

tungsakt oder durch konkludentes Verwaltungshandeln – wird bei strukturellen Verschiedenheiten der Ländergesetze schwierig. Das deutlichste Beispiel wäre die Versetzung einer im Beamtenverhältnis stehenden Person, die eine Leistungszulage erhält, zu einem Dienstherrn, bei dem Leistungszulagen nach der geltenden Rechtslage nicht mehr gezahlt werden können. Es wäre denkbar, an die Stelle der Leistungszulage ein Aufrücken in der Dienstaltersstufe zu gewähren. Nach Auffassung des Verfassers ist dies eine vertretbare Lösung. Der neue Dienstherr hat aber völlig freie Hand, diesen Weg zu gehen oder sich für das Auslaufen der Leistung des früheren Dienstherrn ohne Ersatzleistung zu entscheiden. Bei Anknüpfung an die Bewilligungsentscheidung des früheren Dienstherrn ist klar, dass die Weiterleistung einer anderen Art leistungsbezogener Besoldungselemente das Leistungsvolumen nicht erhöhen darf. Es ist daher bei der Gewährung einer anderen Leistungsart darauf zu achten, dass nicht mehr gegeben wird als in der Ausgangsentscheidung des früheren Dienstherrn vorgesehen war. Es wird daher

oft eine zeitliche Begrenzung nötig sein. Der neue Dienstherr kann aber nach Auslauf der Leistung die Besoldung auf der Basis der bei ihm erbrachten Leistungen und allein nach seinem Recht wieder verbessern.

## VI. Ergebnis

Die Entscheidungen über die Gewährung leistungsbezogener Besoldungselemente verlieren ihre Wirkung mit der Versetzung einer Beamtin/eines Beamten zu einem anderen Dienstherrn. Der neue Dienstherr kann aber auf Grund eigener Entscheidung die Zahlung dieser Leistungselemente fortsetzen. Bei rechtssystemübergreifender Versetzung kann der neue Dienstherr – wenn die bisher gewährte Leistung beim neuen Dienstherrn nicht möglich ist – eine Leistung anderer Art gewähren, die nach seiner Besoldungsrechtslage zulässig ist.

# Der Bewährungsvorsprung

Dr. Lisa von Laffert

*Die Frage, ob ein Bewährungsvorsprung des ausgewählten Bewerbers droht, ob dieser vermieden oder nachträglich ausgeglichen werden kann und ob er einen eigenen Antrag erfordert bzw. rechtfertigt, wird in nahezu jedem Konkurrentenstreit diskutiert. Bedeutung, Begrifflichkeiten und Entwicklungen in der Rechtsprechung zum Bewährungsvorsprung werden umrissen, um im Anschluss besondere Fallgruppen – etwa den Bewährungsvorsprung bei Umsetzungskonkurrenz oder bei der Freistellung vom Dienst – genauer zu betrachten. Aktuelle Entwicklungen und Diskussionen zur Ämterstabilität und Rechtsschutzart werden berücksichtigt.*

## I. Begriff

„Bewährungsvorsprung“: den Begriff gibt es nur im Dienstrecht. Was er bedeutet, sagt das Wort selbst. Ein Bediensteter hat sich in einer bestimmten Funktion – anders als seine Kollegen – bewährt. Das ist zunächst einmal positiv. Die Behördenleitung gewinnt die Erkenntnis, dass ein Bediensteter auch eine andere bzw. eine höher bewertete Aufgabe erfolgreich bewältigt und kann ihn entsprechend einsetzen. Liest man vom Bewährungsvorsprung in gerichtlichen Entscheidungen, geht es aber in der Regel darum, diesen zu verhindern. Denn der Vorsprung des einen kann zum Nachteil des anderen werden. Und solange sich nicht sicher sagen lässt, ob der eine den Vorsprung zu Recht erlangt hat, geht ein effektiver Rechtsschutz des anderen einer effizienten Personalplanung vor.

Die klassische Situation im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren, in der ein Bewährungsvorsprung relevant wird, ist die folgende: Als Ergebnis einer Auswahlentscheidung wird ein Beamter – anders als seine Konkurrenten – durch die Über-

tragung eines Dienstpostens in die Lage versetzt, seine Eignung für die hiermit verbundenen Aufgaben unter Beweis zu stellen. Selbst wenn sich also später herausstellen sollte, dass die Auswahl dieses Beamten rechtswidrig war, konnte er sich – anders als seine Konkurrenten – auf diesem Posten bewähren. Das wiederum kann ihm später, insbesondere im Rahmen einer Neuauswahl zugute kommen. Der unterlegene Bewerber wird daher regelmäßig ein Interesse haben, einen Bewährungsvorsprung seines Konkurrenten zu verhindern.

## II. Tatsächlicher und rechtlicher Bewährungsvorsprung

Oft liest und spricht man vom faktischen oder tatsächlichen Bewährungsvorsprung.<sup>1</sup> Theoretisch gibt es als Gegenstück wohl auch einen rechtlichen Bewährungsvorsprung. Der Terminus ist allerdings nicht gebräuchlich. Bedeutet der faktische Bewährungsvorsprung, dass die erbrachten Leistungen tatsächlich in eine spätere Leistungs- und Eignungsbewertung einfließen werden, ließe sich mit einem rechtlichen Bewährungsvorsprung die Erfüllung von gesetzlichen Erprobungs- oder Bewährungsvorschriften bezeichnen.<sup>2</sup> Schon weil ein solcher rechtlicher Bewährungsvorsprung fast nie (außer im Fall einer Freistellung) losgelöst von einem faktischen Bewährungsvorsprung auftreten wird, ist dessen Bedeutung vergleichsweise gering. Es wird an den wenigen relevanten Konstellationen darauf näher eingegangen.

## III. Bedeutung

Das Thema Bewährungsvorsprung ist im klassischen beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit allgegenwärtig. Man gehe von der Konstellation aus, dass ein Beförderungsposten neu besetzt werden soll, eine Auswahl nach dem Grundsatz der Bestenauslese stattfindet und im Anschluss Posten und – ggf. nach der obligatorischen Erprobungszeit – das Statusamt übertragen werden sollen. Der in der Auswahl unterlegene Konkurrent will also zweierlei verhindern: 1. Der Ausgewählte soll nicht beför-

1) Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 31.3.2008 – 6 S 1.08 – 2. Leitsatz; OVG Münster, NWVBI 2003, 184; VGH München, Beschluss vom 30.9.2009 – 3 CE 09.1879 – Orientierungssatz.

2) Vgl. hierzu z. B. OVG NRW, NWVBI 2003, 184.

dert – d. h. nicht endgültig in dem höherwertigen Amt ernannt werden. 2. Der Ausgewählte soll durch die Übertragung des Dienstpostens keinen faktischen Bewährungsvorsprung erlangen. Beides kann im Rahmen eines Eilverfahrens einen Anordnungsgrund darstellen.<sup>3</sup> Bei Letzterem liegt die Eilbedürftigkeit auf der Hand, da der Dienstherr den Dienstposten in der Regel sofort besetzen wollen wird. Aber auch die drohende Ernennung ist ein Anordnungsgrund. Denn selbst im Fall einer sechsmonatigen Erprobungszeit würde der Verweis auf Widerspruch und Hauptsacheverfahren kaum rechtzeitigen Rechtsschutz gewährleisten. So findet sich in vielen Entscheidungen die Feststellung, dass das Abwarten einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren durch endgültige, nicht mehr anfechtbare Stellenbesetzung zur Erledigung des Auswahlverfahrens führte, mit der Folge, dass die Beförderungschance in jenem Auswahlverfahren endgültig beseitigt wäre.

Nun ist die Ämterstabilität (wieder einmal) ins Wanken geraten, so dass man zumindest kurz Zweifel äußern kann, ob sich die eben zitierte Feststellung noch in dieser Grundsätzlichkeit aufrecht erhalten lässt. Denn nach der viel besprochenen Entscheidung des BVerwG vom 4. November 2010 ist die Aufhebung einer Ernennung ex nunc zumindest möglich. Die Argumentation der drohenden irreversiblen Maßnahme wird damit möglicherweise geschwächt und damit der – bislang standardmäßig bejahte – Anordnungsgrund im Eilrechtsschutz. Bereits einmal nach einem obiter dictum zur Ämterstabilität des BVerwG hatte der Justizstaatssekretär in Hessen in Zweifel gezogen, ob man sich überhaupt noch pauschal darauf berufen könne, dass ein Anordnungsgrund wegen ansonsten endgültiger Vereitelung der Beförderungschance gegeben sei.<sup>4</sup> Der Anordnungsgrund des Bewährungsvorsprungs gewänne so enorm an Bedeutung. Ohne hier auf die Einzelheiten einzugehen, lässt sich allerdings festhalten, dass die Einschränkung der Ämterstabilität auf eine überschaubare Anzahl von Konstellationen beschränkt bleiben wird. Der Bewährungsvorsprung ist daher in einem Beförderungsverfahren weiterhin eines von zwei Argumenten für den Erlass einer einstweiligen Anordnung.

## IV. Ausgangsfall: Beförderungskonkurrenz

### 1. Ziel und Inhalt des Eilantrags

Zunächst soll weiterhin die Ausgangssituation zugrunde gelegt werden, in der Posten und Statusamt im Zuge eines Beförderungsverfahrens verändert werden sollen. Der Antrag des unterlegenen Konkurrenten an das Verwaltungsgericht wird hier einerseits darauf gerichtet sein, dass das Gericht die Verleihung des höheren Statusamts untersage, und andererseits, dass der ausgewählte Bewerber nicht auf dem ausgeschriebenen Dienstposten eingesetzt werden dürfe. Daraufhin wird der Antragsgegner zur Vermeidung einer gerichtlichen Zwischenverfügung regelmäßig eine Zusage abgeben, beides zu unterlassen. Und selbst wenn der Antragsgegner eine Zusage ausdrücklich nur hinsichtlich der Ernennung abgibt, wird er doch wenigstens für das laufende Eilverfahren mit der Besetzung des Postens warten. Denn das Risiko einer Zwischenverfügung bzw. einer einstweiligen Anordnung mit dem Inhalt, die bereits erfolgte Dienstpostenvergabe wieder rückgängig zu machen, will der Dienstherr in aller Regel nicht eingehen.<sup>5</sup> Der Besetzungsstopp stellt den Dienstherrn dabei oft vor wesentlich größere praktische Probleme als der Ernennungsstopp. Häufig wird er mit der Ernennung noch warten können, ohne dass der Beamte hierdurch einen Rechtsverlust oder die Behördenleitung – relevant insbesondere bei prominenten Posten – einen Ansehenschaden erleidet. Denn die Einweisung in eine Planstelle ist bis zu einem gewissen Zeitraum rückwirkend möglich

und für die Außenwirkung ist in der Regel die Übertragung der Aufgaben ausreichend. Der Posten bleibt jedoch bei einem Verfahren durch mehrere Instanzen im ungünstigsten Fall über Jahre nicht bzw. kommissarisch besetzt. Mit dem Antrag, die Versetzung zu untersagen, trifft der Konkurrent seinen Dienstherrn empfindlich.

### 2. Bewährungsvorsprung als Anordnungsgrund

Früher war es verbreitete Meinung, dass für die Untersagung der Besetzung des (höherwertigen) Dienstpostens im Rahmen des Eilrechtsschutzes kein Bedarf bestünde, da ein Rechtsverlust hiermit nicht verbunden sei.<sup>6</sup> Es wurde insofern auch nicht unterschieden, ob es zunächst allein um die Dienstpostenübertragung ging<sup>7</sup> oder ob eine Beförderung unmittelbar vorbereitet wurde. Nur außergewöhnliche Umstände, in denen ein Abwarten des Hauptsacheverfahrens schlicht unzumutbar sei, sollten eine einstweilige Anordnung rechtfertigen. Auch die Nachteile für die Verwaltungsorganisation wurden gegen den Anordnungsgrund angeführt. Das staatliche Interesse an einer funktionierenden Verwaltung werde stark beeinträchtigt, indem die Aufgaben des unbesetzten Dienstpostens von anderen Beamten miterledigt werden müssten. *Bracher* maß diesem Umstand erhebliches Gewicht bei, gegenüber dem die Nachteile des übergangenen Mitbewerbers gering seien.<sup>8</sup> Diese Auffassungen sind inzwischen weitgehend aufgegeben worden. Der Bewährungsvorsprung als Anordnungsgrund ist im Allgemeinen anerkannt.<sup>9</sup>

Verschiedene Konstellationen machen das berechtigte Bedürfnis des unterlegenen Bewerbers deutlich: Nicht von der Hand zu weisen ist es etwa, wenn keiner der Bewerber bislang Führungsaufgaben wahrgenommen hatte und nur einer nun die Möglichkeit bekommt, seine entsprechende Fähigkeiten zu zeigen. Gleichmaßen wird ein Anordnungsgrund bejaht, wenn der unterlegene Bewerber bereits jahrelange einschlägige Erfahrungen vorweisen konnte, nicht dagegen der Ausgewählte, der sich nun aber nachträglich hier beweisen und bei einer wiederholten Auswahl insofern gleichziehen kann.<sup>10</sup> Der Vorsprung des Antragstellers zum Zeitpunkt der Auswahl würde damit zunichte gemacht. Möglich ist auch, dass auf diese Weise ein formales, bislang fehlendes Kriterium des Anforderungsprofils („Erfahrungen in ...“) erst nachträglich erfüllt wird. Auch wenn es in beiden letztgenannten Fällen weniger um einen Vorsprung im engeren Sinne geht, sondern eher um ein Aufholen, lassen sich diese systematisch hier einreihen. Denn die Rechte des rechtswidrig übergangenen Bewerbers werden hierdurch geschwächt.

Dies kann allerdings nicht so weit gehen, dass der ausgewählte Bewerber nun während eines laufenden Verfahrens von jeglicher Art der Kompetenzsteigerung abgehalten werden muss.

3) OVG Lüneburg, IöD 2009, 90.

4) *Landau/Christ*, NJW 2003, S. 1648.

5) Vgl. VG Düsseldorf, Beschluss vom 27.3.2009 – 26 L 188/09.

6) OVG Bremen, ZBR 1988, 65; OVG Saarlouis, ZBR 1990, 27–29; vgl. auch *Finkelnburg/Jank*, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 4. Aufl., Rn. 1158.

7) Hierzu unter 5. b).

8) ZBR 1989, S. 139 (142).

9) Vgl. *Günther*, DÖD 2006, S. 6; OVG NRW, Beschluss vom 18.9.2008 – 1 B 509/09; BayVG, Beschlüsse vom 19.2.2009 – 3 CE 08.3027, vom 4.2.2009 – 3 CE 08.2852, vom 17.6.2008 – 3 CE 08.884 und vom 24.11.2006 – 3 CE 06.2680; VGH BW, NVwZ-RR 2008, 550.

10) Vgl. z. B. VG Würzburg, Beschluss vom 30.03.2009 – W 1 E 09.183; BVerfG, ZBR 2008, 164 mit Verweis auf BVerwGE 115, 58 = ZBR 2002, 207.