

<b>Kirchengericht:</b>	Verwaltungsgerichtshof der Union Evangelischer Kirchen in der Evangelischen Kirche in Deutschland
<b>Entscheidungsform:</b>	Urteil (rechtskräftig)
<b>Datum:</b>	10.06.2008
<b>Aktenzeichen:</b>	VGH 4/07
<b>Rechtsgrundlagen:</b>	§ 31 Abs. 2 VwGG (UEK) §§ 43 Abs. 1, 142 Abs. 1 Satz 1 VwGO § 264 Nr. 2 ZPO
<b>Vorinstanzen:</b>	Gemeinsames Verwaltungsgericht der Lippischen Landeskirche und der Ev.-ref. Kirche, Az.: 900-2/46; Fundstelle: Rechtsprechungsbeilage ABl. EKD 2009, S 13

### **Leitsatz:**

Ist im ersten Rechtszug nur die Feststellung begehrt worden, dass die Berufung eines Mitbewerbers in eine Pfarrstelle rechtswidrig war und dass deshalb eine Entschädigung zu leisten sei, so stellt der Übergang zum Antrag, die Berufungsentscheidung aufzuheben und die Klägerin in die Pfarrstelle zu berufen, eine im Revisionsverfahren unzulässige Klageänderung dar.

Das Ziel der Verbesserung zukünftiger Beförderungschancen reicht zur Begründung des Feststellungsinteresses für einen Antrag, die Rechtswidrigkeit einer Auswahlentscheidung festzustellen, nicht aus, wenn derzeit völlig ungewiss ist, ob die Niederlage der Klägerin im Stellenbesetzungsverfahren ihr in einem künftigen Verfahren einmal zum Vorteil gereichen kann.

### **Tenor:**

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Gemeinsamen Verwaltungsgerichts der Lippischen Landeskirche und der Evangelisch-Reformierten Kirche vom 21. Mai 2007 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen.

### **Gründe:**

#### **I.**

Die Klägerin, examinierte Theologin und Sozialpädagogin (FH), ist Pfarrerin im Dienste der Beklagten. Sie macht dem Beigeladenen eine Funktionspfarrstelle streitig.

Am 8. Mai 2006 schrieb die Beklagte die Pfarrstelle des Referats F mit einem 75%-igen Dienstumfang zum 1. August 2006 aus. Auf die Stelle bewarben sich die Klägerin, der Beigeladene und ein weiterer Pfarrer. Nachdem sich die Bewerber dem Landeskirchenrat

vorge stellt hatten und dieser die Schulkammer angehört hatte, berief die Beklagte am 22. Juni 2006 den Beigeladenen in die Pfarrstelle und händigte ihm am 30. Juni 2006 die Ernennungsurkunde aus. Nach den Feststellungen der Vorinstanz informierte die Beklagte die Klägerin mit Schreiben vom 4. Juli 2006 über den Misserfolg ihrer Bewerbung.

Mit Datum vom 27. Juli 2006 legte die Klägerin gegen die Nichtbesetzung der ausgeschriebenen Stelle mit ihrer Person Widerspruch ein, den sie damit begründete, dass das Prinzip der Bestenauslese nicht berücksichtigt worden sei. Sie sei deutlich höher qualifiziert als der vorgezogene Bewerber. Im Übrigen fühle sie sich durch die Entscheidung der Beklagten als Frau diskriminiert. Die Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 19. Oktober 2006, zugestellt am 21. Oktober 2006, zurück.

Die Klägerin hat am 20. November 2006 Klage erhoben und in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht beantragt,

festzustellen, dass das Verfahren zur Besetzung der Pfarrstelle bei der Beklagten fehlerhaft durchgeführt worden ist und die Beklagte verpflichtet ist, ihr ab dem 1. August 2006 eine ruhegehaltfähige Funktionszulage in Höhe von 187,17 € zu zahlen.

Das Verwaltungsgericht hat die Klage mit Urteil vom 21. Mai 2007 abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Das Stellenbesetzungsverfahren sei formell fehlerfrei durchgeführt worden und auch in der Sache nicht zu beanstanden. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür und sei auch von der Klägerin nicht vorgetragen, dass die Auswahlentscheidung der Beklagten willkürlich sei. Allein dadurch, dass ein männlicher Mitbewerber zum Zuge gekommen sei, sei der Gleichheitssatz nicht verletzt.

Die Klägerin hat gegen das am 22. Juni 2007 zugestellte Urteil am 27. Juni 2007 Revision eingelegt, mit der sie nunmehr auch die Übertragung der an den Beigeladenen vergebenen Pfarrstelle an sich erstrebt. Sie hält der Vorinstanz Verfahrensfehler vor und rügt die Verletzung materiellen Rechts.

Ihrer Ansicht nach ist das Besetzungsverfahren nicht fehlerfrei durchgeführt worden, weil die Ausschreibung in Wahrheit nicht ergebnisoffen angelegt gewesen, sondern eine Vorfestlegung auf den Beigeladenen erfolgt sei. Die Beklagte habe das Ausschreibungsverfahren und das Gespräch mit den Stellenbewerbern nur durchgeführt, um den Schein der Rechtmäßigkeit zu wahren. Dies habe sie, die Klägerin, gegenüber dem Verwaltungsgericht moniert und unter Beweis gestellt. Indem das Verwaltungsgericht ihrem Sachvortrag nicht nachgegangen sei, habe es gegen die Pflicht zur Erforschung des Sachverhalts (§ 31 Abs. 1 VwGG) verstoßen.

Sie habe einen Rechtsanspruch auf eine fehlerfreie Auswahlentscheidung. Dieser Anspruch sei gerichtlich nicht nur darauf zu prüfen, ob die Auswahlentscheidung willkürlich sei oder das Gleichbehandlungsgebot missachte. Inzwischen sei in § 8 Abs. 1 Kirchenbeamtengesetz der EKD geregelt, dass Bewerberinnen und Bewerber um ein Kirchenbeamtenverhältnis nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung unter Berücksich-

tigung der Besonderheiten des kirchlichen Dienstes auszuwählen seien. Dieses gesetzlich nunmehr ausdrücklich verankerte Leistungsprinzip sei aber auch schon früher zu beachten gewesen und hätte dazu führen müssen, dass sie wegen ihres Qualifikationsvorsprungs für die ausgeschriebene Funktionspfarrstelle zwingend hätte ausgewählt werden müssen. Im Falle gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung der Bewerber hätte sie wegen § 6 der Gleichstellungsvereinbarung bevorzugt werden müssen. Die rechtswidrige Besetzungsentscheidung sei durch die Vergabe der Pfarrstelle an sie zu korrigieren. Darauf, dass eine Kombination von Anfechtung der Vergabeentscheidung und Verpflichtung der Beklagten auf Übertragung der Pfarrstelle an sie der richtige Klageantrag sei, hätte sie das Verwaltungsgericht hinweisen müssen (§ 31 Abs. 2 VwGG). Sein Versäumnis stelle einen weiteren Verfahrensmangel dar.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Gemeinsamen Verwaltungsgerichts der Lippischen Landeskirche und der Evangelisch-Reformierten Kirche vom 21. Mai 2007 zu ändern, die Entscheidung der Beklagten über die Besetzung der Pfarrstelle vom 22. Juni 2006 und den Widerspruchsbekleid vom 19. Oktober 2006 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, ihr die Pfarrstelle zu übertragen, hilfsweise, über die Besetzung der Pfarrstelle erneut zu entscheiden,

hilfsweise,

das Urteil des Gemeinsamen Verwaltungsgerichts der Lippischen Landeskirche und der Evangelisch-Reformierten Kirche vom 21. Mai 2007 zu ändern, festzustellen, dass das Verfahren zur Besetzung der Pfarrstelle bei der Beklagten fehlerhaft durchgeführt worden ist, und die Beklagte zu verpflichten, ihr ab dem 1. August 2006 eine ruhegehaltfähige Funktionszulage in Höhe von 187,17 € zu gewähren.

Die Beklagte und der Beigeladene beantragen die Zurückweisung der Revision. Sie halten den Hauptantrag für unzulässig, da er zum einen eine im Revisionsverfahren nicht zulässige Klageänderung/Klagehäufung beinhalte und der Sachbescheidung zum anderen entgegenstehe, dass die Berufung des Beigeladenen nicht mehr rückgängig gemacht werden könne. Der Klägerin sei entgegenzuhalten, dass ihr vor der Aushändigung der Ernennungsurkunde an den Beigeladenen der Misserfolg ihrer Bewerbung mündlich mitgeteilt worden sei und sie es versäumt habe, gegen die Ernennung des Beigeladenen durch die Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes vorzugehen. Der Gesichtspunkt der Stabilität von Ernennungen habe Vorrang vor den Interessen des Klägers einer Konkurrentenklage. In der Sache treffe es nicht zu, dass der Beigeladene schlechter qualifiziert sei als die Klägerin.

## II.

Die Revision der Klägerin ist hinsichtlich des Hauptantrages unzulässig, hinsichtlich der nunmehrigen Hilfsanträge unbegründet.

1. Der Hauptantrag ist unzulässig, weil er eine im Revisionsverfahren nicht zulässige Klageänderung (§ 71 VwGG, § 142 Abs. 1 Satz 1 VwGO) zum Gegenstand hat.

Die Klägerin hat erstinstanzlich die Feststellung beantragt, dass das Verfahren zur Besetzung der Pfarrstelle bei der Beklagten fehlerhaft durchgeführt worden ist. Wie die weiteren, in der Klageschrift vom 19. November 2006 angekündigten und in der mündlichen Verhandlung gestellten Hauptanträge sowie die Klagebegründung zeigen, war es nicht ihr Ziel, die Ernennung des Beigeladenen rückgängig machen und die Stelle mit ihr besetzen zu lassen. Stattdessen ging es ihr darum, die Beklagte für die Zukunft zur rechtmäßigen Durchführung von Stellenbesetzungsverfahren zu zwingen ("damit so etwas nie wieder passiert"), und um einen finanziellen Ausgleich dafür, dass ihr die beworbene Stelle nicht übertragen worden ist.

Mit dem jetzigen Hauptantrag will die Klägerin die Auswahlentscheidung korrigiert und die Beklagte zur Übertragung der ausgeschriebenen Stelle an ihre Person, hilfsweise zur erneuten Entscheidung über die Besetzung verpflichtet wissen. Darin liegt eine Klageänderung. Der Übergang vom Feststellungsantrag zum Verpflichtungsantrag ist nicht etwa nur eine zutreffendere Formulierung des Klageantrags bei unverändert bleibendem sachlichem Ziel des Rechtsschutzbegehrens. Er bedeutet vielmehr bei der hier in Frage stehenden Ermessensentscheidung eine wesentliche Ausweitung des zuvor verfolgten Rechtsschutzziels sowie des sachlichen Streitstoffes und damit eine von § 264 Nr. 2 ZPO nicht erfasste Veränderung des Klagegrundes (vgl. BVerwG, Urteil vom 26. November 1987 - BVerwG 2 C 41.87 - ZBR 1988, 222, für den insoweit gleichgelagerten Fall einer beamtenrechtlichen Konkurrentenklage im staatlichen Bereich). Die in der Revisionschrift erhobene und mit Schriftsatz vom 26. März 2008 wiederholte Verfahrensrüge, dass der Vorsitzende des Verwaltungsgerichts nach § 31 Abs. 2 VwGG verpflichtet gewesen sei, der Klägerin den jetzt erst gestellten Verpflichtungsantrag nahezu legen, ist unbegründet. Der Vorsitzende hat zwar die Pflicht, auf die Stellung sachdienlicher Anträge hinzuwirken. Rechtsberatung ist ihm aufgrund seiner Neutralitätspflicht aber verboten (Geiger in: Eyermann, VwGO, 12. Aufl., § 86 Rn. 48). Er darf daher nicht für einen Beteiligten Partei ergreifen und ihm nach Art eines Prozessvertreters den Weg zum effektivsten Rechtsschutz weisen. Wie ein Beteiligter einen Prozess führt, ist letztlich seine Sache (BVerwG, Beschluss vom 27. Juni 2007 - BVerwG 4 B 25.07 -). Die in § 31 Abs. 2 VwGG normierte, aus § 86 Abs. 3 VwGO übernommene Pflicht beinhaltet - richtig verstanden - keine Beratungs-, sondern Formulierungshilfe (vgl. BVerwG, Beschluss vom 9. November 1976 - BVerwG 5 B 80.76 - NJW 1977, 1465). Ihrer bedurfte die Klägerin nicht, da ihr erstinstanzliches Klagebegehren sowohl nach den Klageanträgen als auch nach der Kla-

gebegründung eindeutig war und sie zudem in der mündlichen Verhandlung erster Instanz von zwei Rechtsanwälten begleitet worden ist, die ihr juristischen Beistand geleistet haben. Folgendes kommt hinzu: Um über den Hauptantrag sachlich entscheiden zu können, bedürfte es gemäß § 58 Abs. 2 Satz 1 VwGG der Zurückverweisung. Der Hauptantrag könnte, falls der Grundsatz der Stabilität von Ernennungen dem nicht ohnehin entgegensteht, nur dann Erfolg haben, wenn die Klägerin vor Aushändigung der Urkunde an den Beigeladenen keine Kenntnis davon gehabt hätte, dass die Wahl auf den Beigeladenen und nicht auf sie gefallen ist, und sie deshalb auch keine Möglichkeit hatte, durch die Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes vollendete Tatsachen zu verhindern (vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 21. August 2003 - BVerwG 2 C 14.02 - BVerwGE 118, 370 <373>). In diesem Punkt gehen die Darstellungen der Beteiligten auseinander. Zwar steht fest, dass die Klägerin die schriftliche Mitteilung über den Misserfolg ihrer Bewerbung erst nach der Ernennung des Beigeladenen erhalten hat. Ob sie davor aber schon mündlich über den Ausgang des Stellenbesetzungsverfahrens informiert worden ist, ist streitig. Das Verwaltungsgericht hat hierzu keine Feststellungen getroffen.

Eine Zurückverweisung der Sache will § 71 VwGG i.V.m. § 142 Abs. 1 Satz 1 VwGO verhindern. Der Rechtsstreit soll nicht deshalb zurückverwiesen werden, weil der Revisionskläger im Revisionsverfahren einen Klageantrag erstmals gestellt hat. Vielmehr soll sich das Revisionsgericht grundsätzlich auf die rechtliche Prüfung des in der Vorinstanz bereits erörterten Streitstoffs beschränken (BVerwG, Urteil vom 14. April 1989 - BVerwG 4 C 21.88 - NVwZ 1990, 260). Für den dem Verwaltungsgerichtshof unterbreiteten Hauptantrag fehlt es an der im Revisionsverfahren vorausgesetzten vorinstanzlichen Aufbereitung des maßgeblichen Streitstoffs. Dazu hatte das Verwaltungsgericht nach den Klageanträgen und dem Klagevorbringen auch keinen Anlass. Demgemäß kann über den nunmehr geltend gemachten Anspruch in diesem Verfahren nicht entschieden werden.

2. Der Hilfsantrag auf Feststellung, dass das Verfahren zur Besetzung der Pfarrstelle bei der Beklagten fehlerhaft durchgeführt worden ist, ist ebenfalls unzulässig und die Revision gegen das vorinstanzliche Urteil, in dem dieser Antrag abgelehnt worden ist, insoweit unbegründet. Der sachlichen Bescheidung des Antrags steht bereits § 71 VwGG i.V.m. § 44a Satz 1 VwGO entgegen, wonach Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen nur gleichzeitig mit den gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden können.

Der Hilfsantrag ist aber auch dann unzulässig, wenn die Klägerin damit festgestellt wissen will, dass die Ablehnung ihrer Bewerbung und die Ernennung des Beigeladenen rechtswidrig gewesen sind. Für einen so verstandenen Antrag fehlt es der Klägerin am Feststellungsinteresse. Die Klägerin hat ihr Feststellungsinteresse im Revisionsverfahren damit begründet, durch die erstrebte Feststellung der Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung verbesserten sich ihre zukünftigen Beförderungschancen. Aus diesem Vortrag lässt sich ein Feststellungsinteresse nicht ableiten.

Es besteht nicht die hinreichende Wahrscheinlichkeit, sondern ist derzeit völlig ungewiss, ob jemals eine Situation eintreten wird, in der der Umstand, dass die Klägerin in diesem Bewerbungsverfahren - unterstellt zu Unrecht - unterlegen ist, eine (mit-)entscheidende Rolle spielt. Es bedarf nicht nur eines neuen Bewerbungsverfahrens, in dem die Klägerin mit anderen Bewerbern um eine Funktionspfarrstelle konkurriert, sondern es muss bei der Auswahlentscheidung der Beklagten auch Raum sein für das (Hilfs-)Kriterium der Wiedergutmachung für der Klägerin zugefügtes Unrecht. Das ist nicht zwangsläufig in jedem Stellenbesetzungsverfahren der Fall, sondern hängt von der jeweiligen Bewerberlage ab. Erfüllt z.B. ein Mitbewerber die Anforderungen eines Stellenprofils besser, wird die Klägerin nicht für sich ins Feld führen können, bei einer früheren Bewerbung zu Unrecht übergangen worden zu sein. Die rein theoretische, wenn auch nicht mit absoluter Gewissheit auszuschließende Möglichkeit, dass die Niederlage der Klägerin in diesem Stellenbesetzungsverfahren ihr in einem künftigen einmal zum Vorteil gereichen kann, genügt für die Anerkennung eines Feststellungsinteresses nicht (vgl. BVerwG, Beschluss vom 16. Oktober 1989 - BVerwG 7 B 108.89 - NVwZ 1990, 360 zu den Anforderungen an den Grad der Wahrscheinlichkeit zur Anerkennung eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr).

3. Der auf die Verpflichtung der Beklagten gerichtete Hilfsantrag der Klägerin, ihr eine Funktionszulage zu bewilligen, ist unbegründet. Der Beschluss der Landessynode vom 16. Juni 1992, auf den sich die Klägerin beruft, trägt den geltend gemachten Anspruch nicht. Die Gewährung einer Zulage ist danach möglich, wenn eine Aufgabe wahrgenommen wird, die vom Stellenanforderungsprofil her höher zu bewerten ist als vergleichbare Stellen. Das kann der Fall sein bei personenunabhängiger Notwendigkeit im Sinn eines Zweitstudiums. Der Verwaltungsgerichtshof kann offen lassen, ob unter einem Zweitstudium nur ein Hochschulstudium oder auch ein Fachhochschulstudium zu verstehen ist. Der Beschluss der Landessynode gibt schon deshalb nichts für die Klägerin her, weil er nicht nur auf die Qualifikation des Stellenbewerbers abhebt, sondern auch auf die Anforderungen, die die Stelle an die Qualifikation des Bewerbers stellt. Die Frage ist also nicht nur, ob die Klägerin durch zwei Studien qualifiziert ist, sondern auch, ob die ausgeschriebene Stelle eine Qualifikation erfordert, die nur durch zwei Studien erworben werden kann. Darauf weist die Beklagte in ihrer Revisionserwiderung zu Recht hin und trägt unwidersprochen und in der Sache zutreffend vor, dass eine Doppelqualifikation in der Stellenausschreibung vom 8. Mai 2006 nicht gefordert worden ist. Ob es Anlass gegeben hätte, das Stellenanforderungsprofil so zu konturieren, dass die Gewährung einer Funktionszulage in Betracht gekommen wäre, ist ohne Belang.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 66 Abs. 3, Abs. 5 VwGG.

**B e s c h l u s s**

Der Gegenstandswert wird für das Revisionsverfahren gemäß § 69 VwGG, § 52 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 GKG, Nr. 10.2 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit (NVwZ 2004, 1327) auf 20.329,43 € festgesetzt

