BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 2 C 14.02
OVG 2 A 323/99

Verkündet
am 21. August 2003
Schütz
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt Dr. Andreas Reich,
Hollerallee 67, 28209 Bremen -

g e g e n

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

Beteiligter:

Der Vertreter des Bundesinteresses beim
Bundesverwaltungsgericht,

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 21. August 2003
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Silberkuhl
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dawin, Dr. Kugele,
Groepfer und Dr. Bayer

für Recht erkannt:

Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts der Freien Hansestadt
Bremen vom 28. November 2001 wird aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Entschei-
dung an das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt
Bremen zurückverwiesen.

Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung vorbe-
halten.

G r ü n d e :

I.

Der Kläger ist Verwaltungsamtmann der Beklagten. Diese schrieb 1990 die nach der Besoldungsgruppe A 12 bewertete Stelle des Leiters des Sachgebiets Sozialhilfe beim Ortsamt H. aus. Die Stelle übertrug sie dem Verwaltungsamtmann Y., der zum Ortsamt H. versetzt wurde, und lehnte die Bewerbung des Klägers im Januar 1991 ab.

1992 traf der Senator für Inneres eine erneute Auswahlentscheidung zu Gunsten des Mitbewerbers Y. Daraufhin erklärte der Kläger in Übereinstimmung mit der Beklagten den Rechtsstreit wegen der ersten Auswahlentscheidung für erledigt, erhob aber Klage gegen die neue Auswahlentscheidung. Durch einstweilige Anordnung vom 31. März 1992 (Az. 6 V 79/92) gab das Verwaltungsgericht der Beklagten auf, die dem Dienstposten des Leiters des Sachgebiets Sozialhilfe beim Ortsamt H. zugeordnete Planstelle freizuhalten. Dennoch beförderte die Beklagte den Mitbewerber Y. mit Wirkung vom 24. Juni 1992 zum Amtsrat. Nachdem die Beklagte ihre Auswahlentscheidung von Januar 1992 wiederum aufgehoben hatte, wurde das Klageverfahren wegen Hauptsacheerledigung eingestellt.

Im November 1995 beantragte der Kläger bei der Beklagten, ihm rückwirkend seit dem 25. August 1991 den Unterschiedsbetrag zwischen seiner bisherigen Besoldung und der auf der ausgeschriebenen Stelle zu erzielenden Besoldung nebst 4 % Zinsen seit den monatlichen Fälligkeitszeitpunkten zu zahlen.

Nach Ablehnung des Antrags und erfolglosem Widerspruch hat das Verwaltungsgericht die Klage abgewiesen, mit der der Kläger neben dem Ausgleich des Vermögensnachteils seit dem 24. Juni 1992 auch die Verpflichtung der Beklagten begehrt hat, über sein Bewerbungsgesuch erneut zu entscheiden. Das Oberverwaltungsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

Soweit der Kläger die erneute Bescheidung seiner Bewerbung begehre, sei die Klage mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Das Auswahl- und Besetzungsverfahren habe sich durch die Beförderung des Mitbewerbers und dessen Einweisung in die ausgeschriebene Stelle erledigt. Die vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 13. September 2001 (BVerwG 2 C 39.00) gerügte Rechtsschutzlücke bestehe nicht. Das Bundesverfassungsgericht habe im Ausschluss der so genannten Konkurrentenklage im Beamtenrecht keinen Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG gesehen.

Die Klage auf Schadensersatz sei unbegründet. Die Beklagte habe zwar bei der zu Gunsten des Mitbewerbers getroffenen, zur Stellenbesetzung führenden Auswahlentscheidung ihre Pflichten gegenüber dem Kläger in zweifacher Weise verletzt. Denn sie habe zum einen eine Auswahlentscheidung ohne verwertbare aktuelle dienstliche Beurteilung des Klägers getroffen und zum anderen die Beförderungsstelle unter Missachtung der im Verfahren des Verwaltungsgerichts 6 V 79/92 erlassenen Sicherungsanordnung besetzt und damit die Verfahrensrechte des Klägers ver-eitelt. Diese Pflichtverletzungen seien jedoch nicht adäquat-kausal für den Schaden, da die Beklagte auch bei Vermeidung dieser Fehler den Mitbewerber Y. hätte vorziehen dürfen.

Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision rügt der Kläger die Verletzung formellen und materiellen Rechts und beantragt,

die Urteile des Oberverwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 28. November 2001 und des Verwaltungsgerichts Bremen vom 17. Dezember 1998 sowie die Bescheide der Beklagten vom 11. Dezember 1995 und vom 14. Februar 1996 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten,

1. den Kläger so zu stellen, als ob er bereits zum 24. Juni 1992 zum Amtsrat befördert und in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 12 eingewiesen worden wäre, und auf den Ausgleich des Vermögensnachteils 4 % Zinsen seit den monatlichen Fälligkeitszeitpunkten zu zahlen;

2. über das Bewerbungsgesuch des Klägers vom 2. Juli 1990 betreffend die im Amtsblatt der Beklagten vom 26. Juni 1990 ausgeschriebene Stelle des Leiters des Sachgebietes Sozialhilfe beim Ortsamt H. innerhalb von sechs Wochen nach Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung zu entscheiden.

Die Beklagte tritt der Revision entgegen und beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Der Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht schließt sich der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts an, dass mit der endgültigen Besetzung einer Planstelle das Auswahlverfahren beendet sei.

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an die Vorinstanz. Für eine abschließende Sachentscheidung bedarf es weiterer tatsächlicher Feststellungen.

Die Klage ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts insgesamt zulässig. Dem Kläger fehlt für sein Begehren, die Beklagte zur Neubescheidung seiner Bewerbung zu verpflichten, nicht das Rechtsschutzinteresse. Das Auswahl- und Besetzungsverfahren hat sich durch die Beförderung des Mitbewerbers und dessen Einweisung in die ausgeschriebene Planstelle nicht erledigt, weil die Beklagte sich damit über eine vom Kläger erwirkte einstweilige Anordnung hinweggesetzt hat.

Art. 33 Abs. 2 GG gewährt jedem Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung (vgl. BVerfGE 1, 167 <184>). Ein Beförderungsbewerber hat dementsprechend einen Anspruch darauf, dass der Dienstherr über seine Bewerbung ermessens- und beurteilungsfehlerfrei entscheidet (vgl. BVerfG, Kammerbeschlüsse vom 9. Juli 2002 - 2 BvQ 25/02 - NVwZ 2002, 1367 und vom 24. September 2002 - 2 BvR 857/02 - NVwZ 2003, 200 <201>; BVerwG, Urteile vom 25. August 1988 - BVerwG 2 C 51.86 - BVerwGE 80, 123 ff. und vom 25. April 1996 - BVerwG 2 C 21.95 - BVerwGE 101, 112 <114 f.>). Dieser Bewerbungsverfahrensanspruch lässt sich allein mittels einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO sichern. Der abgelehnte Bewerber muss vorläufigen Rechtsschutz in Anspruch nehmen mit dem Ziel, die Stelle bis zu einer abschließenden Entscheidung über seinen Bewerbungsverfahrensanspruch freizuhalten, um zu verhindern, dass durch die Ernennung des ausgewählten Konkurrenten vollendete Tatsachen geschaffen werden. Wird die umstrittene Stelle anderweitig besetzt, bleibt ihm sowohl die erfolgreiche Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes als auch primärer Rechtsschutz in der Hauptsache versagt. Der um eine Beförderungsauswahl geführte Rechtsstreit erledigt sich mit der endgültigen Besetzung der ausgeschriebenen Stelle, weil Beförderung und Besetzung der Stelle nicht mehr rückgängig gemacht werden dürfen. Das hat der erkennende Senat in ständiger Rechtsprechung entschieden (vgl. Urteile 25. August 1988 - BVerwG 2 C 62.85 - BVerwGE 80, 127 <129 f.> und vom 9. März 1989 - BVerwG 2 C 4.87 - Buchholz 232 § 23 BBG Nr. 36 S. 7 m.w.N.; Beschluss vom 30. Juni 1993 - BVerwG 2 B 64.93 - Buchholz 232 § 8 BBG Nr. 49 S. 10). Dem haben sich der Bundesgerichtshof (Urteil vom 6. April 1995 - III ZR 183/94 - BGHZ 129, 226 <229 f.>) und das Bundesarbeitsgericht (Urteile vom 2. Dezember 1997 - 9 AZR 445/96 - BAGE 87, 165 <169 f.> und - 9 AZR 668/96 - BAGE 87, 171 <178 f.> sowie vom 11. August 1998 - 9 AZR 155/97 - BAGE 89, 300 <301> und vom 28. Mai 2002 - 9 AZR 751/00 - ZTR 2003, 146 <147>) angeschlossen. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Rechtsprechung verfassungsrechtlich nicht beanstandet (Kammerbeschluss vom 19. September 1989 - 2 BvR 1576/88 - NJW 1990, 501 f.). Die im Urteil des Senats vom 13. September 2001 - BVerwG 2 C 39.00 - (BVerwGE 115, 89 <91 f.>) geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken hat es durch seinen erneuten Kammerbeschluss vom 24. September 2002 - 2 BvR 857/02 - DVBl 2002, 1633 f.) entkräftet. Die Auslegung einfachen Rechts, die endgültige Besetzung der umstritte-

nen Planstelle mit dem erfolgreichen Mitbewerber schneide dem Unterlegenen die Verfolgung seines verfassungsrechtlich gewährleisteten Bewerbungsverfahrensanspruchs ab, ist danach nur dann mit Art. 19 Abs. 4 und Art. 33 Abs. 2 GG vereinbar, wenn ein bei der Beförderungsauswahl unterlegener Bewerber seinen Anspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG durch vorläufigen Rechtsschutz zur Abwendung vollendeter Tatsachen wirksam sichern kann. 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 101, 106 <122 f.> m.w.N.; stRspr). Einstweiliger Rechtsschutz ist deswegen unter eingehender tatsächlicher und rechtlicher Prüfung des im Hauptsacheverfahren geltend gemachten Bewerbungsverfahrensanspruchs zu gewähren. Ein abgelehnter Bewerber, dessen subjektives Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG durch eine fehlerhafte Auswahlentscheidung des Dienstherrn verletzt worden ist, kann eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung zumindest dann beanspruchen, wenn seine Erfolgsaussichten bei einer erneuten Auswahl offen sind, seine Auswahl also möglich erscheint. Im Verfahren über seinen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist derselbe Maßstab wie im Hauptsacheverfahren anzulegen. Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung dürfen ebenfalls nicht über das hinausgehen, was für ein Obsiegen im Hauptsacheverfahren genügt (BVerfG, Kammerbeschluss vom 24. September 2002, a.a.O.).

Im Streit um den Zugang zu einem öffentlichen Amt muss der unter Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG abgelehnte Bewerber vor Gericht seinen Bewerbungsverfahrensanspruch durchsetzen können. Die bloße Feststellung der Rechtswidrigkeit des sein Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzenden Verwaltungsakts oder die Verweisung auf Schadensersatz in Geld genügen seinem Rechtsschutzanspruch nicht, wenn nicht tatsächliche Umstände oder zwingende Gründe des allgemeinen Wohls der Beseitigung des angegriffenen Verwaltungsakts entgegenstehen (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 19. September 1989, a.a.O.). Wird die Verletzung eines subjektiven Rechts, hier des grundrechtsgleichen Rechts auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt (Art. 33 Abs. 2 GG), gerügt, fordert das Gebot effektiven Rechtsschutzes die Möglichkeit einer vollständigen rechtlichen und tatsächlichen Nachprüfung durch ein Gericht und dessen ausreichende Entscheidungsmacht, um drohende Rechtsverletzungen abzuwenden und geschehene Rechtsverletzungen wirksam zu beheben (vgl. BVerfGE 61, 82 <111>; 101, 106 <123>; stRspr). Praktische Schwierigkeiten

rechtfertigen es nicht, den durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleisteten Rechtsschutz einzuschränken (vgl. BVerfGE 84, 34 <55>).

Sowohl die Behörden als auch die Verwaltungsgerichte müssen dem Gebot effektiven Rechtsschutzes im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit sorgfältig Rechnung tragen. Das Verwaltungsverfahren darf nicht so ausgestaltet werden, dass es den gerichtlichen Rechtsschutz vereitelt oder unzumutbar erschwert (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 19. September 1989, a.a.O.). Der Dienstherr muss seine Auswahlentscheidung dem Unterlegenen rechtzeitig vor der Ernennung des Mitbewerbers mitteilen, um ihm die erfolgreiche Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes zu ermöglichen (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 19. September 1989, a.a.O.). Art. 33 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG sowie Art. 20 Abs. 3 GG verbieten dem Dienstherrn, entgegen einer einstweiligen Anordnung statusverändernde Maßnahmen zu treffen. Die Gerichte müssen das Verfahrensrecht in einer Weise auslegen und anwenden, die dem Gebot effektiven Rechtsschutzes genügt (vgl. BVerfGE 79, 69 <74>; 97, 298 <315>).

Mit diesen Vorgaben aus Art. 19 Abs. 4 GG in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 GG ist die Annahme unvereinbar, der Bewerbungsverfahrensanspruch gehe auch dann mangels Erfüllbarkeit durch den Dienstherrn unter, wenn dieser unter Verstoß gegen eine den Anspruch sichernde einstweilige Anordnung einen Konkurrenten befördere. Ebenso wie es Art. 19 Abs. 4 GG i.V.m. Art. 33 Abs. 2 GG verletzt, wenn der unterlegene Bewerber vom Ausgang des Stellenbesetzungsverfahrens erst nach der Ernennung des Mitbewerbers erfährt, ist dies auch dann der Fall, wenn der Dienstherr sich mit der Ernennung des Konkurrenten unter zusätzlicher Verletzung des Art. 20 Abs. 3 GG über eine einstweilige Anordnung hinwegsetzt. Der Dienstherr kann den verfassungsrechtlich gewährleisteten effektiven Rechtsschutz weder von vornherein noch nachträglich vereiteln. Der Betroffene hat vielmehr einen Anspruch auf Wiederherstellung, wenn die Verwaltung durch ihr Verhalten rechtzeitigen vorläufigen Rechtsschutz verhindert oder sich über dessen erfolgreiche Inanspruchnahme hinweg gesetzt hat (vgl. auch BAG, Urteil vom 28. Mai 2002, a.a.O. S. 148). Das ergibt die gebotene verfassungskonforme Auslegung und Anwendung des Verfahrens- und des materiellen Rechts. Nach den in § 162 Abs. 2 BGB sowie in den §§ 135, 136 BGB zum Ausdruck kommenden, auch im öffentlichen Recht geltenden allgemeinen

Rechtsgedanken (vgl. Urteile vom 25. Oktober 1996 - BVerwG 8 C 24.96 - BVerwGE 102, 194 <199> und vom 18. April 1997 - BVerwG 8 C 38.95 - Buchholz 454.71 § 27 WoGG Nr. 2 S. 10 m.w.N.) kann der Dienstherr einem zu Unrecht übergangenen Bewerber nicht durchgreifend entgegenhalten, dessen Bewerbungsverfahrensanspruch könne er mangels Besetzbarkeit der unter Verstoß gegen eine einstweilige Anordnung vergebenen Planstelle nicht mehr erfüllen. Der Betroffene kann vielmehr verlangen, verfahrensrechtlich und materiellrechtlich so gestellt zu werden, als sei die einstweilige Anordnung beachtet worden. Sein durch diese gesicherter Bewerbungsverfahrensanspruch ist im Hauptsacheverfahren unverändert gerichtlich umfassend zu prüfen. Erweist er sich als begründet, ist der Klage stattzugeben. Die Beförderung eines erweislich zu Unrecht nicht ausgewählten Bewerbers ist von Rechts wegen nicht ausgeschlossen, wenn der Dienstherr eine einstweilige Sicherungsanordnung missachtet hat. Das trifft auch für das Haushaltsrecht zu. Ebenso wenig wie der Dienstherr einem Schadensersatzanspruch wegen rechtswidrig und schuldhaft unterbliebener Beförderung einen Mangel an Haushaltsmitteln entgegenhalten kann, vermag er sich auf das Fehlen einer besetzbaren Planstelle zu berufen, wenn er diese unter Verstoß gegen eine einstweilige Anordnung mit einem Konkurrenten besetzt hat. So wie ggf. Schadensersatz aus Haushaltsmitteln geleistet werden muss, ist Bezahlung zu zahlen und erforderlichenfalls eine benötigte weitere Planstelle zu schaffen (vgl. auch Urteil vom 13. September 2001 - BVerwG 2 C 39.00 - a.a.O. S. 94). Eine erneut zu treffende Auswahlentscheidung kann allerdings nur zu einer Ernennung mit Wirkung für die Zukunft führen. Für die Vergangenheit kommt ausschließlich Schadensersatz in Betracht.

Nach den für das Revisionsgericht gemäß § 137 Abs. 2 VwGO verbindlichen Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts hat die Beklagte die ausgeschriebene Stelle, auf die sich der Kläger beworben hat, mit dem Mitbewerber Y. besetzt und dabei die einstweilige Anordnung des Verwaltungsgerichts vom 31. März 1992, nach der sie verpflichtet war, die dem Dienstposten des Leiters des Sachgebiets Sozialhilfe beim Ortsamt H. zugeordnete Planstelle freizuhalten, bewusst übergangen. Damit hat die Beklagte den vom Kläger nur im Eilverfahren erreichbaren und erreichten Rechtsschutz zunichte gemacht.

Unerheblich ist, dass die Beklagte für den Fall, dass der Kläger im Rechtsstreit "ob-siegen" sollte, zunächst eine andere Planstelle freigehalten hat. Ungeachtet des Vor-trags der Beklagten, dass die andere Planstelle zwischenzeitlich besetzt worden sei und deshalb ohnehin nicht mehr verfügbar wäre, hatte dieses "Freihalten" keine Be-deutung hinsichtlich der Vereitelung der Rechtsposition, die der Kläger auf Grund der Sicherungsanordnung erlangt hatte. Es unterliegt grundsätzlich nicht der Disposi-tionsbefugnis des Dienstherrn, für einen um Rechtsschutz nachsuchenden Bewerber eine andere als die zu besetzende Planstelle quasi als "Reserve" freizuhalten und später mit dem im Auswahlverfahren zunächst unterlegenen Bewerber zu besetzen, wenn sich im Gerichtsverfahren die Fehlerhaftigkeit der Auswahlentscheidung he-rausstellen sollte. Auch die anderweitige, freigehaltene Planstelle darf erst nach ei-nem auf sie bezogenen Vergabeverfahren besetzt werden. Soweit eine von mehre-ren Beförderungsstellen, auf die sich das Auswahlverfahren bezog, vorübergehend unbesetzt bleibt, um sie ggf. mit dem im Rechtsstreit Obsiegenden zu besetzen (Ur-teil vom 22. Januar 1998 - BVerwG 2 C 8.97 - BVerwGE 106, 129 <131>), geht es nicht um eine "Stellenreserve", sondern um die Besetzung der Stelle, die nach Ab-schluss des Auswahlverfahrens durch den Dienstherrn hätte besetzt werden können, wenn nicht Klage erhoben worden wäre.

Sowohl über den Bewerbungsverfahren- als auch über den Schadensersatzan-spruch kann auf der Grundlage der bisher vom Oberverwaltungsgericht getroffenen Feststellungen nicht abschließend entschieden werden. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats entspricht es dem bei der Beförderung zu beachtenden Grundsatz der Bestenauslese, zur Ermittlung des Leistungsstandes konkurrierender Bewerber in erster Linie auf unmittelbar leistungsbezogene Kriterien zurückzugreifen; regelmäßig sind dies die - bezogen auf den Zeitpunkt der Auswahlentscheidung - aktuellsten Beurteilungen (vgl. Urteile vom 19. Dezember 2002 - BVerwG 2 C 31.01 - IÖD 2003, 147 - und vom 27. Februar 2003 - BVerwG 2 C 16.02 - IÖD 2003, 170 <171>). Im Rahmen ordnungsgemäßer Personalbewirtschaftung hat der Dienstherr dafür zu sorgen, dass die Beamten grundsätzlich regelmäßig dienstlich beurteilt wer-den. Die dienstliche Beurteilung mit ihrer auf das innegehabte Amt bezogenen Be-wertung der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung dient vor allem dem Ver-gleich zwischen den für die Besetzung eines Beförderungsdienstpostens oder für die

Verleihung eines Beförderungsamtes in Betracht kommenden Beamten (vgl. Urteil vom 2. März 2000 - BVerwG 2 C 7.99 - Buchholz 237.8 § 18 RhPLBG Nr. 1 S. 2).

Neben diesen aktuellen dienstlichen Beurteilungen sind auch frühere dienstliche Beurteilungen zu berücksichtigen. Aus ihnen ergeben sich keine Hilfskriterien für die Auswahlentscheidung. Vielmehr handelt es sich um Erkenntnisse, die über Eignung, Befähigung und fachliche Leistung des Beurteilten Aufschluss geben und die deswegen gegenüber Hilfskriterien vorrangig sind. Vor allem bei einem Vergleich zwischen den Bewerbern um ein Beförderungsamt können sie bedeutsame Rückschlüsse und Prognosen für die künftige Bewährung in dem Beförderungsamt ermöglichen. Die daraus ableitbaren Entwicklungstendenzen haben nicht nur Bedeutung für den Vergleich von Bewerbern mit gleichwertigen aktuellen Beurteilungen (vgl. Urteil vom 19. Dezember 2002, a.a.O.). Sie vermögen auch Aufschluss darüber zu geben, ob ein Bewerber bei einer Beurteilung im Hinblick auf die Besetzung eines Beförderungsamtes bevorteilt oder benachteiligt wird. Unter diesem Gesichtspunkt unterliegen auch die anlassbezogenen Beurteilungen der Mitbewerber in einem Konkurrentenstreitverfahren der gerichtlichen Kontrolle.

Das angefochtene Urteil wird diesen Vorgaben nicht gerecht. Es hat bei der Überprüfung der Auswahlentscheidung zum Teil auf dienstliche Beurteilungen abgestellt, die wegen Rechtsfehler aufgehoben worden sind. Auf Aussagen solcher insgesamt unwirksamen Beurteilungen kann eine Auswahlentscheidung nicht gestützt werden. Insofern kommt es nicht darauf an, ob von dem Gericht die "Gesamtnote" oder nur die Benotung einzelner Merkmale herangezogen wird. Zudem haben dienstliche Beurteilungen, die sich auf einen Zeitraum nach dem 24. Juni 1992 erstrecken, keinen Ausgagewert dahin gehend, ob der Mitbewerber Y. zum Zeitpunkt der vollzogenen Beförderung nach dem Grundsatz der Bestenauslese den Vorzug erhalten musste. Schließlich hätte das Oberverwaltungsgericht die Leistungsentwicklung der Bewerber nachzeichnen müssen, bevor es auf so genannte Hilfskriterien abstellen durfte. Erst wenn sich nach den vorrangigen Kriterien kein Vorsprung eines anderen Bewerbers gegenüber dem Kläger ergibt, darf die Beklagte leistungs- und eignungsbezogene Hilfskriterien bestimmen, nach denen die Auswahl erfolgt (vgl. Urteil vom 25. August 1988 - BVerwG 2 C 51.86 - BVerwGE 80, 123 <125 f.>).

Soweit wirksame dienstliche Beurteilungen im maßgeblichen Zeitpunkt der Auswahlentscheidung fehlen, hindert dies nicht, das Stellenbesetzungsverfahren durchzuführen (vgl. Urteil vom 10. April 1997 - BVerwG 2 C 38.95 - Buchholz 236.1 § 3 SG Nr. 16). Von der Behörde sind jedoch die eignungs-, leistungs- und befähigungsrelevanten Merkmale des Bewerbers zu ermitteln, die einen Vergleich nach den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG ermöglichen. Auch dabei ist die originäre, durch die Verwaltungsgerichte nicht ersetzbare Beurteilungskompetenz des Dienstherrn zu beachten. Hat dieser es indessen versäumt, die Auswahlentscheidung auf fehlerfreie Grundlagen zu stützen, und ist es nicht mehr möglich, eine gesicherte Vergleichsbasis zu rekonstruieren, so trägt der Dienstherr die materielle Beweislast dafür, dass der nicht ernannte Bewerber auch nach einem fehlerfreien Auswahlverfahren ohne Erfolg geblieben wäre. Dies gilt sowohl für die nachzuholende Auswahl als auch für den Schadensersatz wegen unterbliebener Beförderung.

Die Beförderung des Mitbewerbers Y. ohne eine fehlerfreie Beurteilung der Leistung, Eignung und Befähigung sämtlicher Bewerber indiziert zwar nicht, dass die getroffene Maßnahme auch im Ergebnis fehlerhaft war. Das Versäumnis der Beklagten führt jedoch zu einer Umkehrung der materiellen Beweislast. Ist unter Berücksichtigung der Beurteilungsprärogative des Dienstherrn nicht mit der erforderlichen richterlichen Überzeugung festzustellen, dass der Kläger aller Voraussicht nach auch dann nicht ausgewählt worden wäre, wenn die Beklagte die Grundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG beachtet hätte, muss dem Begehren stattgegeben werden.

Welche Partei im Verwaltungsprozess die materielle Beweislast trägt, bestimmt sich mittels Auslegung derjenigen Norm, deren Tatbestand durch den nicht feststellbaren Umstand verwirklicht würde. Lässt sich dieser Norm keine besondere Anordnung über die Verteilung der Beweislast entnehmen, gilt die beweislastrechtliche Grundregel. Nach ihr ist die zweifelhaft gebliebene Tatsache als nicht existent zu behandeln, so dass der Nachteil der Beweislosigkeit diejenige Prozesspartei trifft, für die sich aus dieser Tatsache günstige Rechtsfolgen ergeben würden (stRspr; vgl. Urteil vom 20. Januar 2000 - BVerwG 2 C 13.99 - Buchholz 237.7 § 15 NWLBG Nr. 4 S. 3 m.w.N.). Danach trifft die Beweislast für die Fehlerhaftigkeit einer Auswahlentscheidung wie auch für die Ursächlichkeit von Pflichtverletzung und Schaden grundsätz-

lich den Beförderungsbewerber. Diese tatbestandlichen Voraussetzungen sind anspruchsbe gründend.

Fehlen jedoch bereits die Grundlagen für eine ordnungsgemä ße Auswahlentscheidung, so trägt die Behörde die materielle Beweislast dafür, dass der unterlegene Bewerber auch bei fehlerfreier Auswahl nicht zum Zuge gekommen wäre (vgl. Urteil vom 23. November 1995 - BVerwG 2 A 1.94 - Schütz/Maiwald, BeamtR ES/B III 8 Nr. 10). Denn die Beschaffung und die Erhaltung der für die Auswahlentscheidung erforderlichen Grundlagen liegt ausschließlich in dem Verantwortungs- und Verfügungsbereich der zuständigen Behörde (vgl. zu diesem Kriterium für die Beweislastverteilung Urteile vom 16. Januar 1974 - BVerwG 8 C 117.72 - BVerwGE 44, 265 <271>, vom 30. März 1978 - BVerwG 5 C 20.76 - BVerwGE 55, 288 <297>, vom 29. Juni 1999 - BVerwG 9 C 36.98 - BVerwGE 109, 174 und vom 20. Januar 2000 - BVerwG 2 C 13.99 - a.a.O.). Dabei geht es nicht nur darum, mit welcher Eignung seinerzeit Bewerber für das Beförderungsam t zur Verfügung gestanden haben; vielmehr geht es auch um die Kriterien, nach denen die Beklagte die Auswahl getroffen hat. Grundsätzlich hat die Behörde die Folgen von Fehlern zu tragen, die ausschließlich ihrem Verantwortungsbereich zuzuordnen sind.

Dr. Silberkuhl

Prof. Dawin

Dr. Kugele

Groepper

Dr. Bayer

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstands wird für das Revisionsverfahren auf 22 360 € festgesetzt (§ 13 Abs. 4 Satz 1 Buchstabe a i.V.m. Satz 2, Abs. 5 GKG).

Dr. Silberkuhl

Groepper

Dr. Bayer