Rechtsanwalt Dr. Klaus Herrmann*

Neue Risiken bei vorzeitiger Ernennung im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit

I. Einleitung

Mit dem Urteil des *BVerwG* vom 4. 11. 2010[1] endete der Konkurrentenstreit um die 2007 erfolgte Besetzung der Präsidentenstelle beim *OLG Koblenz*[2]. Das Gericht hat die Auswahlentscheidung und zugleich die beamten- bzw. richterrechtliche Ernennung des ausgewählten Kandidaten durch die Landesregierung von Rheinland-Pfalz aufgehoben. Für zukünftige Stellenbesetzungen sind damit die Risiken neu verteilt: Während bisher die ausgewählten Stelleninhaber nach Aushändigung der Ernennungsurkunde für das höhere Amt keine Nachteile aus einem um ihre Stelle geführten Konkurrentenstreit zu befürchten hatten, sind sie jetzt mit neuen Unwägbarkeiten konfrontiert. Wie sich das Urteil in die bisherige Rechtsprechung des *BVerwG* und *BVerfG* zum Konkurrentenrechtsschutz einpasst, soll im Folgenden erläutert werden.

II. Bedeutung des Leistungsprinzips bei Auswahlentscheidungen

Bei Auswahlentscheidungen um die Einstellung oder Beförderung von Richtern und Beamten sowie die Übertragung höher bewerteter Dienstposten ist eine „Bestenauslese" nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorzunehmen. Gleiches gilt für entsprechende Beschäftigungsverhältnisse. Das folgt aus Art. 33 II GG, wonach jeder Deutsche ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt hat. Erneut betont das *BVerwG*, dass eine davon abweichende Auswahl nicht nur das öffentliche Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes beeinträchtigt, dessen fachliches Niveau und rechtliche Integrität gerade durch die strikte Anwendung des Leistungsgrundsatzes gewährleistet werden soll. Zugleich wird auch das von der Rechtsprechung entwickelte und anerkannte grundrechtsgleiche Recht auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl verletzt, das dem Interesse der Beamten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen Rechnung trägt[3]. Beamten steht dennoch kein Anspruch auf eine Beförderung zu[4]. Der unterlegene Bewerber kann bei einer fehlerhaften Auswahlentscheidung lediglich eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung beanspruchen, wenn die Aussicht besteht und es nicht ausgeschlossen ist, dass er doch ausgewählt wird[5].

Das *BVerwG* erinnert auch an den Wettbewerb der Konkurrenten, deren Bewerbungen nicht isoliert nebeneinanderstehen. Weil die Rechte der Bewerber aus Art. 33 II GG aufeinander bezogen sind, wirke sich jede Bevorzugung und Benachteiligung eines Bewerbers auf die Erfolgsaussichten der Mitbewerber aus[6]. Ein abgelehnter Bewerber muss deshalb weder im Klageverfahren nachweisen noch im Eilverfahren glaubhaft machen, dass er besser sei als der ausgewählte Kandidat[7].

III. Rechtsschutzmöglichkeiten für nicht ausgewählte Bewerber

Um Verletzungen des Anspruchs auf gleichen Zugang zu einem öffentlichen Amt rügen zu können, muss den Betroffenen ein effektiver Rechtsschutz zur Verfügung stehen[8]. Art. 19 IV GG unterstellt jeden Akt der Exekutive, der in Rechte des Bürgers eingreift, vollständig der richterlichen Prüfung. Darüber hinaus schließt die Vorschrift auch irreversible Entscheidungen der Verwaltung soweit als möglich aus[9]. Die bloße Feststellung der Rechtswidrigkeit des Hoheitsakts oder der Verweis auf einen Schadensausgleich in Geld genügen im Regelfall nicht dem Rechtsschutzanspruch des Betroffenen. Nur ausnahmsweise können tatsächliche Umstände oder zwingende Gründe des allgemeinen Wohls der gerichtlichen Beseitigung des angegriffenen Hoheitsakts entgegenstehen[10]. Die Gerichte müssen das Verfahrensrecht in einer Weise auslegen und anwenden, die dem Gebot effektiven Rechtsschutzes Rechnung trägt[11]. Art. 19 IV GG gewährleistet nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern auch eine tatsächlich wirksame Kontrolle[12].

Dabei hat das *BVerwG* früher allein die Auswahlentscheidung des Dienstherrn als Angriffspunkt für die Einwendungen des übergangenen Bewerbers identifiziert und zugleich von der (bevorstehenden) Ernennung des ausgewählten Bewerbers unterschieden, einem die Mitbewerber „nicht betreffenden Verwaltungsakt"[13]. Die Untersagung der Stellenbesetzung durch das Verwaltungsgericht nach § 123 I VwGO stellt nur eine prozessuale Verklammerung her: Art. 33 II i. V. mit Art. 19 IV sowie Art. 20 III GG verbieten es dem Dienstherrn, entgegen einer einstweiligen Anordnung statusverändernde Maßnahmen zu treffen[14]. Einstweiligen Rechtsschutz zur Verhinderung einer bevorstehenden Stellenbesetzung haben die Verwaltungsgerichte unter eingehender tatsächlicher und rechtlicher Prüfung der im Hauptsachever-

---

* Der Autor ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Partner der Sozietät *Dombert Rechtsanwälte* in Potsdam. – Besprechung von *BVerwG*, Urt. v. 4. 11. 2010 – 2 C 16/09, NJW 2011, 695 (unter Nr. 15 in diesem Heft).

1 NJW 2011, 695.

2 Vgl. *OVG Koblenz*, DVBl 2009, 659 = BeckRS 2009, 32342; zum Eilrechtsschutz des Kl. s. *BVerfG*, NVwZ 2008, 70; *OVG Koblenz*, NVwZ 2008, 99.

3 Vgl. u. a. *BVerfG*, NVwZ 2003, 200 (201); *BVerwGE* 19, 252 (255) = BeckRS 1964, 30442279; *BVerwGE* 101, 112 (114) = NVwZ 1997, 283; *BVerwG*, NJW 2011, 695 Rdnr. 21; hier muss es hinsichtlich der Kriterien leistungsorientierter Auswahlentscheidungen mit dem Hinweis sein Bewenden haben, dass das *BVerwG* auch die Auswahlbegründung des bekl. Justizministers in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht als unzureichend beanstandete, vgl. *BVerwG*, NJW 2011, 695 Rdnrn. 43–57.

4 *BVerwGE* 15, 3 = NJW 1963, 123; *BVerwG*, Buchholz 237.4 § 8 LBG Hamburg Nr. 1 = BeckRS 1986, 31272627; Buchholz 237.6 § 14 NdsLBG Nr. 1 = NVwZ 1991, 375; DÖD 2009, 99 = BeckRS 2008, 40490.

5 *BVerfG*, BayVBl 2010, 303 = BeckRS 2010, 11930.

6 *BVerwG*, NJW 2011, 695 Rdnr. 23.

7 *BVerfG*, NVwZ 2003, 200 (201); NJW 2011, 695 Rdnr. 24.

8 St. Rspr., vgl. *BVerfGE* 35, 382 (401 f.) = NJW 1974, 227; *BVerfGE* 40, 272 (275) = NJW 1976, 141.

9 Vgl. *BVerfGE* 67, 43 (58) = NJW 1984, 2028; *BVerfGE* 69, 220 (227 f.) = NVwZ 1985, 409; *BVerfG*, NJW 1990, 501.

10 Vgl. *BVerfGE* 35, 382 (402) = NJW 1974, 227; *BVerfG*, NJW 1990, 501; *BVerwGE* 118, 370 = NJW 2004, 870 (871).

11 *BVerfG*, NVwZ 2003, 200 (201).

12 St. Rspr., vgl. statt aller nur *BVerfGE* 103, 142 (156) = NJW 2001, 1121.

13 *BVerwGE* 80, 127 = NVwZ 1989, 158; *BVerwG*, Buchholz 232 § 8 BBG Nr. 49 = BeckRS 1993, 31228903.

14 *BVerwGE* 118, 370 = NJW 2004, 870 (871).

fahren gegen die Auswahlentscheidung erhobenen Rügen zu gewähren. Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung dürften nicht über das hinausgehen, was für ein Obsiegen im Hauptsacheverfahren genügt[15]. Für das *BVerfG* dient auch die Verfassungsbeschwerde dem effektiven Rechtsschutz und der Durchsetzung des grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 33 II GG[16]. Vor der Ernennung des ausgewählten Bewerbers hat der Dienstherr deshalb die Anrufung des *BVerfG* zu ermöglichen[17].

IV. Auswirkung der Ernennung auf den Rechtsschutzanspruch unterlegener Bewerber

Nach der bisherigen Dogmatik der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung konnte jedoch die Klage eines abgelehnten Konkurrenten nach der endgültigen Besetzung der umstrittenen Planstelle durch den ausgewählten Mitbewerber keinen Erfolg mehr haben, weil dessen Ernennung oder Beförderung auch dann nicht mehr aufhebbar wäre, wenn die Auswahlentscheidung rechtswidrig oder unzweckmäßig gewesen wäre.

Mit der endgültigen anderweitigen Besetzung einer Stelle werde das durch Ausschreibung eingeleitete Stellenbesetzungsverfahren beendet. Der Verwaltungsakt, mit dem die Bewerbung eines nicht berücksichtigten Beamten abschlägig beschieden werde, „erledige" sich[18]. Selbst wenn die Auswahl fehlerhaft gewesen sei, dürfe der Dienstherr das ausgeschriebene statusrechtliche Amt mit der ihm zugeordneten Planstelle und dem Dienstposten nicht nochmals vergeben[19]. Dieser Rechtsansicht haben sich der *BGH*[20] und das *BAG*[21] angeschlossen. Die auf der Auslegung des Beamten- und Verwaltungsprozessrechts beruhende Auffassung der Fachgerichte hat auch das *BVerfG* hingenommen und verfassungsrechtlich nicht beanstandet[22].

Das *BVerwG* hatte schon einmal erwogen, dem unterlegenen Bewerber die Anfechtung der Ernennung des ausgewählten Bewerbers zuzugestehen: Es sei mit Art. 19 IV GG schwer vereinbar[23], „einem Beamten den Rechtsschutz mit der Begründung zu versagen, sein Anspruch auf eine den Grundsätzen des Art. 33 II GG entsprechende Auswahlentscheidung sei durch den Vollzug der getroffenen, diese Grundsätze möglicherweise verletzenden Auswahlentscheidung untergegangen". Art. 19 IV GG verwehre es dem Dienstherrn schließlich auch, Schadensersatzansprüche mit dem Verweis auf die Nachbesetzung der Planstelle abzulehnen. Bei einer rechtswidrigen Zurruhesetzung eines politischen Beamten sei der Dienstherr grundsätzlich verpflichtet, die Besoldung (aus dem rechtmäßig erworbenen Statusamt) notfalls aus über- und außerplanmäßigen Mitteln bereitzustellen[24].

Über die soeben aufgezeigten Prämissen geht das *BVerwG* mit dem Urteil vom 4. 11. 2010 deutlich hinaus: Die Auswahl eines Bewerbers sei nicht nur untrennbar mit der Ablehnung der übrigen Bewerber verbunden[25]. Die Ernennung, die diese Auswahlentscheidung rechtsverbindlich umsetzt, teile zudem das rechtliche Schicksal der Auswahlentscheidung[26]. Somit stelle auch die Ernennung des Ausgewählten für den übergangenen Mitbewerber einen Eingriff in seine Rechte aus Art. 33 II GG dar. Die frühere Beschränkung des Rechtsschutzes auf die Bewerbungsablehnung bzw. die Auswahlentscheidung scheint damit dogmatisch überwunden.

Die durch Art. 19 IV i. V. mit Art. 33 II GG eröffnete grundsätzliche Anfechtbarkeit der Ernennung des ausgewählten Bewerbers beschränkt das *BVerwG* aber sogleich wieder durch den Grundsatz der Ämterstabilität als Ausdruck des Lebenszeitprinzips, einem hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums gem. Art. 33 V GG. Die Ernennung kann von dem übergangenen Mitbewerber nur angefochten und die gerichtliche Überprüfung im Hauptsacheverfahren nachgeholt werden, wenn der Dienstherr den verwaltungs- oder verfassungsgerichtlichen Eilrechtsschutz verhindert oder vereitelt hat[27]. Der unterlegene Bewerber muss also weiterhin vorrangig versuchen, die Ernennung durch verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutz zu verhindern.

V. Konkurrentenmitteilung und Rechtsschutzfrist vor Ernennung des ausgewählten Bewerbers

BVerwG[28] und *BVerfG* fordern wegen Art. 19 IV und Art. 33 II GG bei Stellenbesetzungen, dass den nicht ausgewählten Bewerbern rechtzeitig vor Ernennung des gewünschten Kandidaten durch eine Konkurrentenbenachrichtigung die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung eröffnet werden muss[29]. Wenn der Dienstherr den ausgewählten Mitbewerber entgegen einer einstweiligen Anordnung des Verwaltungsgerichts, vor Ablauf einer Rechtsmittelfrist oder ganz ohne Konkurrentenmitteilung „vorzeitig" ernennt, eröffnet Art. 19 IV i. V. mit Art. 33 II GG gleichwohl den gerichtlichen Rechtsschutz, den der Dienstherr weder von vornherein noch nachträglich vereiteln kann. Das *BVerwG* bediente sich dazu einer Hilfskonstruktion und gestand den Betroffenen prozessual die Situation vor der endgültigen Stellenbesetzung zu[30]. Unterbleibt eine erneute Auswahlentschei-

15 *BVerfG*, NVwZ 2003, 200; *BVerwGE* 118, 370 = NJW 2004, 870 (871).

16 *BVerfG*, NJW 2005, 50, und NJW-RR 2005, 998; s. auch *BVerfG*, NVwZ 2009, 1430. Allerdings ist die Verfassungsbeschwerde ein außerordentlicher Rechtsbehelf und keine zusätzliche „Instanz" der Fachgerichtsbarkeit, vgl. *BVerfGE* 94, 166 (213 f.) = NVwZ 1996, 678; *BVerfGE* 107, 395 (413) = NJW 2003, 1924; *BVerfGE* 115, 81 (92) = NVwZ 2006, 922 (923).

17 S. schon *BVerfG*, NJW-RR 2005, 998 (999); NVwZ 2007, 1178; NVwZ 2008, 70; NVwZ 2009, 1430; *BVerwG*, NJW 2011, 695 Rdnrn. 35, 42. Vgl. etwa zum Streit um die Präsidentenstelle des *LAG Erfurt* die einstweilige Anordnung gem. § 32 I BVerfGG: *BVerfG*, BayVBl 2007, 368 = BeckRS 2007, 21385, und schließlich die Untersagung der endgültigen Stellenbesetzung: *BVerfG*, NVwZ 2007, 691.

18 *BVerwG*, Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 23 = BeckRS 1965, 3131719; Buchholz 232 § 8 BBG Nr. 4 = BeckRS 1966, 31310637; Buchholz 232 § 8 BBG Nr. 49 = BeckRS 1993, 31228903; Buchholz 421.20 Hochschulpersonalrat Nr. 14 = NVwZ 1986, 374; Beschl. v. 24. 7. 1984 – 2 B 77/83, BeckRS 1984, 31254580; *BVerwGE* 80, 127 = NVwZ 1989, 158; Urt. v. 21. 11. 1996 – 2 A 3/96, BeckRS 1996, 31353457; so auch die Vorinstanz *OVG Koblenz*, DVBl 2009, 659 = BeckRS 2009, 32342 m. w. Nachw.

19 *BVerwGE* 80, 127 = NVwZ 1989, 158; *BVerwG*, Buchholz 232 § 23 BBG Nr. 36 = BeckRS 2009, 37263.

20 *BGHZ* 129, 226 (229 f.) = NJW 1995, 2344; bekräftigend zuletzt zur Besetzung von Notarstellen *BGHZ* 165, 139 = NJW-RR 2006, 639.

21 *BAGE* 87, 165 (169 f.) = NZA 1998, 884; *BAGE* 87, 171 (178 f.) = NZA 1998, 882; *BAGE* 89, 300 (301) = NZA 1999, 767 = NVwZ 1999, 917; *BAG*, NZA 2003, 324 = ZTR 2003, 146 (147).

22 *BVerfG*, NJW 1990, 501.

23 *BVerwGE* 115, 89 = NVwZ 2002, 604 (605). Das *BVerfG* (NVwZ 2003, 200 [201]) nahm dies nur am Rand zur Kenntnis. Später sah das *BVerwG* selbst die zuvor geäußerten Bedenken als „entkräftet" an, vgl. *BVerwGE* 118, 370 = NJW 2004, 870 (871).

24 *BVerwGE* 115, 89 = NVwZ 2002, 604 (605). Diese Rechtsprechung wurde später in den Konkurrentensachen übernommen: *BVerwGE* 118, 370 = NJW 2004, 870 (872 f.).

25 *BVerwG*, NJW 2011, 695 Rdnr. 25.

26 *BVerwG*, NJW 2011, 695 Rdnrn. 19, 26.

27 Das *BVerwG* lehnte ausdrücklich die von der rechtswissenschaftlichen Literatur erhobene Forderung nach einer unbeschränkten Anfechtbarkeit der Ernennung ab, vgl. *BVerwG*, NJW 2011, 695 Rdnrn. 27, 31, 33, 36 f., 59.

28 *BVerwGE* 118, 370 = NJW 2004, 870 (871); s. auch *BVerwG*, NVwZ 2004, 1257.

29 *BVerfG*, NJW 1990, 501. Die Verfassungsbeschwerde blieb gleichwohl erfolglos, weil der Bf. diese Anforderungen nicht kannte und im zu Grunde liegenden Verfahren (vgl. *BVerwGE* 80, 127 = NVwZ 1989, 161) nicht vortragen konnte. Die Verfassungsbeschwerde gegen ein gleichlautendes Urteil des *BVerwG* (ZBR 1989, 281 = BeckRS 2009, 37263) nahm das *BVerfG* nicht zur Entscheidung an, vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 25. 1. 1990 – 2 BvR 844/89 (unveröff.).

30 *BVerwGE* 118, 370 = NJW 2004, 870 (871); vgl. auch *BVerwGE* 115, 89 (94) = NVwZ 2002, 604; *BAG*, NZA 2003, 324 = ZTR 2003, 146 (148). Ausdrücklich löst sich das *BVerwG* jetzt auch noch von der Annahme, dass die vorzeitige Ernennung rechtsbeständig bleibe, vgl. *BVerwG*, NJW 2011, 695 Rdnr. 40.

dung, ist dem übergangenen Bewerber bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen Schadensersatz zu leisten[31], nämlich wenn dem Beamten das Amt auf Grund einer rechtsfehlerfreien Auswahlentscheidung voraussichtlich übertragen worden wäre[32]. Dieser Schadensersatzanspruch findet seine (Rechts-) Grundlage im Beamtenverhältnis[33]; neuerdings leitet das *BVerwG* den Schadensersatzanspruch, der auch den zu Unrecht übergangenen Einstellungsbewerbern zustehe, unmittelbar aus Art. 33 II GG ab[34].

Der Zielvorgabe des *BVerfG*, dass praktische Schwierigkeiten den durch Art. 19 IV GG gewährleisteten Rechtsschutz nicht einzuschränken vermögen[35], wurde damit aber nur formal Rechnung getragen. Für eine Fortentwicklung sorgte wieder das *BVerfG*, als es die Annahme von zwei Verfassungsbeschwerden trotz bereits erfolgter Besetzung der umstrittenen Notarstellen mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes begründete[36]. Wenig später gab es einer Verfassungsbeschwerde statt, obwohl die ausgeschriebene Planstelle eines Vorsitzenden Richters am Finanzgericht bereits durch Ernennung des ausgewählten Mitbewerbers besetzt worden war[37]. Dabei zögerte auch das *BVerfG* noch, die vorzeitige Ernennung des ausgewählten Bewerbers anzurühren. Mit dem Kammerbeschluss vom 24. 9. 2007 bezeichnete das *BVerfG* aber schließlich die Stabilität der Ernennung als überwindbar[38].

VI. Schlussbemerkung: Neue Risiken für die vorzeitig ernannten Beamten

Durch eine vorzeitige Ernennung können den in einer Auswahlentscheidung bevorzugten Beamten und Richtern nicht mehr dauerhaft die Vorteile der Einstellung oder Beförderung verschafft werden. Jedoch sind die Risiken überschaubar, die sich aus der gerichtlichen Aufhebung der vorzeitigen Ernennung – in der jetzt vom *BVerwG* beschriebenen Ausgestaltung – für die vorzeitig ernannten Beamten ergeben.

So ging das *BVerwG* davon aus, dass der vorzeitig beförderte Richter nach der gerichtlichen Aufhebung dieser Ernennung in sein früheres Statusamt „zurückfällt". Dies ist nicht selbstverständlich: Die Beförderung (§ 22 BBG) bedarf ja gerade deshalb der Ernennungsform, weil dem Beamten ein „anderes Amt mit anderem Endgrundgehalt und anderer Amtsbezeichnung" (§ 10 I Nr. 3 BBG) übertragen wird. Nach der Beförderung in das höherwertige Statusamt kommt es auf das frühere Statusamt nur noch an, wenn gesetzliche Sonderregelungen daran anknüpfen[39]. Die spätere gerichtliche Aufhebung einer zunächst wirksamen Ernennung ist auch nicht mit Fällen der unwirksamen Beförderung oder (Rück-) Ernennung vergleichbar, die nicht zum Verlust des früheren Statusamtes führen. Die gerichtliche Aufhebung der Beförderung oder Ernennung droht zudem nur mit Wirkung für die Zukunft, weil das Statusamt eines Beamten ohne gesetzliche Regelung nicht rückwirkend geändert werden könne[40]. Immerhin steht dieses Ergebnis mit § 113 I 1 VwGO im Einklang, weil der unterlegene Bewerber die Beseitigung der rechtswidrigen Stellenblockade durch eine vorzeitige Ernennung nur verlangen kann, um eine zukünftige Neuauswahl zu ermöglichen.

Hat der Dienstherr – wie im Fall des Urteils vom 4. 11. 2010 – die von dem ernannten Kandidaten zuvor ausgeübte Funktion zwischenzeitlich einem anderen Bediensteten übertragen, fehlt die sofortige Beschäftigungsmöglichkeit. Gegenüber dem Betroffenen trifft den Dienstherrn dann die Fürsorgepflicht, die Folgen für den in das niedrigere Statusamt zurückfallenden Beamten „soweit als möglich auszugleichen". Das *BVerwG* lässt sogar die „Lücke" offen, dass der vorzeitig ernannte Bewerber vor dem rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens „weiterbefördert" wird. Nach der gerichtlichen Aufhebung der Ernennung und Beförderung können auch die ehemals Ausgewählten erneut an einem weiteren Auswahlverfahren teilnehmen[41]. Die Konkurrenz der Bewerbungen bestimmt dabei auch die Chancen des zuvor ausgewählten Bewerbers[42]: Haben sich im neuen Auswahlverfahren die Anforderungen oder das Bewerberfeld geändert, kann der erneuten Bewerbung des vormaligen Amtsinhabers unter Umständen der Erfolg verwehrt bleiben. Umso wichtiger ist der Hinweis des *BVerwG*, dass sich der vorzeitig ernannte Kandidat in einem erneuten Auswahlverfahren auf die (voraussichtlich positive) Bewertung seiner dienstlichen Leistungen während der Wahrnehmung des höherwertigen Statusamtes berufen kann[43]. Der ausgewählte Bewerber gewinnt durch die vorzeitige Ernennung bzw. die Wahrnehmung des höherwertigen Dienstpostens einen Erfahrungsvorsprung, der mit der Länge des Hauptsacheverfahrens zunimmt und ihm auch dann verbleibt, wenn sich die zu seinen Gunsten getroffene Personalentscheidung als rechtswidrig erweisen sollte[44].

Den Verwaltungsgerichten kommt deshalb eine noch größere Verantwortung bei der Gewährung effektiven Rechtsschutzes zu: Auf einen Konkurrenteneilantrag wird zukünftig regelmäßig eine Zwischenverfügung ergehen müssen, die dem Dienstherrn jede Besetzung der Planstelle oder des Beförderungsdienstpostens bis zum rechtskräftigen Abschluss des Eilverfahrens und darüber hinaus bis zum Ablauf der Verfassungsbeschwerdefrist gem. § 93 I 1 BVerfGG untersagt. Nur wenn der Dienstherr ausdrücklich von solchen Veränderungen absieht, kann ein durch Art. 19 IV GG gebotener „Hängebeschluss" unterbleiben. Auch das *BVerwG* hat bereits mit einer solchen Zwischenverfügung die Übertragung eines Beförderungsdienstpostens wegen der drohenden Beförderung des ausgewählten Bewerbers rückgängig gemacht[45]. ■

31 *BVerwG*, Buchholz 232 § 23 BBG Nr. 41 = NVwZ-RR 2002, 855.
32 Gegen diese zusätzliche Kausalitätsanforderung bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken, vgl. *BVerfG*, BayVBl 2010, 303 = BeckRS 2010, 11930.
33 *BVerwGE* 80, 123 (124) = NJW 1989, 538; *BVerwGE* 107, 29 (31) = NJW 1998, 3288; *BVerwGE* 124, 99 (101 f.) = NVwZ 2006, 212; *BVerwG*, Buchholz 237.8 § 10 RhPfBG Nr. 1 = NVwZ 2004, 1257; NVwZ 2009, 787.
34 *BVerwG*, NJW 2010, 3592 = ZTR 2010, 437.
35 Vgl. *BVerfGE* 84, 34 (55) = NJW 1991, 2005.
36 *BVerfG*, NJW-RR 2005, 998; NJW 2005, 50.
37 *BVerfG*, NVwZ 2007, 1178.
38 *BVerfG*, NVwZ 2008, 70 (71).
39 Vgl. etwa § 5 III 1, V 1 und VI 1 BeamtVG, wonach sich das Ruhegehalt erst dann aus den ruhegehaltfähigen Dienstbezügen eines höherwertigen Statusamtes berechnet, wenn der Beamte es vor seiner Zurruhesetzung mindestens zwei Jahre innehatte.
40 *BVerwG*, NJW 2011, 695 Rdnr. 39.
41 *BVerwG*, NJW 2011, 695 Rdnr. 60.
42 *BVerwG*, NJW 2011, 695 Rdnr. 23.
43 *BVerwG*, NJW 2011, 695 Rdnrn. 58, 60. Ebenso *OVG Münster*, Beschl. v. 23. 3. 2010 – 6 B 133/10, BeckRS 2010, 47924; RiA 2010, 90 = BeckRS 2009, 39760; *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 1. 6. 2007 – 4 S 4/07, BeckRS 2009, 66541; Beschl. v. 30. 5. 2007 – 4 S 13/07 m. w. Nachw.; Beschl. v. 4. 12. 2007 – 6 S 16/06; *VGH München*, Beschl. v. 24. 11. 2006 – 3 CE 06.2680, BeckRS 2007, 20029. Damit ist es nicht mehr vereinbar, bei einer erneuten Auswahlentscheidung die Erfahrungen oder gar die Bewährung auf einem (vorläufig) übertragenen Beförderungsamt oder -dienstposten außer Betracht zu lassen, so etwa *OVG Hamburg*, Beschl. v. 16. 2. 2009 – 1 Bs 241/08, BeckRS 2009, 32341 m. w. Nachw.; *OVG Greifswald*, Beschl. v. 18. 3. 2004 – 2 M 212/03 u. 2 O 121/03; *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 25. 6. 2007 – 5 ME 143/07, BeckRS 2007, 25208; *OVG Magdeburg*, Beschl. v. 17. 2. 2006 – 1 M 24/06, BeckRS 2008, 32747.
44 *BVerwG*, Buchholz 11 Art. 33 II GG Nr. 43 = DRiZ 2009, 263 = BeckRS 2009, 34157; s. auch *BVerwG*, Beschl. v. 20. 11. 2009 – 2 VR 2/09, BeckRS 2009, 42523.
45 *BVerwG*, Beschl. v. 26. 7. 2007 – 2 VR 4/07, BeckRS 2007, 25094.