

Die vorläufige Vergabe des Funktionsamtes an ausgewählte Bewerber im Rahmen eines Konkurrentenstreitverfahrens – Ausweg oder Irrweg der Rechtsprechung?

Jürgen Lorse*

Sorgfältig vorbereitet und nachbegleitet durch richterliche Fachliteratur hat das BVerwG in einer aktuellen Entscheidung seine bis dahin festgefügte Rechtsprechung zum Verbot der Besetzung des streitbefangenen Dienstpostens während eines Konkurrentenstreitverfahrens mit dem ausgewählten Bewerber aufzugeben und eine Besetzung unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen zugelassen. Damit hat es zugleich Anlass gegeben, die Statik der bisherigen Architektur des Eilrechtsschutzes in Konkurrentenstreitverfahren einer Prüfung auf ihren Fortbestand zu unterziehen. Der Beitrag setzt sich in rechtlicher und personalpraktischer Sicht kritisch mit den Grundannahmen dieses Positionswechsels auseinander.

I. Das bisherige Modell: Keine Vergabe des Funktionsamtes an den ausgewählten Bewerber während des Konkurrentenstreitverfahrens

Das beamtenrechtliche Konkurrentenstreitverfahren ist bislang geprägt von dem Prinzip der (grundsätzlich) irreversiblen Ämterstabilität, der einen effektiven Rechtsschutz abgelehnter Bewerber nur im Vorfeld einer Dienstpostenübertragung mit nachfolgender Beförderung zulässt, da sich ansonsten die Angelegenheit in der Hauptsache erledigt hat. Die verfassungsrechtlich verbürgte Ämterstabilität¹ entfaltet im Regelfall² eine Sperrwirkung gegen einen nachträglichen Entzug des verliehenen statusrechtlichen Beförderungsamtes an den Bewerber.

Mit tatkräftiger Unterstützung des BVerfG³ ist damit das Verfahren des Eilrechtsschutzes i. S. d. § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO in seiner Prüfindensität wie ein Hauptsacheverfahren ausgestaltet und hat auch hinsichtlich der Kontrolltiefe die Funktion übernommen, Auswahlverfahren auf ihre Übereinstimmung mit Art. 33 Abs. 2 GG zu überprüfen.

Die Übertragung des Beförderungsdienstpostens (Amt im konkret-funktionellen Sinne) und die hierbei festgestellte Bewährung (§ 22 Abs. 2 BBG) ist als Ergebnis der getroffenen Auswahlentscheidung Teil des auf die Beförderung (Verleihung eines anderen Amtes im statusrechtlichen Sinne) angelegten Beförderungsprozesses, der wegen § 18 Abs. 1 BBesG zwingende Voraussetzung für die Beförderung ist. Gegenstand des Stellenausschreibungsverfahrens als Beginn des Auswahlverfahrens ist allerdings nicht primär die Ausschreibung eines Amtes im statusrechtlichen Sinne, sondern die Ausschreibung eines höherbewerteten Dienstpostens (Amt im konkret-funktionellen Sinne). Die Innehabung dieses Dienstpostens ist notwendige, wegen der Bewährungsfeststellung allein aber nicht ausreichende Voraussetzung für die Beförderung. Deshalb manifestiert sich in der beabsichtigten Dienstpostenübertragung an den ausgewählten Bewerber bereits die reale Gefahr der sich anschließenden Beförderung, die es wegen der damit verbundenen Ämterstabilität im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO zu unterbinden gilt.

Durch die Bewährung auf dem Dienstposten kann der ausgewählte Bewerber einen Erfahrungsvorsprung erlangen, der ihm

ggfls. bei einer erneuten Auswahlentscheidung für denselben Dienstposten oder bei einer anderen Auswahlentscheidung einen Vorteil verschafft⁴.

II. Der Gegenentwurf: Die vorläufige Vergabe des Funktionsamtes an den ausgewählten Bewerber während des Konkurrentenstreitverfahrens

1. Das dogmatische Grundgerüst

Der Beschluss des BVerwG vom 10. Mai 2016⁵ unternimmt den Versuch, die mit dem vorhergehenden Beschluss vom 20. Juni 2013⁶ begonnene dogmatische Zuspitzung des Auswahlverfahrens auf einen Wettbewerb ausschließlich um das statusrechtliche Amt weiter nutzbar zu machen und nunmehr die damit bislang untrennbar verbundene Übertragung des konkret-funktionellen Amtes (BVerwG: Funktionsamt) aus dem – Art. 33 Abs. 2 GG in Gänze unterworfenen – Auswahlverfahren auszugliedern. Nach Auffassung des BVerwG ist es zukünftig – unter Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung des Gerichts – möglich, die Vergabe von Funktionsämtern während der Dauer von beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren vorzunehmen, um so „das in der vorliegenden Fallgestaltung offenkundig werdende Problem einer Stellenblockade“⁷ zu vermeiden. Die Aufgaben des ausgeschriebenen Dienstpostens bedürften zur Sicherstellung des öffentlichen Interesses an einer ordnungsgemäßen Aufgabenwahrnehmung einer ununterbrochenen Wahrnehmung.

2. Die instrumentelle Umsetzung

Als Schlüsselinstrument, das einen aus der Übertragung des Funktionsamtes resultierenden Vorsprung des ausgewählten Bewerbers mit wettbewerbsschädlichen Vorwirkungen vermeidet, wird § 33 Abs. 3 BLV identifiziert. Das Rechtsinstitut der „fiktiven Fortschreibung“ von dienstlichen Beurteilungen, das

*) Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Verf. wieder. Der Beitrag berücksichtigt die Rechtslage bis zum 1.11.2016.

- 1) Zum aktuellen Streitstand bzgl. des Verfassungsstatus der Ämterstabilität vgl. beispielhaft *Badura*, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Komm. GG – Stand: 12/2014, Art. 33, Rn. 38, der den Grundsatz der Ämterstabilität als „verfassungsrechtlich anerkannt“ bezeichnet; *Battis*, DVBl 2013, S. 673 ff. (676), der von einer „verfassungsrechtlichen Überhöhung des Grundsatzes der Ämterstabilität“ spricht; offen gelassen bei *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, Komm. GG, 3. Aufl. 2015, Art. 33, Rn. 135; a. A. *Laubinger*, ZBR 2010, S. 289 ff. (295).
- 2) Ausgenommen: Dem unterlegenen Bewerber wurde ein wirkungsvoller Rechtsschutz verweigert, BVerwGE 138,102 ff.; vgl. hierzu *Baßlspurger*, Hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums, Schriftenreihe der AhD, Bd. 5, 2016, S. 50.
- 3) BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 7.3.2013 – 2 BvR 2582/12.
- 4) BVerwG, Beschluss vom 27.9.2011 – 2 VR 3/11 – juris, Rn. 17; *Bracher*, DVBl 2016, S. 1236 ff. (1236).
- 5) BVerwG, Beschluss vom 10.5.2016 – 2 VR 2/15, ZBR 2016, 317 ff.
- 6) BVerwG, Beschluss vom 20.6.2013 – 2 VR 1/13, ZBR 2013, 376 ff.
- 7) BVerwG, ZBR 2016, 317 ff. (319).