Rechtsanwalt Professor Dr. Klaus Herrmann*

Neue Ansätze bei der Dienstpostenkonkurrenz – und warum sie nicht funktionieren

Durch neue Entscheidungen haben das BVerwG und einzelne Oberverwaltungsgerichte den Rechtsschutz in beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren um Beförderungsdienstposten neu gestaltet. Der Beitrag ordnet diese Entscheidungen und die vorausgegangenen Vorschläge Kenntners (ZBR 2016, 181) und Brachers (DVBl 2016, 1236) in die – maßgeblich durch Entscheidungen des BVerwG geprägte – Dogmatik dieses Rechtsgebiets ein und unterzieht sie einer kritischen Würdigung.

I. Einleitung

Der 18. Verwaltungsgerichtstag diskutierte am 2.6.2016 Möglichkeiten zur „Neuausrichtung der beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren", denn – so die Prämisse – „das gegenwärtig praktizierte System des beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahrens ist unbefriedigend".[1] Am 10.6.2016 veröffentlichte das *BVerwG* eine Pressemitteilung und einen Beschluss vom 10.5.2016, nach denen das Rechtsinstitut der „fiktiven Fortschreibung" von dienstlichen Beurteilungen zur „Auflösung von Stellenblockaden während eines beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahrens" beitragen solle.[2] Während das *OVG Münster* bei der Konkurrenz um Beförderungsdienstposten weiterhin ein Anordnungsgrund annimmt,[3] lehnen andere Oberverwaltungsgerichte inzwischen unter Bezugnahme auf den Beschluss des *BVerwG* einen Anordnungsgrund bei der Dienstpostenkonkurrenz ab.[4]

Mit der Behauptung eines „Neuanfangs" ist die Rechtsprechung einen großen Schritt von über zehn Jahren zurückgefallen: Die Verwaltungsgerichte waren zwar seit jeher zurückhaltend mit der Annahme eines Anordnungsgrundes, wenn es nicht um die Verhinderung einer nach dem Grundsatz der Ämterstabilität irreversiblen Ernennung ging, sondern lediglich eine Umsetzung zur Freimachung des Dienstpostens erforderlich wäre. Drohe bei der Vollziehung der Auswahlentscheidung keine Vereitelung des Rechtsschutzes unterlegener Bewerber, bestehe grundsätzlich auch kein Anordnungsgrund.[5] Die dabei auftauchende Frage, ob die auf

---

* Der Beitrag beruht auf dem Vortrag des *Verf.* beim DAI-Forum: „Dienstliche Beurteilung und Konkurrentenstreit" am 9.12.2016 in München. Der Autor ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Partner der *Dombert Rechtsanwälte PartmbB Potsdam* und Honorarprofessor für Verwaltungsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht an der Brandenburgischen Technischen Universität (BTU) Cottbus-Senftenberg.

1 Vgl. http://www.verwaltungsgerichtstag2016.de/VWR/Hamburg/programm.php#AK8. Die wesentlichen Referate hielten *Kenntner* (s. ZBR 2016, 181) und *Bracher* (DVBl 2016, 1236).

2 *BVerwG*, NVwZ 2016, 1650 = VR 2016, 395 = DÖV 2016, 736 Ls. mit Anm. *von der Weiden*, jurisPRBVerwG 13/2016.

3 *OVG Münster*, Beschl. v. 21.6.2016 – 1 B 201/16, BeckRS 2016, 47667; *OVG Münster*, Beschl. v. 12.7.2016 – 6 B 487/16, BeckRS 2016, 49183; ebs. *OVG Bremen*, Urt. v. 22.9.2016 – 2 B 123/16, BeckRS 2016, 52563.

4 *VGH Mannheim*, Beschl. v. 27.7.2016 – 4 S 1083/16, BeckRS 2016, 50051; *OVG Saarlouis*, Beschl. v. 9.9.2016 – 1 B 60/16, BeckRS 2016, 52241; *OVG Bautzen*, Beschl. v. 8.11.2016 – 2 B 260/16, BeckRS 2016, 54817; *VGH München*, Beschl. v. 3.11.2016 – 3 CE 16.1812, BeckRS 2016, 54869.

5 *VGH München*, Beschl. v. 17.11.1995 – 3 CE 95.2999, BeckRS 1995, 14063; *OVG Münster*, NVwZ-RR 2004, 437. *BVerwGE* 115, 58 = NVwZ-RR 2002, 47 = DÖV 2001, 1044, ging deshalb zu Recht von der Zulässigkeit einer Verpflichtungsklage auch nach der Übertragung des Beförderungsdienstpostens aus.

einem Dienstposten gezeigte Leistung des ausgewählten Mitbewerbers dem übergangenen Rechtsschutzsuchenden künftig entgegengehalten werden kann, stellte sich schon das *BVerfG*,[6] freilich ohne sie zu beantworten. Das *BVerwG* hatte daraufhin klargestellt, dass gleichwohl in bestimmten Ausnahmesituationen ein Anordnungsgrund für den Eilantrag des unterlegenen Bewerbers um einen freien Dienstposten bestehe: Die Art des Rechtsschutzes könne nicht davon abhängen, ob der jeweils ausgewählte Bewerber noch im Anschluss an ein Hauptsacheverfahren von seinem Posten entfernt werden könnte oder ob die Entscheidung endgültig sei.[7] Außerdem gewinne der ausgewählte Bewerber auf dem Dienstposten einen Erfahrungsvorsprung, der mit der Dauer der Aufgabenwahrnehmung zunähme und ihm auch dann verbleibe, wenn sich im späteren Hauptsacheverfahren die zu seinen Gunsten getroffene Personalentscheidung als rechtswidrig erweisen sollte. Ohne diesen möglicherweise rechtswidrigen Erfahrungsvorsprung könnte der unterlegene Bewerber in einem späteren Verfahren rügen, der Mitbewerber habe bis zur Auswahlentscheidung keine Führungsposition besetzt. Da sich dienstliche Beurteilungen auf den tatsächlich wahrgenommenen Dienstposten unter Berücksichtigung der sich aus dem abstrakt-funktionellen Amt ergebenden Anforderungen beziehen müssen, können die auf dem Dienstposten gezeigten Leistungen in einer zutreffenden dienstlichen Beurteilung nicht ausgeblendet werden. Denn die dienstliche Beurteilung muss den im Beurteilungszeitraum tatsächlich vorhandenen Leistungsstand des Beamten bewerten.[8] Daraufhin wurde vom *BVerwG* in verschiedenen Fallgruppen ein Anordnungsgrund bei Dienstpostenkonkurrenz bejaht:[9]

- erstens bei einer unmittelbar nach Abschluss des Auswahlverfahrens vorgesehenen Beförderung des Ausgewählten,[10]
- zweitens bei einer vorweggenommenen Beförderungsentscheidung, die nach einer erfolgreich absolvierten Erprobungszeit (§ 22 II BBG, §§ 2 VII, 32 Nr. 2, 34 BLV) des Ausgewählten vollzogen wird,[11]
- drittens bei der Auswahl für einen höherwertigen Dienstposten ohne gegenwärtige Beförderungsabsicht des Dienstherrn, die dem Ausgewählten, nicht aber dem Abgelehnten das Absolvieren der Erprobungszeit ermöglicht[12] und
- viertens bei der Auswahl für einen Dienstposten, auf dem der Ausgewählte einen Erfahrungsvorsprung gewinnt, der bei einer nochmaligen Auswahlentscheidung zu seinen Gunsten zu berücksichtigen wäre.[13]

Daneben ist in der bisherigen Rechtsprechung des *OVG Berlin-Brandenburg* als Fallgruppe für einen Anordnungsgrund noch

- fünftens – der Bewährungsvorsprung anerkannt, der auf einem (ausschließlich) höherwertigen Dienstposten erlangt werden kann und beurteilungsrelevant ist.[14]

Diese in der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen, wann bei der Dienstpostenkonkurrenz ausnahmsweise ein Anordnungsgrund vorliegt, soll das *BVerwG* nach den Interpretationen *Kenntners* und *Brachers* durch den Beschluss vom 10.5.2016 aufgegeben haben. Wenn die Rechtsprechung in einem „normativ unterversorgten" Rechtsgebiet[15] einen derart großen Rückschritt erleidet, verdient das per se Beachtung. Was ist also davon zu halten?

II. Stellenblockade: den Teufel an die Wand gemalt

Der beamtenrechtlich tätige Leser wird freilich schon bei der Problembeschreibung misstrauisch, wie mehrjährige Blockaden bei Richterstellen durch die Änderung der Rechtsprechung zur Dienstpostenkonkurrenz behoben werden sollen. Das eine hat mit dem anderen nichts zu tun.

1. Blockade mehrerer Richterstellen an Bundesgerichten

Ausgangspunkt der innovativen Vorträge des Verwaltungsgerichtstages war die Befürchtung, die Funktionsfähigkeit der Justiz könne durch die Rechtsstreitigkeiten um die Nachbesetzung mehrerer Vorsitzendenstellen an Bundesgerichten gefährdet werden.[16] Der daraufhin auftauchende Vorschlag, jede Ernennung zur Vollziehung einer rechtswidrigen Auswahlentscheidung anfechtbar zu stellen und den Grundsatz der Ämterstabiliät aufzugeben,[17] war verfassungsrechtlichen Zweifeln ausgesetzt: Auch das durch eine rechtswidrige Auswahlentscheidung erreichte Statusamt ist durch das Lebenszeitprinzip geschützt.[18] Aus welchen verfassungsrechtlich zwingenden Gründen gerade bei Richtern (vgl. § 27 I DRiG), bei Leitungsbeamten in Kommunen, Hochschulen (dort auch Professoren) und in der Verwaltung (zB Führungsämter auf Zeit oder auf Probe), bei denen die Funktion kraft Gesetzes nur zusammen mit den Aufgaben übertragen werden darf und umgekehrt (so genannte funktionsgebundene Ämter[19]), das Lebenszeitprinzip zur „Sicherstellung der Aufgabenwahrnehmung" durchbrochen werden soll, erklären die innovativen Autoren nicht. Neben den auf Zeit gewählten Wahlbeamten in Kommunen und zB den Hochschulleitungen sowie den so genannten politischen Beamten sieht das *BVerwG* auch aktuell keine verfassungsrechtlich zu billigenden Ausnahmen, bei denen die Sachgesetzlichkeit sowie die Natur der wahrgenommenen Aufgaben eine lebenszeitige Übertragung des Statusamtes entbehrlich machen würden.[20]

Überraschend ist jedenfalls die Verknüpfung *Kenntners*, dass die Gefährdung der Arbeitsfähigkeit der Justiz aktuell eine Neuausrichtung des Rechtsschutzes notwendig mache. Immerhin hielt das *BVerfG* den Rechtsschutz unterlegene Be-

6 *BVerfG*, ZBR 2006, 165; *BVerfGK* 12, 284 = NVwZ 2008, 69 = NJW 2008, 140 Ls.
7 Dies weiterführend: *VGH Kassel*, NVwZ-RR 2015, 943 Ls. = BeckRS 2015, 50678 Rn. 23 ff.
8 *BVerwG*, Beschl. v. 20.11.2009 – 2 VR 4/09, BeckRS 2009, 42525.
9 Hier aufgezählt nach *OVG Berlin-Brandenburg*, NVwZ-RR 2014, 655.
10 *BVerwGE* 138, 102 = NVwZ 2011, 358 Rn. 31.
11 Vgl. *BVerwG*, NVwZ-RR 2012, 241 Rn. 11; *BVerwG*, Beschl. v. 19.12.2014 – 2 VR 1/14, BeckRS 2015, 40645 Rn. 15 ff.
12 *BVerwGE* 147, 20 = NVwZ 2014, 75.
13 *BVerwG*, NVwZ-RR 2012, 71 Rn. 17; *BVerwG*, Beschl. v. 12.4.2013 – 1 WDS-VR 1/13 Rn. 23. Für die Erlangung eines weitergehenden Erfahrungsvorsprungs sei auch eine Übereinstimmung der Besoldungsgruppen der Bewerber mit der Bewertung des Dienstpostens unschädlich.
14 *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 31.3.2008 – 6 S 1/08, BeckRS 2008, 35882 mwN.
15 Vgl. etwa die Bemühungen von *Schenke*, NVwZ 2011, 321 (323), die Aufhebung der Ernennung auf Anfechtungsklage des übergangenen (und nicht informierten) Mitbewerbers mit den gesetzlichen Aufhebungstatbeständen zu harmonisieren.
16 Siehe im Detail: *Schlottbohm*, ZBR 2015, 368 (369 f.); sowie die Aufzählung der um die Richterstellen am *BSG* geführten Verfahren bei *Bracher*, DVBl 2016, 1236 (1242) (dort. Fn. 31). Der parallel auftauchende Vorschlag, die Zuständigkeit für Konkurrentenklagen um Richterstellen an Bundesgerichten – ähnlich der Zuständigkeit für die dienstrechtlichen Streitigkeiten von Beamten des BND (§ 50 Nr. 4 VwGO) – beim *BVerwG* zu bündeln (*Rennert*, DVBl 2015, 481), fand keine Befürworter.
17 *Schlottbohm*, ZBR 2015, 368 (373); *Bracher*, DVBl 2016, 1236 (1243).
18 *BVerwGE* 138, 102 = NVwZ 2011, 358 (362) = NJW 2011, 695 Rn. 38 = LKV 2011, 136 Ls.; jüngst *BVerwG*, (Vorlage-)Beschl. v. 23.6.2016 – 2 C 1/15, BeckRS 2016, 54101 Rn. 64.
19 Zum Begriff vgl. *Battis*, Bundesbeamtengesetz, 4. Aufl. 2009, § 27 BBG Rn. 3; s. *BVerwGE* 65, 270 = BeckRS 1982, 31317621 mwN; *VGH Mannheim*, Beschl. v. 5.8.2014 – 4 S 1016/14, BeckRS 2014, 54889 Rn. 13.
20 *BVerwG*, Beschl. v. 23.6.2016 – 2 C 1/15, BeckRS 2016, 54101 Rn. 57.

werber um Beförderungsdienstposten für effektiv und verfassungskonform.[21] Bei Richterstellen und anderen funktionsgebundenen Ämtern hilft dem Dienstherrn die Einschränkung des Anordnungsgrundes bei der Dienstpostenkonkurrenz nicht weiter, können doch die Aufgaben nur im Rahmen von engen gesetzlichen Vertretungsbefugnissen durch andere Amtswalter wahrgenommen werden.

Die angekündigte Zurücknahme verwaltungsgerichtlicher Kontrolle bewirkt jedenfalls, dass die Durchsetzbarkeit des in Art. 33 II GG verbürgten Bewerbungsverfahrensanspruchs in vielen Fällen rechtswidriger Auswahlentscheidungen nicht mehr gewährleistet ist. Vorteile bringt dies – ob gewollt oder nicht – vor allem dem Teil der auswählenden Dienststellen, die primär einen bestimmten Bewerber einsetzen wollen und an zweiter Stelle auch nach einer rechtmäßig klingenden Begründung suchen. Vor allem können sich die Dienstherrn schon heute rechtmäßig in einem denkbar weiten Spielraum bewegen, um die Aufgabenerfüllung durch Vermeidung von vakanten Dienstposten sicherzustellen.

2. Organisationsgewalt und Stellenblockaden

Dem von Art. 33 II GG geprägten Auswahlermessen des Dienstherrn ist ein der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung praktisch entzogenes Organisationsermessen vorgelagert, ob und wann er welche Statusämter zur Besetzung bereithält.[22] Der Dienstherr kann, wenn er eine Stelle nicht mehr besetzen will oder sie neu zuschneiden will, ein laufendes Auswahlverfahren abbrechen.[23] Aus der Organisationsgewalt des Dienstherrn folgt auch die Befugnis, zwischen einer – am Leistungsprinzip des Art. 33 II GG zu messenden – Beförderung und einer – nicht vom Schutzbereich des Art. 33 II GG erfassten – Umsetzung oder Versetzung zu wählen.[24] Kraft dieser Befugnis hat allein und ausschließlich der Dienstherr zu entscheiden, ob er eine kurzfristige Stellen- oder Dienstpostenbesetzung vorzieht oder seine Auswahlentscheidung einer gerichtlichen Auseinandersetzung aussetzt. Mit der Entfaltung der Abbruchbefugnis haben die Verwaltungsgerichte den Dienstherren zusätzliche Instrumente an die Hand gegeben, die Vollziehung „unbequemer" Ergebnisse von Auswahlverfahren abzuwenden.

Deshalb ist die Vermeidung jahrelanger Dienstpostenvakanzen zunächst eine Aufgabe der Verwaltung und nicht der Gerichte. Wenn *Bracher* das Auseinanderfallen von Verfahrensziel und Durchsetzbarkeit der Bewerbungsverfahrensansprüche beklagt,[25] geht es im Klartext darum, dass die Vollziehung rechtswidriger Auswahlentscheidungen – auch bei den Richterstellen an Bundesgerichten – nicht mehr wie bisher untersagt werden soll: Wie soll aber eine aus rechtswidrig eingesetzten Amtswaltern bestehende Verwaltung gegenüber den individuellen Interessen nachgehenden Bürgern Rechtsstaatlichkeit und das staatliche Gewaltmonopol verkörpern? Wird da an dem Ast gesägt, der den Rechtsstaat zu tragen hat?

Wenn nach einer gerichtlichen Untersagung das Auswahlverfahren über Monate oder gar Jahre nicht fortgeführt wird, steht dies in keinem Zusammenhang mit der Intensität des Rechtsschutzes unterlegener Bewerber. Auch strategische Überlegungen und taktische Maßnahmen des Dienstherrn, die auf die Zusammensetzung des Bewerberkreises abzielen, können Auswahlverfahren in die Länge ziehen. Bisweilen erstaunt die Ungeschicklichkeit, wie bei einem feststehenden Bewerberkreis spezifische eigene Besetzungsvorstellungen der die Auswahlbefugnisse ausübenden Amtswalter in den Vordergrund gerückt und mühsam vor drohenden gerichtlichen Beanstandungen verschleiert und verheimlicht werden.

3. Ein Weg zu schnelleren Dienstpostenbesetzungen

Längere Vakanzen auf wichtigen Dienstposten können leicht vermieden werden, wenn die „sachlichen Gründe" für den Abbruch von Auswahlverfahren für Beförderungsdienstposten eingeschränkt werden. Ausgehend von dem Urteil vom 25.4.1996 hat sich das *BVerwG* sehr großzügig zum Abbruch von Auswahlverfahren positioniert und den Dienstherren insbesondere einen Abbruch erlaubt, wenn „aufgrund einer Ausschreibung eine Bewerbungssituation entstanden (ist), aufgrund derer der Dienstherr nach sachgerechter Prüfung zu der Auffassung gelangt, dass eine Beförderung eines Bewerbers dem Maßstab der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung nicht gerecht wird und/oder dem Grundsatz der Bestenauslese für den zu besetzenden Dienstposten zuwiderlaufen würde".[26] Danach nahm etwa der *VGH München* einen „sachlichen Grund" an, „wenn sich der Dienstherr entschließt, mit dem Ziel der bestmöglichen Besetzung der Beförderungsstelle einen breiteren Interessentenkreis anzusprechen, weil keiner der Bewerber den Erwartungen entspricht oder weil der Dienstherr den einzigen Bewerber nicht uneingeschränkt für geeignet hält".[27]

Hält man die Verhinderung der Aufgabenwahrnehmung auf vakanten Dienstposten für einen verfassungsrechtlich gewichtigen Belang,[28] wäre die Einschränkung des von Art. 19 IV GG geschützten effektiven Rechtsschutzes für das grundrechtsgleiche Recht aus Art. 33 II GG doch im Sinne praktischer Konkordanz erst gerechtfertigt, wenn der Missstand nicht mehr vom Dienstherrn selbst behoben werden kann. Vor dem Abbau des einstweiligen Rechtsschutzes bei der Dienstpostenkonkurrenz müsste deshalb den Dienstherren mehr Konsequenz bei der Dienstpostenbesetzung zugemutet werden. Die Eignung eines Bewerbers für das höherwertige Amt soll nach der Vorstellung des Gesetzgebers (§ 22 II BBG) nach Übertragung des Beförderungsdienstpostens in einer Erprobungszeit (§ 34 BLV) überprüft werden, vor der Auswahlentscheidung geht es nur um (grundsätzlich fehleranfällige) Prognosen. Eine effektive Beschleunigung der Besetzung von Funktionsämtern wäre jedenfalls denkbar, wenn das *BVerwG* und die Instanzgerichte den Abbruch untersagen und den Dienstherren zumuten, einen Beförderungsdienstposten dem einzigen oder verbleibenden Bewerber, der die Anforderungen für das Beförderungsamt offensichtlich erfüllt oder mit Unterstützung des Dienstherrn erfüllen kann, im Regelfall auch zur Erprobung zu übertragen.

III. Ausblenden und Fiktionalisierung als Instrument der Bestenauslese?

Als neue Lösung, wie die Freihaltung des umstrittenen Dienstpostens als Rechtsschutzziel entbehrlich werden könnte, sollen nach *Kenntner* und dem *BVerwG* die Vorteile, die der ausgewählte Bewerber bis zum Abschluss des Rechts-

21 *BVerfG*, NVwZ 2008, 194 Rn. 11.
22 Ausf. *Herrmann*, LKV 2015, 97.
23 *BVerwG*, NVwZ 2013, 955 Rn. 16.
24 *VGH München*, Beschl. v. 15.10.2015 – 6 CE 15.1847, BeckRS 2015, 54336 Rn. 14 ff.
25 *Bracher*, DVBl 2016, 1236 (1237).
26 *BVerwGE* 101, 112 = NVwZ 1997, 283 = NJW 1997, 1866 Ls.
27 *VGH München*, Beschl. v. 13.8.2014 – 3 CE 14.839, BeckRS 2014, 55301 Rn. 26 ff.; ebenso *OVG Münster*, Beschl. v. 18.5.2016 – 1 A 1957/14, BeckRS 2016, 46172 Rn. 18.
28 So jedenfalls *Bracher*, DVBl 2016, 1236 (1238).

streits erlangt hat, „fiktiv unberücksichtigt bleiben".[29] Damit wurde die vor Jahren beendete Diskussion[30] um die Ausblendung eines Bewährungsvorsprungs wieder aufgeweckt. Zudem drängen sich Zweifel auf, ob die aktuell herangezogene Analogie zur „fiktiven Fortschreibung" von Beurteilungen gem. § 33 III BLV diese Durchbrechung des Leistungsgrundsatzes (Art. 33 II GG) rechtfertigen kann.

1. Nachweise zu tatsächlichen Leistungen als Grundlage von Auswahlentscheidungen

Zunächst überrascht die Bereitschaft des 2. *Revisionssenats* des *BVerwG*, sich von gesichert scheinenden Prämissen des Rechtsschutzes zu lösen. Während sich die Beteiligten in Konkurrentenstreitverfahren regelmäßig auf der Grundlage fiktiver Annahmen bewegen (selbst besser als die/der Ausgewählte zu sein, bzw. eine[n] bessere[n] Bewerber[in] als die/den Antragsteller[in] gefunden zu haben), richtete das *BVerwG* seine Rechtsschutzkonzeption regelmäßig an Tatsachen aus. Zugespitzt formuliert fand sich dies in der – jetzt ausdrücklich aufgegebenen[31] – Auffassung[32] wieder, dass die bei Wahrnehmung eines höherwertigen Statusamtes gezeigten dienstlichen Leistungen bei einer neuen Auswahlentscheidung auch dem rechtswidrig ausgewählten Bewerber zugutegehalten werden müssten. „Völlig losgelöst" von der Bewertung der tatsächlichen Leistungen soll aber die Auswahlentscheidung auch zukünftig nicht sein:

Habe sich nach einer rechtswidrigen Übertragung des Dienstpostens der Ausgewählte nicht bewährt, bestünde kein Anlass, zwischenzeitlich erworbene Vorteile zum Schutz des übergangenen Bewerbers auszublenden.[33] Daneben soll die Verbindung zwischen der dienstlichen Beurteilung der auf dem höherwertigen Dienstposten erbrachten tatsächlichen Leistung, die aus Rechtsgründen weiterhin nicht verwendet werden soll und der als Grundlage neuer Auswahlentscheidungen gedachten „fiktiven Fortschreibung" nicht ganz aufgelöst werden: Der Dienstherr habe nur die dienstliche Beurteilung der Leistungen auf dem höherwertigen Dienstposten um einen Abschnitt zu ergänzen, in dem eine hypothetische Beurteilung der erbrachten Leistungen erfolgt, bei der die aus der Wahrnehmung eines höherwertigen Dienstpostens folgenden Besonderheiten unberücksichtigt bleiben.[34]

Aus Art. 33 II GG hat das *BVerwG* auch Anforderungen an die Gewinnung der einer Auswahlentscheidung zugrundeliegenden Beurteilung abgeleitet.[35] Nach diesen Grundsätzen muss die dienstliche Beurteilung zur Erfüllung ihrer Funktion, die Grundlage für künftige Auswahlentscheidungen zu bieten, eine möglichst lückenlose Nachzeichnung der tatsächlichen Leistungen gewährleisten. Auswahlentscheidungen dürften deshalb nur in eng gefassten Ausnahmefällen auf fiktiven Leistungsnachzeichnungen beruhen, wobei das Gericht die seinerzeit in der Bundeslaufbahnverordnung eröffneten Ausnahmebefugnisse genügen ließ. Während Beurteilungen aufgrund realer und nicht fiktiver dienstlicher Leistungen Aussagen über Charaktereigenschaften, Kenntnisse, Fähigkeiten, Verwendungen und Leistungen abgeben, können fiktive Nachzeichnungen allenfalls ein Gesamturteil im Sinne einer Gesamtnote fortschreiben, denn ein zB freigestellter Beamter erwirbt keine weiteren Kenntnisse und neuen Fähigkeiten, er hat keine weiteren Verwendungen, seine Leistungen werden lediglich fingiert.[36] Danach ist das Vorliegen einer Regelungslücke bei der rechtswidrigen Dienstpostenübertragung mit der Folge zweifelhaft, dass eine Analogie zu § 33 III BLV ausscheidet und „fiktive" Elemente in einer dienstlichen Beurteilung zur Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung führen. Der *VGH München* hatte es jüngst noch abgelehnt, einem rechtswidrig unbeschäftigten Beamten eine fiktive Nachzeichnung der Leistungsentwicklung analog zu § 33 III BLV einzuräumen.[37] *Kenntner*[38] nimmt hingegen auf die Verwaltungsvorschrift zu § 33 BLV Bezug, wonach Absatz 3 nicht abschließend zu verstehen wäre. Danach soll auch in sonstigen vergleichbaren Fällen, in denen eine sachgerechte Beurteilung nicht möglich ist, eine fiktive Fortschreibung der Beurteilung in Betracht kommen. Mit dem Grundsatz der lückenlosen Leistungsnachzeichnung oder der Rechtsprechung zum Ausnahmecharakter von § 33 III BLV beschäftigt er sich nicht. Nachdem das *BVerwG* allein den Gesetzgeber für befugt angesehen hat, den Leistungsgrundsatz aus Gründen der Leistungs- und Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung einzuschränken,[39] erscheint *Kenntners* ausdehnende Interpretation von § 33 III BLV und erst recht der Versuch einer Analogie jedenfalls zweifelhaft.

Den Grundsatz der möglichst lückenlosen Leistungsnachzeichnung hatte das *BVerwG* erst vor Kurzem dahingehend fortentwickelt, dass dienstliche Beurteilungen die dienstliche Tätigkeit im maßgebenden Beurteilungszeitraum vollständig erfassen, auf zuverlässige Erkenntnisquellen gestützt sein, das zu erwartende Leistungsvermögen in Bezug auf das angestrebte Amt auf der Grundlage der im innegehabten Amt erbrachten Leistungen hinreichend differenziert darstellen sowie auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhen müssen.[40] Diesen hohen Erwartungen an die Aussagekraft dienstlicher Beurteilungen für am Leistungsgrundsatz orientierte Auswahlentscheidungen steht die Innovation der „fiktiven Fortschreibung" wortlos und mit leeren Händen gegenüber. Dem Versuch, „ungeschickten" Dienstherrn[41] über Stellenblockaden wegen ihrer rechtswidrigen Auswahlentscheidungen hinwegzuhelfen, werden unbesehen wesentliche Maßstäbe des Konkurrentenrechtsschutzes geopfert.

2. Bewährungsvorsprung

Kenntner weicht der Diskussion um die Ausblendung eines leistungsrelevanten Bewährungsvorsprungs mit dem „Rückgriff" auf das normativ bereits (freilich für andere Fälle) verankerte Rechtsinstitut der „fiktiven Fortschreibung" von dienstlichen Beurteilungen aus – in der Sache geht es ihm

29 *Kenntner*, ZBR 2016, 181 (194); *BVerwG*, NVwZ 2016, 1650 (1652). Zust. *Bracher*, DVBl 2016, 1236 (1241).
30 Vgl. zur Beendigung dieser Diskussion die in der Einleitung aufgeführten Entscheidungen.
31 *BVerwG*, NVwZ 2016, 1650 (1652) Rn. 27.
32 *BVerwGE* 138, 102 = NVwZ 2011, 358 = NJW 2011, 695 Rn. 60 aE = LKV 2011, 136 Ls.; und schon *BVerwG*, ZBR 2009, 263 = BeckRS 2009, 34157; s. bereits *Herrmann*, NJW 2011, 653 (655).
33 *Kenntner*, ZBR 2016, 181 (194) (dort Fn. 166); *Bracher*, DVBl 2016, 1236 (1239).
34 Vgl. *BVerwG*, NVwZ 2016, 1650 (1652) Rn. 32; *Kenntner*, ZBR 2016, 181 (194 f.); vgl. *VGH Mannheim*, Beschl. v. 27.7.2016 – 4 S 1083/16, BeckRS 2016, 50051 Rn. 9; *OVG Saarland*, Beschl. v. 9.9.2016 – 1 B 60/16, BeckRS 2016, 52241; *OVG Bautzen*, Beschl. v. 8.11.2016 – 2 B 260/16, BeckRS 2016, 54817.
35 *BVerwGE* 132, 110 = NVwZ 2009, 782 (784); *OVG Bremen*, Urt. v. 22.9.2016 – 2 B 123/16, BeckRS 2016, 52563.
36 *OVG Schleswig*, Urt. v. 4.10.2016 – 2 LB 31/15, BeckRS 2016, 55854 Rn. 43.
37 *VGH München*, Beschl. v. 18.11.2015 – 6 CE 15.2260, BeckRS 2015, 56157 Rn. 15 f.
38 *Kenntner*, ZBR 2016, 181 (194) (Fn. 165).
39 *BVerwGE* 140, 347 = BeckRS 2012, 50985 Rn. 35; s. auch *BVerfGE* 139, 19 = NVwZ 2015, 1279 ff., zur gesetzlichen Ausgestaltung von Einstellungshöchstaltersgrenzen.
40 *BVerwG*, NVwZ 2015, 526 (528) Rn. 21 mwN.
41 Nach *Bracher*, DVBl 2016, 1236 (1237), würden diese sich sonst durch ein – wohl ebenso dem Grundsatz der Bestenauslese zuwiderlaufendes – Entgegenkommen behelfen.

aber genau darum.[42] *Bracher* stimmt der so verstandenen Ausblendung des Bewährungsvorsprungs bei rechtswidriger Übertragung des Dienstpostens zu und versucht, Antworten auf erste Fragen zu formulieren, ohne auf den früheren Stand der Rechtsprechung einzugehen.[43] Um die „fiktive Fortschreibung" dienstlicher Beurteilungen zu verstehen, ist dieser Rückblick aber unverzichtbar.[44]

Teilweise schon vor und jedenfalls als Reaktion auf die oben genannten Entscheidungen des *BVerfG*[45] haben mehrere Oberverwaltungsgerichte[46] und das *BVerwG*[47] auch in Konkurrenteneilverfahren um Dienstpostenbesetzungen einen Anordnungsgrund bejaht, weil ein Bewerber, dem die Wahrnehmung der Aufgaben des streitbefangenen Dienstpostens bereits vor einer bestandskräftigen Auswahlentscheidung ermöglicht wird, einen Bewährungsvorsprung vor seinen Mitbewerbern erlangen kann. Nach längerer Zeit erscheine die „quasi künstliche Ausblendung" dieser Vorteile und sonstiger Leistungsentwicklungen des Bewerberfeldes wirklichkeitsfremd. Dies könnte bei einer späteren, neuen Auswahlentscheidung zu Ergebnissen führen, die mit dem Grundsatz der Bestenauslese nicht mehr vereinbar wären. Jedenfalls sei die Verneinung eines Anordnungsgrundes mit den Geboten effektiven Rechtsschutzes dann nicht vereinbar, wenn die Tätigkeit des Konkurrenten auf dem streitigen Dienstposten trotz der Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung bei deren Wiederholung zum Nachteil des Beschwerdeführers berücksichtigt werden kann.[48]

Dabei zog das *BVerwG* für die Dienstpostenkonkurrenz zugleich eine Konsequenz aus dem o. g. Grundsatz der realitätsgerechten Leistungsbeurteilung: Weil sich die dienstlichen Beurteilungen auf den tatsächlich wahrgenommenen Dienstposten unter Berücksichtigung der sich aus dem abstrakt-funktionellen Amt ergebenden Anforderungen beziehen müssen, können die auf dem Dienstposten gezeigten Leistungen in einer zutreffenden dienstlichen Beurteilung nicht ausgeblendet werden. Die dienstliche Beurteilung müsse den im Beurteilungszeitraum tatsächlich vorhandenen Leistungsstand des Beamten bewerten.[49] Gleiches gilt für die gesonderte laufbahnrechtliche Bewährungsfeststellung, die sich ausschließlich auf die tatsächlichen Leistungen während der Aufgabenwahrnehmung in der Erprobungszeit bezieht. Eine in die Zukunft gerichtete Aussage, etwa eine Eignungsprognose im umfassenden Sinne, die beim Vorhandensein von Mitbewerbern auch vergleichend zu deren Eignung Stellung zu nehmen hat, ist erst der Entscheidung über die Vergabe des Statusamtes vorbehalten.[50] Nach den eindeutigen Entscheidungsgründen des *BVerwG* kommt es für die Frage, ob die Erprobung erfolgreich war, nicht darauf an, ob der Beamte den Dienstposten zu Recht innegehabt hat.[51] Der rechtswidrig ausgewählte Bewerber kann vom Dienstherrn sogar aus Gründen der Fürsorgepflicht verlangen, die Folgen einer rechtswidrigen Auswahlentscheidung soweit als möglich auszugleichen, zB durch Umsetzung auf einen anderen – nicht umstrittenen – Dienstposten oder Versetzung in ein vergleichbares Amt.[52]

Die Ausblendung des Bewährungs- und Erfahrungsvorsprungs wurde freilich schon vor langer Zeit erwogen, dh dass bei Auswahlentscheidungen zur Übertragung eines Dienstpostens die während eines schwebenden Verfahrens erlangte Bewährung eines Bewerbers, der zwischenzeitlich mit einem vergleichbaren Dienstposten kommissarisch betraut wurde, nicht berücksichtigt werden durfte.[53] Auch der *VGH Mannheim* hatte postuliert, dass bei einer Auswahlentscheidung, die wegen Obsiegens des unterlegenen Bewerbers in der Hauptsacheklage wiederholt werden müsse, die zwischenzeitliche Bewährung des ursprünglich ausgewählten Bewerbers auf dem streitigen Dienstposten außer Betracht zu bleiben habe und das Risiko einer erforderlich werdenden Änderung bereits getroffener organisationsrechtlicher Maßnahmen, wenn eine erneute Auswahlentscheidung zu einem anderen Ergebnis führt, allein zulasten des Antragsgegners geht. Im Übrigen wurde den unterlegenen Bewerbern ein Anordnungsgrund mit einer heute aktuell klingenden Begründung verwehrt:[54]

„Zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung ist die zeitnahe Besetzung freier oder freigewordener Dienstposten mit dem Dienstherrn hierfür geeignet erscheinenden Beamten zur erforderlichen Wahrnehmung der auf diesem Dienstposten anfallenden Dienstaufgaben unerläßlich. Dies gilt auch dann, wenn sich bei einer Bewerberkonkurrenz um einen höherbewerteten Dienstposten ein unterlegener Bewerber gegen die zu Gunsten eines anderen Beamten getroffene Auswahlentscheidung wendet."

3. Zur Fiktionalisierung des Leistungsvergleichs

Die guten Gründe, die gegen die Ausblendung des Bewährungsvorsprungs angeführt wurden, verlieren ihre Gültigkeit nicht dadurch, dass nur der Vorgang des Ausblendens als „fiktive Fortschreibung" bezeichnet wird. Tatsächlich lassen es *Kenntner* und *Bracher* zu, Bewerbern, denen rechtswidrig ein Beförderungsdienstposten übertragen worden ist, die während der Zeitdauer eines gerichtlichen Verfahrens oder bis zur Auswahlentscheidung über die Beförderung erlangten Bewährungs- oder Erfahrungsvorteile für den Leistungsvergleich gegenüber Mitbewerbern zu bewahren, denen diese Aufgabenwahrnehmung nicht ermöglicht wurde.

a) *Fiktive Leistungsnachzeichnung als Beurteilungssurrogat.* Die Methode der fiktiven Leistungsnachzeichnung ist zB in § 33 III BLV für Fälle vorgesehen, in denen Beamte keine dienstlichen Leistungen erbracht haben, allein deswegen aber aus rechtlichen Gründen nicht aus Auswahlentscheidungen ausgeschlossen sind.[55] Die hypothetische Vergleichsbetrachtung fingiert nicht nur eine tatsächlich im Beurteilungszeitraum nicht erbrachte Dienstleistung, sie unterstellt auch eine Fortentwicklung der Leistungen des Beamten entsprechend dem durchschnittlichen beruflichen Werdegang einer Grup-

42 *Kenntner*, ZBR 2016, 181 (194).
43 *Bracher*, DVBl 2016, 1236 (1238 ff.).
44 Siehe dazu vor allem *v. Laffert*, ZBR 2012, 76.
45 *BVerfGK* 12, 284 = NVwZ 2008, 69 = NJW 2008, 140 Ls. = ZBR 2008, 162, und ZBR 2006, 165 (166).
46 Vgl. etwa *OVG Münster*, Beschl. v. 8.10.2009 – 1 B 509/09, BeckRS 2009, 39704; *VGH München*, NVwZ-RR 2006, 346; *VGH München*, Beschl. v. 24.11.2006 – 3 CE 06.2680, BeckRS 2007, 20029; *OVG Weimar*, Beschl. v. 27.11.2012 – 2 EO 472/12, BeckRS 2013, 52375; *OVG Weimar*, DÖV 2013, 119 Ls. = BeckRS 2012, 58711; *VGH Mannheim*, Beschl. v. 16.11.2015 – 4 S 1939/15, BeckRS 2015, 55388 Rn. 2; *Schöbener*, BayVBl 2001, 321; *Schnellenbach*, ZBR 1997, 169.
47 *BVerwG*, Beschl. v. 11.5.2009 – 2 VR 1/09, BeckRS 2009, 34157 Rn. 4.
48 So *VGH München*, Beschl. v. 4.2.2009 – 3 CE 08.2852, BeckRS 2009, 38803 Rn. 34 mwN.
49 *BVerwG*, Beschl. v. 11.5.2009 – 2 VR 1/09, BeckRS 2009, 34157 Rn. 4.
50 *BVerwG*, Urt. v. 25.1.2007 – 2 A 2/06, NJOZ 2007, 2345.
51 Vgl. *BVerwG*, Beschl. v. 7.8.2001 – 2 VR 1/01, BeckRS 2001, 30197882; *BVerwG*, Beschl. v. 5.12.2001 – 2 VR 8/01, BeckRS 2001, 23575.
52 *BVerwGE* 138, 102 = NVwZ 2011, 358 Rn. 60.
53 So *VGH München*, Beschl. v. 24.9.1996 – 3 CE 96.2023, BeckRS 1996, 15091.
54 *VGH Mannheim*, Beschl. v. 7.2.1997 – 4 S 73/97; vgl. schon *VGH Mannheim*, Beschl. v. 29.9.1995 – 4 S 2130/95, BeckRS 1996, 20571; *VGH Mannheim*, Beschl. v. 4.10.1993, VBlBW 1995, 68, in ähnlichem Zusammenhang.
55 Vgl. schon *BVerwGE* 93, 188 (192) = NVwZ-RR 1992, 574 Ls.; *BVerwGE* 126, 333 = NVwZ 2007, 344 Rn. 17.

pe vergleichbarer Beamter. Damit prognostiziert sie, wie der Beamte voraussichtlich zu beurteilen wäre, wäre er im Beurteilungszeitraum nicht freigestellt gewesen und hätte er seine Leistungen wie vergleichbare Kollegen fortentwickelt. Dabei benötigt die fiktive Fortschreibung eine zureichende tatsächliche Grundlage in Gestalt einer vergangenen Beurteilung. Die Aussagekraft der Leistungsnachzeichnung ist dabei umso höher, je länger und je qualifizierter der Beamte vor der Freistellung dienstliche Aufgaben erledigt hat, je kürzer dies zurückliegt und je eher diese Aufgaben mit denjenigen des angestrebten Beförderungsamtes oder -dienstpostens vergleichbar sind.[56] Zudem ist zur Prognose hinsichtlich der Eignung für ein Beförderungsamt von der Rechtsprechung auch eröffnet worden, selbst eine Erprobung auf dem höherwertigen Dienstposten fiktiv nachzuzeichnen – wenn der freigestellte Beamte einer entsprechenden Tätigkeit in jüngerer Zeit nachgegangen ist, oder wenn er sich um einen Dienstposten bewirbt, der keine erheblichen Unterschiede zu seiner bisherigen dienstlichen Tätigkeit aufweist.[57]

b) *Ausblendung der Höherwertigkeit.* Die „fiktive Fortschreibung", wie sie jetzt zum Ausblenden der Vorteile einer rechtswidrigen Aufgabenwahrnehmung erwogen wird, verlässt in mehrfacher Hinsicht bekannte Wege. Während die fiktive Leistungsnachzeichnung die hypothetische Leistungsentwicklung eines Beamten beschreibt, dessen tatsächliche Tätigkeiten nicht beurteilt werden dürfen,[58] liegt bei dem Beamten auf einem ihm möglicherweise rechtswidrig übertragenen Dienstposten eine der dienstlichen Beurteilung unterworfene Tätigkeit vor: Die fiktive Nachzeichnung des Ergebnisses der letzten Regelbeurteilung wurde in der Rechtsprechung als „Beurteilungssurrogat" mit „gewissermaßen nur subsidiären Charakter" indes nur zugelassen, wenn keinerlei dienstliche Tätigkeit vorliegt. Die fiktive Nachzeichnung der letzten (Regel-) Beurteilung ließe keine verlässlichen Rückschlüsse auf die Leistungserbringung des betroffenen Beamten zu und sei nur zulässig, wenn keine besseren Beurteilungsgrundlagen, namentlich in Form tatsächlicher Diensterbringung, vorhanden sind.[59]

Kenntners Anleihen[60] bei § 33 III BLV sind nur begrifflicher Natur. Ihm geht es nicht um die Leistungsentwicklung einer Vergleichsgruppe oder eine ausreichende Tatsachengrundlage in der letzten dienstlichen Beurteilung. Die „fiktive Fortschreibung" soll nicht anstatt einer dienstlichen Beurteilung vorgenommen werden, sondern neben bzw. sogar in der dienstlichen Beurteilung der auf dem höherwertigen Dienstposten geleisteten Tätigkeit – diese sei „um einen Abschnitt zu ergänzen, in dem die hypothetische Beurteilung der erbrachten Leistungen erfolgt, bei der die aus der Wahrnehmung eines höherwertigen Dienstpostens folgenden Besonderheiten unberücksichtigt bleiben."[61] Fiktiv an dieser Leistungseinschätzung ist nur die „Ausblendung der Höherwertigkeit".

Er stützt seinen Vorschlag damit auf die Ergebnisoffenheit und Rationalität der für die Dienstherrnseite handelnden Amtswalter und formuliert zusätzliche Anforderungen an die auswählenden Stellen. Viele Dienstpostenvakanzen beruhen aber darauf, dass „die Verwaltung" nicht Willens oder nicht in der Lage ist, die „normalen" Anforderungen an rechtmäßige Auswahlentscheidungen zu erfüllen. Diese Fortentwicklung des Dienstrechts führt auf den Holzweg:

Auch wenn diese Fiktionalisierung nach der ausgedrückten Hoffnung dem Gebot der Praktikabilität entsprechen und vergleichbare Differenzierungen dem Beurteilungswesen nicht fremd sein sollen, fehlt diesem Ansatz der zur Auflösung der Stellenblockaden notwendige Wirklichkeitsbezug. Auswahlentscheidungen wurden gerade wegen der Einbeziehung von fiktiven Leistungsnachzeichnungen einer gerichtlichen Kontrolle unterzogen, weil auch an dieser Stelle – wie bei den Anlassbeurteilungen – die Befürchtung eingreift, dass die Leistungsbewertungen voluntativ auf das gewünschte Ergebnis der Auswahlentscheidung ausgerichtet sind. Und bekanntlich ist die Bereitschaft auf Dienstherrenseite praktisch kaum vorhanden, gerichtlich festgestellte Beurteilungsfehler in einer Weise auszuräumen, dass dadurch die Auswahlreihenfolge der Bewerber in Frage gestellt werden könnte. Hinzu kommt, dass zum Zeitpunkt der Erstellung der dienstlichen Beurteilung (mit der fiktiven Ergänzung) nicht feststehen muss, dass die Übertragung des Dienstpostens überhaupt rechtswidrig gewesen ist.

c) *Relativität der fiktiven Ausblendung.* Auch die inzwischen diskutierten Ausprägungen der fiktiven Ausblendung haben mit den gerade noch tolerierten fiktiven Leistungsnachzeichnungen nichts zu tun:

Weil die hypothetische Ausblendung der Höherwertigkeit nicht (wie bei der fiktiven Leistungsnachzeichnung) zum Schutz des beurteilten Beamten, sondern dem Schutz der möglicherweise rechtswidrig übergangenen Mitbewerber um den höherwertigen Dienstposten dient, hat sie eine höchst flüchtige Erscheinung. Zulasten des Beamten auf dem höherwertigen Dienstposten und zugunsten des außenstehenden unterlegenen Mitbewerbers soll etwa die „ausgebliebene Bewährung" nicht ausgeblendet werden.[62] Zusätzlich soll die „Höherwertigkeit" der Tätigkeit auch nur gegenüber den Mitbewerbern in der Dienstpostenkonkurrenz außer Betracht bleiben. Bewirbt sich nur der ausgewählte Bewerber und keiner seiner Mitbewerber um eine andere Verwendung, oder wird einer der seinerzeit unterlegenen Mitbewerber um die Übertragung des Beförderungsdienstpostens auf einer anderen Stelle befördert, soll die Ausblendung unterbleiben.[63] Der Beamte auf dem höherwertigen Dienstposten trägt also nicht nur das Risiko, dass seine eigenen Leistungen zB in der Erprobungszeit nicht den Anforderungen des höherwertigen Amtes entsprechen, sondern zusätzlich das – für ihn nicht absehbare – Risiko, dass der Dienstherr seine Leistungen in weiteren Auswahlentscheidungen rechtsfehlerhaft unter oder ohne Ausblendung der „Höherwertigkeit" bewertet. *Kenntner* räumt ein, dass seine Lösung „Schwächen" enthält.[64] Vor allem kann diese Lösung keinen „effektiven" Rechtsschutz iSd Art. 19 IV GG verwirklichen, wie dies durch die vorläufige Untersagung der Dienstpostenübertragung und die Verhinderung der tatsächlichen Aufgabenwahrnehmung gewährleistet wird. Die „Ausblendung" ist

56 *BVerwG*, NVwZ-RR 2011, 371 (372); vgl. auch *OVG Münster*, NVwZ-RR 2013, 59 Ls. = BeckRS 2012, 58322; *OVG Koblenz*, NJOZ 2013, 1570 = NVwZ-RR 2012, 853 Ls.; *VGH Mannheim*, Beschl. v. 4.7.2008 – 4 S 519/08, BeckRS 2008, 37278, RiA 2009, 41.

57 *BVerwG*, NVwZ-RR 2014, 853 Ls. = BeckRS 2014, 54340 Rn. 14.

58 Für freigestellte Personalvertretungsmitglieder: *BVerwGE* 93, 188 = NVwZ-RR 1992, 574 Ls.; für Beurlaubung während des Arbeitsverhältnisses zu einer Bundestagsfraktion: *OVG Berlin-Brandenburg*, NVwZ-RR 2011, 534 (vgl. insoweit heute § 33 II a BLV).

59 So *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 22.11.2013 – 6 N 89/12, BeckRS 2013, 59521.

60 *Kenntner*, ZBR 2016, 181 (194), und nahezu wortgleich *BVerwG*, NVwZ 2016, 1650 (1652) Rn. 30.

61 *Kenntner*, ZBR 2016, 181 (195), und wortgleich *BVerwG*, NVwZ 2016, 1650 (1653) Rn. 31.

62 *Kenntner*, ZBR 2016, 181 (194) (Fn. 166); *Bracher*, DVBl 2016, 1236 (1239).

63 *Bracher*, DVBl 2016, 1236 (1240).

64 *Kenntner*, ZBR 2016, 181 (195).

unredlich, weil die Leistungen während der Wahrnehmung des höherwertigen Amtes regelmäßig doch ausschlaggebend für die Auswahlentscheidung sind. Dass der Dienstherr in der Situation der Zufriedenheit mit dem rechtswidrig ausgewählten Bewerber diese Bewertung ausblendet und durch die Annahme ersetzt, er wäre mit der Aufgabenwahrnehmung durch den übergangenen Bewerber ebenso zufrieden gewesen, ist lebensfern.

c) *Hypothetische Auswahlgrundlagen vs. Bestenauslese.* Die Vorschläge und ersten Schritte im Beschluss des *BVerwG* vom 10.5.2016 verkennen, dass der Grundsatz der Bestenauslese gem. Art. 33 II GG nicht nur formaler Bezugspunkt für einen Punkte- oder Notenvergleich ist, bei dem für den einen Bewerber leistungsbezogene Umstände hinzufingiert, für einen anderen Bewerber hingegen ausgeblendet werden. Inhaltlich erfüllen Art. 33 II und 5 GG eine qualitätssichernde Funktion und sollen sicherstellen, dass der Beamten- oder Richterstatus für überdurchschnittlich qualifizierte Kräfte attraktiv ist.[65] Fachliches Niveau und rechtliche Integrität des öffentlichen Dienstes werden dabei durch das in Art. 33 II GG verankerte Prinzip der Bestenauslese anhand von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung sichergestellt, das den erstmaligen Zugang zu einem öffentlichen Amt beim Eintritt in das Beamtenverhältnis ebenso wie die Ämterbesetzung aufgrund von Beförderungen reguliert.[66] Der Grundsatz der Bestenauslese kann nicht – ohne Abwandlung in einen zweifelhaften „Grundsatz der Erst-Bestenauslese" – als Rechtfertigung für Maßnahmen herangezogen werden, die den Dienstherrn vor einer gerichtlichen Überprüfung seiner Auswahlentscheidung zur Besetzung von Beförderungsdienstposten freistellen. Die neue Argumentation,[67] wonach die Übertragung von Beförderungsdienstposten im Ergebnis doch wie die Übertragung statusgleicher Dienstposten aus dem vor der Dienstpostenübertragung liegenden Rechtsschutz und den Maßgaben von Art. 33 II GG herauszunehmen sei,[68] steht der bisherigen verfassungs- und höchstrichterlichen Rechtsprechung[69] unvereinbar gegenüber. Auch die Bewerber um einen Beförderungsdienstposten können gem. Art. 33 II GG beanspruchen, dass über ihre Bewerbung in fehlerfreier Weise entschieden und sie nur aus Gründen zurückgewiesen wird, die durch den Leistungsgrundsatz gedeckt sind.

IV. Was ist zu tun?

Für die anwaltliche Begleitung von beamtenrechtlichen Auswahlentscheidungen oder Konkurrentenstreitverfahren um Beförderungsdienstposten, sowohl auf Bewerber- als auch auf Dienstherrenseite, bringt die Rechtsschutzdiskussion vor allem zusätzliche Arbeit mit sich. Zur Reduzierung verwaltungsgerichtlicher Verfahren wird dies ebenso wenig beitragen wie zu schnelleren Dienstpostenbesetzungen.

1. Anordnungsgrund bei Dienstpostenkonkurrenz

Auch wenn einige Oberverwaltungsgerichte die innovativen Thesen sehr schnell übernommen und einen Anordnungsgrund bei Fällen der Dienstpostenkonkurrenz abgelehnt haben, unterliegt derjenige einem (haftungsrelevanten) Irrtum, der zukünftig auf verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz gegen die Dienstpostenübertragung verzichtet. Mangels gesetzlicher Verfahrensregeln greifen die mit Konkurrentenstreitigkeiten befassten Gerichte zunehmend auf den Einwand der aus Treu und Glauben unzulässigen Rechtsausübung zurück. Wer sich Einwendungen gegen die Dienstpostenübertragung bis zum Streit um die Beförderung aufhebt, riskiert, damit ausgeschlossen zu werden. Den Rechtsschutz gegen – aus Sicht der Bewerber rechtswidrige – Abbruchentscheidungen hat das *BVerwG* auf die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO konzentriert, um den Dienstherrn zur Fortführung des Stellenbesetzungsverfahrens (vorläufig) verpflichten zu lassen. Bestand eine solche Rechtsschutzmöglichkeit und wird von ihr nicht innerhalb eines Monats oder erfolglos Gebrauch gemacht, gilt der Abbruch als rechtsbeständig. Hat ein Bewerber von der Möglichkeit, um einstweiligen Rechtsschutz nachzusuchen, keinen Gebrauch gemacht, ist er außerdem von Schadensersatzansprüchen in Anwendung des Rechtsgedankens aus § 839 III BGB ausgeschlossen.[70]

Dabei hängen die Erfolgsaussichten des Eilantrags gegen die Dienstpostenübertragung auf einen Dritten noch stärker vom inhaltlichen Vortrag des Antragstellers ab als bisher. Kann aufgezeigt werden, dass aus einem drohenden Bewährungs-, Erprobungs- oder Erfahrungsvorsprung des ausgewählten Bewerbers ein irreversibler Nachteil für den Antragsteller folgt, bleibt auch weiterhin Eilrechtsschutz möglich. So hat der *VGH Mannheim* einen Anordnungsgrund bei der Dienstpostenkonkurrenz bejaht, wenn von der Auswahlentscheidung zur Dienstpostenübertragung bereits eine präjudizierende Vorwirkung für die Zugehörigkeit zum Bewerberkreis um das Statusamt ausgeht.[71] In dem Fall ging es um die Zulassung zur Praxisförderung unter gleichzeitiger Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens, der die Möglichkeit der Bewährung bietet, also um zwingende Voraussetzungen für einen Laufbahnaufstieg.

Dass in der Auswahlentscheidung um das Beförderungsamt die „Höherwertigkeit" der Aufgaben und die sonstigen Vorteile bei dem Mitbewerber auf dem Beförderungsdienstposten ausgeblendet werden, kann schließlich nur der Antragsteller vom Dienstherr verlangen, der überhaupt einen Eilantrag gegen die Dienstpostenbesetzung angebracht und Widerspruch bzw. Klage im Hinblick auf eine neue Auswahlentscheidung erhoben hat. *Bracher* weist darauf hin, dass die Auswahlentscheidung um die Dienstpostenübertragung keine Rechte der Mitbewerber um das Beförderungsamt verletzt, die diese akzeptiert oder ohne Erfolg angegriffen haben.[72] Auch wenn diese Differenzierung nicht zu überzeugen vermag – soll doch dem Eilantrag gegen eine Dienstpostenbesetzung zukünftig von vornherein der Anordnungsgrund fehlen –, ist angesichts des Diskussionsstandes zu befürchten, dass sich ein Unterlassen des Eilrechtsschutzes gegen die Besetzung des Beförderungsdienstpostens negativ auf den Eilrechtsschutz um das Beförderungsamt auswirkt.

2. Rechtsschutz bei Statusamts-/Beförderungskonkurrenz

Die Diskussion um Beschränkungen des Rechtsschutzes bei der Dienstpostenkonkurrenz hat bereits nach kurzer Zeit zu neuen Entwicklungen bei den Konkurrentenanträgen zur Untersagung von Ernennungen geführt. Nach einem Be-

65 *BVerfGE* 139, 64 = NVwZ 2015, 1047 = NJW 2015, 1935 = LKV 2015, 457 Ls. = DÖV 2015, 1058 (1062) Rn. 118 ff. zur Richterbesoldung.
66 Vgl. *BVerfG*, NVwZ 2016, 223 (228) Rn. 102 mwN.
67 *Kenntner*, ZBR 2016, 181 (194); *Bracher*, DVBl 2016, 1236 (1238).
68 Vgl. zum Fehlen eines Bewerbungsverfahrensanspruchs bei der „Umsetzungskonkurrenz" *BVerwG*, NVwZ 2016, 460.
69 *BVerfG*, NVwZ 2008, 194 = ZBR 2008, 164; *BVerwGE* 115, 58 (59 ff.) = NVwZ-RR 2002, 47.
70 *BVerwG*, NVwZ 2013, 955 = LKV 2013, 222 Rn. 12; *BVerwG*, NVwZ 2015, 1066.
71 Vgl. *VGH Mannheim*, NVwZ 2017, 167 (in diesem Heft).
72 *Bracher*, DVBl 2016, 1236 (1240).

schluss des *OVG Magdeburg* besteht im Streit um die Besetzung eines Beförderungsdienstpostens mit einhergehender bzw. sich anschließender Beförderung der Bewerber ohne erneutes Auswahlverfahren bezogen auf die Beförderungsplanstelle (so genannte „Vorwirkungsfälle“[73]) ein Anordnungsgrund für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, mit der zwar nicht die vorläufige Besetzung des Dienstpostens, indes die vom Dienstherrn angekündigte, gleichsam „automatische“ Beförderung des Mitbewerbers verhindert werden soll.[74] Für die Eröffnung verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutzes gegen die Ernennung genügt danach die Mitteilung des Dienstherrn über die Vergabe des Beförderungsdienstpostens und die Angabe bzw. sonstige Kenntnis des Antragstellers, dass die Beförderung ohne erneute Auswahlentscheidung oder Konkurrentenbenachrichtigung zu einem unbestimmten Zeitpunkt in der Zukunft stattfinden könnte. Versäumt ein Antragsteller, der sich ausschließlich gegen die Dienstpostenübertragung wendet, den Antrag auf vorläufige Untersagung der Beförderung, muss vorerst davon ausgegangen werden, dass der Dienstherr mit der Benachrichtigung zur Übertragung des Beförderungsdienstpostens auch den ihm zur Wahrung des Grundrechtsschutzes durch Verfahren obliegenden Mitteilungspflichten nachgekommen ist. Letztlich müssen die Antragsteller in Zukunft regelmäßig mehrere Anträge zur Freihaltung des Beförderungsdienstpostens und der Beförderungsstelle erheben. Ob die Vorschläge zum „Abbau des einstweiligen Rechtsschutzes im Konkurrentenstreit um Funktionsämter“ zu einer Reduzierung der verwaltungsgerichtlichen Verfahren oder Dienstposten- und Stellenbesetzungen rechtssicherer machen, muss danach bezweifelt werden.

V. Fazit

Im Bemühen, den Gewaltenteilungsgrundsatz einmal hintanzustellen und der Verwaltung bei der Erledigung ihrer Hausaufgaben zu helfen, hat der 2. *Revisionssenat* des *BVerwG* wichtige Eckpfeiler des Rechtsschutzes im Bereich von Art. 33 II GG an-, wenn nicht gar umgestoßen. Die Oberverwaltungsgerichte haben sich nur teilweise auf die neue Rechtsschutzdoktrin eingestellt oder beginnen, diese – den praktischen Anforderungen entsprechend – einzuschränken und anzupassen. Mehr Rechtsstreitigkeiten und mehr Rechtsunsicherheit sind die Folge. Ist dieser Preis dem Ziel der „Korrektur“ angemessen?

Die vorangehende Kritik lässt sich so zusammenfassen: Das Ausmaß der Schäden ist noch nicht abzusehen. Die Streitigkeiten um Konkurrenzen im öffentlichen Dienst werden komplizierter, dh der Aufwand für Rechtsschutzsuchende und die Gerichte wird zunehmen. Mit der Fiktionalisierung und dem „Ausblenden“ tatsächlicher Leistungsumstände beschreitet das *BVerwG* alte Wege, von denen man weiß, dass sie nicht zum Ziel der Bestenauslese führen. Den heraufbeschworenen Gefahren von Konkurrentenanträgen für die Aufgabenwahrnehmung hätte auch mit effektiveren und einfachen Mitteln begegnet werden können, zB der Einschränkung von Möglichkeiten, Auswahlverfahren zur Besetzung von Dienstposten abzubrechen. ■

73 *BVerwGE* 147, 20 = NVwZ 2014, 75 (76) Rn. 11 ff.; *OVG Münster*, Beschl. v. 24.10.2013 – 6 B 983/13, BeckRS 2013, 57923.

74 *OVG Magdeburg*, Beschl. v. 25.10.2016 – 1 M 124/16, BeckRS 2016, 53821 Rn. 10.