was er im Fall der rechtzeitigen Kenntnis zusätzlich vorgetragen hätte. Folglich wurde das Beruhen der Entscheidung nicht in einer §§ 92, 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG genügenden Weise dargelegt.

9

2. Die angegriffene Entscheidung verletzt den Beschwerdeführer in seinen Grundrechten aus Art. 19 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 des Grundgesetzes.

10

a) Es bedarf keiner Entscheidung, ob der Ansicht zu folgen ist, die Anhebung der Besoldung im Rahmen von Bleibeverhandlungen unterfalle mangels Vorliegens einer Konkurrenzsituation sowie aufgrund hochschulspezifischer Besonderheiten nicht dem Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG und sei folglich entgegen § 4 Abs. 3 des Gesetzes über die Fachhochschule für öffentliche Verwaltung (GFÖV) nicht auszuschreiben. Eine endgültige Festlegung in dieser Frage erforderte weitere tatsächliche Feststellungen, die zu treffen vorrangig den Fachgerichten obliegt. Das Oberverwaltungsgericht hat diese Frage in der angefochtenen Entscheidung dahingestellt gelassen und damit zugunsten des Beschwerdeführers unterstellt, ein Bewerbungsverfahren habe durchgeführt werden müssen. Die Notwendigkeit eines Auswahlverfahrens ist jedenfalls nicht offensichtlich zu verneinen. Von ihr ist deshalb auch im Rahmen der verfassungsrechtlichen Überprüfung der Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts auszugehen.

11

aa) § 4 Abs. 3 Satz 1 GFÖV schreibt – ebenso wie § 14 Abs. 1 Satz 2 Hamburgisches Hochschulgesetz (HmbHG) – vor, dass Professuren, die wiederbesetzt werden sollen, von der Hochschule öffentlich auszuschreiben sind. Es bestehen hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass der Beigeladenen des Ausgangsverfahrens der zuvor von Prof. A. innegehabte und derzeit vakante C 3-Lehrstuhl übertragen werden sollte. Hierfür spricht, dass sie die dem ehemaligen Lehrstuhl Prof. A. unterfallenden Aufgaben wahrnehmen und dessen Stelle von der Besoldungsgruppe C 3 nach C 2 abgewertet werden soll; die beabsichtigte Maßnahme geht damit über eine bloße Aufwertung der von der Beigeladenen innegehabten Professur hinaus und erweckt den Anschein, dass im Rahmen der "Bleibeverhandlungen" eine Nachbesetzung der Stelle von Prof. A. erfolgte. Bestärkt wird dieser Eindruck dadurch, dass auch in den Stellungnahmen des Personalrats der Polizei Hamburg vom 27. Oktober 2003 und der Präsidialabteilung vom 24. Oktober 2003 sowie in einem Schreiben des Rektors der Fachhochschule an den Hamburger Innensenator vom 28. Oktober 2003 von einer Umsetzung der Beigeladenen auf die vorhandene C 3-Professur ausgegangen wird. Die Beigeladene hat im Verfahren 2 BvQ 70/03 selbst von ihrer Umsetzung auf

12

die ehemals von Prof. A. besetzte Stelle gesprochen. Auch das Verwaltungsgericht hat festgestellt, der Beigeladenen solle die "neu gewidmete C 3-Stelle (ehemals Prof. A.)" zugewiesen werden.

bb) Der Umstand, dass die Absprachen mit der Beigeladenen im Rahmen so genannter Bleibeverhandlungen getroffen wurden, berührt nicht die Anwendbarkeit des § 4 Abs. 3 Satz 1 GFÖV. Die Bleibevereinbarung ist nicht geeignet, entgegenstehendes Gesetzesrecht zu überspielen. 13

(1) Es kann dahingestellt bleiben, ob es einen hergebrachten Grundsatz des Hochschullehrerbeamtenrechts gibt, wonach die Rechtsstellung der Professoren durch Sonderzusagen in Form von Berufungsvereinbarungen bestimmt wird (vgl. BVerfGE 43, 242 <277 f.>). Bleibezusagen sind eine besondere Art der Berufungsvereinbarungen. In ihnen können mit einem Professor, der nach auswärts berufen wird, Absprachen über Bedingungen getroffen werden, unter denen er sich verpflichtet, den Ruf abzulehnen. Wie auch bei Berufungsvereinbarungen, werden hierin häufig die besoldungsrechtliche Stellung des Hochschullehrers, die sachliche Ausstattung der Professur und der wissenschaftlichen Einrichtung sowie andere Arbeitsbedingungen geregelt (vgl. Thieme, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 721 ff.). Anders als bei Berufungsvereinbarungen enthalten Bleibezusagen jedoch keine Verpflichtung zur Berufung in ein bestimmtes Beamtenverhältnis (vgl. Thieme, Berufungszusagen und Hochschulreform, S. 9). 14

(2) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aufgrund § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BBesG. Danach können in den Besoldungsgruppen W 2 und W 3 unter anderem aus Anlass von Bleibeverhandlungen neben dem Grundgehalt variable Leistungsbezüge vergeben werden. Abgesehen davon, dass deren nähere Ausgestaltung gemäß § 33 Abs. 4 BBesG dem Landesgesetzgeber vorbehalten bleibt, die Hamburgische Verordnung über Leistungsbezüge sowie Forschungs- und Lehrzulagen für Hochschulbedienstete (HmbHLeistBVO) jedoch erst am 4. Januar 2005 erlassen wurde, widerspricht diese Vorschrift der Annahme, der Besoldungsgesetzgeber habe die Vergabe eines Beförderungsamtes zum möglichen Inhalt von Bleibeverhandlungen erklären wollen. § 33 Abs. 1 BBesG spricht lediglich von der Vergabe von Leistungsbezügen. Zudem beschränkt § 33 Abs. 3 BBesG die Ruhegehaltfähigkeit der zusätzlich vereinbarten Bezüge auf 40 v.H.; nach § 8 Abs. 3 HmbHLeistBVO kann dieser Satz unter bestimmten Voraussetzungen auf maximal 80 v.H. angehoben werden. Die Bezüge eines Beförderungsamtes sind hingegen in voller Höhe ruhegehaltfähig. 15

(3) Gegen eine einschränkende Auslegung des § 4 Abs. 3 Satz 1 GFÖV spricht schließlich auch, dass die Parallelvorschrift des § 14 Abs. 1 Satz 2 HmbHG bereits eine – hier nicht einschlägige – Ausnahme von der Ausschreibungspflicht enthält. Dass der Gesetzgeber nur in diesem Fall eine Vergabe ohne vorherige Ausschreibung vorgesehen hat, steht der Annahme einer weiteren Ausnahme zusätzlich entgegen. 16

b) Ist mithin für die Überprüfung der angefochtenen Entscheidung von der Notwen- 17

digkeit eines Auswahlverfahrens und damit der Anwendbarkeit des Art. 33 Abs. 2 GG auszugehen, so hat das Oberverwaltungsgericht die aus Art. 19 Abs. 4 i.V.m. Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs in verfassungswidriger Weise überspannt. Aus Art. 33 Abs. 2 GG folgt der Anspruch eines Beförderungsbewerbers auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung (Bewerbungsverfahrensanspruch). Der verwaltungsgerichtliche Eilrechtsschutz setzt zur Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs lediglich voraus, dass die Aussichten des Beschwerdeführers, im Falle eines ordnungsgemäßen Auswahlverfahrens zum Zuge zu kommen, offen sind, d. h. seine Auswahl muss als möglich erscheinen (BVerfG, DÖD 2003, S. 17 <18>).

Dem trägt der angegriffene Beschluss nicht hinreichend Rechnung. Zwar hat sich das Oberverwaltungsgericht auf diesen Maßstab berufen. Die vom Gericht getroffenen Feststellungen rechtfertigen jedoch nicht die von ihm gezogene Schlussfolgerung, der Beschwerdeführer sei bei einer Ausschreibung der C 3-Stelle offensichtlich chancenlos. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass das Oberverwaltungsgericht zugunsten des Beschwerdeführers unterstellt hat, er habe bereits zahlreiche Klausuren beanstandungslos auch in den Fächern Allgemeines Verwaltungs-, Polizei- sowie Öffentliches Dienstrecht korrigiert, verfüge darüber hinaus über Erfahrungen in Staatsprüfungen, in denen er regelmäßig auch in den vorgenannten Fächern als stimmberechtigtes Mitglied der Prüfungskommission teilnehme, habe seine Kenntnisse auf den entsprechenden Gebieten aufgefrischt, erweitert und erheblich vertieft und sich verstärkt mit diesen Rechtsbereichen befasst. Vor diesem Hintergrund sowie unter Berücksichtigung der langjährigen lehrenden Tätigkeit des Beschwerdeführers findet die Feststellung des Oberverwaltungsgerichts, die Möglichkeit einer Ernennung des Beschwerdeführers sei ausgeschlossen, allein in der vom Gericht herangezogenen fehlenden Lehrerfahrung auf diesen Fachgebieten keine hinreichende Grundlage, zumal sich das Gericht nicht mit der – vom Beschwerdeführer bestrittenen - Qualifikation der Beigeladenen auseinandergesetzt und in dem Verfahren aus dem Jahr 1997/98 entschieden hat, der Beschwerdeführer sei für alle Rechtsfächer einsetzbar.

3. Die Verfassungsbeschwerde ist unbegründet hinsichtlich des gerügten Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 1 GG. Art. 103 Abs. 1 GG garantiert den Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit, sich vor ihrem Erlass zu dem einer gerichtlichen Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt und zur Rechtslage zu äußern (BVerfGE 84, 188 <190>; 86, 133 <144>; 89, 28 <35>). Dementsprechend darf das Gericht nur solche Tatsachen verwerten, zu denen die Beteiligten vorher Stellung nehmen konnten (BVerfGE 20, 347 <349>; 89, 381 <392>), was einschließt, dass das Gericht neuen Tatsachenvortrag einer Partei nur dann in seiner Entscheidung berücksichtigen darf, wenn es die diesbezüglichen Schriftsätze den anderen Beteiligten zuvor zur Kenntnis gebracht hat (BVerfGE 19, 32 <36 f.>; 55, 95 <98>; 67, 96 <99>). Das Gericht hat seine Entscheidung maßgeblich auf die bereits in der Beschwerdeschrift der Beigeladenen enthaltenen Zweifel an der Qualifikation des Beschwerdeführers gestützt. Dieses Schreiben wurde dem Beschwerdeführer rechtzeitig zur Stellungnahme zugelei-

18

19

tet. Er ist hierauf auch in seiner Äußerung dem Oberverwaltungsgericht gegenüber eingegangen.

4. Gemäß § 34a Abs. 2 BVerfGG sind dem Beschwerdeführer die notwendigen Auslagen zu erstatten. 20

Diese Entscheidung ist unanfechtbar. 21

Hassemer

Di Fabio

Landau

**Bundesverfassungsgericht, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom
1. August 2006 - 2 BvR 2364/03**

Zitiervorschlag BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 1. August 2006 - 2 BvR 2364/03 - Rn. (1 - 21), http://www.bverfg.de/e/rk20060801_2bvr236403.html

ECLI ECLI:DE:BVerfG:2006:rk20060801.2bvr236403