

**Verwaltungsrecht**

## Der Streit um Spitzenämter im öffentlichen Dienst

RiBVerwG Dr. Klaus von der Weiden

### A. Einführung und Grundlagen

„Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte.“ So heißt es in Art. 33 Abs. 2 GG. Die Vergabe öffentlicher Ämter ist damit verfassungsrechtlich an den sog. Leistungsgrundsatz gebunden. Der Begriff des „öffentlichen Amtes“ ist nicht auf Stellen für Beamte<sup>1</sup> beschränkt; er erfasst auch Stellen für Richter, Soldaten und Angestellte. Und Zugang zu „jedem“ öffentlichen Amt bedeutet, dass der Leistungsgrundsatz gleichermaßen für Eingangs- und Beförderungsämter gilt.

Art. 33 Abs. 2 GG hat in erster Linie eine objektiv-rechtliche Bedeutung. Die Bestenauswahl beim Personal soll die bestmögliche Erfüllung öffentlicher Aufgaben – eben durch dieses beste Personal – gewährleisten. Aber: Art. 33 Abs. 2 GG wird nicht nur objektiv-rechtlich verstanden. Es ist vielmehr anerkannt, dass diese Norm ein grundrechts-

gleiches Recht gewährt, den sog. Bewerbungsverfahrensanspruch. Danach hat jeder Bewerber um ein öffentliches Amt – oder bei fehlender Ausschreibung: jeder, der von Amts wegen in eine Auswahlentscheidung über die Vergabe eines solchen Amtes einzubeziehen ist – das Recht, bei der Vergabe des öffentlichen Amtes nur aus Gründen unberücksichtigt zu bleiben, die im Einklang mit Art. 33 Abs. 2 GG stehen.<sup>2</sup> Will sagen: nur dann, wenn ein anderer besser ist.

Geltend machen kann ein im Auswahlverfahren nicht zum Zuge Gekommener seinen Bewerbungsverfahrensan-

<sup>1</sup> Der besseren Lesbarkeit wegen wird das generische Maskulinum verwendet. Selbstverständlich sind alle Personen unabhängig von ihrer Geschlechtszugehörigkeit einbezogen.

<sup>2</sup> Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 - 2 C 16.09 Rn. 21 m.w.N.

spruch mit der sog. Konkurrentenklage. D.h., er kann gerichtlich geltend machen, dass die Besetzung der Stelle mit dem ausgewählten Konkurrenten vorerst zu unterbleiben hat, weil er selbst bei der Auswahlentscheidung rechtsfehlerhaft unberücksichtigt geblieben ist und bei einer deshalb erforderlichen erneuten – rechtsfehlerfreien – Auswahlentscheidung möglicherweise berücksichtigt werden wird. Diese Konkurrentenklage ist in Wahrheit ein Konkurrentenantrag, weil wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität – wonach eine einmal erfolgte Ernennung auch im gerichtlichen Verfahren selbst bei einer Verletzung des Art. 33 Abs. 2 GG nicht mehr rückgängig gemacht werden kann – der Rechtsschutz in aller Regel nicht im Hauptsache-, sondern im Eilverfahren stattfindet. Das gilt stets dann, wenn es um die Vergabe eines Statusamtes<sup>3</sup> – z.B. Regierungsdirektor – geht. Es kann aber in bestimmten Fällen auch dann gelten, wenn lediglich die Vergabe eines Dienstpostens<sup>4</sup> – z.B. Referent im Referat A des Ministeriums B des Bundeslandes C – im Streit steht; das setzt voraus, dass erstens dieser Dienstposten für den Bewerber höherwertig ist – z.B. ein nach Besoldungsgruppe A 15 bewerteter Dienstposten für einen Oberregierungsrat (Besoldungsgruppe A 14) – und zweitens die Vergabe des Dienstpostens Vorwirkungen für die spätere Vergabe des (höheren) Statusamtes – also die Beförderung – hat. Letzteres ist in drei Fällen zu bejahen:<sup>5</sup> Erstens bei Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens, der einen Erfahrungsvorsprung vermittelt (= Vorwirkung für eine spätere Beförderung eines bereits erfolgreich Erprobten), zweitens bei Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens, der die laufbahnrechtliche Bewährung vermittelt (= Vorwirkung für eine spätere Beförderung eines noch nicht erfolgreich Erprobten) und drittens bei Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens, der im Fall der Bewährung des ausgewählten Bewerbers unmittelbar – d.h. ohne weitere Auswahlentscheidung – die Beförderung nachfolgt (= einaktiges Verfahren).

Klingt kompliziert und ist es auch. Deshalb die Frage: Braucht es überhaupt einen subjektiven Rechtsschutz und damit einen Konkurrentenstreit? Und falls ja: Muss das alles so kompliziert sein? Meine Antwort auf beide Fragen würde ich gerne erst am Ende dieses Beitrags geben.

Fehler bei Auswahlentscheidungen können „vorsätzlich oder fahrlässig“ – besser: *dolos* oder *undolos*<sup>6</sup> – erfolgen. *Dolos* fehlerhafte Auswahlentscheidungen sind solche, die in voller Absicht nach leistungsfremden Kriterien – z.B. Parteizugehörigkeit, Geschlecht etc. – getroffen werden und lediglich den Anschein zu erwecken versuchen, nach leistungsbezogenen Kriterien getroffen worden zu sein. Der klarste Fall: Schon zu Beginn des Aus-

wahlverfahrens steht für den Entscheider fest, „wer es werden soll“. Dementsprechend wird das Anforderungsprofil formuliert, dementsprechend werden die möglichen Bewerber in dienstlichen Beurteilungen bewertet, d.h. „hoch- oder runtergepunktet“. Und *undolos* fehlerhafte Auswahlentscheidungen sind solche mit eher „technischen“ Fehlern, d.h. Auswahlentscheidungen, bei denen die Entscheider versehentlich eine der zahlreichen hierzu in der Rechtsprechung des BVerfG, des BVerwG und der Obergerichtsverwaltung entwickelten Vorgaben für Auswahlentscheidungen – z.B. für die Erstellung von Anforderungsprofilen – oder für dienstliche Beurteilungen nicht beachtet haben.

Die große Mehrheit der Auswahlentscheidungen ist rechtmäßig. Oder doch wenigstens nicht *dolos* rechtswidrig. Aber: Die Gefahr *dolos* rechtswidriger – weil nicht am Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG orientierter – Auswahlentscheidungen steigt tendenziell mit der Bedeutung des zu vergebenden Amtes. Während in Beurteilungs- und Beförderungsrunden häufig viele Beamte – etwa im mittleren und gehobenen Dienst – in den Blick genommen werden und die Personaler meist lediglich das Interesse haben, „unfallfrei“ – d.h. ohne Anrufung der Gerichte, erst recht ohne erfolgreiche Anrufung der Gerichte – „durchzukommen“, kommt es bei höheren Ämtern, insbesondere bei Spitzenämtern, häufiger vor, dass Auswahlentscheidungen *dolos* getroffen werden.

„Professionell“ gemachte *dolose* Auswahlentscheidungen können von den Gerichten i.d.R. nicht korrigiert werden. Das liegt vor allem an dem mehrfachen Beurteilungsspielraum des Dienstherrn und der sich daraus ergebenden eingeschränkten gerichtlichen Kontrolldichte: Der Dienstherr hat einen Spielraum bei der Festlegung des Anforderungsprofils für das zu vergebende Amt, er hat Spielraum bei der Formulierung und Gewichtung der Eignungs-, Leistungs- und Befähigungsmerkmale für dienstliche Beurteilungen und schließlich gibt es auch bei der Erstellung dienstlicher Beurteilungen im jeweiligen Einzelfall einen Spielraum.

3 Das Statusamt ist gekennzeichnet durch die Amtsbezeichnung, die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Laufbahn und Laufbahngruppe sowie durch das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe; ständige Rechtsprechung, vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 17.01.2012 - 2 BvL 4/09; BVerwG, Urt. v. 22.06.2006 - 2 C 26.05 Rn. 10 m.w.N.

4 Auch als funktionelles Amt im konkreten Sinne bezeichnet, vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 22.06.2006 - 2 C 26/05 Rn. 11 m.w.N.

5 Ausführlich: von der Weiden, jurisPR-BVerwG 9/2020 Anm. 4.

6 *Dolos* und *undolos* sind keine in der beamtenrechtlichen Terminologie etablierten Begriffe, sondern vom Verfasser aus dem Strafrecht entlehnt.

## B. Rechtliche Vorgaben bei Auswahlentscheidungen

Bei Auswahlverfahren sind unterschiedliche Rechtsfehler denkbar. Es gibt Fehler im Verfahren, beim Anforderungsprofil, bei den über die Bewerber erstellten dienstlichen Beurteilungen und schließlich bei der Auswahlentscheidung selbst.

Zu all diesen Bereichen hat die verfassungs- und verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung Anforderungen für rechtmäßiges Handeln entwickelt.<sup>7</sup>

### I. Verfahren

1. In verfahrensrechtlicher Hinsicht gibt es zum einen grundrechtssichernde Dokumentationspflichten.<sup>8</sup> Aus Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG folgt die Verpflichtung des Dienstherrn, die seiner Entscheidung zugrunde liegenden Auswählerwägungen schriftlich niederzulegen, um eine Kontrolle durch den unterlegenen Bewerber – der sich ggf. durch Akteneinsicht Kenntnis von den solchermaßen dokumentierten Auswählerwägungen verschaffen kann – und ggf. das Gericht zu ermöglichen. Nicht zulässig ist es deshalb, dass der Dienstherr die Auswählerwägungen erstmals im gerichtlichen Verfahren benennt oder sie nach der erstinstanzlichen Gerichtsentscheidung in einem Widerspruchsbescheid austauscht.<sup>9</sup>

2. Zum anderen gibt es wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität Mitteilungspflichten und Wartepflichten zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG):<sup>10</sup>

Zunächst muss der Dienstherr nach der Auswahlentscheidung, aber vor der Ernennung – oder, in Fällen der Vorwirkung, siehe oben: vor der Vergabe des höherwertigen Dienstpostens – den nicht berücksichtigten Bewerbern die Tatsache ihrer Nichtberücksichtigung mitteilen (= sog. Konkurrentenmitteilung). Danach muss er eine angemessene Zeit warten, um den nicht berücksichtigten Bewerbern zu ermöglichen, verwaltungsgerichtlichen (Eil-) Rechtsschutz zu beantragen; in der Praxis der Verwaltungsgerichte hat sich eine Wartezeit von zwei Wochen ab Zugang der Mitteilung über die Ablehnung der Bewerbung als angemessen herausgebildet. Beantragt ein Bewerber rechtzeitig den Erlass einer einstweiligen Anordnung, darf der Dienstherr die Ernennung erst nach Abschluss des gerichtlichen Verfahrens vornehmen. Hat der Dienstherr in der Beschwerdeinstanz des einstweiligen Anordnungsverfahrens vor dem Oberverwaltungsgericht obsiegt, muss er nochmals eine angemessene Zeit mit der Ernennung warten, um dem unterlegenen Bewerber Gelegenheit zu geben, zur Durchsetzung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs aus Art. 33 Abs. 2 GG das BVerfG anzurufen. Der unterlegene Bewerber hat nach der Zustellung des oberverwaltungsgerichtlichen Beschlusses zwei Wochen Zeit für die Erklärung, Verfas-

sungsbeschwerde einzulegen, und einen Monat Zeit, die Verfassungsbeschwerde tatsächlich einzulegen und zu begründen.

Verletzt der Dienstherr eine solche Mitteilungs- oder Wartepflicht und ist die Verletzung ursächlich für die Ernennung des ausgewählten Bewerbers („Rechtsschutzverhinderung“), kann dem übergangenen Bewerber der Grundsatz der Ämterstabilität nicht entgegengehalten werden. Andererseits muss der Dienstherr mit der Ernennung des Ausgewählten nicht bis zur Bestandskraft der Auswahlentscheidung warten; es genügt, dass er die sich aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, Art. 33 Abs. 2 GG ergebenden Mitteilungs- und Wartepflichten erfüllt und kein einstweiliger Rechtsschutz (mehr) beantragt wird. Die genannten Wartefristen haben – ebenso wie die Bewerbungsfrist in einer Ausschreibung – keine (prozessuale oder materielle) Ausschlusswirkung. Nimmt der Dienstherr also die mit Ablauf einer Wartefrist zulässig gewordene Ernennung nicht vor, kann der unterlegene Bewerber gleichwohl noch um gerichtlichen Eilrechtsschutz nachsuchen.

### II. Anforderungsprofil

Auch der Festlegung eines etwaigen Anforderungsprofils, bei welchem dem Dienstherrn grds. ein Einschätzungsspielraum zusteht, sind Grenzen gezogen, die sich aus Art. 33 Abs. 2 GG und (einfach-)gesetzlichen Vorgaben ergeben. Da die Auswahlentscheidung statusamtsbezogen ist, darf sie grds. nicht anhand von Anforderungen des konkreten Dienstpostens erfolgen.<sup>11</sup> Auch muss ein Anforderungsprofil die gesetzliche Ämterordnung achten; das zu vergebende Amt muss deshalb mit seinem gesetzlich vorgegebenen Kern und seinem tatsächlichen Gehalt erfasst werden. Weitere gesetzliche Grenzen können sich etwa bei Richtern aus den Vorgaben des Prozess- und Gerichtsverfassungsrechts ergeben, bei Soldaten gelten Besonderheiten des Wehrrechts.

### III. Dienstliche Beurteilungen

Die Anfertigung von dienstlichen Beurteilungen unterliegt vielfältigen rechtlichen Anforderungen,<sup>12</sup> auf die

7 Vgl. zuletzt: BVerwG, Beschl. v. 07.01.2021 - 2 VR 4/20 Rn. 25.

8 BVerfG, Kammerbeschl. v. 24.09.2015 - 2 BvR 1686/15 Rn. 14.

9 Ständige Rechtsprechung, vgl. die Nachweise bei von der Weiden, ThürVBI 2017, 210, 214.

10 Vgl. von der Weiden, jurisPR-BVerwG 10/2017, Anm. 6 m.N. zur Rechtsprechung.

11 BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 - 2 VR 1/13 Rn. 18, 28 ff.

12 Vgl. von der Weiden, ThürVBI. 2018, 245 ff., 278 ff.

hier leider nicht im Einzelnen eingegangen werden kann. Aus der neueren Rechtsprechung sei hervorgehoben, dass Anlassbeurteilungen – die in besonderer Weise in der oben beschriebenen Weise *dolos*, d.h. auf eine bestimmte angestrebte Personalentscheidung „zweckgerichtet“ formuliert werden kann – von der Rechtsprechung konkretisierten Grenzen unterliegt, insbesondere eines rechtfertigenden Anlasses bedarf, also nicht nach Gusto des Dienstherrn angefordert werden darf.<sup>13</sup> Die der Auswahlentscheidung zugrunde liegenden dienstlichen Beurteilungen müssen die dienstliche Tätigkeit im maßgebenden Beurteilungszeitraum vollständig erfassen, auf zuverlässige Erkenntnisquellen gestützt sein, die Leistungen hinreichend differenziert darstellen, auf gleichen Beurteilungsmaßstäben beruhen sowie hinreichend aktuell und aussagekräftig sein.<sup>14</sup>

#### IV. Auswahlentscheidung

Bei der Auswahlentscheidung selbst ist zu beachten, dass diese nicht schematisch nach dem (Gesamt-)Ergebnis der jeweils letzten dienstlichen Beurteilung zu treffen ist. Denn die maßgebliche Fragestellung bei der Vergabe von Beförderungsämbtern ist: Welcher der Bewerber ist der Bestgeeignete für das zu vergebende (Status-)Amt? Es ist also für jeden Bewerber einzuschätzen, in welchem Umfang er den Anforderungen des zu vergebenden Amtes genügen wird (Eignungsprognose); der Beamte mit der besten Eignungsprognose ist auszuwählen. Hierfür genügt es nicht, schematisch auf das (Gesamt-)Ergebnis der letzten dienstlichen Beurteilung abzustellen. Denn Eignung in diesem Sinne ist zum einen nicht identisch mit der Eignung als Teilelement der von Art. 33 Abs. 2 GG vorgegebenen Auswahlkriterien („Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung“). Der Eignungsbegriff als Teilelement des Art. 33 Abs. 2 GG ist enger; er meint lediglich „insbesondere Persönlichkeit und charakterliche Eigenschaften, die für ein bestimmtes Amt von Bedeutung sind“.<sup>15</sup> Die Eignungsprognose im Rahmen von Auswahlentscheidungen ist weiter; sie schließt die Befähigung und fachliche Leistung als weitere Teilelemente des Art. 33 Abs. 2 GG ein. Zum anderen ist die Eignungsprognose im Auswahlverfahren nicht auf das innegehabte, sondern auf das zu vergebende (Status-)Amt bezogen.<sup>16</sup> Dienstliche Beurteilungen enthalten demgegenüber stets ein (insbesondere Leistungs-)Urteil dazu, inwieweit der Beamte im Beurteilungszeitraum den Anforderungen des innegehabten (Status-)Amtes gerecht geworden ist. Die Eignungsprognose für das zu vergebende Beförderungsamt ist damit nicht in jedem Fall vorgegeben.

Die dienstliche Beurteilung ist insbesondere dann von nur begrenzter Aussagekraft, wenn und soweit das Beförde-

rungsamt deutlich andere Anforderungen an den Amtsinhaber stellt als das vom Beamten innegehabte Amt, auf dessen Anforderungen sich die ihm erteilte dienstliche Beurteilung notwendigerweise bezieht. Dann muss bei der Eignungsprognose auf – soweit vorhanden – frühere dienstliche Beurteilungen zu Verwendungen zurückgegriffen werden, in denen diese Anforderungen bestanden. Beispiel: Ein beisitzender Richter bewirbt sich um ein Vorsitzenden- oder ein Präsidentenamt. Das Vorsitzendenamt verlangt Führungskompetenz und das Präsidentenamt verlangt Führungskompetenz plus Verwaltungs- und Repräsentationskompetenz. Beide Kompetenzen können in der dienstlichen Beurteilung für den beisitzenden Richter nur begrenzt bzw. gar nicht abgebildet werden. Hat der beisitzende Richter aber in früheren Verwendungen solche Kompetenzen unter Beweis stellen können, sind die zu diesen Verwendungen erstellten dienstlichen Beurteilungen bei der Eignungsprognose zu berücksichtigen.<sup>17</sup>

Um bei dem Beispiel Vorsitzendenamt, Präsidentenamt (oder sonst Behördenleiteramt) zu bleiben: Von den Bewerbern zu fordern und in der Auswahlentscheidung zu vergleichen sind im Kern immer besondere Kompetenzen im Bereich der fachlichen Kompetenz einerseits und der sozialen und Führungskompetenz andererseits. Beides muss vorhanden sein, nur fachlich kompetent reicht ebenso wenig aus wie nur sozial kompetent.<sup>18</sup> Im Leistungsvergleich sind Defizite im einen Bereich auch durch überragende Fähigkeiten im anderen Bereich nur auszugleichen, wenn das amtserforderliche Mindestmaß auch im defizitären Bereich erreicht ist. Darauf ist auch deshalb hinzuweisen, weil nach der neueren Rechtsprechung des BVerwG abstrakte Gewichtungsvorgaben und

13 Vgl. BVerwG, Urt. v. 09.05.2019 - 2 C 1/18 Rn. 37 ff. und BVerwG, Beschl. v. 02.07.2020 - 2 A 6/19 Rn. 9, 12.

14 Ständige Rechtsprechung; vgl. BVerfG, Kammerbeschl. v. 17.02.2017 - 2 BvR 1558/16 m.w.N.; BVerwG, Beschl. v. 10.05.2016 - 2 VR 2/15 Rn. 22 f.; BVerwG, Urt. v. 17.09.2015 - 2 C 27/14 Rn. 14; BVerwG, Urt. v. 27.11.2014 - 2 A 10/13 Rn. 21 m.w.N.

15 So die Legaldefinition u.a. in § 2 Abs. 2 BLV im Nachgang zu BVerfG, Urt. v. 20.04.2004 - 1 BvR 905/00.

16 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.2015 - 2 BvR 1958/13 Rn. 56: „Die Beurteilung der Eignung eines Bewerbers für das von ihm angestrebte öffentliche Amt durch den Dienstherrn bezieht sich auf die künftige Amtstätigkeit des Betroffenen und enthält zugleich eine Prognose, die eine konkrete und einzelfallbezogene Würdigung der gesamten Persönlichkeit des Bewerbers verlangt. Sie umfasst auch eine vorausschauende Aussage darüber, ob der Betreffende die ihm in dem angestrebten Amt obliegenden beamtenrechtlichen Pflichten erfüllen wird.“ Vgl. auch BVerwG, Urt. v. 19.03.2015 - 2 C 12/14 Rn. 45; von der Weiden, ThürVBl. 2017, 210, 214 f.

17 Vgl. von der Weiden, ThürVBl. 2017, 210, 214.

18 Führungskompetenz dürfte ohne Fachkompetenz nicht zu haben sein.

auch Gleichgewichtungsvorgaben in Beurteilungssystemen zulässig sind.<sup>19</sup> Zugespitzt: Das Nichterreichen eines Mindestmaßes im einen Bereich ist auch durch überragende Fähigkeiten im anderen Bereich nicht auszugleichen; es fehlt dem Bewerber dann schlicht die Eignung für das zu vergebende Amt. Häufig dürften diese Fälle nicht sein, schon gar nicht bei Bewerbern um Spitzenämter, zumal das Defizit nicht nur bestehen, sondern auch – insbesondere in dienstlichen Beurteilungen – attestiert sein muss. Selbstverständlich müssen etwaige Tatsachen oder tatsachenbasierte Wertungen, die in einer Auswahlentscheidung für ein Defizit – etwa im Bereich der Sozialkompetenz – angeführt werden, belegt oder belegbar sein. Alles andere wäre mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes für den Betroffenen unvereinbar.<sup>20</sup>

Kommen mehrere Beförderungsämter in Betracht und unterscheiden sie sich in ihren Anforderungen, kann die jeweils zu treffende Eignungsprognose unterschiedlich ausfallen. So kann etwa die Eignungsprognose eines Richters am Landgericht (Besoldungsgruppe R 1) für das nach Besoldungsgruppe R 2 bewertete Amt des Vorsitzenden Richters am Landgericht anders ausfallen als für das gleichfalls nach Besoldungsgruppe R 2 bewertete Amt des Richters am Oberlandesgericht; diese beiden Ämter sind gleich bewertet, stellen aber unterschiedliche Anforderungen an den Amtsinhaber. Ein Verwendungsvorschlag und eine Eignungsprognose in einer dienstlichen Beurteilung bzw. eine Eignungsprognose in einer Auswahlentscheidung müssen den unterschiedlichen Anforderungen der beiden Ämter Rechnung tragen. Da Allrounder, die alles gleichermaßen gut können, jedenfalls nicht den Regelfall darstellen, müssen Eignungsprognosen vielfach unterschiedlich ausfallen. In der Praxis gibt es dienstliche Beurteilungen und Auswahlentscheidungen, die dem vorbildlich Rechnung tragen, und es gibt auch das Gegenteil davon.

Besonders schwierig sind Auswahlentscheidungen mit einer heterogenen Bewerberkonkurrenz, wenn sich also etwa Beamte, Richter, Angestellte und Personen von außerhalb des öffentlichen Dienstes um eine bestimmte Stelle bewerben. Dann müssen im Auswahlverfahren die Auswahlgrundlagen vergleichbar gemacht werden, also etwa bei nach unterschiedlichen Beurteilungssystemen beurteilten Beamten die dienstlichen Beurteilungen miteinander verglichen und in eine Rangfolge zueinander gebracht werden. Das ist außerordentlich schwierig bis unmöglich. Dementsprechend wird auch bei einer gerichtlichen Überprüfung nichts Unmögliches verlangt. Sofern die Vergleichbarmachung nachvollziehbar ist und sachgerecht erscheint, wird sie ebenso nicht beanstandet werden wie wenn bei großen Schwierigkeiten der Ver-

gleichbarmachung andere Instrumente – strukturierte Auswahlgespräche, Assessment Center – ergänzend zu und ggf. sogar vorrangig vor dienstlichen Beurteilungen berücksichtigt werden.

### C. Besondere Rechtsfehler bei Auswahlentscheidungen für Spitzenämter

Bei Spitzenämtern ist die Gefahr doloser Auswahlentscheidungen besonders groß. Das hat mehrere Gründe. Wenn es etwa um die Ausübung parteipolitischen Einflusses geht, sind Spitzenämter wegen der mit ihnen verbundenen Verantwortung – man könnte es auch Macht und Einfluss nennen – besonders interessant. Bei Spitzenämtern ist es auch häufiger als sonst so, dass Auswählende und Auszuwählende sich kennen und schätzen oder eben auch nicht. Während etwa die Religions- oder Konfessionszugehörigkeit oder die soziale oder regionale<sup>21</sup> Herkunft der Bewerber als sachwidrige, weil nach den Maßstäben des Art. 33 Abs. 2 GG leistungsfremde Gesichtspunkte keine Rolle mehr bzw. eine geringere Rolle als früher spielen dürften, ist der leistungsfremde Aspekt der Parteizugehörigkeit oder -nähe zumindest nicht unbedeutender geworden und wird der gleichfalls leistungsfremde Aspekt der Geschlechtszugehörigkeit immer bedeutender. Diesen beiden Aspekten soll deshalb nachfolgend Aufmerksamkeit gewidmet werden.

#### I. Parteizugehörigkeit

„Die Verfassung erteilt [...] einer Anstellung und Beförderung nach Gutsherrenart und Günstlingswirtschaft (Ämterpatronage) eine klare Absage.“, so vor Kurzem das OVG Koblenz aus gegebenem Anlass.<sup>22</sup> Dies ist an sich nicht nur das Verfassungsgebot aus Art. 33 Abs. 2 GG, sondern bereits eine demokratische Selbstverständlichkeit. Gleichwohl wird es vielfach als normal hingenommen, dass Spitzenämter im Öffentlichen Dienst auch nach parteipolitischen Gesichtspunkten vergeben werden. Normal heißt aber nur üblich, nicht rechtmäßig.

19 BVerwG, Urt. v. 17.09.2020 - 2 C 2/20 Rn. 24 und BVerwG, Urt. v. 09.05.2019 - 2 C 1/18 Rn. 64 ff.

20 VG Karlsruhe, Beschl. v. 17.01.2013 - 1 K 2614/12 Rn. 26 ff.

21 Anders möglicherweise hinsichtlich der Herkunft aus den neuen Bundesländern; hier gibt es seit einiger Zeit gelegentlich Stimmen, die insoweit eine Unterrepräsentanz bei Spitzenämtern in diesen Ländern und auf Bundesebene beklagen. Vgl. auch den Slogan der Partei Die Linke im Landtagswahlkampf in Sachsen-Anhalt im Jahr 2021: „Nehmt den Wessis das Kommando!“

22 OVG Koblenz, Beschl. v. 27.08.2020 - 2 B 10849/20 Rn. 17; vgl. auch von Arnim, DVBl. 2021, 481 ff.

Vorab: Es gibt Ämter, bei denen es verfassungsrechtlich ohne Weiteres zulässig, möglicherweise sogar geboten ist, Ämter auch nach parteipolitischen Gesichtspunkten zu vergeben. Hierzu gehören Verfassungsrichterämter auf Bundes- und Landesebene im Hinblick auf ihre Funktion und ihre Kreation. Auch bei kommunalen Wahlbeamten<sup>23</sup> und bei politischen Beamten<sup>24</sup> – z.B. Staatssekretären als Inhabern eines Transformationsamtes zwischen politischer Führung und (Ministerial-)Verwaltung – ist nicht nur eine Ausnahme vom Lebenszeitprinzip als hergebrachtem Grundsatz des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) gerechtfertigt, sondern erlaubt das Erfordernis eines politischen Vertrauens der Kommunalvertretung bzw. der Staatsführung eine Überlagerung des Leistungsprinzips des Art. 33 Abs. 2 GG.<sup>25</sup> Bei der Berufung von Bundesrichtern hingegen ist Art. 33 Abs. 2 GG zu beachten, auch wenn es im Verfahren und beim Rechtsschutz Modifikationen gibt.<sup>26</sup>

Außerhalb solcher Ämter gilt der Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG uneingeschränkt. Mit diesem nicht zu vereinbaren und überdies dem Ansehen der Justiz abträglich ist deshalb, wenn z.B. bei der Vergabe hoher Richterämter „geschachert“ wird, wie dies aktuell beim Amt des Vizepräsidenten des BFH der Fall zu sein scheint. Es entsteht der Eindruck, dass Parteipolitik immer weiter „nach unten“ durchgreift – hier bei Bundesgerichten auf Vizepräsidenten und perspektivisch wegen der Änderung des Anforderungsprofils möglicherweise auch auf Vorsitzende Richter. Schon der damit verbundene Anschein politischer Einflussnahme genügt, um Vertrauen zu zerstören.<sup>27</sup> Auch die Verletzung von Verfahrensregeln, bei denen der Verdacht politischer Motivation naheliegt, gehört in diese Kategorie. Wenn etwa – wie jüngst in Berlin geschehen – ein Justizminister oder -senator trotz eines dies ihm untersagenden Gerichtsbeschlusses aus anscheinend parteipolitischen Gründen eine Beförderung zum Vorsitzenden Richter an einem Obergericht vornimmt,<sup>28</sup> ist das nicht nur rechtswidrig, sondern schwächt einmal mehr das Vertrauen der Bevölkerung in die Rechtstreue hoher Amtsträger. Auch Rechtstreue wird am besten durch das Vorbild der hierzu verpflichteten „Oberen“ gefördert. Doch leider gilt das auch umgekehrt; negative Vorbildwirkung gibt es nicht nur im Straßenverkehr.

## II. Frauenförderung<sup>29</sup>

Die Förderung der Gleichberechtigung ist in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG („Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“) grundrechtlich verankert. Dieser verfassungsrechtliche Grundsatz ist aber nicht darauf gerichtet, die Gel-

tung des Leistungsgrundsatzes nach Art. 33 Abs. 2 GG für die Vergabe öffentlicher Ämter generell einzuschränken.<sup>30</sup>

Außerdem ist das Unionsrecht zu beachten. Nach Art. 23 der EUGrdRCH ist die Gleichheit von Männern und Frauen in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts, sicherzustellen und steht zugleich der Grundsatz der Gleichheit der Beibehaltung oder der Einführung spezifischer Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht nicht entgegen. Die bevorzugte Berücksichtigung von Frauen ist unionsrechtlich auf die Fälle gleicher Qualifikation beschränkt und greift überdies nur ein, wenn nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende rechtlich schützenswerte Gründe überwiegen.<sup>31</sup> Es darf im öffentlichen und privaten Sektor in Bezug auf die Bedingungen – einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen – für den Zugang zur Beschäftigung und für den beruflichen Aufstieg keinerlei unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geben.<sup>32</sup> Allerdings hindert im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts die Mitgliedstaaten der EU nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen.<sup>33</sup>

Der EuGH hat sich mit diesen Grundsätzen wiederholt in Verfahren befasset, in denen es um die Konkurrenzsituation mehrerer Bewerber um Einstellung oder Aufstieg im öffentlichen Dienst ging. Danach steht Unionsrecht einer nationalen Regelung entgegen, nach der bei glei-

23 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.04.2018 - 2 BvL 10/16 Rn. 40.

24 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 28.05.2008 - 2 BvL 11/07 Rn. 59.

25 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.04.2018 - 2 BvL 10/16 Rn. 78.

26 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 20.09.2016 - 2 BvR 2453/15, dort auch zu den Grenzen für eine Ausdehnung des Kreises politischer Beamter.

27 Bubrowski, DRiZ 2021, 140; vgl. auch Rennert, FAZ v. 03.03.2021, S. 5.

28 Der Tagesspiegel v. 27.01.2021, S. 8; Der Tagesspiegel v. 17.03.2021, S. 10.

29 Vgl. von der Weiden, ThürVBl. 2017, 210, 218 f.

30 BVerwG, Urt. v. 30.06.2011 - 2 C 19.10 Rn. 20; BVerwG, Beschl. v. 27.09.2011 - 2 VR 3/11 Rn. 22.

31 Vgl. VG Mannheim, Beschl. v. 21.06.2011 - 4 S 1075/11 Rn. 14.

32 Art. 14 Abs. 1 Buchst. a) der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 05.07.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (ABl. 2006 Nr. L 204, S. 23).

33 Art. 157 Abs. 4 AEUV, entsprechend Erwägungsgrund 22 der RL 2006/54/EG.

cher Qualifikation von Bewerbern unterschiedlichen Geschlechts um eine Beförderung in Bereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, den weiblichen Bewerbern automatisch der Vorrang eingeräumt wird.<sup>34</sup> Dagegen sind nationale Regelungen zulässig, die den Bewerberinnen in Bereichen des öffentlichen Dienstes, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, bei gleicher Qualifikation den Vorrang einräumen, wenn dies zur Herstellung tatsächlicher Gleichberechtigung erforderlich ist und keine Gründe von größerem rechtlichen Gewicht entgegenstehen, sofern diese Regelungen gewährleisten, dass die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der die besondere persönliche Lage aller Bewerberinnen und Bewerber berücksichtigt wird.<sup>35</sup> Damit hat der EuGH eine bevorzugte Beförderung von Frauen bei gleicher Qualifikation von Bewerbern unterschiedlichen Geschlechts für zulässig erachtet, wenn die entsprechende Regelung eine „Öffnungsklausel“ enthält, die die Prüfung ermöglicht, ob nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen. Bewerberinnen, die die gleiche Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber besitzen, darf kein automatischer und unbedingter Vorrang eingeräumt werden, vielmehr muss in jedem Einzelfall gewährleistet sein, dass alle die Person der Bewerber betreffenden Besonderheiten in den Blick genommen werden.<sup>36</sup> Dem Kriterium „weibliches Geschlecht“ darf deshalb erst dann Bedeutung beigegeben werden, wenn sich aus dem Vergleich anhand leistungsbezogener Kriterien kein Vorsprung eines Bewerbers ergibt.<sup>37</sup>

Raum, einer Unterrepräsentation – sei es wegen des Geschlechts oder aus anderen Gründen – entgegenzuwirken, gibt es somit nur unter Beachtung des Leistungsgrundsatzes. Rechtswidrig sind deshalb Quotenregelungen. Und rechtswidrig ist deshalb, wenn „von oben“ vorgegeben wird, dass ein Mann nur noch „im Geleitzug“ mit einer Frau befördert werden kann, d.h. nur dann, wenn mit, vor oder nach ihm eine Frau auf eine entsprechende Stelle befördert wird. Mit solchen Vorgaben werden ggf. auch die Auswahlentscheidungssteuerungsinstrumente wie Anforderungsprofile und dienstliche Beurteilungen „infiziert“, wenn sich ergibt, dass sie „deduktiv“ gestaltet werden, um dieser – rechtswidrigen – Vorgabe zu entsprechen.

Allerdings ist zu beachten: Ohne Weiteres zulässig und im Hinblick auf den Förderauftrag des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG auch geboten sind Maßnahmen zur Steigerung der Leistung – wie z.B. Fortbildungsmaßnahmen und Mentoringprogramme – und zur Verbesserung der Leistungsbedingungen, z.B. durch Gewährleistung einer besseren Vereinbarkeit von Beruf und Familie. Ebenso ist es zuläs-

sig und geboten, dass strukturelle Benachteiligungen von Frauen bei der Messung der Leistung identifiziert und beseitigt werden, etwa Benachteiligungen bei Anforderungsprofilen oder dienstlichen Beurteilungen wegen einer Teilzeittätigkeit.<sup>38</sup> Unzulässig – nach den oben ausgeführten Maßgaben – sind nur eine schematische Bevorzugung bei gleicher Leistung und eine Bevorzugung bei geringerer Leistung. Der Grat zwischen zulässiger und gebotener Vermeidung von Benachteiligung einerseits und unzulässiger Bevorzugung andererseits kann im konkreten Fall sehr schmal sein.

#### D. Schluss

Auswahlentscheidungen sind für die Entscheider schwierig. Zusätzlich zu den im jeweiligen Verwaltungsbereich selbst gesetzten Vorgaben für Beförderungen und Beurteilungen sind viele von der Rechtsprechung aus dem Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG abgeleitete Maßgaben zu beachten. Aber diese Maßgaben sind notwendig, um dem Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG in der Praxis hinreichend Geltung zu verschaffen. Auch die Möglichkeit eines Konkurrentstreitverfahrens sichert die Beachtung des Art. 33 Abs. 2 GG. Deshalb lautet meine Antwort auf die beiden oben gestellten Fragen: Ja, die rechtlichen Anforderungen müssen leider kompliziert sein. Und ja, subjektiver Rechtsschutz ist notwendig – nicht nur als zwingende verfahrensrechtliche Konsequenz aus der Bejahung der Rechtsqualität des Art. 33 Abs. 2 GG als subjektives Recht, sondern auch zur Gewährleistung des objektiven Rechts, d.h. der Vergabe öffentlicher Ämter (nur!) nach den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG. Denn ohne subjektiven Rechtsschutz gäbe es nur die behördliche Rechtsaufsicht, um zu kontrollieren, ob bei der Auswahlentscheidung Art. 33 Abs. 2 GG beachtet worden ist (Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG). Das Kontrollinstrument der Rechtsaufsicht versagt aber dann, wenn es keine übergeordnete Rechtsaufsicht gibt (weil die Auswahlentscheidung von der obersten Rechtsaufsichtsbehörde – dem Ministerium – selbst getroffen worden ist)

34 EuGH, Urt. v. 17.10.1995 - C-450/93 - „Kalanke“, zum bremischen Gleichstellungsgesetz.

35 EuGH, Urt. v. 28.03.2000 - C-158/97 - „Badeck u.a.“, zum hessischen Gleichberechtigungsgesetz; vgl. auch EuGH, Urt. v. 11.11.1997 - C-409/95 - „Marschall“, zum nordrhein-westfälischen Beamtenengesetz; EuGH, Urt. v. 06.07.2000 - C-407/98 - „Abrahamsson und Anderson“, zum schwedischen Gleichstellungsgesetz.

36 VGH Mannheim, Beschl. v. 21.06.2011 - 4 S 1075/11 Rn. 14.

37 BVerwG, Urt. v. 30.06.2011 - 2 C 19/10 Rn. 20.

38 Vgl. auch §§ 6 ff. Bundesgleichstellungsgesetz und die entsprechenden Bestimmungen der Landesgleichstellungsgesetze.

oder wenn diese ihren Aufgaben nicht nachkommt. Letzteres dürfte bei Personalentscheidungen häufiger sein als bei Sachentscheidungen.

Die meisten Auswahlentscheidungen genügen den beschriebenen rechtlichen Vorgaben. Besonders „schwierig“ wird eine Auswahlentscheidung dann, wenn sie dolos „deduktiv“ erfolgt, also ein „von oben“ ein bestimmtes Ergebnis vorgegeben wird, das in den Formen des Dienstrechts möglichst für Gerichte unangreifbar umgesetzt werden soll. Das passiert – wie man liest und hört – gerade bei Spitzenämtern gelegentlich. Dann gilt es für die beteiligten Beamten in der Personalverwaltung, die solche Vorgaben ihrer Vorgesetzten umsetzen sollen, sich auf ihre Amtspflicht zu besinnen: Rechtmäßig zu handeln, notfalls zu remonstrieren. Genau dafür gibt es den Beamtenstatus.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Vgl. BVerfG, Urt. v. 12.06.2018 - 2 BvR 1738/12 Rn. 118: „Die Entwicklung des Berufsbeamtentums ist historisch eng mit derjenigen des Rechtsstaats verknüpft: War der Beamte ursprünglich allein dem Regenten verpflichtet, wandelte er sich mit dem veränderten Staatsverständnis vom Fürsten- zum Staatsdiener. Seine Aufgabe war und ist es, Verfassung und Gesetz im Interesse des Bürgers auch und gerade gegen die Staatsspitze zu behaupten. Das Berufsbeamtentum als Institution gründet auf Sachwissen, fachlicher Leistung und loyaler Pflichterfüllung. Es soll eine stabile Verwaltung sichern und damit einen ausgleichenden Faktor gegenüber den das Staatswesen gestaltenden politischen Kräften bilden.“



## ABHANDLUNGEN

## Der beamtenrechtliche Konkurrentenstreit in der neueren Rechtsprechung von Bundesverfassungsgericht, Bundesverwaltungsgericht und Thüringer Obergerverwaltungsgericht

Von Dr. Klaus von der Weiden, Richter am Bundesverwaltungsgericht

*Eine rechtmäßige Bestenauslese bei Beförderungsentscheidungen durchzuführen, verlangt eine umfassende Kenntnis der hierzu ergangenen Rechtsprechung. Immer wieder reagiert sie auf neue Entwicklungen und praktische Bedürfnisse, die in Einklang gebracht werden müssen mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben aus Art. 33 Abs. 2 GG. Der stellvertretende Vorsitzende des Dienstrechtssenats des Bundesverwaltungsgerichts fasst im Folgenden die aktuelle Rechtsprechung zusammen, um der Praxis eine Handreichung für dieses komplexe und für sachfremde Erwägungen anfällige Rechtsgebiet zu bieten.*

### I. Einführung und Einordnung

Es ist Bewegung gekommen in die Rechtsprechung zu beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren. Markierte das „OLG-Präsidenten-Urteil“ des BVerwG im Jahr 2010<sup>1</sup> eine Zäsur durch die Einschränkung des Grundsatzes der Ämterstabilität bei Verletzungen der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, so zeigt das BVerwG mit zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2016 einen Weg auf, die Besetzung von Dienstposten trotz laufender Konkurrentenstreitverfahren zu ermöglichen.<sup>2</sup>

Der Richter<sup>3</sup> in einem Konkurrentenstreitverfahren befindet sich häufig in einem schwer zu lösenden Dilemma: Einerseits will er dem Rechtsschutz suchenden Beamten<sup>4</sup> zu seinem Recht verhelfen und einem möglicherweise dolosen Dienstherrn – ja, den gibt es (!) – in den Arm fallen. Andererseits hat er im Blick, dass Verwaltung funktionieren muss, auch Personal-Verwaltung praktikabel sein muss und ein möglicherweise doloser Beamter – ja, den gibt es ebenfalls (!) – ggf. die bloße Dauer von Konkurrentenstreitverfahren und die damit verbundene Blockadewirkung hinsichtlich der Stellenbesetzung nutzt, um einen Vorteil zu erstreben, auf den er nach dem Bestenauswahlgrundsatz<sup>5</sup> des Art. 33 Abs. 2 GG keinen Anspruch hat. Dies auszutarieren ist nicht immer leicht. Rechtssätze, die anlässlich eines konkreten – und vielleicht besonders extremen – Streitfalles entwickelt werden, müssen auch für künftige Streitfälle passen, bei denen möglicherweise der andere Beteiligte der Dolose ist.

Ein weiteres Problem bei Konkurrentenstreitverfahren ist, dass sie fast immer in Eilverfahren geführt werden. Deshalb endet der Rechtszug in der zweiten Instanz beim OVG. Der Weg zum BVerwG und somit zu einer einheitlichen, bundesweit geltenden Maßstabbildung durch ein Fachgericht ist in der Regel versperrt; die erstinstanzliche Zuständigkeit des BVerwG für Streitverfahren im Bereich des Bundesnachrichtendienstes<sup>6</sup> und

der Zugriff des BVerwG in Revisionsverfahren im Sekundärrechtsstreit über Schadensersatz wegen Nichtbeförderung können dieses strukturelle Defizit nur verringern, nicht beseitigen. Stattdessen nimmt sich das BVerfG auf eine Verfassungsbeschwerde des Beamten hin – gelegentlich überraschend intensiv – der Problematik unter dem Aspekt des Art. 33 Abs. 2 GG an. Diese Situation ist an sich systemwidrig. Denn das BVerwG ist im Dienstrecht – anders als in anderen Rechtsgebieten<sup>7</sup> – zur vollen Überprüfung des Landesrechts befugt,<sup>8</sup> muss aber beim Konkurrentenstreit als dem praktisch wichtigsten Teil des Dienstrechts weitgehend außen vor bleiben.<sup>9</sup> Sie ist auch strukturell defizitär. Denn nur der Beamte, nicht aber der Dienstherr kann den Streitfall – mittels der Verfassungsbeschwerde<sup>10</sup> oder des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung<sup>11</sup> – zum BVerfG bringen.

Was ist ein beamtenrechtliches Konkurrentenstreitverfahren? Gemeint ist der Streit über die Vergabe eines öffentlichen Amtes

1 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16.09 – BVerwGE 138, 102.

2 BVerwG, Beschl. v. 10.05.2016 – 2 VR 2.15 – BVerwGE 155, 152; BVerwG, Beschl. v. 21.12.2016 – 2 VR 1.16 – NVwZ 2017, 475.

3 Der besseren Lesbarkeit wegen wird nur die männliche Form verwendet. Frauen sind – selbstverständlich – stets mitgemeint.

4 Ebenfalls der besseren Lesbarkeit wegen ist nur von Beamten die Rede. Die Ausführungen gelten weitgehend auch für Richter und Soldaten. Vgl. auch Fn. 17.

5 Das BVerfG spricht von „Bestenauslese“, das BVerwG dagegen in jüngerer Zeit von „Bestenauswahl“, ohne dass damit ein inhaltlicher Unterschied verbunden ist.

6 Vgl. § 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO.

7 Vgl. § 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO.

8 Vgl. § 127 Nr. 2 BRRG.

9 Dies bedauernd spricht *Stuttman*, NVwZ 2016, 1426, 1427 vom BVerwG als einem „Rufer von der Seitenlinie“.

10 Vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG; § 13 Nr. 8 a, §§ 90 ff. BVerfGG.

11 Vgl. § 32 BVerfGG.

im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG in einer Konkurrenzsituation mehrerer Bewerber. Art. 33 Abs. 2 GG lautet:

*„Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte.“*

Die von Art. 33 Abs. 2 GG<sup>12</sup> erfassten Auswahlentscheidungen können damit grundsätzlich nur auf Gesichtspunkte gestützt werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung betreffen. Die primäre Bedeutung dieser Norm ist eine objektiv-rechtliche: Art. 33 Abs. 2 GG dient dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes; fachliches Niveau und rechtliche Integrität des öffentlichen Dienstes sollen gerade durch die ungeschmälerte Anwendung des Bestenauswahlgrundsatzes gewährleistet werden. Zugleich vermittelt Art. 33 Abs. 2 GG ein grundrechtsgleiches Recht, das sich vor allem durch die Gestaltung des Auswahlverfahrens verwirklicht: Der Bewerber<sup>13</sup> hat zwar keinen Anspruch auf Einstellung<sup>14</sup> oder Beförderung,<sup>15</sup> wohl aber einen Anspruch darauf, dass über die Vergabe eines öffentlichen Amtes ausschließlich nach den in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien entschieden wird (Bewerbungsverfahrensanspruch). Eine Bewerbung darf deshalb nur aus Gründen abgelehnt werden, die durch Art. 33 Abs. 2 GG gedeckt sind. Der Bewerbungsverfahrensanspruch ist an ein laufendes Auswahlverfahren zur Vergabe eines bestimmten Amtes geknüpft. Die Bewerber um dieses Amt stehen in einem Wettbewerb, dessen Regeln der Bestenauswahlgrundsatz vorgibt. Ihre Bewerbungsverfahrensansprüche stehen nicht isoliert nebeneinander, sondern sind aufeinander bezogen. Sie werden in Ansehung des konkreten Bewerberfeldes inhaltlich konkretisiert. Jede Benachteiligung oder Bevorzugung eines Bewerbers wirkt sich auch auf die Mitbewerber aus. Dies wird umso deutlicher, je weniger Bewerber um das Amt konkurrieren.<sup>16</sup>

Was ist ein öffentliches Amt im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG? Der Begriff des Amtes in Art. 33 Abs. 2 GG bezieht sich bei Beamten – Gleiches gilt für Richter und Soldaten<sup>17</sup> – auf das Statusamt, nicht auf das Funktionsamt.<sup>18</sup> Das Statusamt ist gekennzeichnet durch die Amtsbezeichnung, die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Laufbahn und Laufbahngruppe sowie durch das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe (Beispiel: Justizamtman).<sup>19</sup> Das Funktionsamt bezeichnet demgegenüber einen Aufgabenkreis und wird im beamtenrechtlichen Sprachgebrauch nochmals unterschieden in ein funktionelles Amt im abstrakten Sinne und ein funktionelles Amt im konkreten Sinne.<sup>20</sup> Der wichtigere dieser beiden Begriffe ist das funktionelle Amt im konkreten Sinne, auch als Dienstposten bezeichnet. Es kennzeichnet den dem Beamten aktuell übertragenen Aufgabenkreis in einer Behörde (Beispiel: Grundbuchrechtspfleger). Das funktionelle Amt im abstrakten Sinne erfasst alle für den Beamten in der Beschäftigungsbehörde statusgemäßen Dienstposten (Beispiel: alle Dienstposten für einen Justizamtman beim Amtsgericht Weimar) und spielt im Wesentlichen nur im Recht der Dienstunfähigkeit eine Rolle.<sup>21</sup>

Somit ist ein beamtenrechtliches Konkurrentenstreitverfahren ein solches, in dem ein in einem Auswahlverfahren unterlegener Beamter die Vergabe eines Statusamtes an den ausgewählten Mitbewerber zu verhindern sucht, um bei einer dann notwendigen erneuten Auswahlentscheidung selbst zum Zuge zu kommen. Dies ist in drei Konstellationen denkbar:

- Der Dienstherr beabsichtigt – unmittelbar – die Vergabe eines Statusamtes (Beispiel: Ausschreibung für das Amt eines Ministerialdirigenten in einem Ministerium).
- Der Dienstherr beabsichtigt zwar unmittelbar nur die Vergabe eines Dienstpostens, diese Vergabe hat aber Vorwir-

kungen für eine spätere Vergabe eines Statusamtes (Beispiel: Ausschreibung des Dienstpostens eines Referatsleiters in einem Ministerium (A 16), die sich an alle Referenten

- 12 § 9 Satz 1 BBG und § 9 BeamStG konkretisieren einfachrechtlich die Verfassungsnorm des Art. 33 Abs. 2 GG, ohne Vorgaben zu enthalten, die sich nicht ohnehin unmittelbar aus Art. 33 Abs. 2 GG ergeben.
- 13 Im Ausnahmefall erfolgen Auswahlentscheidungen von Amts wegen – ohne Ausschreibung –, sodass es keine „Bewerber“ im eigentlichen Sinne gibt. Im Regelfall ist eine Ausschreibung einfachgesetzlich – insbesondere in den Beamtenengesetzen, Laufbahnverordnungen, Personalvertretungsgesetzen und Richtergesetzen – vorgeschrieben (vgl. § 8 BBG, § 4 BLV; § 3 ThürLaufbahnG; vgl. auch § 6 BGleG, § 6 Thüringer Gleichstellungsgesetz, § 3 ThürRiG). Soweit hier bei Beförderungsentscheidungen noch Raum für eine Auswahlentscheidung ohne vorherige Ausschreibung ist, kann der Dienstherr gleichwohl ausschreiben. Tut er dies nicht und nimmt stattdessen die Auswahl von Amts wegen vor, muss er alle in Betracht kommenden Beschäftigten einbeziehen. Da Bezugspunkt des Art. 33 Abs. 2 GG die Vergabe des öffentlichen Amtes, nicht aber die Bewerbung um ein solches Amt als solche ist, hat auch der von Amts wegen in die Auswahl einzubeziehende Beschäftigte den Anspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG. Schon allein deshalb ist bei Beförderungsentcheidungen eine Ämtervergabe nach Ausschreibung – sofern sie nicht schon ohnehin einfachrechtlich vorgeschrieben ist – praktikabler als die Ämtervergabe von Amts wegen.
- 14 Art. 33 Abs. 2 GG gewährt einen Bewerbungsverfahrensanspruch nicht nur bei Entscheidungen über Beförderungen, sondern auch bei solchen über die (erstmalige) Einstellung in ein Beamtenverhältnis (stRspr. vgl. nur BVerwG, Urt. v. 25.02.2010 – 2 C 22.09 – BVerwGE 136, 140 Rn. 16). BVerfG, Kammerbeschl. v. 27.05.2013 – 2 BvR 462/13 – IÖD 2013, 182 Rn. 5 hält dies nicht einmal für erwähnenswert, sondern setzt es als selbstverständlich voraus.
- 15 Nur in den seltenen Ausnahmefällen, in denen der dem Dienstherrn durch Art. 33 Abs. 2 GG eröffnete Beurteilungsspielraum auf null reduziert ist, d. h. ein Bewerber eindeutig am besten geeignet ist, gibt Art. 33 Abs. 2 GG diesem Bewerber einen Anspruch auf einen Erfolg im Auswahlverfahren (BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16.09 – BVerwGE 138, 102 Rn. 22 und 27). Aber selbst dann hat der Bewerber (entgegen BVerwG a. a. O.) keinen Anspruch auf Ernennung, denn der Dienstherr ist dadurch nur gehindert, einen anderen der Bewerber zu ernennen, kann aber in (sachgerechter) Ausübung seiner Organisationsgewalt gleichwohl von einer Ernennung derzeit oder überhaupt absehen. Nur dann, wenn eine freie und besetzbare Beförderungsstelle vorhanden ist, die der Dienstherr im Zeitpunkt der Entscheidung über den Beförderungsantrag auch tatsächlich besetzen will und der Bewerber – im Sinne einer Ermessensreduzierung auf null – der am besten geeignete Kandidat ist, kommt ein Anspruch auf Beförderung in Betracht (vgl. BVerwG, Urt. v. 17.11.2016 – 2 C 27.15 – juris Rn. 27 m. w. N.).
- 16 BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322, 1989/12 – BVerfGE 139, 19 Rn. 59 ff.; BVerfG, Beschl. v. 16.12.2015 – 2 BvR 1958/13 – BVerfGE 141, 56 Rn. 31 m. w. N.; BVerfG, Beschl. v. 20.09.2016 – 2 BvR 2453/15 – NVwZ 2017, 313 Rn. 18; BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16.09 – BVerwGE 138, 102 Rn. 21 ff.; BVerwG, Urt. v. 19.03.2015 – 2 C 12.14 – BVerwGE 151, 333 Rn. 15.
- 17 Vgl. zu den Besonderheiten für Soldaten aus der neueren Rechtsprechung des BVerwG: BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 2 C 11.11 – BVerwGE 145, 237 Rn. 10 ff.; BVerwG, Beschl. v. 03.02.2015 – 1 WDS-VR 2.14 – Buchholz 449 § 3 SG Nr. 77 und BVerwG, Beschl. v. 11.03.2016 – 1 WDS-VR 9.15. Zu den Besonderheiten bei der Vergabe eines Professorenamts vgl. BVerwG, Urt. v. 20.10.2016 – 2 C 30.15 – juris Rn. 17 ff. Zu den Besonderheiten bei der Wahl von Bundesrichtern vgl. BVerfG, Beschl. v. 20.09.2016 – 2 BvR 2453/15 – NJW 2016, 3425 Rn. 21 ff.
- 18 Der Sprachgebrauch des BVerfG ist nicht immer einheitlich, in der Regel ist das Statusamt gemeint.
- 19 BVerfG, Beschl. v. 17.01.2012 – 2 BvL 4/09 – BVerfGE 130, 52, 69; BVerwG, Urt. v. 22.06.2006 – 2 C 26.05 – BVerwGE 126, 182 Rn. 10 m. w. N.
- 20 Vgl. BVerwG, Urt. v. 22.06.2006 – 2 C 26.05 – BVerwGE 126, 182 Rn. 11 m. w. N.
- 21 Dienstunfähigkeit liegt nämlich nicht schon dann vor, wenn der Beamte (dauerhaft) gesundheitlich nicht mehr in der Lage ist, den Aufgaben seines ihm aktuell übertragenen Dienstpostens nachzukommen, sondern erst dann, wenn dies auch für alle anderen bei seiner Beschäftigungsbehörde eingerichteten und für ihn statusgemäßen Dienstposten gilt (stRspr. vgl. nur BVerwG, Urt. v. 05.06.2014 – 2 C 22.13 – BVerwGE 150, 1 Rn. 14 m. w. N.). Damit knüpft der Dienstunfähigkeitsbegriff an das Amt im abstrakt-funktionellen Sinn an. Allerdings erstreckt sich die Suchpflicht des Dienstherrn auf seinen gesamten Bereich, weshalb *Kennntner*, NVwZ 2017, 417, 418 die Kategorie des abstrakt-funktionellen Amtes für entbehrlich hält.

der nächstniedrigeren Besoldungsgruppe (A 15) in diesem Ministerium richtet).<sup>22</sup>

- Der Dienstherr bricht ein Auswahlverfahren ab, um danach mit einer neuen Ausschreibung – und damit einem neuen Bewerberkreis, möglicherweise auch mit einem geänderten Anforderungsprofil – einen neuen Anlauf für die Stellenbesetzung zu starten; hier kann der Beamte im Wege des gerichtlichen Rechtsschutzes die Fortsetzung eines aus seiner Sicht rechtswidrig abgebrochenen Auswahlverfahrens anstreben.<sup>23</sup>

Damit soll auf eine zentrale kategoriale Unterscheidung schon an dieser Stelle hingewiesen werden: Der beamtenrechtliche Konkurrentenstreit hat seinen Platz bei (Auswahl-)Entscheidungen, für die Art. 33 Abs. 2 GG Geltung beansprucht, nicht hingegen bei Entscheidungen, die der Organisationsgewalt des Dienstherrn unterfallen. Der Organisationsgewalt des Dienstherrn<sup>24</sup> unterfallen als Organisationsgrundentscheidungen

- die Ausbringung von Planstellen (durch den Haushaltsgesetzgeber) nach Anzahl und Wertigkeit sowie ihre Verteilung auf die einzelnen Verwaltungsbereiche,
- Maßnahmen der Planstellenbewirtschaftung (durch die Exekutive), wie z. B. – grundsätzlich – die Verteilung von Beförderungsplätzen auf sog. Beförderungskreise,<sup>25</sup>
- die Einrichtung von Dienstposten nach Anzahl und Wertigkeit sowie ihre Verteilung auf die einzelnen Verwaltungsbereiche,
- die Bestimmung des Aufgabenzuschnitts der Dienstposten,
- die Bestimmung der Wertigkeit von Dienstposten nach § 18 BBesG, § 16 ThürBesG,
- die Besetzung von Stellen mit Beamten oder mit Tarifbeschäftigten<sup>26</sup> und
- die Besetzung von Stellen durch – den Status nicht, auch nicht im Wege der Vorwirkung, berührende – Umsetzung oder Versetzung einerseits oder durch Beförderung andererseits.

Der Dienstherr kann also aufgrund der ihm zukommenden Organisationsgewalt nach organisatorischen Bedürfnissen und Möglichkeiten insbesondere über die Einrichtung und nähere Ausgestaltung von Dienstposten entscheiden. Wie er beispielsweise Dienstposten zuschneidet, welche Zuständigkeiten er ihnen im Einzelnen zuweist, welche Fachkenntnisse er zur Erfüllung der daraus im Einzelnen resultierenden Aufgaben für erforderlich ansieht, ob er Beamte oder Tarifbeschäftigte auf dem Dienstposten verwenden will, fällt in sein Organisationsermessen.

Soweit der Dienstherr im Rahmen seiner Organisationsgewalt handelt, sind subjektive Rechte des Beamten grundsätzlich nicht betroffen. Hierdurch nimmt der Dienstherr keine Verpflichtung gegenüber seinen Beamten wahr; ein subjektives Recht des Beamten auf Ausübung der Organisationsgewalt gibt es nicht. Deshalb steht einem Beamten grundsätzlich keine Klagebefugnis nach oder entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO gegen eine Maßnahme zu, die als Ausübung der Organisationsgewalt zu qualifizieren ist. Nur ausnahmsweise ist die Klagebefugnis gegeben, nämlich dann, wenn der Beamte eine Manipulation oder sonstige Willkür des Dienstherrn zu seinen Lasten geltend macht und dies nicht offensichtlich ausgeschlossen ist. In einem solchen Fall erfordert die Fürsorgepflicht des Dienstherrn (vgl. § 78 BBG und § 45 BeamStG) eine Klagemöglichkeit auch bei Organisationsakten.<sup>27</sup>

## II. Verfahrensart

Verfahrensart beim Konkurrentenstreit im Eilverfahren ist unverändert § 123 VwGO, konkret der Antrag auf Erlass einer Sicherungsanordnung. Überlegungen, nicht auf die Ernennung,

sondern auf die Auswahlentscheidung als maßgeblichen Bezugspunkt des Konkurrentenstreitverfahrens abzustellen, diese als Verwaltungsakt anzusehen und deshalb Rechtsschutz über § 80 Abs. 5 VwGO zu gewähren,<sup>28</sup> ist das BVerwG in seinen beiden einschlägigen Beschlüssen des Jahres 2016<sup>29</sup> nicht nähergetreten. Dem BVerfG kommt es unter seiner ausschließlich verfassungsrechtlichen Perspektive nicht darauf an, nach welcher Verfahrensart Rechtsschutz gewährt wird. Für das BVerfG ist allein entscheidend, dass der Rechtsschutz effektiv ist, was wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität bereits im Eilverfahren eine Vollprüfung erfordert<sup>30</sup> – einerlei ob im Verfahren nach § 123 VwGO oder im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO.

Die vom Antragsteller begehrte einstweilige Anordnung ist zu erlassen, wenn der Antrag zulässig ist und in Bezug auf den Streitgegenstand die Gefahr besteht, dass durch die Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines seiner Rechte vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (§ 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Der Anordnungsgrund und der Anordnungsanspruch sind glaubhaft zu machen (§ 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO in entsprechender Anwendung).<sup>31</sup>

## III. Zulässigkeit des Antrages nach § 123 VwGO

Ein Antrag nach § 123 ist u. a. nur dann zulässig, wenn dem Antragsteller die entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO erforderliche Antragsbefugnis zusteht. Diese kann fehlen bei Rechtsbeständigkeit einer Ernennung (1.), ämtergleicher Vergabe von Dienstposten oder Statusamt (2.) und Verwirkung der (Widerspruchs-, Klage- und) Antragsbefugnis (3.).

### 1. Rechtsbeständigkeit der Ernennung

Nach dem Grundsatz der Ämterstabilität ist eine Beamtenernennung rechtsbeständig und kann auch im Falle ihrer Rechtswidrigkeit nicht im Verwaltungswege, aber grundsätzlich auch nicht im gerichtlichen Verfahren aufgehoben werden.<sup>32</sup> Die Bewerbungsverfahrensansprüche der unterlegenen Bewerber gehen durch die Ernennung des ausgewählten Bewerbers unter. Denn nach dem Grundsatz der Ämterstabilität kann eine Be-

<sup>22</sup> Vgl. nachfolgend unter IV.

<sup>23</sup> Vgl. nachfolgend unter VI.

<sup>24</sup> Vgl. *Kenntner*, NVwZ 2017, 417, 419.

<sup>25</sup> ThürOVG, Beschl. v. 24.10.2014 – 2 EO 457/14 – ThürVBl. 2015, 194, 196 = juris 42 f. und ThürOVG, Beschl. v. 04.12.2015 – 2 EO 94/15 – LKV 2016, 428 m. w. N. auch zu dem Fall, dass die Zuweisung der Stellen willkürlich oder rechtsmissbräuchlich erfolgt oder mit ihr die eigentliche Auswahlentscheidung schon vorweggenommen wird und dadurch der Bewerbungsverfahrensanspruch anderer Beamter – hier Lehrer – unzulässig verkürzt wird, weil ihnen die Möglichkeit der Einbeziehung in eine leistungsgerechte Auswahl in sachwidriger Weise genommen wird. Vgl. auch BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 2 C 11.11 – BVerwGE 145, 237 Rn. 19 ff.

<sup>26</sup> Vgl. aber die objektiv-rechtliche Verpflichtung zum regelmäßigen Einsatz von Beamten bei der Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse nach dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG. Vgl. auch die einfach-rechtliche Begrenzung der Zulässigkeit von Beamtenernennungen zur Wahrnehmung solcher Aufgaben in § 5 BBG, § 3 Abs. 2 BeamStG.

<sup>27</sup> BVerwG, Urt. v. 20.10.2016 – 2 A 2.14 – juris Rn. 20 ff. m. w. N.; Vgl. auch BVerfG, Kammerbeschl. v. 25.11.2011 – 2 BvR 2305/11 – NVwZ 2012, 368 Rn. 14 m. w. N.

<sup>28</sup> *Kenntner*, ZBR 2016, 181, 183 ff.

<sup>29</sup> BVerwG, Beschl. v. 10.05.2016 – 2 VR 1.16 – BVerwGE 155, 152; Beschl. v. 21.12.2016 – 2 VR 1.16 – NVwZ 2017, 475.

<sup>30</sup> Vgl. unten unter V.

<sup>31</sup> StRspr, vgl. nur ThürOVG, Beschl. v. 19.05.2014 – 2 EO 313/13 – ThürVBl. 2015, 246 = juris Rn. 5.

<sup>32</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 19.09 – BVerwGE 138, 102 Rn. 30 ff.; ausführlich zur Herleitung des Grundsatzes der Ämterstabilität als ungeschriebenes einfaches Gesetzesrecht *Kenntner*, ZBR 2016, 181, 185 ff.



amtenernennung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, sodass das (Status-)Amt unwiderruflich vergeben ist.<sup>33</sup> Nur im Ausnahmefall kann ein unterlegener Bewerber seinen Bewerbungsverfahrensanspruch (durch eine Anfechtungsklage gegen die Ernennung) weiterverfolgen, nämlich dann, wenn er unter Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG daran gehindert worden ist, seine Rechtsschutzmöglichkeiten vor der Ernennung auszuschöpfen;<sup>34</sup> denn andernfalls hätte es der Dienstherr in der Hand, die Grundrechte unterlegener Bewerber durch vorzeitige Ernennungen auszuschalten.<sup>35</sup> Ein Verstoß allein gegen Art. 33 Abs. 2 GG hingegen steht dem Grundsatz der Ämterstabilität und damit der Rechtsbeständigkeit der Ernennung nicht entgegen.<sup>36</sup>

Art. 19 Abs. 4 GG ist dann verletzt, wenn der Dienstherr ihm obliegende Mitteilungs- oder Wartepflichten missachtet hat:<sup>37</sup>

- Zunächst muss der Dienstherr nach der Auswahlentscheidung, aber vor der Ernennung des ausgewählten Beamten den nicht berücksichtigten Bewerbern die Tatsache ihrer Nichtberücksichtigung mitteilen (= sog. Konkurrentenmitteilung).
- Danach muss er eine angemessene Zeit warten, um den nicht berücksichtigten Bewerbern zu ermöglichen, verwaltungsgerichtlichen (Eil-)Rechtsschutz zu beantragen. In der Praxis der Verwaltungsgerichte hat sich eine Wartezeit von zwei Wochen ab Zugang der Mitteilung über die Ablehnung der Bewerbung als angemessen herausgebildet.
- Beantragt ein Bewerber rechtzeitig den Erlass einer einstweiligen Anordnung, darf der Dienstherr die Ernennung erst nach Abschluss des gerichtlichen Verfahrens vornehmen.
- Hat der Dienstherr in der Beschwerdeinstanz des einstweiligen Anordnungsverfahrens vor dem OVG obsiegt, muss er nochmals eine angemessene Zeit mit der Ernennung warten, um dem unterlegenen Bewerber Gelegenheit zu geben, zur Durchsetzung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs nach Art. 33 Abs. 2 GG das BVerfG anzurufen. Der unterlegene Bewerber hat nach der Zustellung des OVG-Beschlusses zwei Wochen Zeit für die Erklärung, Verfassungsbeschwerde einzulegen, und einen Monat Zeit, die Verfassungsbeschwerde tatsächlich einzulegen und zu begründen.

Verletzt der Dienstherr eine solche Mitteilungs- oder Wartepflicht und ist die Verletzung ursächlich für die Ernennung des ausgewählten Bewerbers („Rechtsschutzverhinderung“), kann dem übergangenen Bewerber der Grundsatz der Ämterstabilität nicht entgegengehalten werden. Andererseits muss der Dienstherr mit der Ernennung des Ausgewählten nicht bis zur Bestandskraft der Auswahlentscheidung warten; es genügt, dass er die sich aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, Art. 33 Abs. 2 GG ergebenden Mitteilungs- und Wartepflichten erfüllt und kein einstweiliger Rechtsschutz (mehr) beantragt wird.<sup>38</sup>

Zu beachten ist, dass die genannten Wartefristen – ebenso wie die Bewerbungsfrist in einer Ausschreibung – keine (prozessuale oder materielle) Ausschlusswirkung haben.<sup>39</sup> Nimmt der Dienstherr also die mit Ablauf einer Wartefrist zulässige gewordene Ernennung nicht vor, kann der unterlegene Bewerber gleichwohl noch um gerichtlichen Eilrechtsschutz nachsuchen.

Zu beachten ist ferner, dass die Konkurrentenmitteilung den notwendigen Inhalt haben muss, um die beschriebene Rechtswirkung auszulösen. Sie muss zum Ausdruck bringen, dass das Auswahlverfahren abgeschlossen ist und den Namen des erfolgreichen Bewerbers mitteilen. Außerdem sind dem unterlegenen Bewerber auf sein Verlangen hin die für die Auswahlentscheidung wesentlichen Erwägungen im Wege der Akteneinsicht<sup>40</sup> zugänglich zu machen;<sup>41</sup> Dazu kann es auch gehören, dass er Kopien von den maßgeblichen (und hinsichtlich der persönli-

chen Daten Dritter geschwärzten) Auswahlunterlagen anfertigen lassen darf, um deren Inhalt zutreffend und vollständig aufnehmen zu können und ggf. Rechtsrat einzuholen. Die Konkurrentenmitteilung soll ihn – in Verbindung mit der Akteneinsicht – in die Lage versetzen, sachgerecht darüber befinden zu können, ob er die Entscheidung des Dienstherrn hinnehmen soll oder ob Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen den Anspruch auf faire und chancengleiche Behandlung seiner Bewerbung bestehen und er daher gerichtlichen Eilrechtsschutz in Anspruch nehmen will.<sup>42</sup>

Das Gebot effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG garantiert einen tatsächlich wirksamen Rechtsschutz. Das bedeutet bei mehreren beabsichtigten Beförderungen – z. B. wenn eine Beförderungsrangliste nach und nach durch Beförderungen „abgearbeitet“ wird –, dass der Beamte bezüglich *aller* zur Beförderung konkret anstehenden Beamten seinen Bewerbungsverfahrensanspruch geltend machen kann. Denn er hat einen Anspruch darauf, dass über jede einzelne Beförderung rechtsfehlerfrei entschieden wird. Dieser Anspruch verändert sich nicht dadurch, dass über mehrere Beförderungen nicht nacheinander, sondern zusammen entschieden wird. Das gilt unabhängig davon, dass der Beamte für sich selbst letztlich nur eine einzige Beförderung erstrebt und erstreben kann.

Bei mehreren zeitgleich beabsichtigten Beförderungen bestimmt sich nach dem Antrag des Beamten, ob die Beförderung nur eines ausgewählten Bewerbers oder aber mehrerer oder aller ausgewählten Bewerber angegriffen wird. Erstreckt sich der Rechtsschutzantrag des unberücksichtigt gebliebenen Beamten auf mehrere Beförderungen, ist der Dienstherr aus Art. 19 Abs. 4 GG grundsätzlich verpflichtet, diese Beförderungen vor-

33 Für Bundesbeamte bedarf es in einzelnen Fällen für eine Beförderung keiner Ernennung, nämlich dann, wenn das neue Amt nicht mit einer neuen Amtsbezeichnung verbunden ist (§ 10 Abs. 1 Nr. 3 BBG). Dies gilt etwa für den Ministerialrat, den es in den Besoldungsgruppen A 16, B 2 und B 3 gibt (vgl. die Anlage I zum Bundesbesoldungsgesetz). Auch bei solchen ausnahmsweise möglichen Beförderungen ohne Ernennung – aber durch „ernennungsähnlichen Verwaltungsakt“, in der Regel durch die Mitteilung der Planstelleneinweisung – genießt das vergebene Beförderungsrangamt Ämterstabilität. Beachte: Bei Landes- und Kommunalbeamten erfordert seit dem Erlass des Beamtenstatusgesetzes *jede* Beförderung eine Ernennung, also auch bei gleichbleibender Amtsbezeichnung (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 3 BeamStG).

34 Vgl. zuletzt BVerfG, Kammerbeschl. v. 25.01.2017 – 2 BvR 2076/16 – NVwZ 2017, 472 Rn. 21 m. w. N.

35 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 19.09 – BVerwGE 138, 102 Rn. 27 und 37. Solche bewusst vorzeitigen Ernennungen hat es vor diesem Urteil (dem OLG-Präsidenten-Urteil) des BVerwG in der Praxis durchaus gegeben. Dem übergangenen Bewerber blieb dann nur ein Sekundärananspruch, nämlich auf Schadensersatz wegen rechtswidriger und schuldhafter Verletzung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs.

36 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 19.09 – BVerwGE 138, 102 Rn. 30. Verstößt die Ernennung gegen die Rechte des übergangenen Bewerbers aus Art. 19 Abs. 4 GG und gegen Art. 33 Abs. 2 GG, so ist sie mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben; eine rückwirkende Aufhebung der Ernennung scheidet aus, weil die mit der Ernennung verbundene Statusänderung jedenfalls ohne gesetzliche Grundlage nicht nachträglich ungeschehen gemacht werden kann (BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16.09 – BVerwGE 138, 102 Rn. 39).

37 BVerfG, Kammerbeschl. v. 02.05.2016 – 2 BvR 120/16 – IÖD 2016, 146, 147 m. w. N.; BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 19.09 – BVerwGE 138, 102 Rn. 34 ff. m. w. N.; BVerwG, Urt. v. 20.10.2016 – 2 C 30.15 – juris Rn. 17 ff.; ThürOVG, Beschl. v. 18.06.2012 – 2 EO 961/11 – ThürVBl. 2013, 82, 83 = juris Rn. 24.

38 StRspr, vgl. nur ThürOVG, Beschl. v. 30.04.2014 – 2 EO 1316/12 We – juris Rn. 32 m. w. N.

39 ThürOVG, Beschl. v. 20.07.2012 – 2 EO 361/12 – juris Rn. 12.

40 Vgl. zur (Un-)Möglichkeit isolierter gerichtlicher Angreifbarkeit verweigerter Akteneinsicht BVerwG, Urt. v. 22.09.2016 – 2 C 16.15 – juris Rn. 15 ff.

41 Strenger noch BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 19.09 – BVerwGE 138, 102 Rn. 25 a.E., wonach die Konkurrentenmitteilung selbst die maßgebenden Erwägungen des Dienstherrn erkennen lassen muss.

42 BVerwG, Urt. v. 20.10.2016 – 2 C 30.15 – juris Rn. 30 ff.

läufig zu unterlassen. Anderes kann gelten, wenn der auf vorläufige Unterlassung der Beförderung einer Mehrzahl – ggf. sogar einer Vielzahl – von Mitbewerbern gerichtete Rechtsschutzantrag rechtsmissbräuchlich ist. Das ist dann der Fall, wenn von vornherein ausgeschlossen ist, dass die Beförderung der Mitbewerber den Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers verletzt, und der Angriff auf eine größere Zahl von beabsichtigten Ernennungen von Mitbewerbern ersichtlich nicht der Wahrung des Bewerbungsverfahrensanspruchs dient, sondern Druck auf den Dienstherrn ausüben soll.<sup>43</sup>

## 2. Ämtergleiche Vergabe von Dienstposten oder Statusamt

Bei einem Auswahlverfahren für die Besetzung eines Dienstpostens, das *ausschließlich* für Bewerber geöffnet ist, für die dieser Dienstposten nicht höherwertig ist („ämtergleiche“ oder „statusgleiche“ Ausschreibung<sup>44</sup>), entsteht kein – auf Art. 33 Abs. 2 GG beruhender – Bewerbungsverfahrensanspruch und kann somit ein solcher auch nicht verletzt werden. Das Gleiche gilt für eine – praktisch deutlich seltenere – entsprechende Statusamtskonkurrenz, d. h., wenn sich die Ausschreibung für ein Statusamt nur an diejenigen Beamten richtet, die ein Statusamt der betreffenden Wertigkeit bereits innehaben und deshalb lediglich eine statusgleiche Besetzung in Betracht kommt. Für entsprechende Rechtsbehelfe (Widerspruch, Klage, gerichtlicher Eilantrag) fehlt es in beiden Fällen an der nach bzw. entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO erforderlichen Widerspruchs-, Klage- und Antragsbefugnis. Ob die Ausschreibung außerdem auch ein Anforderungsprofil enthält und dabei auf Merkmale abstellt, die auch in einer Leistungskonkurrenz verwendet werden könnten, ist unerheblich.

In der Konsequenz hat der Beamte, der bei einer solchen – Beförderungsbewerber nicht einbeziehenden – Auswahl nicht zum Zuge kommt, mangels eines allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruchs keinen Rechtsschutz gegen die Vergabe des Amtes an den ausgewählten Beamten. Seine Rechte sind schlichtweg nicht tangiert. Ein Bewerbungsverfahrensanspruch nach Art. 33 Abs. 2 GG besteht nicht, weil die Vergabe eines höheren (Status-)Amtes nicht – auch nicht im Wege der Vorwirkung – im Raum steht. Die Rechtssphäre des nicht berücksichtigten Beamten ist nicht betroffen.<sup>45</sup>

Zu beachten ist jedoch:

a) Wenn der Dienstherr sowohl ämtergleiche als auch nicht ämtergleiche Bewerber in seine Auswahlentscheidung einbezieht (Beispiel: Die Ausschreibung für einen Dienstposten der Wertigkeit nach A 9 richtet sich an Beamte mit Ämtern der Besoldungsgruppen A 8 und A 9), hat auch ein Bewerber, für den das zu vergebende Amt ämtergleich und damit nicht höherwertig ist, einen Anspruch darauf, dass die Auswahl nach den Leistungskriterien des Art. 33 Abs. 2 GG vorgenommen wird. Ob der Dienstherr die Auswahl nur für Beförderungsbewerber, nur für ämter- bzw. statusgleiche Bewerber oder für beide Gruppen öffnet, entscheidet er im Rahmen seiner Organisationsgewalt. Für welche Personengruppen der Dienstherr die Auswahl im konkreten Fall geöffnet hat, ist durch Auslegung der Ausschreibung – entsprechend § 133 BGB am objektiven Empfängerhorizont potenzieller Bewerber orientiert<sup>46</sup> – zu ermitteln. Dabei gehen Unklarheiten zulasten des Dienstherrn. In den Fällen, in denen der Dienstherr in der Ausschreibung ausdrücklich Beförderungsbewerber aus dem Bewerberkreis ausschließt, liegt eine solche Unklarheit nicht vor.

b) Der Dienstherr kann sich auch bei der Ausschreibung, die sich nur an ämter- bzw. statusgleiche Bewerber richtet, durch die Information in der Ausschreibung, dass die Auswahl nach Leistungsgesichtspunkten erfolgen wird, freiwillig den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG unterwerfen.<sup>47</sup> Das subjektive Recht des statusgleichen Bewerbers ist dann zwar nicht Art. 33 Abs. 2 GG, wohl aber der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

In einem solchen Fall fehlt es zwar nicht an der Antragsbefugnis für ein gerichtliches Eilverfahren, weil der Antragsteller sich auf Art. 3 Abs. 1 GG berufen kann. Es fehlt aber an einem Anordnungsgrund, weil im Hauptsacheverfahren die Besetzung des Dienstpostens mit dem ausgewählten Bewerber rückgängig gemacht werden kann, ohne dass ihr eine Vorwirkung auf eine spätere Vergabe eines höheren Statusamtes zukommt.<sup>48</sup> Der Rechtsschutz vollzieht sich dann im Hauptsacheverfahren.

## 3. Verwirkung der Widerspruchs-, Klage- und Antragsbefugnis

Das ThürOVG hat angenommen, dass in einem Fall, in dem Beförderungsbewerber für Lehrer nicht ausgeschrieben wurden, die verfassungsrechtlich gebotene Mitteilung über den Ausgang des Auswahlverfahrens nicht erteilt wurde und die nicht berücksichtigten Lehrer auch über die Beförderungen weder förmlich informiert wurden noch informell Kenntnis erhielten, eine Verwirkung der Klagebefugnis gegen die Beförderung dieser Lehrer möglich ist. Zwar treffe den Beamten grundsätzlich keine allgemeine Erkundigungspflicht, erst recht nicht über Vorgänge, über die zu informieren der Dienstherr von Verfassungs wegen vorleistungspflichtig sei. Andererseits könne er nicht beanspruchen, über einen langen Zeitraum gänzlich untätig zu sein und uninformatiert zu bleiben, wenn ihm an der Verfolgung seiner Interessen – dem dienstlichen Fortkommen – ernstlich gelegen sei. Dies könne von einem Beamten auch im Hinblick auf das beamtenrechtliche Dienst- und Treueverhältnis und die hieraus folgende Obliegenheit zu zeitnaher Rechtsverfolgung zumutbarerweise verlangt werden.<sup>49</sup>

In diesem Verfahren hat das BVerwG die Revision zur Klärung der grundsätzlich bedeutsamen Frage zugelassen, unter welchen Voraussetzungen und zu welchem Zeitpunkt ein gegen die Auswahl und Ernennung von Konkurrenten gerichteter Widerspruch verwirkt ist. Außerdem gibt das Verfahren dem BVerwG Gelegenheit, die einem Beamten zur Verfolgung eines möglichen Bewerbungsverfahrensanspruchs treffenden Obliegenheiten in den Fallkonstellationen zu klären, in denen der Dienstherr eine Stellenausschreibung unterlassen hat.<sup>50</sup>

## IV. Anordnungsgrund

Ein Anordnungsgrund besteht, wenn eine gerichtliche Entscheidung besonders dringlich ist, d. h. wenn dem Antragsteller ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstehen, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre.<sup>51</sup>

43 BVerwG, Beschl. v. 22.11.2012 – 2 VR 5.12 – BVerwGE 145, 112 Rn. 19 ff.; vgl. auch ThürOVG, Beschl. v. 18.06.2012 – 2 EO 961/11 – ThürVbl. 2013, 82, 83 = juris Rn. 24.

44 Beide Begriffe werden synonym verwendet.

45 Vgl. zum Ganzen: BVerwG, Ur. v. 19.11.2015 – 2 A 6.13 – BVerwGE 153, 264 Rn. 15 ff. m. w. N.; von der Weiden, jurisPR-BVerwG 7/2016 Anm. 6 zu BVerwG, Ur. v. 19.11.2015 – 2 A 6.13.

46 BVerwG, Beschl. v. 19.12.2014 – 2 VR 1.14 – Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 65 Rn. 27; BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 Rn. 32; BVerwG, Beschl. v. 08.07.2014 – 2 B 7.14 – Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 61 Rn. 8.

47 Vgl. BVerwG, Ur. v. 26.01.2012 – 2 A 7.09 – BVerwGE 141, 361 Rn. 32; BVerwG, Beschl. v. 27.09.2011 – 2 VR 3.11 – Buchholz 232.1 § 48 BLV Nr. 1 Rn. 19 ff.

48 Vgl. nachfolgend unter IV.

49 ThürOVG, Ur. v. 28.06.2016 – 2 KO 31/16 – LKV 2016, 571 = juris Rn. 61.

50 BVerwG, Beschl. v. 06.03.2017 – 2 B 73.16 – juris Rn. 1; das Revisionsverfahren wird unter dem Aktenzeichen 2 C 10.17 geführt.

51 StRSpr, vgl. nur ThürOVG, Beschl. v. 19.05.2014 – 2 EO 313/13 – ThürVbl. 2015, 246, 247 = juris Rn. 6 f. Zum Anordnungsgrund bei einer einstweiligen Anordnung auf Fortführung eines abgebrochenen Auswahlverfahrens vgl. unten unter VI.

Der Anordnungsgrund ist wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität<sup>52</sup> unproblematisch gegeben, wenn um die Vergabe eines *Statusamtes* – also unmittelbar um eine Beförderung, beispielsweise vom Oberregierungsrat (A 14) zum Regierungsdirektor (A 15) – gestritten wird. Denn die Ernennung des ausgewählten Bewerbers könnte – vom Ausnahmefall der Rechtsschutzvereitelung durch Verletzung des Art. 19 Abs. 4 GG abgesehen<sup>53</sup> – auch bei einem späteren Obsiegen des unterlegenen Bewerbers in einem Hauptsacheverfahren nicht rückgängig gemacht werden.<sup>54</sup>

Ein Anordnungsgrund ist aber auch gegeben, wenn um die Vergabe eines *Funktionsamtes* – also lediglich eines Dienstpostens, beispielsweise als Referatsleiter in einer bestimmten Abteilung in einer bestimmten Behörde – gestritten wird, sofern diese *Vorwirkungen* für eine spätere Vergabe eines Statusamtes hat.<sup>55</sup>

Der Vergabe eines Dienstpostens kommt keine Ämterstabilität zu, sie kann rückgängig gemacht werden. So führt auch weder die Beendigung der Ausschreibung noch die Übertragung der Beförderungsdienstposten auf die Mitbewerber zu einer Erledigung des Konkurrentenstreits. War die Auswahlentscheidung zugunsten der Mitbewerber rechtswidrig, so kann sie neu getroffen, durch eine andere Auswahlentscheidung ersetzt und gegebenenfalls die Übertragung des Dienstpostens auf den ausgewählten Bewerber rückgängig gemacht sowie der Beförderungsdienstposten anderweitig besetzt werden.<sup>56</sup>

Eine das Rechtsschutzinteresse und den Anordnungsgrund für die Durchführung eines gerichtlichen Eilverfahrens begründende Vorwirkung für die spätere Vergabe eines statusrechtlichen Amtes gibt es in der Regel bei der Vergabe eines *höherwertigen* Dienstpostens. Hierzu kann man drei Fallgruppen unterscheiden<sup>57</sup>:

- Vorwegnahme der späteren Vergabe des Statusamtes,
- Ermöglichung der laufbahnrechtlichen Erprobung,
- Vermittlung eines Bewährungsvorsprungs.

### 1. Vorwegnahme der späteren Vergabe des Statusamtes

Bei der Ausschreibung des Dienstpostens kann der Dienstherr vorsehen, dass dem ausgewählten Bewerber im Falle der Bewährung auf dem Dienstposten ohne weitere Auswahlentscheidung auch das entsprechende Statusamt übertragen – er also befördert – wird.<sup>58</sup> (Beispiel: Der Regierungsdirektor (A 15) erhält den nach A 16 bewerteten Dienstposten des Referatsleiters in einem Ministerium und wird nach erfolgreicher Absolvierung der laufbahnrechtlich vorgeschriebenen Erprobungszeit und ggf. einer weiteren Zeitspanne ohne weitere Auswahlentscheidung zum Ministerialrat ernannt.)

Fraglich ist in einem solchen Fall aber, wie lange die Zeitspanne zwischen der Auswahlentscheidung über die Vergabe des Dienstpostens und der Beförderung sein darf. Denn der Verzicht auf ein weiteres Auswahlverfahren ist nur in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit der Vergabe des Beförderungsdienstpostens zulässig, weil dienstliche Beurteilungen im maßgeblichen Auswahlzeitpunkt noch hinreichend aktuell sein müssen und – vor allem – weil in der Zwischenzeit möglicherweise hinzukommende weitere Beamte nicht ohne hinreichende Rechtfertigung von einem Auswahlverfahren über das Beförderungstatusamt ausgeschlossen werden dürfen.<sup>59</sup> Man kann diese Zeitspanne bei zwei Jahren ansetzen,<sup>60</sup> sie darf jedoch keinesfalls länger als der Regelbeurteilungszeitraum sein.<sup>61</sup> Ist der zulässige Zeitraum überschritten, bedarf es – trotz der bereits vor der Übertragung des Beförderungsdienstpostens durchgeführten Leistungsauswahl – vor der Beförderung einer erneuten Leistungsauswahl.

### 2. Ermöglichung der laufbahnrechtlichen Erprobung

Beförderungen, die mit einer höherwertigen Funktion verbunden sind, setzen nach dem Laufbahnrecht des Bundes und der meisten Länder eine vorher erfolgreich absolvierte Erprobungs-

zeit auf einem höherwertigen Dienstposten voraus.<sup>62</sup> Die Übertragung eines höherwertigen Dienstpostens soll unter den Bedingungen praktischer Tätigkeit die Prognose bestätigen, dass der Inhaber des Dienstpostens – besser als etwaige Mitbewerber – den Anforderungen des Beförderungstatusamtes genügen wird. Nur der erfolgreich Erprobte hat die Chance der Beförderung. Andere Interessenten, die noch nicht auf einem höherwertigen Dienstposten erprobt sind, kommen für eine Beförderung aus laufbahnrechtlichen Gründen nicht in Betracht. Damit wird die Auswahl für Beförderungsdienstposten teilweise vorverlagert auf die Auswahl unter den Bewerbern um „Beförderungsdienstposten“.<sup>63</sup>

Die laufbahnrechtliche Bewährung „wirkt“ nicht nur hinsichtlich des höherwertigen Dienstpostens, auf dem sie erreicht wurde; wenn der Beamte sich später um ein mit einem anderen Dienstposten verknüpftes Statusamt bewirbt, kann ihm nicht entgegengehalten werden, dass er sich nicht auf *diesem* Dienstposten bewährt habe.<sup>64</sup> Hat sich ein Beamter auf dem höherwertigen Dienstposten nicht bewährt, muss der Dienstherr hieraus die nach seinem Laufbahnrecht erforderlichen Konsequenzen ziehen. Das bedeutet auch, dass der Dienstherr, der zu der Einschätzung kommt, dass der Beamte sich auf dem höherwertigen Dienstposten nicht bewährt hat, dies dem Beamten gegenüber kundtun muss. Nur bei einer entsprechenden Dokumentation kann die Nichtbewährung dem Beamten bei dessen späterer Bewerbung um ein höheres Statusamt entgegengehalten werden; allein die Übertragung eines anderen Dienstpostens im Wege der Abordnung genügt hierfür nicht.<sup>65</sup>

### 3. Erfahrungsvorsprung

Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG gebietet es, dass der Rechtsschutz des übergangenen Bewerbers nicht dadurch geschmälert werden darf, dass der ausgewählte und bereits auf dem höherwertigen Dienstposten verwendete Bewerber dort einen *beurteilungsrelevanten* Erfahrungsvorsprung<sup>66</sup> erlangt, der – im Falle des Obsiegens des unterlegenen Bewerbers im Konkurrentenstreitverfahren – bei einer erneuten Auswahlentscheidung

52 Vgl. oben unter III 1.

53 Vgl. oben unter III 1.

54 StRspr, vgl. nur BVerwG, Beschl. v. 21.12.2016 – 2 VR 1.16 – NVwZ 2017, 475 Rn. 12; ThürOVG, Beschl. v. 19.05.2014 – 2 EO 313/13 – ThürVBl. 2015, 246, 247 = juris Rn. 7.

55 BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 Rn. 14 ff. m. w. N.

56 StRspr, vgl. nur ThürOVG, Beschl. v. 24.10.2014 – 2 EO 457/14 – ThürVBl. 2015, 194, 195 = juris Rn. 26; ThürOVG, Beschl. v. 08.02.2015 – 2 EO 508/14 – ThürVBl. 2016, 66, 68 = juris Rn. 42, jeweils unter Hinweis auf BVerwG, Ur. v. 16.08.2001 – 2 A 3.00 – BVerwGE 115, 58, 58 f.

57 In absteigender Reihenfolge hinsichtlich der Stärke der Vorwirkung.

58 BVerwG, Ur. v. 16.08.2001 – 2 A 3.00 – BVerwGE 115, 58 = juris Rn. 29 ff.; BVerwG, Ur. v. 17.08.2005 – 2 C 37.04 – BVerwGE 124, 99 Rn. 19 f.; BVerwG, Ur. v. 11.02.2009 – 2 A 7.06 – Buchholz 232 § 23 BBG Nr. 44 Rn. 20; offengelassen in BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 Rn. 13.

59 BVerwG, Ur. v. 11.02.2009 – 2 A 7.06 – Buchholz 232 § 23 BBG Nr. 44 Rn. 20; BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 Rn. 13.

60 Von der Weiden, in: jurisPR-BVerwG 21/2013 Anm. 6 zu BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 unter D; offengelassen in ThürOVG, Beschl. v. 07.09.2016 – 2 EO 161/15 – juris Rn. 19.

61 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 10.05.2016 – 2 VR 2.15 – BVerwGE 155, 152 Rn. 22.

62 Vgl. § 22 Abs. 2 BBG, § 32 Nr. 2 BLV, § 34 BLV, § 36 ThürLaufbG. Danach beträgt die Erprobungszeit mindestens ein halbes Jahr und soll nicht länger als ein Jahr sein.

63 BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 Rn. 15.

64 BVerfG, Kammerbeschl. v. 24.07.2014 – 2 BvR 816/14 – juris Rn. 15.

65 BVerfG, Kammerbeschl. v. 24.07.2014 – 2 BvR 816/14 – juris Rn. 16 f.

66 Die Begriffe „Bewährungsvorsprung“ und „Erfahrungsvorsprung“ werden synonym gebraucht.



dung grundsätzlich<sup>67</sup> zu berücksichtigen ist.<sup>68</sup> Dabei geht es um einen materiellen Erfahrungsvorsprung, der sich – unabhängig von bestimmten Beurteilungszeiträumen oder – stichtagen – im Leistungsbild des ausgewählten Bewerbers niederschlägt. Auch dann, wenn der höherwertige Dienstposten dem Abwesenheitsvertreter übertragen wird, kann ein beurteilungsrelevanter Erfahrungsvorsprung entstehen.<sup>69</sup> Ein relevanter Erfahrungsvorsprung – und damit ein Anordnungsanspruch – wird dann erreicht, wenn sich der zu Unrecht ausgewählte Bewerber mehr als sechs Monate lang auf dem höherwertigen Dienstposten bewährt hat.<sup>70</sup>

Demgegenüber fehlt es bei einem Streit über die Vergabe eines Funktionsamtes in zwei Fällen an einem Anordnungsgrund, weil sie keine Vorwirkung in dem beschriebenen Sinne hat. Das ist der Fall bei der reinen Umsetzungskonkurrenz (a) und beim Ausblenden eines Bewährungsvorsprungs (b).

#### a) Die reine Umsetzungskonkurrenz

Bei der reinen Umsetzungskonkurrenz fehlt es – wie schon dargelegt<sup>71</sup> – bereits an der Antragsbefugnis und darüber hinaus auch an einem Anordnungsgrund. Wenn der Dienstposten statusgleich ausgeschrieben ist (Beispiel: Eine Ausschreibung für einen nach A 9 bewerteten Dienstposten richtet sich nur an Bewerber, die bereits ein Statusamt nach A 9 innehaben), steht eine Beförderung des auszuwählenden Bewerbers von vornherein nicht im Raum. In diesem Fall kann der Dienstherr im Rahmen seiner Organisationsgewalt den Bewerber nach eigenen Maßgaben auswählen, er ist nicht an die Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG gebunden.

Selbst bei einer vom Dienstherrn – durch die Information in der Ausschreibung, dass die Auswahl nach Leistungsgesichtspunkten erfolge – freiwillig übernommenen Bindung an die Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG<sup>72</sup> fehlt es bei einer reinen Dienstpostenkonkurrenz an einem Anordnungsgrund, weil im Hauptsacheverfahren die Besetzung des Dienstpostens mit dem ausgewählten Bewerber rückgängig gemacht werden kann, ohne dass ihr eine Vorwirkung für eine spätere Vergabe eines höheren Statusamtes zukommt.

#### b) Das Ausblenden eines etwaigen Bewährungsvorsprungs

Das BVerwG hat in seinen Beschlüssen vom 10.05.2016 und 21.12.2016<sup>73</sup> eine Möglichkeit aufgezeigt, die Vorwirkung der Besetzung eines höherwertigen Dienstpostens für eine spätere Statusamtsvergabe zu vermeiden.

#### aa) Die Rechtsprechung des BVerwG

Der Dienstherr kann die Vorwirkung einer Dienstpostenbesetzung für eine spätere Vergabe eines Statusamts dadurch vermeiden, dass er zum Ausdruck bringt, einen etwaigen *Bewährungsvorsprung* des ausgewählten Dienstposteninhabers unberücksichtigt zu lassen, wenn sich der unterlegene Bewerber im Konkurrentenstreitverfahren (das dann in der *Hauptsache* geführt werden kann und muss!) durchsetzt und sich damit die Auswahlentscheidung über die Vergabe des Dienstpostens nachträglich als rechtswidrig erweist.<sup>74</sup>

Ausgangspunkt hierfür ist das im Laufbahnrecht geregelte Institut der „fiktiven Fortschreibung“ einer dienstlichen Beurteilung: Nach § 33 Abs. 3 BLV etwa ist die letzte regelmäßige dienstliche Beurteilung fiktiv fortzuschreiben, wenn eine verwertbare aktuelle dienstliche Beurteilung nicht erstellt werden kann. Das Rechtsinstitut der „fiktiven Fortschreibung“ von dienstlichen Beurteilungen ist insbesondere für die Beurteilung freigestellter Mitglieder von Personalvertretungen (§ 33 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BLV) und für elternzeitbedingte Freistellungen (§ 33 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BLV) vorgeschrieben. Beispielfhaft vorgesehene Anwendungsfälle sind darüber hinaus auch Beurlaubungen für eine Verwendung bei nicht dienstherrnfähigen Ein-

richtungen, wenn die Vergleichbarkeit der dort erhaltenen Beurteilungen nicht gegeben ist (§ 33 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BLV). Die fiktive Fortschreibung wird in der Praxis des Weiteren in anderen vergleichbaren Konstellationen angewandt, etwa bei Beurlaubungen zum Zwecke der Kinderbetreuung. Die Aufzählung in § 33 Abs. 3 Satz 1 BLV ist nicht abschließend.<sup>75</sup>

Wie bei den ausdrücklich in § 33 Abs. 3 BLV<sup>76</sup> benannten Fällen kann auch bei der rechtswidrigen Dienstposteninhaberschaft eine aktuelle dienstliche Beurteilung, die für die Auswahlentscheidung herangezogen werden könnte, nicht erstellt werden. Im Falle der rechtswidrigen Dienstpostenbesetzung ergibt sich das Fehlen einer verwertbaren aktuellen Beurteilung dabei aus rechtlichen Gründen. Die auf dem höherwertigen Funktionsamt erzielten Leistungen dürfen in einer Auswahlentscheidung gegenüber demjenigen Bewerber, der bei der Dienstpostenbesetzung rechtswidrig übergangen worden ist und dem die Chance einer entsprechenden Bewährung daher in rechtsfehlerhafter Weise vorenthalten wurde, nicht in Ansatz gebracht werden. In dieser Konkurrentensituation kann die – tatsächlich erbrachte – aktuelle dienstliche Leistung daher nicht verwertet werden. Wie in den durch § 33 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BLV geregelten Fällen mangelnder Vergleichbarkeit kann die hierfür erstellte Beurteilung nicht herangezogen werden.<sup>77</sup>

Die „fiktive“ Komponente im Falle einer rechtswidrigen Dienstposteninhaberschaft erfordert dabei nur, dass die aus der

67 Zu der Ausnahme des Ausblendens eines Bewährungsvorsprungs sogleich unter IV 3. b).

68 BVerwG, Beschl. v. 27.09.2011 – 2 VR 3.11 – Buchholz 232.1 § 48 BLV Nr. 1 Rn. 17; BVerwG, Beschl. v. 08.02.2016 – 1 WDS-VR 10.15 – Buchholz 449 § 3 SG Nr. 83 Rn. 24. Das ThürOVG hat sich – unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung – der Rechtsprechung des BVerwG angeschlossen: ThürOVG, Beschl. v. 20.07.2012 – 2 EO 361/12 – juris Rn. 7; ThürOVG, Beschl. v. 27.11.2012 – 2 EO 472/12 – ThürVBl. 2013, 157, 158 = juris Rn. 5.

69 ThürOVG, Beschl. v. 27.11.2012 – 2 EO 472/12 – ThürVBl. 2013, 157, 158 = juris Rn. 8.

70 BVerwG, Beschl. v. 03.02.2015 – 1 WDS-VR 2.14 – Buchholz 449 § 3 SG Nr. 77 Rn. 23; BVerwG, Beschl. v. 08.02.2016 – 1 WDS-VR 10.15 – Buchholz 449 § 3 SG Nr. 83 Rn. 19; BVerwG, Beschl. v. 11.03.2016 – 1 WDS-VR 9.15 – juris Rn. 20; ThürOVG, Beschl. v. 20.07.2012 – 2 EO 361/12 – juris Rn. 7; ThürOVG, Beschl. v. 27.11.2012 – 2 EO 472/12 – ThürVBl. 2013, 157, 158 = juris Rn. 6; ThürOVG, Beschl. v. 19.05.2014 – 2 EO 313/13 – ThürVBl. 2015, 246, 247 = juris Rn. 7 und 10.

71 Vgl. oben unter III 2.

72 Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.01.2012 – 2 A 7.09 – BVerwGE 141, 361 Rn. 32. Vgl. auch oben unter III 2.

73 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 10.05.2016 – 2 VR 2.15 – BVerwGE 155, 152; BVerwG, Beschl. v. 21.12.2016 – 2 VR 1.16 – NVwZ 2017, 475. Vgl. auch *Kenntner*, ZBR 2016, 181, 193 ff.

74 BVerwG, Beschl. v. 10.05.2016 – 2 VR 2.15 – BVerwGE 155, 152 Rn. 33.

75 BVerwG, Beschl. v. 10.05.2016 – 2 VR 2.15 – BVerwGE 155, 152 Rn. 30.

76 § 33 Abs. 3 Satz 1 BLV: „Liegt keine aktuelle dienstliche Beurteilung vor, ist jedenfalls in folgenden Fällen die letzte regelmäßige dienstliche Beurteilung unter Berücksichtigung der Entwicklung vergleichbarer Beamtinnen und Beamten fiktiv fortzuschreiben: 1. bei Beurlaubungen nach § 6 Absatz 1 der Sonderurlaubsverordnung zur Ausübung einer gleichwertigen hauptberuflichen Tätigkeit, wenn die Vergleichbarkeit der Beurteilung der öffentlichen zwischenstaatlichen oder überstaatlichen Einrichtung, der Verwaltung eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder der öffentlichen Einrichtung eines Mitgliedstaats der Europäischen Union mit der dienstlichen Beurteilung nicht gegeben ist, 2. bei Elternzeit mit vollständiger Freistellung von der dienstlichen Tätigkeit und 3. bei Freistellungen von der dienstlichen Tätigkeit wegen einer Mitgliedschaft im Personalrat, als Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen oder als Gleichstellungsbeauftragte, wenn die dienstliche Tätigkeit weniger als 25 Prozent der Arbeitszeit beansprucht.“ Vgl. auch § 28 Abs. 2 Satz 1 – 4 BGlG: „1. Die Dienststellen haben die berufliche Entwicklung der Gleichstellungsbeauftragten von Amts wegen fiktiv nachzuzeichnen. 2. Diese Pflicht gilt ungeachtet des Entlastungsumfanges der Gleichstellungsbeauftragten. 3. Die fiktive Nachzeichnung dient als Grundlage für Personalauswahlentscheidungen. 4. Der Anspruch auf fiktive Nachzeichnung der dienstlichen Beurteilung nach § 33 Absatz 3 der Bundeslaufbahnverordnung bleibt unberührt.“

77 BVerwG, Beschl. v. 10.05.2016 – 2 VR 2.15 – BVerwGE 155, 152 Rn. 31.

Aufgabenwahrnehmung eines höherwertigen Dienstpostens folgenden Besonderheiten unberücksichtigt bleiben. Die fiktive Fortschreibung der letzten dienstlichen Beurteilung kann hier daher durch eine Ausblendung der aus der Höherwertigkeit des Dienstpostens folgenden Tätigkeiten erfolgen. Die dienstliche Beurteilung auf dem höherwertigen Dienstposten muss hierfür um einen Abschnitt ergänzt werden, in dem eine hypothetische Beurteilung der erbrachten Leistungen erfolgt, bei der die aus der Wahrnehmung eines höherwertigen Dienstpostens folgenden Besonderheiten unberücksichtigt bleiben.<sup>78</sup>

Da durch das Ausblenden der höherwertigen Aufgabenwahrnehmung eine Vorwirkung auf künftige Auswahlentscheidungen für die Vergabe von Statusämtern vermieden werden kann, ermöglicht die Verwendung des Rechtsinstituts der fiktiven Fortschreibung auch die Vergabe von Funktionsämtern während des Laufs von beamtenrechtlichen Konkurrentenverfahren und vermeidet damit das Problem einer Stellenblockade. Die Aufgaben des ausgeschriebenen Dienstpostens bedürfen zur Sicherstellung des öffentlichen Interesses an einer ordnungsgemäßen Aufgabenwahrnehmung einer ununterbrochenen Wahrnehmung. Die Vergabe des Funktionsamtes selbst unterliegt dabei auch nicht den Vorgaben aus Art. 33 Abs. 2 GG, solange eine Vorwirkung auf die nachfolgende Statusamtsvergabe vermieden wird. Der Dienstherr ist daher zur vorläufigen Besetzung des höherwertigen Dienstpostens befugt, muss aber die Auswahlentscheidung über die Dienstpostenbesetzung ggf. nachträglich korrigieren, wenn sie sich im gerichtlichen Verfahren als rechtswidrig erweist. Für diese Überprüfung darf nicht auf einen ggf. erzielten Bewährungsvorsprung des Mitbewerbers zurückgegriffen werden, der auf der Höherwertigkeit des übertragenen Dienstpostens beruht. Steht die Vergabe des höherwertigen Aufgabenbereichs im Streit, muss derjenige Teil der aktuellen dienstlichen Beurteilung daher unberücksichtigt bleiben, der die Wahrnehmung spezifisch höherwertiger Aufgaben betrifft.<sup>79</sup>

Zum Ausdruck bringen kann der Dienstherr seine Absicht, einen durch eine vorläufige Dienstpostenvergabe erreichbaren etwaigen Bewährungsvorsprung unberücksichtigt zu lassen, sowohl generell als auch im Einzelfall. Generell zum Ausdruck bringen kann der Dienstherr dies etwa in Beurteilungs- oder Beförderungsregelungen, sei es in normativer Form oder als Richtlinien. Einzelfallbezogen kann er es zum Ausdruck bringen durch entsprechende Festlegungen in der Stellenausschreibung für den vakanten Dienstposten oder konkret durch eine Zusage gegenüber einem unterlegenen Bewerber, der ein Konkurrentenstreitverfahren ankündigt oder durchführt.<sup>80</sup>

Ob durch eine solche Erklärung des Dienstherrn auch eine dem Antragsteller noch fehlende *laufbahnrechtliche Erprobung* vermittelt werden kann, hat das BVerwG in seinem Beschluss vom 21.12.2016 ausdrücklich offengelassen.<sup>81</sup>

#### bb) Die Einordnung

Die Entscheidung ist von großer Wichtigkeit für die Vergabe von Beförderungsdienstposten. Sie zeigt auf, dass der Dienstherr diese Dienstposten – außer im Fall der späteren Vergabe des Statusamtes (vgl. IV. 1.) und mE auch im Fall der versagten Ermöglichung der laufbahnrechtlichen Erprobung für den Antragsteller (vgl. IV. 2. und Fn. 81) – auch während laufender Konkurrentenstreitverfahren besetzen darf; ein (im Falle der Bewährung) damit an sich verbundener Bewährungsvorsprung zugunsten der Dienstposteninhaber wird durch dessen Ausblendung verhindert. Damit wird sowohl die im öffentlichen Interesse liegende Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch eine „reguläre“ Dienstpostenübertragung (statt bisheriger Hilfskonstruktionen wie die „kommissarische“ Wahrnehmung der Geschäfte oder der Aufgaben) ermöglicht als auch der Rechtsschutz des Konkurrentenantragstellers gewahrt. Zugleich wird

damit dem Phänomen entgegengewirkt, dass Konkurrentenstreitverfahren nur deshalb geführt werden, um Druck auf den Dienstherrn – der gerade bei länger dauernden Konkurrentenstreitverfahren oft Probleme hat, die ordnungsgemäße Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben sicherzustellen – auszuüben.

Das heißt: Der Dienstherr ist während eines – im Eilverfahren – laufenden Konkurrentenstreitverfahrens gegen eine beabsichtigte Vergabe eines Statusamtes unverändert gehindert, dieses Statusamt zu vergeben; anderes wäre nur bei – abzulehnender<sup>82</sup> – Aufgabe der Rechtsprechung zur Ämterstabilität möglich. Der Dienstherr kann aber nunmehr während des laufenden Konkurrentenstreitverfahrens gegen eine beabsichtigte Vergabe eines Statusamtes das diesem zugehörige Funktionsamt – etwa an den Ausgewählten – (vorläufig) besetzen. Genauso kann er während eines – nunmehr im Hauptsacheverfahren – laufenden Konkurrentenstreitverfahrens gegen eine beabsichtigte Vergabe eines höherwertigen Funktionsamtes (= Dienstpostens) dieses Funktionsamt (vorläufig) besetzen. Bleibt die Auswahlentscheidung im Konkurrentenstreitverfahren unbeanstandet, kann es auch bei der vorgenommenen Besetzung des Funktionsamtes (an den Ausgewählten) verbleiben und eine dauerhafte Dienstpostenbesetzung erfolgen. Lediglich dann, wenn schlussendlich ein anderer Bewerber das streitbefangene Funktionsamt bekommen darf bzw. soll als der Beamte, dem während des laufenden Konkurrentenstreitverfahrens das Funktionsamt übertragen worden ist, muss ein Wechsel im Funktionsamt vorgenommen werden.

Der auf dem höherwertigen Funktionsamt erlangte Bewährungsvorsprung muss nur in den Fällen ausgeblendet werden, in denen andernfalls eine unzulässige Vorwirkung der Übertragung des Funktionsamtes während des noch laufenden Konkurrentenstreitverfahrens eintreten würde. Das ist der Fall, wenn die Auswahlentscheidung sich als rechtswidrig erweist und erneut getroffen werden muss. Hier darf es dem Inhaber des Funktionsamtes gegenüber seinen Mitbewerbern nicht zum Vorteil gereichen, dass er in der Zwischenzeit das höherwertige Funktionsamt innehatte.

Die Ausblendung erfolgt durch Nichtberücksichtigung der höherwertigen Tätigkeit (es sei denn, der Beamte „versagt“ bei den höherwertigen Aufgaben, bewährt sich also gerade nicht; dann bedarf es einer solchen Ausblendung zur Vermeidung eines Bewährungsvorsprungs – selbstverständlich – nicht). Dies geschieht durch eine fiktive Fortschreibung der letzten dienstlichen Beurteilung. Wie die fiktive Fortschreibung im Einzelnen zu erfolgen hat, ist weder in § 33 Abs. 3 BLV noch an anderer Stelle normativ vorgegeben. Deshalb hat der Dienstherr insoweit Gestaltungsfreiheit. Hat der Beamte etwa auf dem ihm übertragenen höherwertigen Dienstposten – anders als zuvor – Leitungsfunktionen wahrgenommen, reicht es aus, die dienstliche Beurteilung um einen Abschnitt zu ergänzen, in dem (nur) dieser Teilaspekt ausgeblendet und dargelegt wird, wie die fachliche Leistung ohne diesen Teilaspekt beurteilt wird.<sup>83</sup>

Mit einer Erklärung des Dienstherrn, einen etwaigen Bewährungsvorsprung des Dienstposteninhabers im Falle der Rechts-

78 BVerwG, Beschl. v. 10.05.2016 – 2 VR 2.15 – BVerwGE 155, 152 Rn. 32.

79 BVerwG, Beschl. v. 10.05.2016 – 2 VR 2.15 – BVerwGE 155, 152 Rn. 33.

80 BVerwG, Beschl. v. 21.12.2016 – 2 VR 1.16 – NVwZ 2017, 475 Rn. 14.

81 BVerwG, Beschl. v. 21.12.2016 – 2 VR 1.16 – NVwZ 2017, 475 Rn. 14 unter Hinweis auf BVerwG, Urt. v. 21.09.2006 – 2 C 13.05 – BVerwGE 126, 333 Rn. 21, wo die Möglichkeit einer „fiktiven Erprobung“ für freigestellte Personalratsmitglieder bejaht wird. Verneinend: von der Weiden, in: jurisPR-BVerwG 6/2017 zu BVerwG, Beschl. v. 21.12.2016 – 2 VR 1.16 – unter C.

82 Vgl. Kenntner, ZBR 2016, 181, 185; anders z. B. Hartung, RiA 2017, 49, 51.

83 Von der Weiden, jurisPR-BVerwG 13/2016, Anm. 1 zu BVerwG, Beschl. v. 10.05.2016 – 2 VR 2.15.



widrigkeit der Auswahlentscheidung auszublenden, kann auch in den Fällen der Vorwegnahme der späteren Vergabe des Statusamtes und sogar bei einer unmittelbaren Statusamtskonkurrenz zwar – selbstverständlich – nicht die vorläufige Vergabe des Statusamtes, wohl aber eine vorläufige Vergabe eines Dienstpostens ermöglicht werden. Der Rechtsschutz verlagert sich dann bei der „Dienstpostenkonkurrenz mit der Vorwirkung des Bewährungsvorsprungs“ vom Eilverfahren ins Hauptsacheverfahren; für die Durchführung eines Eilverfahrens fehlt es nach einer solchen Erklärung an einem Anordnungsgrund. Hingegen bleibt es bei einer (unmittelbaren) Statusamtskonkurrenz und in anderen Vorwirkungsfällen beim Eilverfahren, denn mit der Ausblendungserklärung des Dienstherrn wird ja nur die vorläufige Vergabe des Dienstpostens, – selbstverständlich – nicht aber eine „vorläufige Vergabe des Statusamtes“ ermöglicht. Wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität könnte eine Ernennung des ausgewählten Bewerbers – der nunmehr auf dem dem Statusamt zugeordneten Dienstposten vorläufig verwendbar ist – nicht rückgängig gemacht werden, sodass es unverändert eines Eilverfahrens zur Verhinderung der Ernennung bedarf. Raum ist für eine Ausblendungserklärung im Bereich der unmittelbaren Statusamtskonkurrenz aber nur, soweit eine Dienstpostenvergabe auch unabhängig von der Vergabe des zugehörigen Statusamtes möglich ist.

Die beiden Entscheidungen sind Teil des Bemühens des BVerwG, Fehlentwicklungen im Bereich der Konkurrentenstreitverfahren entgegenzuwirken.<sup>84</sup> Sie haben eine lebhafte Diskussion in der Literatur ausgelöst.<sup>85</sup> Die Oberverwaltungsgerichte positionieren sich nach und nach zu der vom BVerwG aufgezeigten neuen Möglichkeit für den Dienstherrn, Dienstposten auch während laufender Konkurrentenstreitverfahren vorläufig zu besetzen.<sup>86</sup>

Diese Rechtsprechung ermöglicht es allerdings nicht, bei der Besetzung von Dienstposten auf eine Ausschreibung und eine an Art. 33 Abs. 2 GG orientierte Auswahlentscheidung zu verzichten, wenn eine Besetzung mit Beamten in Betracht kommt, für die der fragliche Dienstposten ein Beförderungsdienstposten ist. Der Dienstherr kann der Notwendigkeit einer an Art. 33 Abs. 2 GG zu orientierenden Auswahlentscheidung nur „entkommen“, wenn er dem Dienstposten den Charakter eines Beförderungsdienstpostens dadurch nimmt, dass er ihn nur zur ämtergleichen Umsetzung ausschreibt. Dies wird sich etwa bei solchen Dienstposten empfehlen, für die ein Anforderungsprofil erforderlich ist, das sich von den allgemeinen Laufbahnanforderungen unterscheidet – wie etwa besondere Sprach- oder sonstige Fachkenntnisse oder besondere Berufserfahrungen.<sup>87</sup>

(Der Beitrag wird im nächsten Heft fortgesetzt)

<sup>84</sup> Vgl. ausführlich *Kenntner*, ZBR 2016, 181 ff.

<sup>85</sup> Vgl. *Baden*, Der Personalrat 2016, 34, 39 ff.; *Bracher*, DVBl. 2016, 1236 ff.; *Hartung*, RiA 2017, 49 ff.; *Herrmann*, NVwZ 2017, 105 ff.; *Kathke*, RiA 2016, 197 ff.; *Lorse*, ZBR 2017, 11 ff.; *Rieger*, ZBR 2017, 187 ff.

<sup>86</sup> Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 21.06.2016 – 1 B 201/16 – IÖD 2016, 164; OVG NRW, Beschl. v. 12.07.2016 – 6 B 487/16 – ZBR 2017, 59; OVG NRW, Beschl. v. 14.07.2016 – 6 B 653/16 – IÖD 2016, 223; VGH BW, Beschl. v. 27.07.2016 – 4 S 1083/16 – NVwZ-RR 2017, 247; OVG Saarland, Beschl. v. 09.09.2016 – 1 B 60/16 – juris; NdsOVG, Beschl. v. 03.01.2017 – 5 ME 157/16 – DÖD 2017, 75; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 05.01.2017 – OVG 4 S 40.16 – juris; OVG Rh.-Pf., Beschl. v. 16.03.2017 – 10 B 11626/16 – juris.

<sup>87</sup> Vgl. *Kenntner*, NVwZ 2017, 417, 419.

## RECHTSPRECHUNG

Soweit nicht anders vermerkt ist, sind die abgedruckten Entscheidungen rechtskräftig.

### Thüringer Oberverwaltungsgericht

VwGO § 123 Abs. 1 Satz 1; GG Art. 33 Abs. 2 (vorläufiger Rechtsschutz; Auswahlentscheidung; Statusamt; Topfwirtschaft)

**Die an Art. 33 Abs. 2 GG zu messende Auswahlentscheidung hat in Bezug auf das Amt im statusrechtlichen Sinne zu erfolgen. Diesen Anforderungen genügt eine Auswahl nicht, in die der Dienstherr sämtliche Beamte einer Besoldungsgruppe einer Laufbahngruppe einbezieht, ohne Rücksicht darauf, dass sie mehreren Laufbahnen unterschiedlicher Fachrichtungen angehören. Bei einer solchen Auswahl steht erst im Nachgang des (rückblickenden) Leistungsvergleichs fest, in welches nächsthöhere Statusamt welcher Laufbahn befördert werden soll.**

ThürOVG, Beschl. v. 09.10.2015 – 2 EO 633/14

I. Instanz: VG Weimar

Der Antragsteller ist als Forstinspektor (BesGr A 9 ThürBesG) beim Thüringer Landesverwaltungsamt (ThürLVwA) tätig. In der zuletzt erstellten Anlassbeurteilung zum Stichtag 01.07.2013 ist er in der Funktion eines Sachbearbeiters auf dem Dienstposten X., bewertet nach BesGr A 11 ThürBesG, mit dem Gesamturteil „übertrifft die Anforderungen – 4 Punkte“ beurteilt worden. Der Antragsgegner informierte die Beamten des ThürLVwA mit Mitarbeiterinforma-

tion vom 28.11.2013 darüber, dass dem ThürLVwA 24 Beförderungsmöglichkeiten zugewiesen seien und drei davon auf die Besoldungsgruppe A 10 ThürBesG entfielen. Grundlage für die von Amts wegen zu treffende Auswahl seien die in jeder Besoldungsgruppe im Jahr 2013 erstellten Anlassbeurteilungen.

Der Präsident des ThürLVwA entschied am 06.12.2013, die Beigeladenen „nach BesGr A 10 zu befördern“. Diese Beamten seien bei einem Vergleich der dienstlichen Beurteilungen zum Stichtag 01.07.2013 am besten beurteilt worden. Dabei sei zunächst die in der Beurteilung erreichte Gesamtnote (5 Punkte) berücksichtigt worden. In einem weiteren Schritt sei bestimmten Einzelmerkmalen der dienstlichen Beurteilung (Qualität, Quantität, Selbstständigkeit, Urteilsfähigkeit, Belastbarkeit, Breite und Tiefe des fachlichen Wissens, schriftliches Ausdrucksvermögen) „im Hinblick auf die Anforderungen des abstrakt-funktionellen Amtes eines/einer (Regierungs-)Oberinspektors/Oberinspektorin besonderes Gewicht beigemessen“ worden.

Gegen die Auswahlentscheidung legte der Antragsteller unter dem 29.12.2013 Widerspruch ein. Am selben Tag hat er um einstweiligen Rechtsschutz beim Verwaltungsgericht nachgesucht. Das Verwaltungsgericht hat durch Beschluss vom 26.08.2014, zugestellt am 04.09.2014, dem Antragsgegner vorläufig im Wege der einstweiligen Anordnung bis zum Abschluss eines erneuten Auswahlverfahrens untersagt, den Beigeladenen zu 1) in ein Amt der Besoldungsgruppe A 10 zu ernennen und in eine entsprechende Planstelle einzuweisen. Zur Begründung hat es ausgeführt: Die Auswahlentscheidung zugunsten des Beigeladenen zu 1) sei rechtsfehlerhaft,

# Der beamtenrechtliche Konkurrentenstreit in der neueren Rechtsprechung von Bundesverfassungsgericht, Bundesverwaltungsgericht und Thüringer Oberverwaltungsgericht (Teil II.)\*

Von Dr. Klaus von der Weiden, Richter am Bundesverwaltungsgericht

## IV. Anordnungsgrund

Ein Anordnungsgrund besteht, wenn eine gerichtliche Entscheidung besonders dringlich ist, d. h. wenn dem Antragsteller ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstehen, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre.<sup>51</sup>

Der Anordnungsgrund ist wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität<sup>52</sup> unproblematisch gegeben, wenn um die Vergabe eines *Statusamtes* – also unmittelbar um eine Beförderung, beispielsweise vom Oberregierungsrat (A 14) zum Regierungsdirektor (A 15) – gestritten wird. Denn die Ernennung des ausgewählten Bewerbers könnte – vom Ausnahmefall der Rechtsschutzvereitelung durch Verletzung des Art. 19 Abs. 4 GG abgesehen<sup>53</sup> – auch bei einem späteren Obsiegen des unterlegenen Bewerbers in einem Hauptsacheverfahren nicht rückgängig gemacht werden.<sup>54</sup>

Ein Anordnungsgrund ist aber auch gegeben, wenn um die Vergabe eines *Funktionsamtes* – also lediglich eines Dienstpostens, beispielsweise als Referatsleiter in einer bestimmten Abteilung in einer bestimmten Behörde – gestritten wird, sofern diese *Vorwirkungen* für eine spätere Vergabe eines Statusamtes hat.<sup>55</sup>

Der Vergabe eines Dienstpostens kommt keine Ämterstabilität zu, sie kann rückgängig gemacht werden. So führt auch weder die Beendigung der Ausschreibung noch die Übertragung der Beförderungsdienstposten auf die Mitbewerber zu einer Erledigung des Konkurrentenstreits. War die Auswahlentscheidung zugunsten der Mitbewerber rechtswidrig, so kann sie neu getroffen, durch eine andere Auswahlentscheidung ersetzt und gegebenenfalls die Übertragung des Dienstpostens auf den ausgewählten Bewerber rückgängig gemacht sowie der Beförderungsdienstposten anderweitig besetzt werden.<sup>56</sup>

Eine das Rechtsschutzinteresse und den Anordnungsgrund für die Durchführung eines gerichtlichen Eilverfahrens begründende Vorwirkung für die spätere Vergabe eines statusrechtlichen Amtes gibt es in der Regel bei der Vergabe eines *höherwertigen* Dienstpostens. Hierzu kann man drei Fallgruppen unterscheiden<sup>57</sup>:

- Vorwegnahme der späteren Vergabe des Statusamtes,
- Ermöglichung der laufbahnrechtlichen Erprobung,
- Vermittlung eines Bewährungsvorsprungs.

### 1. Vorwegnahme der späteren Vergabe des Statusamtes

Bei der Ausschreibung des Dienstpostens kann der Dienstherr vorsehen, dass dem ausgewählten Bewerber im Falle der Bewährung auf dem Dienstposten ohne weitere Auswahlentscheidung auch das entsprechende Statusamt übertragen – er also befördert – wird.<sup>58</sup> (Beispiel: Der Regierungsdirektor (A 15) erhält den nach A 16 bewerteten Dienstposten des Referatsleiters in einem Ministerium und wird nach erfolgreicher Absolvierung der laufbahnrechtlich vorgeschriebenen Erprobungszeit und ggf. einer weiteren Zeitspanne ohne weitere Auswahlentscheidung zum Ministerialrat ernannt.)

Fraglich ist in einem solchen Fall aber, wie lange die Zeitspanne zwischen der Auswahlentscheidung über die Vergabe des Dienstpostens und der Beförderung sein darf. Denn der Verzicht auf ein weiteres Auswahlverfahren ist nur in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit der Vergabe des Beförderungsdienstpostens zulässig, weil dienstliche Beurteilungen im maßgeblichen Auswahlzeitpunkt noch hinreichend aktuell sein müssen und – vor allem – weil in der Zwischenzeit möglicherweise hinzukommende weitere Beamte nicht ohne hinreichende Rechtfertigung von einem Auswahlverfahren über das Beförderungsdienstposten ausgeschlossen werden dürfen.<sup>59</sup> Man kann diese Zeitspanne bei zwei Jahren ansetzen,<sup>60</sup> sie darf jedoch keinesfalls länger als der Regelbeurteilungszeitraum sein.<sup>61</sup> Ist der zulässige Zeitraum überschritten, bedarf es – trotz der bereits vor der Übertragung des Beförderungsdienstpostens durchgeführten Leistungsauswahl – vor der Beförderung einer erneuten Leistungsauswahl.

### 2. Ermöglichung der laufbahnrechtlichen Erprobung

Beförderungen, die mit einer höherwertigen Funktion verbunden sind, setzen nach dem Laufbahnrecht des Bundes und der meisten Länder eine vorher erfolgreich absolvierte Erprobungszeit auf einem höherwertigen Dienstposten voraus.<sup>62</sup> Die Übertragung eines höherwertigen Dienstpostens soll unter den Bedingungen praktischer Tätigkeit die Prognose bestätigen, dass der Inhaber des Dienstpostens – besser als etwaige Mitbewer-

\* Fortsetzung der Abhandlung aus ThürVBl. 2017, 181 ff.

51 StRSpr, vgl. nur ThürOVG, Beschl. v. 19.05.2014 – 2 EO 313/13 – ThürVBl. 2015, 246, 247 = juris Rn. 6 f. Zum Anordnungsgrund bei einer einstweiligen Anordnung auf Fortführung eines abgebrochenen Auswahlverfahrens vgl. unten unter VI.

52 Vgl. oben unter III 1.

53 Vgl. oben unter III 1.

54 StRSpr, vgl. nur BVerwG, Beschl. v. 21.12.2016 – 2 VR 1.16 – NVwZ 2017, 475 Rn. 12; ThürOVG, Beschl. v. 19.05.2014 – 2 EO 313/13 – ThürVBl. 2015, 246, 247 = juris Rn. 7.

55 BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 Rn. 14 ff. m. w. N.

56 StRSpr, vgl. nur ThürOVG, Beschl. v. 24.10.2014 – 2 EO 457/14 – ThürVBl. 2015, 194, 195 = juris Rn. 26; ThürOVG, Beschl. v. 08.02.2015 – 2 EO 508/14 – ThürVBl. 2016, 66, 68 = juris Rn. 42, jeweils unter Hinweis auf BVerwG, Urt. v. 16.08.2001 – 2 A 3.00 – BVerwGE 115, 58, 58 f.

57 In absteigender Reihenfolge hinsichtlich der Stärke der Vorwirkung.

58 BVerwG, Urt. v. 16.08.2001 – 2 A 3.00 – BVerwGE 115, 58 = juris Rn. 29 ff.; BVerwG, Urt. v. 17.08.2005 – 2 C 37.04 – BVerwGE 124, 99 Rn. 19 f.; BVerwG, Urt. v. 11.02.2009 – 2 A 7.06 – Buchholz 232 § 23 BBG Nr. 44 Rn. 20; offengelassen in BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 Rn. 13.

59 BVerwG, Urt. v. 11.02.2009 – 2 A 7.06 – Buchholz 232 § 23 BBG Nr. 44 Rn. 20; BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 Rn. 13.

60 von der Weiden, in: jurisPR-BVerwG 21/2013 Anm. 6 zu BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 unter D.; offengelassen in ThürOVG, Beschl. v. 07.09.2016 – 2 EO 161/15 – juris Rn. 19.

61 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 10.05.2016 – 2 VR 2.15 – BVerwGE 155, 152 Rn. 22.

62 Vgl. § 22 Abs. 2 BBG, § 32 Nr. 2 BLV, § 34 BLV, § 36 ThürLaufbG. Danach beträgt die Erprobungszeit mindestens ein halbes Jahr und soll nicht länger als ein Jahr sein.

ber – den Anforderungen des Beförderungstatusamtes genügen wird. Nur der erfolgreich Erprobte hat die Chance der Beförderung. Andere Interessenten, die noch nicht auf einem höherwertigen Dienstposten erprobt sind, kommen für eine Beförderung aus laubahnrechtlichen Gründen nicht in Betracht. Damit wird die Auswahl für Beförderungstatusämter teilweise vorverlagert auf die Auswahl unter den Bewerbern um „Beförderungsdienstposten“.<sup>63</sup>

Die laubahnrechtliche Bewährung „wirkt“ nicht nur hinsichtlich des höherwertigen Dienstpostens, auf dem sie erreicht wurde; wenn der Beamte sich später um ein mit einem anderen Dienstposten verknüpftes Statusamt bewirbt, kann ihm nicht entgegengehalten werden, dass er sich nicht auf *diesem* Dienstposten bewährt habe.<sup>64</sup> Hat sich ein Beamter auf dem höherwertigen Dienstposten nicht bewährt, muss der Dienstherr hieraus die nach seinem Laubahnrecht erforderlichen Konsequenzen ziehen. Das bedeutet auch, dass der Dienstherr, der zu der Einschätzung kommt, dass der Beamte sich auf dem höherwertigen Dienstposten nicht bewährt hat, dies dem Beamten gegenüber kundtun muss. Nur bei einer entsprechenden Dokumentation kann die Nichtbewährung dem Beamten bei dessen späterer Bewerbung um ein höheres Statusamt entgegengehalten werden; allein die Übertragung eines anderen Dienstpostens im Wege der Abordnung genügt hierfür nicht.<sup>65</sup>

### 3. Erfahrungsvorsprung

Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG gebietet es, dass der Rechtsschutz des übergangenen Bewerbers nicht dadurch geschmälert werden darf, dass der ausgewählte und bereits auf dem höherwertigen Dienstposten verwendete Bewerber dort einen *beurteilungsrelevanten* Erfahrungsvorsprung<sup>66</sup> erlangt, der – im Falle des Obsiegens des unterlegenen Bewerbers im Konkurrentenstreitverfahren – bei einer erneuten Auswahlentscheidung grundsätzlich<sup>67</sup> zu berücksichtigen ist.<sup>68</sup> Dabei geht es um einen materiellen Erfahrungsvorsprung, der sich – unabhängig von bestimmten Beurteilungszeiträumen oder -stichtagen – im Leistungsbild des ausgewählten Bewerbers niederschlägt. Auch dann, wenn der höherwertige Dienstposten dem Abwesenheitsvertreter übertragen wird, kann ein beurteilungsrelevanter Erfahrungsvorsprung entstehen.<sup>69</sup> Ein relevanter Erfahrungsvorsprung – und damit ein Anordnungsanspruch – wird dann erreicht, wenn sich der zu Unrecht ausgewählte Bewerber mehr als sechs Monate lang auf dem höherwertigen Dienstposten bewährt hat.<sup>70</sup>

Demgegenüber fehlt es bei einem Streit über die Vergabe eines Funktionsamtes in zwei Fällen an einem Anordnungsgrund, weil sie keine Vorwirkung in dem beschriebenen Sinne hat. Das ist der Fall bei der reinen Umsetzungskonkurrenz (a) und beim Ausblenden eines Bewährungsvorsprungs (b).

#### a) Die reine Umsetzungskonkurrenz

Bei der reinen Umsetzungskonkurrenz fehlt es – wie schon dargestellt<sup>71</sup> – bereits an der Antragsbefugnis und darüber hinaus auch an einem Anordnungsgrund. Wenn der Dienstposten statusgleich ausgeschrieben ist (Beispiel: Eine Ausschreibung für einen nach A 9 bewerteten Dienstposten richtet sich nur an Bewerber, die bereits ein Statusamt nach A 9 innehaben), steht eine Beförderung des auszuwählenden Bewerbers von vornherein nicht im Raum. In diesem Fall kann der Dienstherr im Rahmen seiner Organisationsgewalt den Bewerber nach eigenen Maßgaben auswählen, er ist nicht an die Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG gebunden.

Selbst bei einer vom Dienstherrn – durch die Information in der Ausschreibung, dass die Auswahl nach Leistungsgesichtspunkten erfolge – freiwillig übernommenen Bindung an die Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG<sup>72</sup> fehlt es bei einer reinen Dienstpostenkonkurrenz an einem Anordnungsgrund, weil im

Hauptsacheverfahren die Besetzung des Dienstpostens mit dem ausgewählten Bewerber rückgängig gemacht werden kann, ohne dass ihr eine Vorwirkung für eine spätere Vergabe eines höheren Statusamtes zukommt.

#### b) Das Ausblenden eines etwaigen Erfahrungsvorsprungs

Das BVerwG hat in seinen Beschlüssen vom 10.05.2016 und 21.12.2016<sup>73</sup> eine Möglichkeit aufgezeigt, die Vorwirkung der Besetzung eines höherwertigen Dienstpostens für eine spätere Statusamtsvergabe zu vermeiden.

#### aa) Die Rechtsprechung des BVerwG

Der Dienstherr kann die Vorwirkung einer Dienstpostenbesetzung für eine spätere Vergabe eines Statusamts dadurch vermeiden, dass er zum Ausdruck bringt, einen etwaigen *Bewährungsvorsprung* des ausgewählten Dienstposteninhabers unberücksichtigt zu lassen, wenn sich der unterlegene Bewerber im Konkurrentenstreitverfahren (das dann *in der Hauptsache* geführt werden kann und muss!) durchsetzt und sich damit die Auswahlentscheidung über die Vergabe des Dienstpostens nachträglich als rechtswidrig erweist.<sup>74</sup>

Ausgangspunkt hierfür ist das im Laubahnrecht geregelte Institut der „fiktiven Fortschreibung“ einer dienstlichen Beurteilung: Nach § 33 Abs. 3 BLV etwa ist die letzte regelmäßige dienstliche Beurteilung fiktiv fortzuschreiben, wenn eine verwertbare aktuelle dienstliche Beurteilung nicht erstellt werden kann. Das Rechtsinstitut der „fiktiven Fortschreibung“ von dienstlichen Beurteilungen ist insbesondere für die Beurteilung freigestellter Mitglieder von Personalvertretungen (§ 33 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BLV) und für elternzeitbedingte Freistellungen (§ 33 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BLV) vorgeschrieben. Beispielhaft vorgesehene Anwendungsfälle sind darüber hinaus auch Beurlaubungen für eine Verwendung bei nicht dienstherrnfähigen Einrichtungen, wenn die Vergleichbarkeit der dort erhaltenen Beurteilungen nicht gegeben ist (§ 33 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BLV). Die fiktive Fortschreibung wird in der Praxis des Weiteren in anderen vergleichbaren Konstellationen angewandt, etwa bei Beurlaubungen zum Zwecke der Kinderbetreuung. Die Aufzählung in § 33 Abs. 3 Satz 1 BLV ist nicht abschließend.<sup>75</sup>

63 BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 Rn. 15.

64 BVerfG, Kammerbeschl. v. 24.07.2014 – 2 BvR 816/14 – juris Rn. 15.

65 BVerfG, Kammerbeschl. v. 24.07.2014 – 2 BvR 816/14 – juris Rn. 16 f.

66 Die Begriffe „Bewährungsvorsprung“ und „Erfahrungsvorsprung“ werden synonym gebraucht.

67 Zu der Ausnahme des Ausblendens eines Bewährungsvorsprungs sogleich unter IV 3. b).

68 BVerwG, Beschl. v. 27.09.2011 – 2 VR 3.11 – Buchholz 232.1 § 48 BLV Nr. 1 Rn. 17; BVerwG, Beschl. v. 08.02.2016 – 1 WDS-VR 10.15 – Buchholz 449 § 3 SG Nr. 83 Rn. 24. Das ThürOVG hat sich – unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung – der Rechtsprechung des BVerwG angeschlossen: ThürOVG, Beschl. v. 20.07.2012 – 2 EO 361/12 – juris Rn. 7; ThürOVG, Beschl. v. 27.11.2012 – 2 EO 472/12 – ThürVBl. 2013, 157, 158 = juris Rn. 5.

69 ThürOVG, Beschl. v. 27.11.2012 – 2 EO 472/12 – ThürVBl. 2013, 157, 158 = juris Rn. 8.

70 BVerwG, Beschl. v. 03.02.2015 – 1 WDS-VR 2.14 – Buchholz 449 § 3 SG Nr. 77 Rn. 23; BVerwG, Beschl. v. 08.02.2016 – 1 WDS-VR 10.15 – Buchholz 449 § 3 SG Nr. 83 Rn. 19; BVerwG, Beschl. v. 11.03.2016 – 1 WDS-VR 9.15 – juris Rn. 20; ThürOVG, Beschl. v. 20.07.2012 – 2 EO 361/12 – juris Rn. 7; ThürOVG, Beschl. v. 27.11.2012 – 2 EO 472/12 – ThürVBl. 2013, 157, 158 = juris Rn. 6; ThürOVG, Beschl. v. 19.05.2014 – 2 EO 313/13 – ThürVBl. 2015, 246, 247 = juris Rn. 7 und 10.

71 Vgl. oben unter III 2.

72 Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.01.2012 – 2 A 7.09 – BVerwGE 141, 361 Rn. 32. Vgl. auch oben unter III 2.

73 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 10.05.2016 – 2 VR 2.15 – BVerwGE 155, 152; BVerwG, Beschl. v. 21.12.2016 – 2 VR 1.16 – NVwZ 2017, 475. Vgl. auch *Kenntner*, ZBR 2016, 181, 193 ff.

74 BVerwG, Beschl. v. 10.05.2016 – 2 VR 2.15 – BVerwGE 155, 152 Rn. 33.

75 BVerwG, Beschl. v. 10.05.2016 – 2 VR 2.15 – BVerwGE 155, 152 Rn. 30.



Wie bei den ausdrücklich in § 33 Abs. 3 BLV<sup>76</sup> benannten Fällen kann auch bei der rechtswidrigen Dienstposteninhaberschaft eine aktuelle dienstliche Beurteilung, die für die Auswahlentscheidung herangezogen werden könnte, nicht erstellt werden. Im Falle der rechtswidrigen Dienstpostenbesetzung ergibt sich das Fehlen einer verwertbaren aktuellen Beurteilung dabei aus rechtlichen Gründen. Die auf dem höherwertigen Funktionsamt erzielten Leistungen dürfen in einer Auswahlentscheidung gegenüber demjenigen Bewerber, der bei der Dienstpostenbesetzung rechtswidrig übergangen worden ist und dem die Chance einer entsprechenden Bewährung daher in rechtsfehlerhafter Weise vorenthalten wurde, nicht in Ansatz gebracht werden. In dieser Konkurrenzsituation kann die – tatsächlich erbrachte – aktuelle dienstliche Leistung daher nicht verwertet werden. Wie in den durch § 33 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BLV geregelten Fällen mangelnder Vergleichbarkeit kann die hierfür erstellte Beurteilung nicht herangezogen werden.<sup>77</sup>

Die „fiktive“ Komponente im Falle einer rechtswidrigen Dienstposteninhaberschaft erfordert dabei nur, dass die aus der Aufgabenwahrnehmung eines höherwertigen Dienstpostens folgenden Besonderheiten unberücksichtigt bleiben. Die fiktive Fortschreibung der letzten dienstlichen Beurteilung kann hier daher durch eine Ausblendung der aus der Höherwertigkeit des Dienstpostens folgenden Tätigkeiten erfolgen. Die dienstliche Beurteilung auf dem höherwertigen Dienstposten muss hierfür um einen Abschnitt ergänzt werden, in dem eine hypothetische Beurteilung der erbrachten Leistungen erfolgt, bei der die aus der Wahrnehmung eines höherwertigen Dienstpostens folgenden Besonderheiten unberücksichtigt bleiben.<sup>78</sup>

Da durch das Ausblenden der höherwertigen Aufgabenwahrnehmung eine Vorwirkung auf künftige Auswahlentscheidungen für die Vergabe von Statusämtern vermieden werden kann, ermöglicht die Verwendung des Rechtsinstituts der fiktiven Fortschreibung auch die Vergabe von Funktionsämtern während des Laufs von beamtenrechtlichen Konkurrentenverfahren und vermeidet damit das Problem einer Stellenblockade. Die Aufgaben des ausgeschriebenen Dienstpostens bedürfen zur Sicherstellung des öffentlichen Interesses an einer ordnungsgemäßen Aufgabenwahrnehmung einer ununterbrochenen Wahrnehmung. Die Vergabe des Funktionsamtes selbst unterliegt dabei auch nicht den Vorgaben aus Art. 33 Abs. 2 GG, solange eine Vorwirkung auf die nachfolgende Statusamtsvergabe vermieden wird. Der Dienstherr ist daher zur vorläufigen Besetzung des höherwertigen Dienstpostens befugt, muss aber die Auswahlentscheidung über die Dienstpostenbesetzung ggf. nachträglich korrigieren, wenn sie sich im gerichtlichen Verfahren als rechtswidrig erweist. Für diese Überprüfung darf nicht auf einen ggf. erzielten Bewährungsvorsprung des Mitbewerbers zurückgegriffen werden, der auf der Höherwertigkeit des übertragenen Dienstpostens beruht. Steht die Vergabe des höherwertigen Aufgabenbereichs im Streit, muss derjenige Teil der aktuellen dienstlichen Beurteilung daher unberücksichtigt bleiben, der die Wahrnehmung spezifisch höherwertiger Aufgaben betrifft.<sup>79</sup>

Zum Ausdruck bringen kann der Dienstherr seine Absicht, einen durch eine vorläufige Dienstpostenvergabe erreichbaren etwaigen Bewährungsvorsprung unberücksichtigt zu lassen, sowohl generell als auch im Einzelfall. Generell zum Ausdruck bringen kann der Dienstherr dies etwa in Beurteilungs- oder Beförderungsregelungen, sei es in normativer Form oder als Richtlinien. Einzelfallbezogen kann er es zum Ausdruck bringen durch entsprechende Festlegungen in der Stellenausschreibung für den vakanten Dienstposten oder konkret durch eine Zusage gegenüber einem unterlegenen Bewerber, der ein Konkurrentenstreitverfahren ankündigt oder durchführt.<sup>80</sup>

Ob durch eine solche Erklärung des Dienstherrn auch eine dem Antragsteller noch fehlende *laufbahnrechtliche Erprobung*

vermittelt werden kann, hat das BVerwG in seinem Beschluss vom 21.12.2016 ausdrücklich offengelassen.<sup>81</sup>

#### bb) Die Einordnung

Die Entscheidung ist von großer Wichtigkeit für die Vergabe von Beförderungsdienstposten. Sie zeigt auf, dass der Dienstherr diese Dienstposten – außer im Fall der späteren Vergabe des Statusamtes ohne erneute Auswahlentscheidung (vgl. IV. 1.) und mE im Fall der versagten Ermöglichung der laufbahnrechtlichen Erprobung für den Antragsteller (vgl. IV. 2. und Fn. 81) – auch während laufender Konkurrentenstreitverfahren besetzen darf; ein (im Falle der Bewährung) damit an sich verbundener Erfahrungsvorsprung zugunsten der Dienstposteninhaber wird durch dessen Ausblendung verhindert. Damit wird sowohl die im öffentlichen Interesse liegende Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch eine „reguläre“ Dienstpostenübertragung (statt bisheriger Hilfskonstruktionen wie die „kommissarische“ Wahrnehmung der Geschäfte oder der Aufgaben) ermöglicht als auch der Rechtsschutz des Konkurrentenantragstellers gewahrt. Zugleich wird damit dem Phänomen entgegengewirkt, dass Konkurrentenstreitverfahren nur deshalb geführt werden, um Druck auf den Dienstherrn – der gerade bei länger dauernden Konkurrentenstreitverfahren oft Probleme hat, die ordnungsgemäße Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben sicherzustellen – auszuüben.

Das heißt: Der Dienstherr ist während eines – im Eilverfahren – laufenden Konkurrentenstreitverfahrens gegen eine beabsichtigte Vergabe eines Statusamtes unverändert gehindert, dieses Statusamt zu vergeben; anderes wäre nur bei – abzulehnender<sup>82</sup> – Aufgabe der Rechtsprechung zur Ämterstabilität möglich. Der Dienstherr kann aber nunmehr während des laufenden Konkurrentenstreitverfahrens gegen eine beabsichtigte Vergabe eines Statusamtes das diesem zugehörige Funktionsamt – etwa an den Ausgewählten – (vorläufig) besetzen. Genauso kann er während eines – nunmehr im Hauptsacheverfahren – laufenden Konkurrentenstreitverfahrens gegen eine beabsichtigte Vergabe eines höherwer-

76 § 33 Abs. 3 Satz 1 BLV: „Liegt keine aktuelle dienstliche Beurteilung vor, ist jedenfalls in folgenden Fällen die letzte regelmäßige dienstliche Beurteilung unter Berücksichtigung der Entwicklung vergleichbarer Beamtinnen und Beamten fiktiv fortzuschreiben:

1. bei Beurlaubungen nach § 6 Absatz 1 der Sonderurlaubsverordnung zur Ausübung einer gleichwertigen hauptberuflichen Tätigkeit, wenn die Vergleichbarkeit der Beurteilung der öffentlichen zwischenstaatlichen oder überstaatlichen Einrichtung, der Verwaltung eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder der öffentlichen Einrichtung eines Mitgliedstaats der Europäischen Union mit der dienstlichen Beurteilung nicht gegeben ist,  
2. bei Elternzeit mit vollständiger Freistellung von der dienstlichen Tätigkeit und  
3. bei Freistellungen von der dienstlichen Tätigkeit wegen einer Mitgliedschaft im Personalrat, als Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen oder als Gleichstellungsbeauftragte, wenn die dienstliche Tätigkeit weniger als 25 Prozent der Arbeitszeit beansprucht.“ Vgl. auch § 28 Abs. 2 Satz 1–4 BGleG: „<sup>1</sup>Die Dienststellen haben die berufliche Entwicklung der Gleichstellungsbeauftragten von Amts wegen fiktiv nachzuzeichnen. <sup>2</sup>Diese Pflicht gilt ungeachtet des Entlastungsumfanges der Gleichstellungsbeauftragten. <sup>3</sup>Die fiktive Nachzeichnung dient als Grundlage für Personalauswahlentscheidungen. <sup>4</sup>Der Anspruch auf fiktive Nachzeichnung der dienstlichen Beurteilung nach § 33 Absatz 3 der Bundeslaufbahnverordnung bleibt unberührt.“

77 BVerwG, Beschl. v. 10.05.2016 – 2 VR 2.15 – BVerwGE 155, 152 Rn. 31.

78 BVerwG, Beschl. v. 10.05.2016 – 2 VR 2.15 – BVerwGE 155, 152 Rn. 32.

79 BVerwG, Beschl. v. 10.05.2016 – 2 VR 2.15 – BVerwGE 155, 152 Rn. 33.

80 BVerwG, Beschl. v. 21.12.2016 – 2 VR 1.16 – NVwZ 2017, 475 Rn. 14.

81 BVerwG, Beschl. v. 21.12.2016 – 2 VR 1.16 – NVwZ 2017, 475 Rn. 14 unter Hinweis auf BVerwG, Urt. v. 21.09.2006 – 2 C 13.05 – BVerwGE 126, 333 Rn. 21, wo die Möglichkeit einer „fiktiven Erprobung“ für freigestellte Personalratsmitglieder bejaht wird. Verneinend: von der Weiden, in: jurisPR-BVerwG 6/2017 zu BVerwG, Beschl. v. 21.12.2016 – 2 VR 1.16 – unter C.

82 Vgl. Kenntner, ZBR 2016, 181, 185; anders z. B. Hartung, RiA 2017, 49, 51.

tigen Funktionsamtes (= Dienstpostens) dieses Funktionsamt (vorläufig) besetzen. Bleibt die Auswahlentscheidung im Konkurrentenstreitverfahren unbeanstandet, kann es auch bei der vorgenommenen Besetzung des Funktionsamtes (an den Ausgewählten) verbleiben und eine dauerhafte Dienstpostenbesetzung erfolgen. Lediglich dann, wenn schlussendlich ein anderer Bewerber das streitbefangene Funktionsamt bekommen darf bzw. soll als der Beamte, dem während des laufenden Konkurrentenstreitverfahrens das Funktionsamt übertragen worden ist, muss ein Wechsel im Funktionsamt vorgenommen werden.

Der auf dem höherwertigen Funktionsamt erlangte Bewährungsvorsprung muss nur in den Fällen ausgeblendet werden, in denen andernfalls eine unzulässige Vorwirkung der Übertragung des Funktionsamtes während des noch laufenden Konkurrentenstreitverfahrens eintreten würde. Das ist der Fall, wenn die Auswahlentscheidung sich als rechtswidrig erweist und erneut getroffen werden muss. Hier darf es dem Inhaber des Funktionsamtes gegenüber seinen Mitbewerbern nicht zum Vorteil gereichen, dass er in der Zwischenzeit das höherwertige Funktionsamt innehatte.

Die Ausblendung erfolgt durch Nichtberücksichtigung der höherwertigen Tätigkeit (es sei denn, der Beamte „versagt“ bei den höherwertigen Aufgaben, bewährt sich also gerade nicht; dann bedarf es einer solchen Ausblendung zur Vermeidung eines Bewährungsvorsprungs – selbstverständlich – nicht). Dies geschieht durch eine fiktive Fortschreibung der letzten dienstlichen Beurteilung. Wie die fiktive Fortschreibung im Einzelnen zu erfolgen hat, ist weder in § 33 Abs. 3 BLV noch an anderer Stelle normativ vorgegeben. Deshalb hat der Dienstherr insoweit Gestaltungsfreiheit. Hat der Beamte etwa auf dem ihm übertragenen höherwertigen Dienstposten – anders als zuvor – Leitungsfunktionen wahrgenommen, reicht es aus, die dienstliche Beurteilung um einen Abschnitt zu ergänzen, in dem (nur) dieser Teilaspekt ausgeblendet und dargelegt wird, wie die fachliche Leistung ohne diesen Teilaspekt beurteilt wird.<sup>83</sup>

Mit einer Erklärung des Dienstherrn, einen etwaigen Bewährungsvorsprung des Dienstposteninhabers im Falle der Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung auszublenden, kann auch in den Fällen der Vorwegnahme der späteren Vergabe des Statusamtes und sogar bei einer unmittelbaren Statusamtskonkurrenz zwar – selbstverständlich – nicht die vorläufige Vergabe des Statusamtes, wohl aber eine vorläufige Vergabe eines Dienstpostens ermöglicht werden. Der Rechtsschutz verlagert sich dann bei der „Dienstpostenkonkurrenz der Vorwirkung des Bewährungsvorsprungs“ vom Eilverfahren ins Hauptsacheverfahren; für die Durchführung eines Eilverfahrens fehlt es nach einer solchen Erklärung an einem Anordnungsgrund. Hingegen bleibt es bei einer (unmittelbaren) Statusamtskonkurrenz und in anderen Vorwirkungsfällen beim Eilverfahren, denn mit der Ausblendungserklärung des Dienstherrn wird ja nur die vorläufige Vergabe des Dienstpostens, – selbstverständlich – nicht aber eine „vorläufige Vergabe des Statusamtes“ ermöglicht. Wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität könnte eine Ernennung des ausgewählten Bewerbers – der nunmehr auf dem dem Statusamt zugeordneten Dienstposten vorläufig verwendbar ist – nicht rückgängig gemacht werden, sodass es unverändert eines Eilverfahrens zur Verhinderung der Ernennung bedarf. Raum ist für eine Ausblendungserklärung im Bereich der unmittelbaren Statusamtskonkurrenz aber nur, soweit eine Dienstpostenvergabe auch unabhängig von der Vergabe des zugehörigen Statusamtes möglich ist.

Die beiden Entscheidungen sind Teil des Bemühens des BVerwG, Fehlentwicklungen im Bereich der Konkurrentenstreitverfahren entgegenzuwirken.<sup>84</sup> Sie haben eine lebhaftete Diskussion in der Literatur ausgelöst.<sup>85</sup> Die Oberverwaltungsgerichte positionieren sich nach und nach zu der vom BVerwG aufgezeigten neuen Möglichkeit für den Dienstherrn, Dienst-

posten auch während laufender Konkurrentenstreitverfahren vorläufig zu besetzen.<sup>86</sup>

Diese Rechtsprechung ermöglicht es allerdings nicht, bei der Besetzung von Dienstposten auf eine Ausschreibung und eine an Art. 33 Abs. 2 GG orientierte Auswahlentscheidung zu verzichten, wenn eine Besetzung mit Beamten in Betracht kommt, für die der fragliche Dienstposten ein Beförderungsdienstposten ist. Der Dienstherr kann der Notwendigkeit einer an Art. 33 Abs. 2 GG zu orientierenden Auswahlentscheidung nur „entkommen“, wenn er dem Dienstposten den Charakter eines Beförderungsdienstpostens dadurch nimmt, dass er ihn nur zur ämtergleichen Umsetzung ausschreibt. Dies wird sich etwa bei solchen Dienstposten empfehlen, für die ein Anforderungsprofil erforderlich ist, das sich von den allgemeinen Laufbahnanforderungen unterscheidet – wie etwa besondere Sprach- oder sonstige Fachkenntnisse oder besondere Berufserfahrungen.<sup>87</sup>

## V. Anordnungsanspruch

Der Antragsteller muss für sein Sicherungsbegehren den erforderlichen Anordnungsanspruch glaubhaft machen (§ 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. §§ 920, 294 Abs. 1 ZPO). Der Anordnungsanspruch ist gegeben, wenn die Auswahlentscheidung des Dienstherrn den Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzt,<sup>88</sup> d. h. – nach dem zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren geltenden herabgestuften Prüfungsmaßstab – dass nach dem im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung erkennbaren Sach- und Streitstand nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden kann, dass die vom Dienstherrn getroffene Auswahlentscheidung zulasten des Antragstellers rechtsfehlerhaft ist, weil dessen Bewerbungsverfahrensanspruch keine hinreichende Beachtung gefunden hat.<sup>89</sup> Dies gilt gleichermaßen für eine Auswahlentscheidung (unmittelbar) über die Vergabe eines Statusamtes wie für eine Auswahlentscheidung über einen höherwertigen Dienstposten, sofern dieser Vorwirkung für eine spätere Vergabe eines Statusamtes zukommt.<sup>90</sup>

Aus Art. 33 Abs. 2 GG folgt ein Bewerbungsverfahrensanspruch<sup>91</sup>, der Bewerbern um ein öffentliches Amt ein grundrechtsgleiches Recht auf leistungsgerechte Einbeziehung – nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung – in die Bewer-

<sup>83</sup> von der Weiden, jurisPR-BVerwG 13/2016 Anm. 1 zu BVerwG, Beschl. v. 10.05.2016 – 2 VR 2.15.

<sup>84</sup> Vgl. ausführlich *Kenntner*, ZBR 2016, 181 ff.

<sup>85</sup> Vgl. *Baden*, Der Personalrat 2016, 34, 39 ff.; *Bracher*, DVBl. 2016, 1236 ff.; *Hartung*, RiA 2017, 49 ff.; *Herrmann*, NVwZ 2017, 105 ff.; *Kathke*, RiA 2016, 197 ff.; *Lorse*, ZBR 2017, 11 ff.; *Rieger*, ZBR 2017, 187 ff.

<sup>86</sup> Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 21.06.2016 – 1 B 201/16 – IÖD 2016, 164; OVG NRW, Beschl. v. 12.07.2016 – 6 B 487/16 – ZBR 2017, 59; OVG NRW, Beschl. v. 14.07.2016 – 6 B 653/16 – IÖD 2016, 223; VGH BW, Beschl. v. 27.07.2016 – 4 S 1083/16 – NVwZ-RR 2017, 247; VGH BW, Beschl. v. 6.12.2016 – 4 S 2078/16 – VBIBW 2017, 208; OVG Saarland, Beschl. v. 09.09.2016 – 1 B 60/16 – juris; OVG Niedersachsen, Beschl. v. 03.01.2017 – 5 ME 157/16 – DÖD 2017, 75; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 05.01.2017 – OVG 4 S 40.16 – juris; OVG Rh.-Pf., Beschl. v. 16.03.2017 – 10 B 11626/16 – juris.

<sup>87</sup> Vgl. *Kenntner*, NVwZ 2017, 417, 419.

<sup>88</sup> StRspr, vgl. nur BVerwG, Beschl. v. 21.12.2016 – 2 VR 1.16 – NVwZ 2017, 475 Rn. 15.

<sup>89</sup> BVerfG, Beschl. v. 29.07.2003 – 2 BvR 311/03 – NVwZ 2004, 1524; grundlegend BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16.09 – BVerwGE 138, 102; ThürOVG, Beschl. v. 15.04.2014 – 2 EO 641/12 – ThürVBl. 2015, 58, 59 = juris Rn. 22 m. w. N.; ThürOVG, Beschl. v. 30.04.2014 – 2 EO 1316/12 We – juris Rn. 23.

<sup>90</sup> StRspr, vgl. nur BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 Rn. 14 m. w. N.

<sup>91</sup> Vgl. schon oben unter I.

berauswahl gibt; die Bewerbung darf nur aus Gründen abgelehnt werden, die durch Art. 33 Abs. 2 GG gedeckt sind.<sup>92</sup> Art. 33 Abs. 2 GG sowie die einfach-rechtlichen Konkretisierungen in den Beamtengesetzen<sup>93</sup> gewährleisten ein Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt im statusrechtlichen Sinne nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung.<sup>94</sup>

Findet das beamtenrechtliche Konkurrentenstreitverfahren – wie im Regelfall – im Eilverfahren (nach § 123 VwGO) statt, hat das Eilverfahren die Funktion des Hauptsacheverfahrens. Es darf dann nach Prüfungsmaßstab, -umfang und -tiefe nicht hinter einem Hauptsacheverfahren zurückbleiben, um den sich aus Art. 19 Abs. 4 GG ergebenden Anforderungen an effektiven Rechtsschutz gerecht zu werden. Die Bewerberauswahl ist in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht umfassend zu prüfen.<sup>95</sup>

### 1. Dokumentation der Auswahlentscheidung

Aus Art. 33 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG folgt die Verpflichtung des Dienstherrn, die seiner Entscheidung zugrunde liegenden wesentlichen Auswahlwägungen schriftlich niederzulegen, um eine sachgerechte Kontrolle durch den unterlegenen Bewerber – der sich ggf. durch Akteneinsicht Kenntnis von den solchermaßen dokumentierten Auswahlwägungen verschaffen kann<sup>96</sup> – und ggf. durch das Gericht zu ermöglichen.<sup>97</sup> Eine lediglich das Ergebnis darstellende „Liste der beförderungsfähigen Beamten“ genügt diesen Anforderungen nicht.<sup>98</sup>

Deshalb kann der Dienstherr die Auswahlwägungen nicht erstmals im gerichtlichen Verfahren benennen oder sie nach der erstinstanzlichen Gerichtsentscheidung in einem Widerspruchsbeseid vollständig austauschen. Das würde die Rechtsschutzmöglichkeiten des unterlegenen Bewerbers in unzumutbarer Weise mindern, weil ihm eine substantiierte Begründung und Glaubhaftmachung des Anordnungsanspruchs nur sukzessive auf die Äußerung bzw. Erwiderung des Dienstherrn hin möglich wäre. Außerdem ist es dem unterlegenen Bewerber nicht zuzumuten, die Auswahlentscheidung seines Dienstherrn gewissermaßen „ins Blaue hinein“ in einem gerichtlichen Eilverfahren angreifen zu müssen, in erster Instanz wegen einer angenommenen Fehlerhaftigkeit der Auswahlentscheidung zu obsiegen, um dann während des Beschwerdeverfahrens völlig andere – und ggf. entsprechend „zugeschnittene“ – tragende Erwägungen einer „korrigierten“ Auswahlentscheidung zu erfahren.<sup>99</sup>

Die Dokumentationspflicht gilt auch in den Fällen, in denen der Dienstherr meint, einen Bewerber von vornherein in den Leistungsvergleich nicht einbeziehen zu müssen. Auch der Bewerber, der in den Leistungsvergleich deshalb nicht einbezogen wird, weil der Dienstherr – zu Recht oder zu Unrecht – davon ausgeht, das Anforderungsprofil sei nicht erfüllt, hat den aus dem Bewerbungsverfahrenanspruch folgenden Anspruch auf die schriftliche Dokumentation der maßgeblichen Erwägungen.<sup>100</sup>

### 2. Bezugspunkt der Eignungsprognose

Die Beurteilung der Eignung eines Bewerbers für das von ihm angestrebte öffentliche Amt durch den Dienstherrn bezieht sich auf die künftige Amtstätigkeit des Betroffenen und enthält zugleich eine Prognose, die eine konkrete und einzelfallbezogene Würdigung der gesamten Persönlichkeit des Bewerbers verlangt. Sie umfasst auch eine vorausschauende Aussage darüber, ob er die ihm in dem angestrebten Amt obliegenden beamten- oder richterrechtlichen Pflichten erfüllen wird. Bei diesem prognostischen Urteil steht dem Dienstherrn ein weiter Beurteilungsspielraum zu; die Nachprüfung durch die Fachgerichte beschränkt sich im Wesentlichen darauf, ob der Dienstherr von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, den beamten-

und verfassungsrechtlichen Rahmen verkannt, allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt hat.<sup>101</sup>

Die Ermittlung des – gemessen an den Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung – am besten geeigneten Bewerbers hat stets in Bezug auf die Anforderungen des zu vergebenden Statusamtes zu erfolgen.<sup>102</sup> Diesen Anforderungen genügt eine Auswahl nicht, in die der Dienstherr sämtliche Beamte einer Besoldungsgruppe einbezieht, ohne Rücksicht darauf, ob sie Laufbahnen unterschiedlicher Fachrichtungen angehören; bei einer solchen Auswahl steht erst im Nachgang des (rückblickenden) Leistungsvergleichs fest, in welches nächsthöhere Statusamt welcher Laufbahn befördert werden soll.<sup>103</sup>

Der Dienstherr hat für die Auswahlentscheidung eine Eignungsprognose abzugeben, die sich grundsätzlich nicht in der Bewertung der bislang gezeigten Leistungen erschöpft. Insbesondere wenn die Anforderungen des angestrebten Amtes – etwa im Hinblick auf typischerweise wahrzunehmende Führungsaufgaben – nicht identisch mit denjenigen des bisherigen Amtes sind, müssen daher zusätzliche Erwägungen angestellt werden. Hierfür sind dann die in der dienstlichen Beurteilung ausgewiesenen Befähigungseinschätzungen heranzuziehen, die ihrerseits auf der Grundlage der erbrachten Leistungen getroffen worden sind.<sup>104</sup> Natürlich können und müssen auch frühere Verwendungen in den Blick genommen werden, wenn und so-

92 StRspr, vgl. BVerwG, Urt. v. 19.03.2015 – 2 C 12.14 – BVerwGE 151, 333 Rn. 15.

93 Vgl. § 9 BBG, § 9 BeamStG § 2 ThürLaufbG.

94 Zu den Begriffen Eignung, Leistung und fachliche Befähigung vgl.

BVerfG, Beschl. v. 20.04.2004 – 1 BvR 838/01 u. a. – BVerfGE 110, 304, 322; BVerfG, Kammerbeschl. v. 27.05.2013 – 2 BvR 462/13 – Rn. 14 m. w. N.; § 2 BLV und § 3 ThürLaufbG.

95 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 19.09 – BVerwGE 138, 102 Rn. 32; BVerwG, Beschl. v. 25.10.2011 – 2 VR 4.11 – Buchholz 11 Art 33 Abs. 2 GG Nr. 50 Rn. 10 ff. m. w. N.; BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 Rn. 16; ThürOVG, Beschl. v. 24.10.2014 – 2 EO 457/14 – ThürVBl. 2015, 194, 195 = juris Rn. 30; ThürOVG, Beschl. v. 09.02.2015 – 2 EO 508/14 – ThürVBl. 2016, 66, 69 = juris Rn. 45; zur Frage der nach Art. 19 Abs. 4 GG gebotenen Prüfungsintensität im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren generell vgl. zuletzt BVerfG, Kammerbeschl. v. 14.09.2016 – 1 BvR 1335/13 – NVwZ 2017, 244 Rn. 19 f. m. w. N.; vgl. auch oben unter II. a.E.

96 Vgl. oben unter III 1.

97 BVerfG, Kammerbeschl. v. 09.07.2007 – 2 BvR 206/07 – BVerfGK 11, 398 = juris Rn. 20 ff.; BVerfG, Beschl. v. 20.09.2016 – 2 BvR 2453/15 – NVwZ 2017, 313 Rn. 20 m. w. N.; ThürOVG, Beschl. v. 18.03.2011 – 2 EO 471/09 – juris Rn. 44 ff. m. w. N.; ThürOVG, E. v. 12.09.2013 – 2 EO 412/13 – ThürVBl. 2014, 218, 219 = juris Rn. 22; ThürOVG, Beschl. v. 24.10.2014 – 2 EO 457/14 – ThürVBl. 2015, 194, 196 = juris Rn. 37; ThürOVG, Beschl. v. 09.10.2015 – 2 EO 633/14 – juris Rn. 17. Zur Dokumentationspflicht bei nach der Erprobung auf einem Beförderungsdienstposten aufgetretenen Eignungsmängeln vgl. BVerfG, Kammerbeschl. v. 24.07.2014 – 2 BvR 816/14 – NVwZ 2015, 523 Rn. 16 f.

98 ThürOVG, Beschl. v. 18.03.2011 – 2 EO 471/09 – ThürVBl. 2011, 245 = juris Rn. 44 ff.

99 BVerfG, Kammerbeschl. 09.07.2007 – 2 BvR 206/07 – BVerfGK 11, 398 = juris Rn. 20 ff.; BVerfG, Kammerbeschl. v. 23.06.2015 – 2 BvR 161/15 – juris Rn. 39 m. w. N.

100 ThürOVG, Beschl. v. 12.09.2013 – 2 EO 412/13 – ThürVBl. 2014, 218, 219 = juris Rn. 26; ThürOVG, Beschl. v. 24.10.2014 – 2 EO 457/14 – ThürVBl. 2015, 194, 196 = juris Rn. 38.

101 StRspr; vgl. BVerfG, Beschl. v. 20.09.2016 – 2 BvR 2453/15 – NVwZ 2017, 313 Rn. 19; BVerfG, Beschl. v. 16.12.2015 – 2 BvR 1958/12 – juris Rn. 31 m. w. N.

102 BVerfG, Kammerbeschl. v. 26.11.2010 – 2 BvR 2435/10 – NVwZ 2011, 746; BVerfG, Kammerbeschl. v. 04.10.2012 – 2 BvR 1120/12 – juris; BVerfG, Kammerbeschl. v. 07.03.2013 – 2 BvR 2582/12 – NVwZ 2013, 1603; BVerfG, Beschl. v. 16.12.2015 – 2 BvR 1958/13 – BVerfGE 141, 56 Rn. 32 m. w. N.; BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 Rn. 28; BVerwG, Urt. v. 19.03.2015 – 2 C 12.14 – BVerwGE 151, 333 Rn. 45; ThürOVG, Beschl. v. 19.03.2014 – 2 EO 252/13 – juris; ThürOVG, Beschl. v. 09.10.2015 – 2 EO 633/14 – juris Rn. 16.

103 ThürOVG, Beschl. v. 09.10.2015 – 2 EO 633/14 – juris Rn. 16 ff.

104 BVerwG, Urt. v. 19.03.2015 – 2 C 12.14 – BVerwGE 151, 333 Rn. 45.



weit sie Aufschluss über die Eignung für Anforderungen des angestrebten Amtes geben, die anhand der der letzten dienstlichen Beurteilung zugrunde liegenden Verwendung des Bewerbers nicht oder weniger gut prognostiziert werden können. Geht es etwa um die Vergabe eines Amtes mit Führungsaufgaben, und nimmt der Bewerber derzeit keine Führungsaufgaben wahr, hat solche aber in früheren Verwendungen wahrgenommen und ist auch insoweit beurteilt worden, darf die nunmehr anzustellende Eignungsprognose für das Führungsamt die in der früheren Führungsposition tatsächlich erbrachte Leistung nicht unberücksichtigt lassen. Die Relevanz einer früheren dienstlichen Beurteilung für die Eignungsprognose kann nur dann verneint werden, wenn es Anhaltspunkte dafür gibt, dass die damalige Einschätzung gegenwärtig nicht mehr zutrifft. Ein reiner Leistungsvergleich anhand der aktuellen dienstlichen Beurteilungen ist demgegenüber nur ausreichend, wenn dieser Leistungsvergleich die Eignungsprognose für das zu vergebende Amt – ohne Rückgriff auf aktuelle Befähigungseinschätzungen und frühere Leistungsbewertungen – ermöglicht. Plakativ formuliert: Auswahlentscheidungen ermitteln nicht den Besten für jedes Amt (der entsprechenden Wertigkeit), sondern den Besten für das zu vergebende Statusamt.

### 3. Anforderungsprofil

Über die Eignung des Bewerberfeldes kann der Dienstherr auch in einem gestuften Auswahlverfahren befinden. Die Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung können vom Dienstherrn für den Aufgabenbereich eines Amtes durch die Festlegung eines Anforderungsprofils bereits im Vorfeld der Auswahlentscheidung konkretisiert werden.<sup>105</sup> Bewerber, die die allgemeinen Ernennungsbedingungen oder die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllen oder die aus sonstigen Eignungsgründen für die Ämtervergabe von vornherein nicht in Betracht kommen, werden in einem ersten Schritt ausgeschlossen und nicht in den Leistungsvergleich einbezogen. Dies gilt grundsätzlich auch für Bewerber, die zwingende Vorgaben eines rechtmäßigen Anforderungsprofils nicht erfüllen.<sup>106</sup> Ein rechtmäßiges Anforderungsprofil kann deshalb auch eine Auswahlentscheidung rechtfertigen, in der ein Bewerber ausgewählt wird, der nicht das beste Gesamturteil der dienstlichen Beurteilung der Bewerber hat.<sup>107</sup>

Rechtmäßige und zwingend verlangte Anforderungen in Anforderungsprofilen haben somit zur Folge, dass ein Bewerber, der das Anforderungsprofil nicht erfüllt, nicht in die nächste Stufe des Auswahlverfahrens – den Leistungsvergleich unter den Bewerbern insbesondere anhand von dienstlichen Beurteilungen – gelangt. Demgegenüber haben rechtmäßige, aber nicht zwingend verlangte Anforderungen in Anforderungsprofilen Bedeutung in der zweiten Stufe des Auswahlverfahrens, und zwar dann, wenn mehrere Bewerber gleich oder im Wesentlichen gleich beurteilt sind: Hat sich der Dienstherr vorab in der Stellenausschreibung durch die Vorgabe der beim künftigen Dienstposteninhaber erwünschten Kenntnisse und Fähigkeiten festgelegt, ist diese Entscheidung für das weitere Auswahlverfahren bindend. Der Dienstherr muss diesen Kriterien besondere Bedeutung zumessen, wenn die Bewerber im Wesentlichen gleich beurteilt sind. Aus der Stellenausschreibung muss sich ergeben, welche Anforderungen von allen Bewerbern zwingend erwartet werden und welche Kriterien zwar nicht notwendig für eine Einbeziehung in das Auswahlverfahren sind, bei gleicher Eignung der Bewerber aber maßgeblich berücksichtigt werden.<sup>108</sup>

#### a) Der Grundsatz: Statusamtsbezogenheit

Mit Beschluss vom 20.06.2013<sup>109</sup> hat das BVerwG entschieden, dass eine an Art. 33 Abs. 2 GG zu messende Auswahlentscheidung grundsätzlich nicht auf die Anforderungen eines konkreten Dienstpostens bezogen sein darf, und damit das Verhältnis

von Anforderungsprofil und dienstlicher Beurteilung für die Auswahlentscheidung präzisiert:

Bei der Bestimmung des Anforderungsprofils ist der Dienstherr an die gesetzlichen Vorgaben gebunden und damit, soweit eine an Art. 33 Abs. 2 GG zu messende Dienstpostenvergabe in Rede steht, auch zur Einhaltung des Grundsatzes der Bestenauswahl verpflichtet. Hiermit ist eine Einengung des Bewerberfeldes aufgrund der besonderen Anforderungen eines bestimmten Dienstpostens grundsätzlich nicht vereinbar.<sup>110</sup>

Zwar entscheidet der Dienstherr über die Einrichtung und nähere Ausgestaltung von Dienstposten innerhalb des von Verfassung und Parlament vorgegebenen Rahmens aufgrund der ihm zukommenden Organisationsgewalt nach seinen Bedürfnissen. Wie er seine Stellen zuschneidet, welche Zuständigkeiten er ihnen im Einzelnen zuweist und welche Fachkenntnisse er zur Erfüllung der daraus im Einzelnen resultierenden Aufgaben für erforderlich ansieht, fällt in sein Organisationsermessen, das gerichtlich nur auf sachfremde Erwägungen überprüfbar ist.<sup>111</sup> Setzt ein Dienstposten nach seiner Funktionsbeschreibung spezifische Anforderungen voraus, die der Inhaber zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Dienstaufgaben erfüllen muss, können diese Kriterien im Rahmen der Stellenausschreibung verlangt werden.<sup>112</sup>

Die Organisationsgewalt des Dienstherrn ist aber beschränkt und an die Auswahlgrundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG gebunden, wenn mit der Dienstpostenzuweisung Vorwirkungen auf die spätere Vergabe des Amtes im statusrechtlichen Sinne verbunden sind und die hierauf bezogene Auswahlentscheidung damit vorweggenommen oder vorbestimmt wird. In diesen Vorwirkungsfällen sind damit auch die Vorgaben des Anforderungsprofils den Maßstäben aus Art. 33 Abs. 2 GG unterworfen. Mit dem Anforderungsprofil wird die Zusammensetzung des Bewerberfeldes gesteuert und eingengt. Durch die Bestimmung des Anforderungsprofils legt der Dienstherr die Kriterien für die Auswahl der Bewerber fest, an ihnen werden die Eigenschaften und Fähigkeiten der Bewerber um den Dienstposten gemessen. Fehler im Anforderungsprofil führen daher grundsätzlich auch zur Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens, weil die Auswahlerwägungen dann auf sachfremden, nicht am Grundsatz der Bestenauswahl orientierten Gesichtspunkten beruhen.<sup>113</sup>

Bezugspunkt der Auswahlentscheidung nach Art. 33 Abs. 2 GG ist – wie schon erwähnt – nicht die Funktionsbeschreibung des konkreten Dienstpostens, sondern das angestrebte Statusamt.<sup>114</sup> Hiermit ist nicht vereinbar, einen Bewerber vom Auswahlverfahren auszuschließen, nur weil er den besonderen Anforderungen des aktuell zu besetzenden Dienstpostens – noch – nicht entspricht. Dies folgt aus dem Laufbahnprinzip. Danach wird ein

<sup>105</sup> BVerfG, Kammerbeschl. v. 09.08.2016 – 2 BvR 1287/16 – Rn. 76; BVerfG, Beschl. v. 16.12.2015 – 2 BvR 1958/13 – BVerfGE 141, 56 Rn. 32.

<sup>106</sup> BVerwG, Beschl. v. 25.10.2011 – 2 VR 4.11 – Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 50 Rn. 17 und 30; BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 Rn. 23.

<sup>107</sup> BVerwG, Beschl. v. 25.10.2011 – 2 VR 4.11 – Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 50 Rn. 17.

<sup>108</sup> BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 Rn. 49.

<sup>109</sup> BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20. Das ThürOVG hat sich dieser Rechtsprechung angeschlossen, vgl. ThürOVG, Beschl. v. 19.03.2014 – 2 EO 252/13 – ThürVBl 2015, 140, 141 = juris Rn. 5; ThürOVG, Beschl. v. 09.02.2015 – 2 EO 508/14 – ThürVBl 2016, 66, 69 = juris Rn. 47.

<sup>110</sup> BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 Rn. 24.  
<sup>111</sup> Vgl. oben I.

<sup>112</sup> BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 Rn. 25.

<sup>113</sup> BVerfG, Kammerbeschl. v. 02.10.2007 – 2 BvR 2457/04 – BVerfGK 12, 265, 270 f. = juris Rn. 18; BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 Rn. 26.

<sup>114</sup> Vgl. oben unter V 2.

Beamter aufgrund seiner Befähigung für eine bestimmte Laufbahn regelmäßig als geeignet angesehen, jedenfalls diejenigen Dienstposten auszufüllen, die seinem Statusamt entsprechen oder dem nächsthöheren Statusamt zugeordnet sind.<sup>115</sup> Es kann grundsätzlich erwartet werden, dass der Beamte imstande ist, sich in die Aufgaben dieser Dienstposten einzuarbeiten.<sup>116</sup>

Eine Ausrichtung an den Anforderungen des konkreten Dienstpostens lässt überdies außer Acht, dass die Betrauung des Beamten mit einem bestimmten Dienstposten nicht von Dauer sein muss. Denn der Dienstherr kann den Aufgabenbereich des Beamten nach seinen organisatorischen Vorstellungen und Bedürfnissen jederzeit ändern. Der ausgewählte Bewerber soll daher der am besten geeignete für jeden Dienstposten sein, der für einen Inhaber des höheren Statusamtes amtsangemessen ist. Schließlich ist zu sehen, dass eine an den Anforderungen eines Dienstpostens orientierte Auswahlentscheidung eine vom Gesamturteil der dienstlichen Beurteilung unabhängige Ämtervergabe ermöglicht, was ein gewisses Missbrauchspotenzial birgt.<sup>117</sup>

Darf die an Art. 33 Abs. 2 GG zu messende Auswahlentscheidung daher grundsätzlich nicht anhand der Anforderungen eines konkreten Dienstpostens erfolgen, so folgt auch aus § 8 Abs. 2 BBG i. V. m. § 6 BGleG und vergleichbaren landesrechtlichen Bestimmungen<sup>118</sup> nichts anderes. Die Vorschriften des Bundesgleichstellungsgesetzes, die der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern dienen (§ 1 Abs. 2 Satz 1 BGleG) und hierfür auch Anforderungen an die Stellenausschreibung statuieren – wie insbesondere deren geschlechtsneutrale Abfassung (§ 6 Abs. 1 Satz 1 BGleG) –, sind weder darauf gerichtet noch dazu geeignet, den materiellen Bezugspunkt der dienstrechtlichen Auswahlentscheidungen zu verschieben. Nach § 6 Abs. 3 BGleG ist das Anforderungsprofil vielmehr ausdrücklich an möglichen künftigen Funktionen und damit auch der Laufbahnqualifikation zu orientieren;<sup>119</sup> Entsprechendes gilt für die Vorgabe in § 9 Abs. 1 Satz 1 BGleG. Letztlich sollen die entsprechenden Bestimmungen der Gleichstellungsgesetze gerade arbeitsplatz- bzw. dienstpostenbezogene Zuschnitte (zugunsten von Männern) vermeiden. Die Anforderungen des „Arbeitsplatzes“ i. S. v. § 6 Abs. 3 BGleG sind daher in den von Art. 33 Abs. 2 GG dirigierte Auswahlverfahren im Interesse der mit dem Laufbahnprinzip angestrebten vielseitigen Verwendbarkeit auf das jeweils angestrebte Statusamt bezogen.<sup>120</sup>

Macht ein Dienstherr im Rahmen der Stellenausschreibung Vorgaben für die Vergabe eines Beförderungsdienstpostens, bleiben diese für das laufende Auswahlverfahren verbindlich;<sup>121</sup> Änderungen sind nur nach einem zulässigen Abbruch des Auswahlverfahrens und neuer Stellenausschreibung möglich.<sup>122</sup> Unzulässig ist es insbesondere, die Auswahlkriterien nachträglich dergestalt zu ändern, dass sich der Bewerberkreis erweitern würde, ohne dass mögliche Interessenten hiervon Kenntnis erhielten.<sup>123</sup> Ob und in welchem Umfang ein Anforderungsprofil Bindungswirkung entfaltet, muss daher durch eine entsprechend § 133 BGB am objektiven Empfängerhorizont potenzieller Bewerber orientierte Auslegung ermittelt werden.<sup>124</sup>

Hat der Dienstherr im Rahmen der Stellenausschreibung zwingende Vorgaben gemacht, die weder durch Art. 33 Abs. 2 GG noch als dienstpostenbezogene Ausnahme im Interesse der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung gerechtfertigt sind, ist das Auswahlverfahren fehlerhaft. Dieser Mangel kann nachträglich nicht geheilt werden, das Auswahlverfahren muss abgebrochen und die Stellenvergabe mit einer zulässigen Ausschreibung neu in Gang gesetzt werden.<sup>125</sup>

#### b) Die Ausnahme: Dienstpostenbezogenheit

Ausnahmen von der Statusamtsbezogenheit des Anforderungsprofils auch bei der Auswahlentscheidung für einen höherwertigen Dienstposten sind dann zulässig, wenn die Wahrnehmung der Aufgaben dieses Dienstpostens zwingend besondere Kennt-

nisse oder Fähigkeiten voraussetzt, die ein Laufbahnbewerber regelmäßig nicht mitbringt und sich in angemessener Zeit und ohne unzumutbare Beeinträchtigung der Aufgabenwahrnehmung auch nicht verschaffen kann. Diese Voraussetzungen hat der Dienstherr darzulegen, sie unterliegen voller gerichtlicher Kontrolle.<sup>126</sup>

Dienstpostenbezogene Ausnahmeanforderungen können sich insbesondere aus dem Erfordernis bestimmter Fachausbildungen ergeben.<sup>127</sup> Je stärker die fachliche Ausdifferenzierung der Organisationseinheit ist und je höher die Anforderungen an die Spezialisierung der dort eingesetzten Beamten sind, desto eher kann es erforderlich werden, im Interesse der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung besondere Qualifikationsanforderungen an die künftigen Stelleninhaber zu stellen. Bei technisch ausgerichteten Behörden etwa ist durchaus denkbar, dass die Aufgabenwahrnehmung bestimmter Dienstposten spezielle fachspezifische Vorkenntnisse erfordert.<sup>128</sup>

Die Schwierigkeit, dass tatsächlich nicht alle Laufbahnangehörigen in der Lage sind, die Aufgaben jedes ihrem Statusamt zugeordneten Dienstpostens auszufüllen, nimmt durch neuere Laufbahnregelungen zu, die ursprünglich fachspezifisch ausdifferenzierte Laufbahnen zusammenfassen.<sup>129</sup> Angesichts der vielfach nunmehr in einer Laufbahn vereinigten unterschiedlichen Fachrichtungen mit der hierzu gehörenden Spezialisierung liegt es auf der Hand, dass ein Dienstposten Eignungsanforderungen stellen kann, die nicht von jedem Laufbahnangehörigen erfüllt werden.<sup>130</sup>

Aus den besonderen Aufgaben eines Dienstpostens können sich auch über die Festlegung der Fachrichtung hinaus Anforderungen ergeben, ohne deren Vorhandensein die zugeordneten Funktionen schlechterdings nicht wahrgenommen werden können. Obliegt einem Dienstposteninhaber etwa das Aushandeln und Abschließen von Verträgen mit ausländischen Partnern, sind die hierfür erforderlichen Sprachkenntnisse objektiv unabdingbar. Ein Bewerber, der für das Statusamt zwar grundsätzlich hervorragend geeignet ist, die notwendigen Sprachkenntnisse aber nicht aufweist, ist zur ordnungsgemäßen Aufgabenerfüll-

115 Vgl. § 16 Abs. 1, § 22 Abs. 3 BBG.

116 BVerwG, Beschl. v. 25.10.2011 – 2 VR 4.11 – Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 50 Rn. 15; BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 Rn. 28.

117 BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – Rn. 30. Vgl. zur Missbrauchsgefahr derartiger Auswahlentscheidungen BVerwG, Urt. v. 26.01.2012 – 2 A 7.09 – BVerwGE 141, 361.

118 Vgl. § 6 Thüringer Gleichstellungsgesetz.

119 Zur verfassungsrechtlichen Verankerung des Laufbahnprinzips vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.2015 – 2 BvR 1958/13 – NVwZ 2016, 682 Rn. 36.

120 BVerwG, Beschl. v. 21.12.2016 – 2 VR 1.16 – NVwZ 2017, 475 Rn. 18; vgl. auch BVerwG, Beschl. v. 29.09.2011 – 2 VR 3.11 – Buchholz 232.1 § 48 BLV Nr. 1 Rn. 22.

121 BVerwG, Urt. v. 16.08.2001 – 2 A 3.00 – BVerwGE 115, 58, 60 f.; BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – Rn. 32; zur Rügefähigkeit der Nichtbeachtung von im Anforderungsprofil vorausgesetzten Merkmalen BVerfG, Kammerbeschl. v. 02.10.2007 – 2 BvR 2457/04 – BVerfGK 12, 265, 269 = juris Rn. 14.

122 Vgl. unter VI.

123 BVerfG, Kammerbeschl. v. 28.02.2007 – 2 BvR 2494/06 – BVerfGK 10, 355, 357 f. = juris Rn. 7 BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – Rn. 32.

124 BVerwG, Beschl. v. 25.10.2011 – 2 VR 4.11 – Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 50 Rn. 18; BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 Rn. 32.

125 BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 Rn. 33.

126 BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 Rn. 31.

127 Vgl. zur Fächerkombination bei Lehrern BVerwG, Urt. v. 25.02.2010 – 2 C 22.09 – BVerwGE 136, 140 Rn. 17.

128 BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 Rn. 33.

129 Vgl. § 6 Abs. 2 der Bundeslaufbahnverordnung in der Fassung vom 12.02.2009, BGBl I S. 284.

130 BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 Rn. 35.



lung auf diesem Dienstposten nicht in der Lage. Die Vorgabe spezifischer Eignungsanforderungen kann hier im Interesse der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung erforderlich werden. Andernfalls wäre der Dienstherr gezwungen, solche Dienstposten mit hierfür nicht geeigneten Bewerbern zu besetzen.<sup>131</sup>

Ein dienstpostenbezogenes Anforderungsprofil kann auch dann gerechtfertigt sein, wenn im Einzelfall ein Dienstposten so zugeschnitten ist, dass Fähigkeiten und Kenntnisse mehrerer Laufbahnen in substanziellem Umfang benötigt werden.<sup>132</sup>

#### c) Einordnung

Beförderungsentscheidungen erfolgen auf der Grundlage von dienstlichen Beurteilungen und zum Teil von Anforderungsprofilen. Beide Instrumente haben ihren guten Sinn – sowohl bezüglich der Klärung der Wettbewerbssituation bei Auswahlverfahren als auch unter personalwirtschaftlichen Aspekten. Beide Instrumente können aber auch zur Steuerung von Personalentscheidungen nach außerhalb von Art. 33 Abs. 2 GG liegenden Kriterien missbraucht werden. Die in der Rechtsprechung entwickelten strengen Kriterien für dienstliche Beurteilungen hatten vor der Neujustierung der Rechtsprechung des BVerwG dazu geführt, dass zunehmend Anforderungsprofile zur Anwendung kamen und diese teilweise letztlich auf konkrete Personen zugeschnitten wurden. Neben diesen eindeutigen Fällen „absichtsvoll dolosen“ Verhaltens wird aber trotz der präzisierten Rechtsprechung auch gegenwärtig vielfach nicht beachtet, dass in den Fällen, in denen eine Dienstpostenvergabe Vorwirkungen für eine spätere Beförderung hat, das Anforderungsprofil grundsätzlich nicht ausschließlich auf den Dienstposten bezogen sein darf, sondern an den Anforderungen des höheren Statusamtes orientiert sein muss.<sup>133</sup>

#### 4. Dienstliche Beurteilungen

Dienstliche Beurteilungen sind die wichtigste Grundlage für an Art. 33 Abs. 2 GG zu messende Auswahlentscheidungen. Der Vergleich der Bewerber im Rahmen einer Auswahlentscheidung hat vor allem anhand dienstlicher Beurteilungen zu erfolgen.<sup>134</sup> Dienstliche Beurteilungen müssen aussagekräftig, d. h. aktuell und hinreichend differenziert sein und auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhen.<sup>135</sup> Hierzu gibt es eine umfangreiche Judikatur von BVerfG, BVerwG und ThürOVG. Bedeutung und Umfang dieses Themas würden den Rahmen dieser Darstellung sprengen und sind deshalb Gegenstand eines in Vorbereitung befindlichen gesonderten Aufsatzes.

An dieser Stelle nur so viel:

Dienstliche Beurteilungen sind beim Vergleich der Bewerber in ihrer Gesamtheit zugrunde zu legen. Maßgeblich ist in erster Linie das abschließende Gesamturteil, welches anhand einer Würdigung, Gewichtung und Abwägung der einzelnen leistungsbezogenen Gesichtspunkte zu bilden ist.

In bestimmten Fällen lässt es Art. 33 Abs. 2 GG zu, dass der Dienstherr die Bewerber im Anschluss an einen Vergleich der Gesamturteile anhand der für das Beförderungsamts wesentlichen Einzelaussagen der dienstlichen Beurteilungen weiter vergleicht. Dies kommt insbesondere bei wesentlich gleichem Gesamtergebnis in Betracht. Gerade dann haben die Einzelaussagen nach dem Sinn und Zweck der dienstlichen Beurteilungen, über Leistung und Eignung der Beamten ein differenziertes Bild zu geben, besondere Bedeutung. Ob nach ihrem Gesamtergebnis wesentlich gleiche Beurteilungen vorliegen, die einen solchen weiteren Vergleich ermöglichen, richtet sich nicht allein nach dem formalen Gesamturteil. Vielmehr sind auch etwaige Unterschiede im Maßstab der Beurteilung der Bewerber zu berücksichtigen. Solche Unterschiede kommen etwa dann in Betracht, wenn sich bei konkurrierenden Bewerbern die dienstlichen Beurteilungen auf unterschiedliche Statusämter beziehen.

Bei formal gleicher Bewertung ist die Beurteilung des Beamten im höheren Statusamt regelmäßig besser als diejenige des in einem niedrigeren Statusamt befindlichen Konkurrenten.<sup>136</sup> Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass an einen Inhaber eines höheren statusrechtlichen Amtes von vornherein höhere Erwartungen zu stellen sind als an den Inhaber eines niedrigeren statusrechtlichen Amtes; das gilt auch bei gebündelten Dienstposten. Wo sich der Statusunterschied dementsprechend auf den Beurteilungsmaßstab ausgewirkt hat, ist er in den Beurteilungsvergleich einzustellen. Ergibt der Gesamtvergleich, dass keine wesentlich gleichen Beurteilungen vorliegen, so darf die Gesamtaussage der dienstlichen Beurteilungen nicht ohne Weiteres durch einen Rückgriff auf Einzelfeststellungen überspielt werden. Bei nicht wesentlich gleichen Beurteilungen ist der unmittelbare Vergleich einzelner Feststellungen vielmehr nur bei Vorliegen zwingender Gründe zulässig.<sup>137</sup>

Enden dienstliche Beurteilungen von Konkurrenten mit dem gleichen abschließenden Gesamturteil, verstößt es nicht gegen das Leistungsprinzip des Art. 33 Abs. 2 GG, wenn der Dienstherr die Bewerber im Anschluss hieran anhand der für das Beförderungsamts wesentlichen Einzelaussagen der dienstlichen Beurteilungen weiter vergleicht.<sup>138</sup> Der Dienstherr kann auf einzelne Gesichtspunkte abstellen, muss aber deren besondere Bedeutung begründen. So kann er der dienstlichen Erfahrung, der Verwendungsbreite oder der Leistungsentwicklung, wie sie sich aus dem Vergleich der aktuellen mit früheren Beurteilungen ergibt, Vorrang einräumen.<sup>139</sup> Die Entscheidung des Dienstherrn, welche Bedeutung er den einzelnen Gesichtspunkten für das abschließende Gesamturteil und für die Auswahl zwischen im Wesentlichen gleich geeigneten Bewerbern beimisst, unterliegt nur einer eingeschränkten gerichtlichen Nachprüfung. Daraus folgt, dass der Dienstherr bei gleichem Gesamturteil zunächst die Beurteilungen umfassend inhaltlich auszuwerten und Differenzierungen in der Bewertung einzelner Leistungskriterien oder in der verbalen Gesamtwürdigung zur Kenntnis zu nehmen hat. Bei einer solchen Auswertung ist darauf zu achten, dass gleiche Maßstäbe angelegt werden.<sup>140</sup>

Die Beschaffung der für die Auswahlentscheidung erforderlichen Grundlagen liegt grundsätzlich im Verantwortungsbereich der auswählenden Behörde. Der Grundsatz der Bestenauswahl des Art. 33 Abs. 2 GG und das damit geschützte Interesse der Beamten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen beinhaltet als Teilaspekt auch einen Anspruch der Bewerber gegen die auswählende Behörde, im Vorfeld ihrer Entscheidung Verhältnisse herzustellen, die einen rechtlich einwandfreien Vergleich der Bewerber ermöglichen. Denn nur auf einer solchen Grund-

131 BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 Rn. 36.

132 ThürOVG, Beschl. v. 09.10.2015 – 2 EO 633/14 – juris Rn. 25.

133 von der Weiden, jurisPR-BVerwG 21/2013 Anm. 6 zu BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – unter C.

134 BVerfG, Beschl. v. 16.12.2015 – 2 BvR 1958/13 – BVerfGE 141, 56 Rn. 58 m. w. N.

135 StRSpr, vgl. nur BVerfG, Kammerbeschl. v. 07.03.2013 – 2 BvR 2582/12 – NVwZ 2013, 1603 Rn. 21; BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16.09 – BVerwGE 138, 102 Rn. 47 Rn. 20 und 46; BVerwG, Urt. v. 30.06.2011 – 2 C 19.10 – BVerwGE 140, 83 Rn. 15; BVerwG, Urt. v. 26.01.2012 – 2 A 7.09 – BVerwGE 141, 361 Rn. 17; BVerwG, Urt. v. 28.01.2016 – 2 A 1.14 – Buchholz 232.0 § 21 BBG 2009 Nr. 3; ThürOVG, Beschl. v. 05.11.2014 – 2 EO 472/13 – ThürVBl. 2015, 222, 223 = juris Rn. 21.

136 Vgl. jüngst BVerfG, Kammerbeschl. v. 17.02.2017 – 2 BvR 1558/16 – juris Rn. 21 m. w. N.; ThürOVG, Beschl. v. 30.05.2012 – 2 EO 890/11 – ThürVBl. 2013, 39 = jurisRn. 38.

137 BVerfG, Beschl. v. 16.12.2015 – 2 BvR 1958/13 – BVerfGE 141, 56 Rn. 58 ff. m. w. N.

138 BVerfG, Kammerbeschl. v. 05.09.2007 – 2 BvR 1855/07 – juris Rn. 8.

139 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16.09 – BVerwGE 138, 102 Rn. 46; BVerwG, Urt. v. 30.06.2011 – 2 C 19.10 – BVerwGE 140, 83 Rn. 16.

140 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16.09 – BVerwGE 138, 102 Rn. 56; BVerwG, Urt. v. 30.06.2011 – 2 C 19.10 – BVerwGE 140, 83 Rn. 16.

lage, die allein die auswählende Behörde schaffen kann, lässt sich das grundrechtsgleiche Recht auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl erfüllen. Ist eine auswählende Behörde mit unmittelbar nicht vergleichbaren Beurteilungen konfrontiert, darf dies nicht dazu führen, dass wegen der eingeschränkten Vergleichbarkeit der Beurteilungen zugleich auch die Leistungen der Bewerber als unvergleichbar betrachtet werden und die Bewerber im Ergebnis nicht mehr miteinander konkurrieren können. Die auswählende Behörde ist vielmehr gehalten, die Aussagen von Beurteilungen mit unterschiedlichen Beurteilungsinhalten miteinander „kompatibel“ zu machen und damit die Vergleichbarkeit herzustellen.<sup>141</sup>

Wenn – bei Einstellungen oder bei nicht beamteten Bewerbern – mangels dienstlicher Beurteilungen keine anderen aussagekräftigen Erkenntnisquellen vorhanden sind, kann die Beurteilung gerade der persönlichen Eignung von Bewerbern anhand eines Vorstellungsgesprächs vorgenommen werden.<sup>142</sup>

### 5. Dienstalter

Die in einem bestimmten Statusamt geleistete Dienstzeit (z. T. „Stehzeit“ genannt) gehört – ebenso wie die auf einem höherwertigen Dienstposten geleistete Dienstzeit – nicht zu den in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien. Zwar kann sich das Dienstalter auf die Beurteilung von leistungsbezogenen Gesichtspunkten insoweit auswirken, als sich die durch ein höheres Dienstalter typischerweise zum Ausdruck kommende umfassendere Berufserfahrung häufig leistungsfördernd niederschlägt. Es gibt jedoch keinen allgemeinen Erfahrungssatz des Inhalts, dass von einem höheren Dienstalter stets auf einen höheren Leistungsstand und bessere Bewährungsvoraussetzungen geschlossen werden kann. Dementsprechend ist die Berücksichtigung des Dienstalters bei der Besetzung von Beförderungsstellen grundsätzlich nur im Falle eines Leistungsgleichstands – der erst nach der Auswertung der aktuellen und ggf. früheren dienstlichen Beurteilungen der Bewerber festgestellt werden kann – mit Art. 33 Abs. 2 GG vereinbar.<sup>143</sup>

An das Dienstalter anknüpfende Wartezeitregelungen stehen nur dann mit Art. 33 Abs. 2 GG in Einklang, wenn sie der sachgerechten Anwendung des Grundsatzes der Bestenauswahl dienen und mit ihnen die praktische Bewährung des Bewerbers im bisherigen Statusamt festgestellt werden soll. Dieser Zweck, die zuverlässige Beurteilung des Leistungsvermögens und eine fundierte Prognose über die voraussichtliche Bewährung in einem höheren Amt zu ermöglichen, setzt dem zeitlichen Umfang solcher „Bewährungszeiten“ Grenzen. Sie dürfen nicht länger bemessen sein, als es typischerweise erforderlich ist, um die tatsächlichen Grundlagen für diese Beurteilung und Prognose zu schaffen. Danach hängt die Dauer von Wartezeiten entscheidend vom Inhalt der jeweiligen Ämter ab. Der für eine Regelbeurteilung vorgesehene Zeitraum wird in aller Regel die Obergrenze darstellen.<sup>144</sup>

### 6. Frauenförderung

Die Förderung der Gleichberechtigung ist in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG („Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“) grundrechtlich verankert. Dieser verfassungsrechtliche Grundsatz ist aber nicht darauf gerichtet, die Geltung des Leistungsgrundsatzes nach Art. 33 Abs. 2 GG für die Vergabe öffentlicher Ämter generell einzuschränken.<sup>145</sup>

Die bevorzugte Berücksichtigung von Frauen ist nach dem Unionsrecht ausdrücklich auf die Fälle gleicher Qualifikation beschränkt und greift überdies nur ein, wenn nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende, rechtlich schützenswerte Gründe überwiegen.<sup>146</sup> Es darf im öffentlichen und privaten Sektor einschließlich öffentlicher Stellen in Bezug auf die Be-

dingungen – einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen – für den Zugang zur Beschäftigung oder zu abhängiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit, unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Position einschließlich des beruflichen Aufstiegs, keinerlei unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geben.<sup>147</sup> Allerdings hindert im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts die Mitgliedstaaten der Europäischen Union nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen.<sup>148</sup>

Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) hat sich mit diesen Grundsätzen wiederholt in Verfahren befasst, in denen es um die Konkurrenzsituation mehrerer Bewerber um Einstellung oder Aufstieg im öffentlichen Dienst ging. Danach steht Unionsrecht einer nationalen Regelung entgegen, nach der bei gleicher Qualifikation von Bewerbern unterschiedlichen Geschlechts um eine Beförderung in Bereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, den weiblichen Bewerbern automatisch der Vorrang eingeräumt wird.<sup>149</sup> Dagegen sind nationale Regelungen zulässig, die den Bewerberinnen in Bereichen des öffentlichen Dienstes, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, bei gleicher Qualifikation den Vorrang einräumen, wenn dies zur Herstellung tatsächlicher Gleichberechtigung erforderlich ist und keine Gründe von größerem rechtlichem Gewicht entgegenstehen, sofern diese Regelungen gewährleisten, dass die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der die besondere persönliche Lage aller Bewerberinnen und Bewerber berücksichtigt wird.<sup>150</sup> Damit hat der EuGH eine bevorzugte Beförderung von Frauen bei gleicher Qualifikation von Bewerbern unterschiedlichen Geschlechts für zulässig erachtet, wenn die entsprechende Regelung eine „Öffnungsklausel“ enthält, die die Prüfung ermöglicht, ob nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen. Bewerberinnen, die die gleiche Qualifikation wie ihre männlichen Mitbe-

- 141 BVerfG, Kammerbeschl. v. 09.08.2016 – 2 BvR 1287/16 – Rn. 85; BVerwG, Urt. v. 21.08.2003 – 2 C 14.02 – BVerwGE 118, 370, 379 Rn. 28 m. w. N.; BVerwG, Beschl. v. 25.04.2007 – 1 WB 31.06 – BVerwGE 128, 329, 349 Rn. 65; BVerwG, Beschl. v. 16.12.2008 – 1 WB 39.07 – BVerwGE 133, 1, 8 Rn. 53.
- 142 BVerfG, Kammerbeschl. v. 27.05.2013 – 2 BvR 462/13 – juris Rn. 14 für den Fall der Einstellung eines Lehrers.
- 143 BVerwG, Urt. v. 19.03.2015 – 2 C 12.14 – BVerwGE 151, 333 Rn. 16; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 28.10.2004 – 2 C 23.03 – BVerwGE 122, 147, 151.
- 144 BVerwG, Urt. v. 28.10.2004 – 2 C 23.03 – BVerwGE 122, 147, 152; BVerwG, Beschl. v. 25.10.2011 – 2 VR 4.11 – NVwZ-RR 2012, 241 Rn. 35; BVerwG, Urt. v. 26.09.2012 – 2 C 74.10 – BVerwGE 144, 186 Rn. 23; BVerwG, Urt. v. 19.03.2015 – 2 C 12.14 – BVerwGE 151, 333 Rn. 17.
- 145 BVerwG, Urt. v. 30.06.2011 – 2 C 19.10 – BVerwGE 140, 83 Rn. 20; BVerwG, Beschl. v. 27.09.2011 – 2 VR 3.11 – Buchholz 232.1 § 48 BLV Nr. 1 Rn. 22.
- 146 Vgl. VGH BW, Beschl. v. 21.06.2011 – 4 S 1075/11 – NVwZ-RR 2012, 73 Rn. 14.
- 147 Art. 14 Abs. 1 Buchstabe a der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.07.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (ABl. 2006 Nr. L 204, S. 23).
- 148 Art. 157 Abs. 4 AEUV, entsprechend Erwägungsgrund 22 der RL 2006/54/EG.
- 149 EuGH, Urt. v. 17.10.1995 – Rs C-450/93 – EuGHE 1995 I S. 3051 – „Kalanke“, zum bremischen Gleichstellungsgesetz.
- 150 EuGH, Urt. v. 28.03.2000 – Rs. C-158/97 – EuGHE 2000 I S. 01875 – „Badeck u. a.“, zum hessischen Gleichberechtigungsgesetz; vgl. auch EuGH, Urt. v. 11.11.1997 – Rs C-409/95 – EuGHE 1997 I S. 6383 – „Marschall“, zum nordrhein-westfälischen Beamtenengesetz; EuGH, Urt. v. 06.07.2000 – Rs C-407/98 – EuGHE 2000 I S. 05539 – „Abrahamsson und Anderson“, zum schwedischen Gleichstellungsgesetz.

werber besitzen, darf kein automatischer und unbedingter Vorrang eingeräumt werden, vielmehr muss in jedem Einzelfall gewährleistet sein, dass alle die Person der Bewerber betreffenden Besonderheiten in den Blick genommen werden.<sup>151</sup>

Dem tragen § 8 Abs. 1 BGleG<sup>152</sup> und § 8 Thüringer Gleichstellungsgesetz<sup>153</sup> Rechnung.

Dem Hilfskriterium „weibliches Geschlecht“ darf deshalb erst dann Bedeutung beigemessen werden, wenn sich aus dem Vergleich anhand leistungsbezogener Kriterien kein Vorsprung eines Bewerbers ergibt.<sup>154</sup>

## 7. Behindertenförderung

Auch das Verbot der Benachteiligung Behinderter ist grundrechtlich verankert, vgl. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG („Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“), aber ebenfalls nicht darauf gerichtet, die Geltung des Leistungsgrundsatzes nach Art. 33 Abs. 2 GG für die Vergabe öffentlicher Ämter generell einzuschränken. Die einfachgesetzlichen Schutzvorschriften zugunsten Schwerbehinderter sind lediglich Benachteiligungsverbote.<sup>155</sup> Auch dem Hilfskriterium „Behinderteneigenschaft“ darf erst dann Bedeutung beigemessen werden, wenn sich aus dem Vergleich anhand leistungsbezogener Kriterien kein Vorsprung eines Bewerbers ergibt.<sup>156</sup>

## 8. Einstufung des Dienstpostens

Die Einstufung des Dienstpostens, den der Beamte im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung innehat, ist kein leistungsbezogenes Auswahlkriterium. Denn Inhaber höherwertiger Dienstposten sind nicht stets leistungsstärker als Inhaber weniger hoch bewerteter Dienstposten. Die unterschiedliche Einstufung der Dienstposten von Bewerbern rechtfertigt deshalb nicht, von einem Leistungsvergleich zwischen ihnen abzusehen oder Inhaber höher bewerteter Dienstposten bei Beförderungen zu bevorzugen. Dies gilt auch bei langjähriger Übertragung eines im Verhältnis zum verliehenen Statusamt höherwertigen Dienstpostens.<sup>157</sup>

## 9. Die Möglichkeit einer Auswahl des Antragstellers bei einer Wiederholung der Auswahlentscheidung

Eine auf rechtsfehlerhafte Erwägungen gestützte Auswahlentscheidung ist unabhängig davon rechtsfehlerhaft, ob das gefundene Auswahlsergebnis mit anderer Begründung rechtsfehlerfrei möglich gewesen wäre. Allerdings genügt die Rechtsfehlerhaftigkeit der Auswahlentscheidung nicht, um einen Anordnungsanspruch anzunehmen. Hinzukommen muss vielmehr, dass der Antragsteller bei einer Wiederholung der Auswahlentscheidung jedenfalls nicht chancenlos ist. Dabei dürfen die Anforderungen an einen Erfolg des Antragstellers im Eilverfahren nicht überspannt werden; dies folgt aus Art. 19 Abs. 4 GG im Hinblick auf die bei einem Unterliegen des Antragstellers im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren eintretende Ämterstabilität der nunmehr ermöglichten Ernennung des ausgewählten Beamten.<sup>158</sup>

Stellt sich im Eilverfahren eine Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs des Antragstellers heraus, muss die Ernennung des ausgewählten Bewerbers bereits dann durch den Erlass einer einstweiligen Anordnung untersagt werden, wenn die Aussichten des Antragstellers, bei einer erneuten – diesmal rechtsfehlerfreien – Auswahl zum Zuge zu kommen, „zumindest offen“ sind, d. h., es „möglich erscheint“, dass der Antragsteller ausgewählt wird.<sup>159</sup> Mit der gerade in der neueren Rechtsprechung verwendeten Formel, dass der Erfolg des Antragstellers „ernsthaft möglich“ sein muss,<sup>160</sup> werden zwar theoretisch mögliche, aber der Sache nach fernliegende Kausalverläufe ausgeschlossen.

Die Prognose der Erfolgsaussichten des Antragstellers ist nicht nur gegenüber dem oder den Beigeladenen des derzeitigen Konkurrentenstreitverfahrens vorzunehmen, sondern ggf. auch gegenüber weiteren bei einer künftigen Auswahlentscheidung einzubeziehenden Beamten.<sup>161</sup>

Der in einem gerichtlichen Verfahren erfolgreiche Konkurrent hat keinen Anspruch darauf, dass bei der nunmehr erforderlichen Neubescheidung in einer erneuten Auswahlentscheidung das Bewerberfeld unverändert bleibt. Für die neue Auswahlentscheidung ist nicht die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der ersten Auswahlentscheidung maßgeblich.<sup>162</sup> Vielmehr kann sich das Bewerberfeld bei der neuen Auswahlentscheidung gegenüber der ersten Auswahlentscheidung sowohl erweitern als auch reduzieren.<sup>163</sup>

151 VGH BW, Beschl. v. 21.06.2011 – 4 S 1075/11 – NVwZ-RR 2012, 73 Rn. 14.

152 § 8 Satz 1 BGleG: „Sind Frauen in einem bestimmten Bereich nach § 3 Nummer 2 unterrepräsentiert, hat die Dienststelle sie bei der Vergabe von Ausbildungsplätzen, bei Einstellung und beruflichem Aufstieg bevorzugt zu berücksichtigen. Dies gilt auch bei der Abordnung, Versetzung und Umsetzung für jeweils mehr als drei Monate, wenn diesen ein Ausschreibungsverfahren vorausgeht. Voraussetzung für die Bevorzugung ist, dass Bewerberinnen die gleiche Qualifikation aufweisen wie ihre männlichen Mitbewerber. Die Bevorzugung ist ausgeschlossen, wenn rechtlich schützenswerte Gründe überwiegen, die in der Person eines männlichen Mitbewerbers liegen. Sind Männer strukturell benachteiligt und in dem jeweiligen Bereich unterrepräsentiert, gelten die Sätze 1 bis 4 entsprechend.“

153 § 8 Thüringer Gleichstellungsgesetz:

„(1) Sind in einzelnen Bereichen Frauen oder Männer unterrepräsentiert, hat die Dienststelle sie

1. bei der Besetzung von Beamten-, Richter- und Arbeitnehmerstellen, auch mit Vorgesetzten und Leitungsaufgaben, sowie von Stellen für die Berufsausbildung und

2. bei der Beförderung, Höhergruppierung, vorübergehenden Übertragung einer höher zu bewertenden Tätigkeit, auch in Funktionen mit Vorgesetzten- und Leitungsaufgaben, bei Vorliegen gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung so lange bevorzugt zu berücksichtigen, bis keine Unterrepräsentanz mehr besteht. Eine Bevorzugung nach Satz 1 ist nicht zulässig, sofern in der Person eines Mitbewerbers des anderen Geschlechts liegende Gründe für eine Einstellung überwiegen.

(2) Ein Abweichen von Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 ist in Einzelfällen nur aus zwingenden und nicht auf einer geschlechterbezogenen Diskriminierung beruhenden Gründen zulässig, die im Einzelnen schriftlich dargelegt werden müssen.

(3) Zur Feststellung der Qualifikation sind spezifische, durch Betreuung oder Pflege von Angehörigen oder durch ehrenamtliche Tätigkeit erworbene Erfahrungen und Fähigkeiten zu berücksichtigen, soweit diese für die zu übertragenden Aufgaben erheblich sind.“

154 BVerwG, Urt. v. 30.06.2011 – 2 C 19.10 – BVerwGE 140, 83 Rn. 20.

155 Vgl. § 81 Abs. 2 Satz 1, § 128 Abs. 1 SGB IX; § 1 und § 7 Behindertengleichstellungsgesetz – BGG.

156 BVerwG, Urt. v. 30.06.2011 – 2 C 19.10 – BVerwGE 140, 83 Rn. 20.

157 BVerwG, Urt. v. 17.08.2005 – 2 C 37.04 – BVerwGE 124, 99 Rn. 19 f.; BVerwG, Beschl. v. 24.09.2008 – 2 B 117.07 – DÖD 2009, 99 Rn. 9; ThürOVG, Beschl. v. 07.09.2016 – 2 EO 161/15 – juris Rn. 14.

158 StRSpr, vgl. BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 Rn. 16 m. w. N.

159 BVerfG, Kammerbeschl. v. 24.09.2002 – 2 BvR 857/02 – NVwZ 2003, 200, 201 = juris Rn. 13; BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 Rn. 16; ausführlich: ThürOVG, Beschl. v. 15.04.2014 – 2 EO 641/12 – ThürVBl. 2015, 58, 62 = juris Rn. 41 m. w. N. und ThürOVG, Beschl. v. 09.02.2015 – 2 EO 508/14 – ThürVBl. 2016, 66, 69 f. = juris Rn. 51 m. w. N.; vgl. zuletzt ThürOVG, Beschl. v. 22.02.2017 – 2 EO 500/16 – juris Rn. 34.

160 BVerfG, Kammerbeschl. v. 02.10.2007 – 2 BvR 2457/04 – NVwZ 2008, 194; BVerfG, Kammerbeschl. v. 08.10.2007 – 2 BvR 1846/07 u. a. – NVwZ 2008, 69; BVerfG, Kammerbeschl. v. 04.02.2016 – 2 BvR 2223/15 – NVwZ 2016, 764 Rn. 86; BVerwG, Urt. v. 18.04.2002 – 2 C 19.01 – Buchholz 237.95 § 20 SHLBG Nr. 2; BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16.09 – BVerwGE 138, 102 Rn. 24 und 43; BVerwG, Beschl. v. 21.12.2016 – 2 VR 1.16 – Rn. 43 unter Hinweis auch auf BVerwG, Urt. v. 19.03.2015 – 2 C 12.14 – BVerwGE 151, 333 Rn. 27 für sekundärrechtliche Ansprüche.

161 ThürOVG, Beschl. v. 15.04.2014 – 2 EO 641/12 – ThürVBl. 2015, 58, 62 = juris Rn. 42.

162 BVerfG, Kammerbeschl. v. 25.01.2017 – 2 BvR 2076/16 – NVwZ 2017, 472 Rn. 26; BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16.09 – BVerwGE 138, 102 Rn. 58.

163 BVerfG, Kammerbeschl. v. 25.01.2017 – 2 BvR 2076/16 – NVwZ 2017, 472 Rn. 26 m. w. N.; BVerwG, Beschl. v. 29.04.2016 – 1 WB 27.15 – NVwZ-RR 2016, 628 Rn. 18 f. m. w. N.



## VI. Sonderfall: Abbruch eines Auswahlverfahrens

### 1. Rechtsprechung

BVerfG<sup>164</sup> und BVerwG<sup>165</sup> haben in den letzten Jahren auch die Rechtsprechung zum Abbruch eines Auswahlverfahrens systematisiert und konturiert. Danach gilt Folgendes:

Wenn der Dienstherr die Stelle zwar weiterhin vergeben will, hierfür aber ein neues Auswahlverfahren für erforderlich hält, kann er das laufende Auswahlverfahren durch einen wirksamen Abbruch beenden. Wirksam ist ein Abbruch indes nur, wenn er rechtmäßig ist. Prüfungsmaßstab hierfür ist Art. 33 Abs. 2 GG, denn der Abbruch betrifft nicht die der Organisationsgewalt des Dienstherrn vorbehaltene Entscheidung darüber, ob und welche Ämter er schaffen und wie er seine Dienstposten zuschneiden will.<sup>166</sup> Die Stelle soll ja unverändert bestehen bleiben und auch vergeben werden. Die Ausgestaltung des Auswahlverfahrens hat – ebenso wie die Auswahlentscheidung selbst – den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG Rechnung zu tragen.<sup>167</sup> Verfahrensrechtliche Anforderungen oder Maßnahmen können wesentliche Weichen stellen, die den materiellen Gehalt der nachfolgenden Auswahlentscheidung beeinflussen oder vorherbestimmen. Durch die mit einem Abbruch verbundene Veränderung des zeitlichen Bezugspunkts der Auswahlentscheidung etwa kann der Bewerberkreis verändert und ggf. auch gesteuert werden.

Der Abbruch eines Auswahlverfahrens bedarf daher eines sachlichen Grundes, der den Vorgaben aus Art. 33 Abs. 2 GG genügt. Der Dienstherr kann demnach das Auswahlverfahren abbrechen, wenn es fehlerhaft ist und nicht mehr zu einer ordnungsgemäßen Auswahlentscheidung führen kann oder wenn eine erneute Ausschreibung erforderlich wird, um eine hinreichende Anzahl leistungsstarker Bewerber zu erhalten.<sup>168</sup> Genügt die Abbruchentscheidung diesen Vorgaben nicht, ist sie unwirksam und das in Gang gesetzte Auswahlverfahren nach dessen Maßgaben fortzuführen. Eine Neuausschreibung darf dann nicht erfolgen.<sup>169</sup>

Die Rechtmäßigkeit des Abbruchs setzt außerdem voraus, dass die Bewerber hiervon rechtzeitig und in geeigneter Form Kenntnis erlangen und der wesentliche Abbruchgrund – jedenfalls dann, wenn er sich nicht evident aus dem Vorgang selbst ergibt – schriftlich dokumentiert wird. Bewerber werden grundsätzlich nur durch eine schriftliche Fixierung der wesentlichen Erwägungen in die Lage versetzt, etwa anhand von Akteneinsicht sachgerecht darüber befinden zu können, ob die Entscheidung des Dienstherrn ihren Bewerbungsverfahrensanspruch berührt und ob Rechtsschutz in Anspruch genommen werden sollte. Darüber hinaus eröffnet erst die Dokumentation des sachlichen Grundes für den Abbruch des Auswahlverfahrens dem Gericht die Möglichkeit, die Beweggründe für den Abbruch nachzuvollziehen. Die Annahme, die maßgeblichen Erwägungen könnten auch erstmals im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens über die Besetzung der betroffenen Stelle dargelegt werden, mindert die Rechtsschutzmöglichkeiten der Bewerber in unzumutbarer Weise.<sup>170</sup>

Wenn etwa der Dienstherr mit der Absicht der Herbeiführung der gewünschten Abbruchmöglichkeit das Bewerberfeld mit der Folge einer nicht hinreichenden Anzahl leistungsstarker Bewerber reduziert, ist es denkbar, dass dies keinen für einen Abbruch des erforderlichen Sachgrund darstellt und sich der Bewerbungsverfahrensanspruch des allein übrig gebliebenen Bewerbers ausnahmsweise zu einem Anspruch auf Beförderung bzw. Besetzung des Dienstpostens verdichtet, sofern der Dienstherr an der Absicht der Ämtervergabe festhält.<sup>171</sup>

Ein rechtswidriger Abbruch des Auswahlverfahrens verletzt den grundrechtsgleichen Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG. Die Bewerber können daher bereits diese Maßnahme, obwohl sie nur vorbereitenden Charakter besitzt,

einer gerichtlichen Kontrolle zuführen. Dies ist aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) nur im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes möglich. Das Ziel der zeitnahen Fortführung des begonnenen Auswahlverfahrens mit dem bestehenden Bewerberkreis kann durch eine Hauptsacheklage – selbst im Erfolgsfall – nicht erreicht werden. Der Anordnungsgrund für einen Antrag nach § 123 VwGO ergibt sich daher aus dem Inhalt des Rechtsschutzbegehrens, das auf eine sofortige Verpflichtung des Dienstherrn gerichtet ist und daher bereits aus strukturellen Gründen nur im Wege des Eilrechtsschutzes verwirklicht werden kann. Das Erfordernis einer zeitnahen Klärung folgt auch aus dem Gebot der Rechtssicherheit. Sowohl der Dienstherr als auch die Bewerber brauchen Klarheit darüber, in welchem Auswahlverfahren die Stelle vergeben wird. Der zeitliche Parallelauf mehrerer auf dieselbe Planstelle bezogener Verfahren mit unterschiedlichen Bewerbern würde zu schwierigen Vergabe- und Rückabwicklungsproblemen führen. Die Rechtmäßigkeit des Abbruchs muss daher geklärt sein, bevor in einem weiteren Auswahlverfahren eine Entscheidung getroffen und das Amt vergeben wird.<sup>172</sup>

Stellt ein Bewerber nicht innerhalb eines Monats nach Zugang der Abbruchmitteilung einen Antrag nach § 123 VwGO, darf der Dienstherr darauf vertrauen, dass der Bewerber den Abbruch des Auswahlverfahrens nicht angreift, sondern sein Beförderungsbegehren im Rahmen einer neuen Ausschreibung weiterverfolgt. Die Monatsfrist ist an dem für Beamte generell geltenden Rechtsmittelsystem orientiert<sup>173</sup> und ausreichend, um eine zeitnahe Klärung darüber herbeiführen zu können, ob der Bewerber eine einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO gegen den Abbruch des Auswahlverfahrens beantragen will. Sie folgt daher anderen Grundsätzen als die dem Dienstherrn vor der Aushändigung einer Ernennungsurkunde auferlegte Wartefrist, mit der die Gewährung effektiven Rechtsschutzes für die unterlegenen Bewerber erst ermöglicht werden soll. Nach Ablauf der Monatsfrist ist die Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit des Abbruchs des Auswahlverfahrens mit einer Hauptsacheklage überprüfen zu lassen, verwirkt.<sup>174</sup>

<sup>164</sup> Vgl. insbesondere BVerfG, Kammerbeschl. v. 28.04.2005 – 1 BvR 2231/02 u. a. – BVerfGK 5, 205; BVerfG, Kammerbeschl. v. 28.11.2011 – 2 BvR 1181/11 – NVwZ 2012, 366; BVerfG, Kammerbeschl. v. 24.09.2015 – 2 BvR 1686/15 – IÖD 2015, 266.

<sup>165</sup> Vgl. insbesondere BVerwG, Ur. v. 03.12.2014 – 2 A 3.13 – BVerwGE 151, 14; Vgl. auch: BVerwG, Ur. v. 29.11.2012 – 2 C 6.11 – BVerwGE 145, 185 und BVerwG, Beschl. v. 10.05.2016 – 2 VR 2.15 – BVerwGE 155, 152.

<sup>166</sup> BVerwG, Ur. v. 13.12.2012 – 2 C 11.11 – BVerwGE 145, 237 Rn. 20. Vgl. auch oben unter I.

<sup>167</sup> BVerfG, Kammerbeschl. v. 28.11.2011 – 2 BvR 1181/11 – NVwZ 2012, 366 Rn. 22; BVerfG, Kammerbeschl. v. 24.09.2015 – 2 BvR 1686/15 – IÖD 2015, 266 Rn. 14.

<sup>168</sup> BVerfG, Kammerbeschl. v. 24.09.2015 – 2 BvR 1686/15 – IÖD 2015, 266 Rn. 14; BVerwG, Ur. v. 29.11.2012 – 2 C 6.11 – BVerwGE 145, 185 Rn. 17.

<sup>169</sup> BVerfG, Kammerbeschl. v. 28.04.2005 – 1 BvR 2231/02 u. a. – BVerfGK 5, 205, 216; BVerfG, Kammerbeschl. v. 28.11.2011 – 2 BvR 1181/11 – NVwZ 2012, 366 Rn. 2.

<sup>170</sup> BVerfG, Kammerbeschl. v. 28.11.2011 – 2 BvR 1181/11 – NVwZ 2012, 366 Rn. 23 m. w. N.; BVerfG, Kammerbeschl. v. 24.09.2015 – 2 BvR 1686/15 – IÖD 2015, 266 Rn. 14; BVerwG, Ur. v. 26.01.2012 – 2 A 7.09 – BVerwGE 141, 361 Rn. 27 f.; BVerwG, Ur. v. 29.11.2012 – 2 C 6.11 – BVerwGE 145, 185 Rn. 19 f.; BVerwG, Ur. v. 03.12.2014 – 2 A 3.13 – BVerwGE 151, 14 Rn. 20.

<sup>171</sup> BVerfG, Kammerbeschl. v. 25.01.2017 – 2 BvR 2076/16 – NVwZ 2017, 472 Rn. 27 m. w. N.

<sup>172</sup> BVerwG, Ur. v. 03.12.2014 – 2 A 3.13 – BVerwGE 151, 14 Rn. 23.

<sup>173</sup> Vgl. § 126 Abs. 2 BBG, § 54 Abs. 2 BeamtStG, § 74 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

<sup>174</sup> BVerwG, Ur. v. 03.12.2014 – 2 A 3.13 – BVerwGE 151, 14 Rn. 24.

## 2. Einordnung

Der Bewerbungsverfahrenanspruch erlischt, wenn das Auswahlverfahren abgeschlossen ist, sich erledigt hat oder wirksam abgebrochen worden ist.

Abgeschlossen ist ein Auswahlverfahren, wenn ein Mitbewerber rechtsbeständig ernannt worden ist.

Erledigt ist ein Auswahlverfahren, wenn die ursprünglich beabsichtigte Ämtervergabe nicht mehr stattfinden soll. Beispiele: Die Planstelle steht nicht mehr zur Verfügung; der Dienstherr nimmt eine ämtergleiche Besetzung vor; die betreffende Organisationseinheit, bei der der Dienstposten eingerichtet ist, wird aufgelöst; der Dienstherr will das ausgeschriebene Amt gar nicht mehr oder nur mit neuem Zuschnitt vergeben (ob ein Dienstposten neu zugeschnitten oder nur umbenannt ist, ist durch einen Vergleich der Funktionsbeschreibungen zu ermitteln).

Abgebrochen ist ein Auswahlverfahren, wenn der Dienstherr die Stelle zwar weiterhin vergeben will, hierfür aber ein neues Auswahlverfahren für erforderlich hält. Wirksam ist ein Abbruch dann, wenn der Abbruch und die Abbruchgründe schriftlich dokumentiert sind sowie der Abbruch und die wesentlichen Abbruchgründe den Bewerbern mitgeteilt wurden (formelle Anforderungen) und wenn ein sachlicher, den Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG genügender Grund für den Abbruch vorliegt (materielle Anforderungen). Ein solcher sachlicher Grund kann – wie erwähnt – in einem fehlerhaften Auswahlverfahren, das nicht mehr zu einer ordnungsgemäßen Auswahlentscheidung führen kann, und in dem Ziel liegen, eine hinreichende Anzahl leistungsstarker Bewerber zu gewinnen.<sup>175</sup>

Der Konkurrent, der in einem gerichtlichen Verfahren erfolgreich gegen den Abbruch eines Auswahlverfahrens vorgeht, hat lediglich einen Anspruch auf Fortsetzung des ursprüngli-

chen Auswahlverfahrens nach dessen Maßgaben, nicht aber darauf, dass das Auswahlverfahren überhaupt zu Ende geführt, zügig zu Ende geführt wird oder er gar ausgewählt wird.<sup>176</sup>

## VII. Ausblick

Rechtssichere Auswahlentscheidungen sind nicht einfach, aber möglich. Möglich sind auch zügige gerichtliche Verfahren, wenn die entsprechenden Spruchkörper nicht überlastet sind. Dabei ist zu sehen, dass andere Rechtsgebiete nicht weniger wichtig sind als das Dienstrecht und deshalb die für Dienstrecht zuständigen Spruchkörper in der Regel nicht zulasten anderer Spruchkörper personell verstärkt werden können. Die Kritik an der Dauer der gerichtlichen Konkurrentenstreitverfahren, die teilweise nachvollziehbar ist, erstaunt allerdings, wenn sie vonseiten einer Verwaltung kommt, die in der Regel mehr Manpower zur Bewältigung der Auswahlverfahren zur Verfügung hat als die Gerichte zur Bewältigung der Konkurrentenstreitverfahren, aber dennoch selbst mehr Zeit für die Durchführung von Auswahlverfahren benötigt als die Gerichte für die Durchführung der Konkurrentenstreitverfahren. Im Übrigen sollte die Verwaltung in geeigneten Fällen von der durch die Rechtsprechung des BVerwG eröffneten Möglichkeit Gebrauch machen, Dienstposten auch während laufender Konkurrentenstreitverfahren (vorläufig) zu besetzen.

<sup>175</sup> von der Weiden, jurisPR-BVerwG 12/2015 Anm. 6 zu BVerwG, Urt. v. 03.12.2014 – 2 A 3.13.

<sup>176</sup> BVerfG, Kammerbeschl. v. 28.11.2011 – 2 BvR 1181/11 – NVwZ 2012, 366 368; BVerwG, Urt. v. 03.12.2014 – 2 A 3.13 – BVerwGE 151, 14 Rn. 17 ff.; BVerwG, Urt. v. 17.11.2016 – 2 C 27.15 – juris Rn. 31 ff.

## RECHTSPRECHUNG

Soweit nicht anders vermerkt ist, sind die abgedruckten Entscheidungen rechtskräftig.

### Thüringer Oberverwaltungsgericht

BauGB § 30 Abs. 1, § 34 Abs. 1; BauNVO § 15 Abs. 1 Satz 1, § 15 Abs. 1 Satz 2; ThürBO § 2 Abs. 3, § 6, § 62, § 92 Abs. 2; (Thüringische) Landesbauordnung idFv 02.09.1930 § 13 Abs. 3, § 15 idFv 02.09.1930; Bauplanordnung für das Stadtgebiet Jena idFv 21.05.1931; GKG § 52 Abs. 1 (Nachbar; Baugenehmigung; Bebauungsplan; Überleitung; Bauplanordnung; reines Wohngebiet; Vordergebäude; Hauptgebäude; Nebengebäude; Bebauung in „zweiter Reihe“; Blockinneres; straßenbegleitende Bebauung; rückwärtige Baugrenze; „innen liegendes“ Grundstück; Wohnbebauung; Baufluchtlinie; bebaubare Fläche; nachbarschützende Wirkung; Erholungsraum; Vollgeschoss; Dachgeschoss; Wohnnutzung; Geländehöhe; Kellergeschoss; Unbestimmtheit; Grenzabstand; Etikettenschwindel; Zweifamilienhaus; Mehrfamilienhaus; Eigenart des Baugebiets; Maß der baulichen Nutzung; Gebietsveränderung; Einzelhaus; Einfamilienhaus; Zahl der Wohnungen; Doppelhaus; Gruppenhaus; Bauweise; Rücksichtnahmegebot; Belichtung; Besonnung; Verschattung; Zumutbarkeit; erdrückende Wirkung; abriegelnde Wirkung; Firsthöhe; Giebelseite; Traufhöhe; Gebäudeklasse; vereinfachtes Baugenehmigungsverfahren; falsches Genehmigungsverfahren; Abstandsflächen; Tiefe; Wandhöhe; Höheaufmaß; Grundstücksgrenze; Streitwert; Nachbarklage; Streitwertkatalog; Streitwertrahmen; Hauptsacheverfahren; Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes; Halbierung)

#### 1. Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben im Geltungsbereich des wirksam übergeleiteten Bebauungsplans

„Südwest-Vorstadt II. Teil“ der Stadt Jena aus dem Jahr 1926 beurteilt sich nach § 30 Abs. 1 BauGB i. V. m. den Festsetzungen dieses Bebauungsplans und den ergänzenden Bestimmungen der Bauplanordnung für das Stadtgebiet Jena vom 21.05.1931; für eine Prüfung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit nach § 34 BauGB ist kein Raum.

2. Der Bauplanordnung für das Stadtgebiet Jena vom 21.05.1931 lässt sich nicht entnehmen, dass die darin aufgeführten „Hauptgebäude“ nur entlang der Straßenzüge errichtet werden sollen und rückwärtige (im Blockinnenbereich gelegene) Grundstücksteile oder Grundstücke von Wohnbebauung freizuhalten sind.

3. Zur Verletzung des Anspruchs auf Aufrechterhaltung der typischen Prägung des Baugebiets und des bauplanungsrechtlichen Rücksichtnahmegebots durch eine Bebauung im Blockinnenbereich (hier verneint).

4. Richtet sich eine Nachbarklage gegen die Baugenehmigung für ein Einfamilienhaus, ist in Anlehnung an den in Nr. 9.7.1 des Streitwertkatalogs 2013 vorgeschlagenen Streitwertrahmen in der Regel von einem Streitwert von 7 500 € auszugehen, sofern es an Anhaltspunkten für einen höheren wirtschaftlichen Schaden fehlt. Für eine Nachbarklage gegen die Baugenehmigung für ein Mehrfamilienhaus ist in der Regel ein Streitwert von 10 000 € festzusetzen. In Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ist der für ein Hauptsacheverfahren