

# Das Dilemma des „Bewährungsvorsprungs“

Dr. Reinhard Rieger

*Der Kurzbeitrag geht auf die neue Rechtsprechung des BVerwG zum Konkurrentenstreitverfahren vom 10. Mai 2016 und vom 21. Dezember 2016 ein. Der Verfasser wendet sich gegen die Verallgemeinerung der vom BVerwG in der Entscheidung aus Mai 2016 gefundenen Lösung, zur Korrektur einer fehlerhaften Auswahlentscheidung den Bewährungsvorsprung des erfolgreichen Konkurrenten auszublenden und damit die Entscheidung wieder auf den Beförderungszeitpunkt, „die nachfolgende Statusamtsvergabe“ zu verlagern. Dieser Lösungsansatz taugt nur für den entschiedenen Einzelfall, er ist aber rechtlich und praktisch nicht verallgemeinerungsfähig.*

## I. Ausgangslage

### 1. Bisherige Rechtsprechung

Das BVerwG hat mit einem Beschluss vom 10. Mai 2016<sup>1</sup> seine bisherige Rechtsprechung zur Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs aus Art. 33 Abs. 2 GG bei Besetzung des freien Beförderungsdienstpostens durch sogenannte „kommissarische Übertragung“ an Mitbewerber aufgegeben und judiziert<sup>2</sup>:

*„Das Ausblenden eines etwaigen Bewährungsvorsprungs bei rechtswidriger Dienstposteninhaberschaft erfolgt im Wege der „fiktiven Fortschreibung“ der dienstlichen Beurteilung. Die „fiktive“ Komponente erfordert in dieser Konstellation nur, dass die aus der Aufgabenwahrnehmung des höherwertigen Dienstpostens folgenden Besonderheiten in der dienstlichen Beurteilung unberücksichtigt bleiben“.*

Von der bisherigen Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte, dass der Bewerbungsverfahrensanspruch bei „Dienstpostenkonkurrenz“ im Sinne einer (vorzeitigen) Wahrnehmung der Aufgaben des Beförderungsdienstpostens und daraus resultierendem „Bewährungsvorsprung“ durch einen Mitbewerber durch eine einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO mit dem Verbot der Aufgabenübertragung zu sichern ist<sup>3</sup>, weicht das BVerwG damit scheinbar ab. Ob es diese Linie beibehält, wird sich zeigen, der Beschluss vom 21.12.2016<sup>4</sup> ist insoweit deutlich vorsichtiger.

### 2. Entwicklung der Rechtsprechung

Die Oberverwaltungsgerichte scheinen sich dieser Rechtsprechung vorbehaltlos anzuschließen<sup>5</sup>. Ob dies ein Dauerzustand bleibt und damit insgesamt eine Zäsur zur bisherigen Rechtsschutzgewährung bei Konkurrentenklagen wegen vorzeitiger Dienstpostenübertragung an den – vermeintlich – besten Bewerber eintritt, bleibt abzuwarten.

### 3. Zum Sachverhalt

Zunächst ist festzuhalten, dass es um die Konkurrenz von Bewerbern im gleichen Statusamt auf einen höher bewerteten Dienstposten geht, auf dem sich zur Beförderung grundsätzlich noch beide Bewerber bewähren müssen. In der Sache ist bemerkenswert, dass das BVerwG zum einen gemäß § 123 Abs. 2

Satz 1 VwGO in Verbindung mit § 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO in erster und letzter Instanz entschieden hat und zum anderen, dass es mit der Angelegenheit schon einmal befasst war und der Antragstellerin bereits in jenem Verfahren zur Durchsetzung ihres Bewerbungsverfahrensanspruchs verhelfen musste<sup>6</sup>. Die Lektüre der Entscheidung lässt einen in der Personalauswahl Sachverständigen durchaus nachdenklich werden, was das Verfahren bei der auswählenden Stelle angeht und – beschränkt auf das Ergebnis – spricht alles für die Entscheidung des BVerwG. Dies jedenfalls bezogen auf den besonderen Einzelfall. Bei dem ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin nach (zunächst) erfolgreicher Konkurrentenklage sich (wohl) nicht (mehr) gegen die folgende „kommissarische Übertragung“ des streitigen Dienstpostens gewendet hat<sup>7</sup>. Vermutlich – das ist der Entscheidung nicht genau zu entnehmen –, weil jedenfalls dieser Dienstpostenübertragung an einen Dritten kein Auswahlverfahren vorausging. Dabei mutet es schon seltsam an, dass nach dem Sachverhalt laut Urteilsgründen<sup>8</sup> die Antragstellerin nach erneuter Ausschreibung des Beförderungsdienstpostens im November 2013 als bestgeeignetste Kandidatin ausgewählt wurde, ihr dann aber der A 16-Dienstposten nicht zeitlich unmittelbar, also nach Zustimmung durch das Bundeskanzleramt und nach Ablauf der „Rechtsbehelfsfristen“ übertragen wurde, sondern erst zum 1. November 2015 übertragen werden sollte. Darin dürfte der eigentliche Fehler im Vorgehen liegen. Die Problematik der Entscheidung liegt nun darin, dass sie trotz dieser sachlichen Besonderheiten – wie unter 2. bereits ausgeführt – verallgemeinert wird. Das hat zur Folge, dass in Zukunft eine Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs, die Verwirklichung eines Rechts im Sinne von § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO<sup>9</sup>, in aller Regel nicht mehr durch eine gerichtliche Eil-

1) BVerwG, Beschluss vom 10.5.2016 – 2 VR 2/15 – juris.

2) BVerwG (Fn.1), LS 3.

3) Vgl. u. a. OVG NW, Beschluss vom 10. 12. 2014 – 1 B 1251/14; vom 23.3.2010 – 6 B 133/10 – juris; BayVGH, Beschluss vom 1.12.2015 – 3 CE 15.1947, Beschluss vom 23.10.2009 – 3 CE 09.2011; ThürOVG, Beschluss vom 20.7.2012 – 2 EO 361/12 – juris, Rn. 7 m. w. N; zurückhaltend OVG Lüneburg, Beschluss vom 26.6.2007 – 5 ME 143/07 – juris; offengelassen vom BVerfG, Beschluss vom 8.10.2007 – 2 BvR 1846/07 = ZBR 2008, 162-164.

4) BVerwG, Beschluss vom 21.12.2016 – 2 VR 1/16 – juris.

5) Vgl. ausdrücklich VGH BaWÜ, Beschluss vom 27.7.2016 – 4 S 1083/16 – juris; s.a. OVG Hamburg, Beschluss vom 15.6.2016 – 5 Bs 50/16; BayVGH, Beschluss vom 9.1.2017 – 6 CE 16.2310 – juris; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 5.1.2017 – OVG 4 S 40.16 – juris; ausdrücklich ablehnend OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 16.3.2017 – 10 B 11626/16 – juris.

6) BVerwG, Beschluss vom 20.6.2013 – 2 VR 1/13 = ZBR 2013, 376-381 zum selben Sachkomplex; zu der Entscheidung ausführlich Reese/Thiel, RiA 2015, S. 145 ff.

7) BVerwG (Fn. 1), Rn. 3.

8) BVerwG (Fn. 1), Rn. 2, 3.

9) Der Beitrag setzt sich nicht weiter mit der Frage auseinander, ob – so Kenntner, ZBR 2016, 181 (199) – eine positive Auswahlentscheidung Verwaltungsakt ist und daher Rechtsschutz über §§ 80 a Abs. 3, 80 Abs. 5 S. 1 VwGO zu gewähren wäre. Nach erster Einschätzung des Verfassers fehlt es einer positiven Auswahlentscheidung an der unmittelbaren Außenwirkung, diese kommt erst der Ernennung zu. Es wird daher auf die gängige Praxis, Rechtsschutz nach § 123 VwGO zu gewähren, abgestellt. Zum Streitstand vgl. VG Frankfurt/Main, Beschluss vom 23.3.2012 – 9 L 298/12.F).