

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Fachpresse: ja

Allgemeines Beamtenrecht

Rechtsquelle/n:

GG	Art. 33 Abs. 2
VwGO	§ 123
BBG	§§ 1, 22 und 126
SG	§ 4
BLV	§§ 1, 32 und 33

Titelzeile:

Konkurrentenstreit unter Soldaten um höherwertigen Dienstposten beim BND; Auswahlentscheidung als maßgeblicher Zeitpunkt

Stichworte:

Verwendung von Soldaten beim Bundesnachrichtendienst (BND); Rahmenvereinbarung; nichtmilitärische Dienststelle; höherer Dienstgrad; höherwertiger Dienstposten; Vorwirkung auf eine Beförderung; fiktive Fortschreibung; Ausblenden; Ausblendung; Erfahrungsvorsprung; Bewährungsvorsprung; Option; Anwendungsbereich; Voraussetzungen; fiktive Erprobung; Anordnungsgrund; Ausrichtung der Vergabe an den Anforderungen des konkreten Dienstpostens; Fremdsprachenkenntnisse; Sprachenschule des BND; nachträgliche Erfüllung des Anforderungsprofils; maßgeblicher Zeitpunkt; Ausgangsentscheidung; Auswahlentscheidung; Auswahlvermerk; zügige Besetzung einer Stelle.

Leitsatz:

1. Für zum Bundesnachrichtendienst (BND) versetzte und dort verwendete Soldaten der Bundeswehr, die aus den Befehlsstrukturen der Streitkräfte herausgelöst und in den Geschäftsbereich des BND eingegliedert sind, gelten die allgemeinen für Beamte entwickelten Grundsätze des Konkurrentenstreitverfahrens.

2. Die Figur des "Ausblendens" eines etwaigen Bewährungsvorsprungs im Falle der Rechtswidrigkeit der Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens (BVerwGE 155, 152 Rn. 30 ff.; 157, 168 Rn. 14) unterliegt einem eingeschränkten Anwendungsbereich und sachlichen Voraussetzungen. Es handelt sich um eine Option des Dienstherrn, der die damit verbundenen Vor- und Nachteile für die dienstlichen Interessen, aber auch für den ausgewählten Bewerber abzuwägen hat. Sie scheidet aus, wenn der zu besetzende höherwertige Dienstposten andersartig ist und kein Urteil über die Leistungen des Beamten auf einem seinem bisherigen Statusamt entsprechenden Dienstposten mehr zulässt. Sie ermöglicht auch keine "fiktive Erprobung".



3. Für die Rechtmäßigkeit einer Auswahlentscheidung für die Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens kommt es auf die Sachlage zum Zeitpunkt der Ausgangsentscheidung (regelmäßig in Gestalt des sog. Auswahlvermerks) an. Im Verlauf des Widerspruchsverfahrens eintretende Veränderungen (hier: die nachträgliche Erfüllung der Anforderungen des Anforderungsprofils durch einen Bewerber) muss der Dienstherr nicht berücksichtigen.

Beschluss des 2. Senats vom 12. Dezember 2017 - BVerwG 2 VR 2.16



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 2 VR 2.16

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 12. Dezember 2017
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hartung und Dollinger

beschlossen:

Der Antrag wird abgelehnt.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens mit
Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beigelade-
nen, die dieser selbst trägt.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 17 089,29 €
festgesetzt.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Antragsteller steht als Berufssoldat und Oberstleutnant (Besoldungsgruppe A 14 BBesO) im Dienst der Antragsgegnerin und wird seit dem 1. März ... beim Bundesnachrichtendienst (BND) verwendet. Er wendet sich im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Besetzung eines höherwertigen Dienstpostens beim BND mit dem Beigeladenen, der ebenfalls ein Amt der Besoldungsgruppe A 14 BBesO (Fregattenkapitän) innehat.
- 2 Mitte März 2016 schrieb der BND den mit der Besoldungsgruppe A 15 BBesO bewerteten Dienstposten ... "... für die Statusgruppe der Soldaten förderlich aus. Das Sachgebiet, dem der Dienstposten zugeordnet ist, befasst sich mit der Beschaffung geheimer Informationen zu politischen, wirtschaftlichen und militärischen Themen der Zielregion A. In der Stellenausschreibung sind als zum Zeitpunkt der Bewerbung zu erfüllende zwingende Anforderungen genannt "Stabsoffizier mit abgeschlossenem Studium" oder "Stabsoffizier mit entsprechender Verwendung im operativen Bereich der Bundeswehr/MiINw oder des

Bundesnachrichtendienstes", "Fremdsprachenkenntnisse in Englisch entsprechend dem Standardisierten Leistungsprofil (SLP) 3 (3333;2)" und "mindestens 3-jährige Berufserfahrung im operativen Bereich".

- 3 Zum Zeitpunkt seiner Bewerbung verfügte der Antragsteller lediglich über ein Sprachzeugnis in Englisch in der Ausprägung SLP "3332;x" aus dem Jahr 2007. Ein Englisch-Einstufungstest an der Sprachschule des BND, bei dem lediglich drei Fertigkeiten getestet wurden, führte zu einem Sprachzeugnis SLP 2 in der Ausprägung "x222;x". Nach Ablauf der Bewerbungsfrist erreichte der Antragsteller beim Sprachtest am 11. August 2016 in der fünfstelligen Ausprägung das Ergebnis "2322;2". Am 21. Dezember 2016 wiederholte der Antragsteller den Englischtest an der Sprachschule des BND und bestand diesen mit dem Ergebnis "SLP 3 (3333;3)".
- 4 Mit der Begründung, dass allein der Beigeladene sämtliche Anforderungen der Ausschreibung erfülle, traf der Leiter der Zentralabteilung des BND am 15. November 2016 die Auswahlentscheidung, den streitgegenständlichen Dienstposten mit dem Beigeladenen zu besetzen. Gegenüber dem Antragsteller begründete der BND die Auswahlentscheidung damit, dass er die geforderten Fremdsprachenkenntnisse in Englisch nicht erfülle. Über den Widerspruch des Antragstellers hat der BND noch nicht entschieden.
- 5 Zur Begründung seines Antrags trägt der Antragsteller vor: Die Auswahlentscheidung des BND verletze seinen Bewerbungsverfahrensanspruch. Die Entscheidung beruhe auf einem unzulässigen Anforderungsprofil und einer fehlerhaften, weil zu formalen Subsumtion seiner Qualifikation hierunter. Angesichts des Umstands, dass er in der letzten dienstlichen Beurteilung eine bessere Endnote als der ausgewählte Beigeladene aufweisen könne, erscheine es auch möglich, dass der Dienstposten im Falle einer fehlerfreien Wiederholung des Auswahlverfahrens an den Antragsteller vergeben werde. Die Auswahlentscheidung sei anhand aktueller dienstlicher Beurteilungen vorzunehmen, die auf das Statusamt bezogen seien. Eine Einengung des Bewerberfelds aufgrund der Anforderungen eines bestimmten Dienstpostens sei hiermit grundsätzlich nicht vereinbar. Dies gelte für Beamte wie für Soldaten. Auch habe er mehrjäh-

rige Auslandsverwendungen absolviert, bei denen überwiegend in englischer Sprache kommuniziert worden sei. In den beiden letzten dienstlichen Beurteilungen sei er im Hinblick auf das Kommunikationsvermögen auch sehr gut beurteilt worden. Bei vorangehenden Personalgesprächen sei er nicht darauf hingewiesen worden, dass im Hinblick auf den Nachweis von Fremdsprachenkenntnissen Nachholbedarf bestehe. Auch zeige der nachträgliche Erwerb des Sprachzeugnisses, dass es sich hierbei um Kenntnisse handele, die sich ein Bewerber in angemessener Zeit und ohne zumutbare Beeinträchtigung der Wahrnehmung der Aufgaben verschaffen könne. Zudem zeige die Prüfung, dass die Sprachkenntnisse des Antragstellers bereits vor Ablegung der Prüfung für den streitgegenständlichen Dienstposten ausreichend gewesen seien. Dies zeige sich auch daran, dass er einen mehrwöchigen Auslandseinsatz erfolgreich absolviert habe, bei dem es auch auf seine Englischkenntnisse angekommen sei. Die Beschränkung auf das fünfstellige SLP mit der Ausprägung "3333;2" als zwingende Voraussetzung sei sachlich nicht nachvollziehbar und erscheine willkürlich. Bei anderen Ausschreibungen habe der BND ein solches Sprachzeugnis nicht gefordert, sondern lediglich verlangt, dass der Bewerber in zwei Fertigkeiten Kenntnisse der Stufe 3 habe. Auch sei zweifelhaft, ob der Beigeladene, der erst seit Mai 2011 beim BND tätig sei, zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung tatsächlich noch über ein gültiges Sprachzeugnis in der vom Dienst vorausgesetzten Ausprägung verfügt habe.

6 Der Antragsteller beantragt,

der Antragsgegnerin bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens zu untersagen, den am 18. März 2016 ausgeschriebenen Dienstposten als Referent "... (...)" am Dienstort ... unter der Kennziffer ... mit dem Beigeladenen zu besetzen,

hilfsweise,

der Antragsgegnerin bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens zu untersagen, den Beigeladenen in ein mit diesem Dienstposten verbundenes Amt der Besoldungsgruppe A 15 zu befördern.

- 7 Die Antragsgegnerin beantragt,
den Antrag abzulehnen.

- 8 Der Antrag sei unbegründet, weil dem Antragsteller kein Anordnungsanspruch zustehe. Die Rechtsprechung, wonach sich die Auswahlentscheidung nicht nach den Anforderungen des Dienstpostens richte, sondern auf das Statusamt bezogen sei, sei auf die Auswahlentscheidung unter Soldaten nicht übertragbar. Denn das Soldatenrecht kenne nicht den für das Dienstrecht der Beamten zentralen Begriff des Statusamts. Der Dienstgrad als solcher sei kein geeigneter Bezugspunkt und Maßstab für Auswahlentscheidungen zur Besetzung von Dienstposten. Dementsprechend richte sich die Auswahlentscheidung bei Soldaten nach den Anforderungen des zu übertragenden konkreten Dienstpostens. Da der Antragsteller die nach dem konstitutiven Anforderungsprofil vorausgesetzten Fremdsprachenkenntnisse in Englisch zu keinem Zeitpunkt des Auswahlverfahrens habe nachweisen können, sei er schon gar nicht in den Leistungsvergleich des engeren Bewerberkreises einzubeziehen gewesen. Zur Erledigung der dem streitgegenständlichen Dienstposten zugeordneten Aufgaben seien fachspezifische Fremdsprachenkenntnisse in Englisch entsprechend SLP 3 "3333;2" unabdingbar. Bei dem Inhaber des Dienstpostens handele es sich um einen herausgehobenen Anbahner/Verbindungsführer, der gleichzeitig noch die Funktion eines Leiters "... " habe. Das vom Dienst bereits in der Ausschreibung detailliert geforderte Sprachleistungsniveau habe der Antragsteller aber bis zur Auswahlentscheidung nicht nachweisen können. Dabei sei es für den Antragsteller ein Leichtes gewesen, bis zum Ende der Ausschreibungsfrist am 8. April 2016 einen entsprechenden Test bei der Sprachenschule des BND nachzuholen. Der Beigeladene habe in einem Spracheinstufungstest am 22. April 2015 das SLP 3333;3 nachgewiesen, sodass eine Ausbildung oder die Teilnahme an einem Lehrgang auf dieser Stufe nicht erforderlich gewesen sei.

- 9 Der Beigeladene stellt keinen Antrag.

- 10 Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze der Beteiligten sowie auf die vom Bundesnachrichtendienst übersandten Verwaltungsvorgänge verwiesen.

II

- 11 Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, über den der Senat gemäß § 123 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO in erster und letzter Instanz entscheidet, ist unbegründet. Dies gilt sowohl für den Hauptantrag (1) als auch für den Hilfsantrag (2).
- 12 Obwohl ausschließlich Soldaten der Bundeswehr betroffen sind, ist die Zuständigkeit der Wehrdienstgerichte nicht eröffnet. Diese haben lediglich über die Verletzung solcher Rechte und Pflichten von Soldaten zu entscheiden, die auf dem Verhältnis der besonderen militärischen Über- und Unterordnung beruhen, d.h. in truppdienstlichen Angelegenheiten (BVerwG, Beschluss vom 18. November 1997 - 1 WB 49.97 und 1 WB 50.97 - Buchholz § 311 § 18 WBO Nr. 1 S. 3 m.w.N.). Der Antragsteller und der Beigeladene sind zwar unverändert Soldaten der Bundeswehr; sie sind aber aufgrund ihrer Versetzung zum BND und der dortigen Verwendung aus den militärischen Befehlsstrukturen der Streitkräfte herausgelöst und in den Geschäftsbereich des BND eingegliedert, der als nichtmilitärische Dienststelle dem Chef des Bundeskanzleramts untersteht (BVerwG, Urteil vom 21. Juni 2007 - 2 A 6.06 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 35 Rn. 13 ff.).
- 13 1. Hinsichtlich des Hauptantrags des Antragstellers, der Antragsgegnerin bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens die Besetzung des streitgegenständlichen Dienstpostens mit dem Beigeladenen zu untersagen, besteht zwar der Anordnungsgrund (a), nicht aber der Anordnungsanspruch (b). Der Antragsteller hat nicht glaubhaft gemacht, dass durch die Besetzung des ausgeschriebenen Dienstpostens mit dem Beigeladenen die Verwirklichung eigener Rechte vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (§ 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

- 14 a) Der für den Erlass einer einstweiligen Anordnung erforderliche Anordnungsgrund ist gegeben.
- 15 aa) Zwar geht es hier nicht darum, einem der an der Ausschreibung beteiligten Soldaten einen höheren Dienstgrad zu verleihen und ihn damit zu befördern (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 SG und § 5 Abs. 1 SLV). Die Ausschreibung und die Auswahlentscheidung des BND sind lediglich auf die Vergabe des gegenüber dem Dienstgrad des Antragstellers und des Beigeladenen höherwertigen Dienstpostens ausgerichtet. Die Übertragung eines Dienstpostens kann jedoch nachträglich aufgehoben werden, sodass der Betroffene nachgelagerten Rechtsschutz in Anspruch nehmen kann.
- 16 Die Auswahlentscheidung des BND vermag die Rechtsstellung des Antragstellers aus Art. 33 Abs. 2 GG dennoch zu beeinträchtigen, weil sie nach der Vorgehensweise der Antragsgegnerin Vorwirkungen auf die nachfolgende Verleihung eines höheren Dienstgrads entfalten kann.
- 17 Bei Bundesbeamten wird diese Vorwirkung aus § 22 Abs. 2 BBG abgeleitet, wenn der ausgeschriebene Dienstposten für die Bewerber höherwertig ist (BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 14 ff. m.w.N.). Die Übertragung eines höherwertigen Dienstpostens eröffnet dem Betroffenen die Möglichkeit, während der mindestens sechsmonatigen Erprobungszeit die Eignung nachzuweisen (§ 32 Nr. 2 BLV). Dies ist Voraussetzung für eine Beförderung, die mit einer höherwertigen Funktion verbunden ist. Das Bundesbeamtengesetz (§ 1) wie auch die Bundeslaufbahnverordnung (§ 1) gelten für die Beamten des Bundes, nicht jedoch für Soldaten.
- 18 Der Antragsteller wie auch der Beigeladene sind - entsprechend der Begrenzung der Ausschreibung durch den BND - Soldaten. Durch die dauerhafte Verwendung von Soldaten beim BND ändert sich ihr rechtlicher Status nicht. Sie sind als Soldaten der Bundeswehr Bestandteil der Streitkräfte und behalten ihren dienstlichen Status i.S.v. § 1 Abs. 1 SG (BVerwG, Urteil vom 16. Oktober 2008 - 2 A 9.07 - BVerwGE 132, 110 Rn. 66). In den für Soldaten geltenden Vorschriften des Soldatengesetzes und in der Soldatenlaufbahnverordnung fin-

den sich keine mit § 22 Abs. 2 BBG und § 32 Nr. 2 BLV vergleichbaren normativen Vorgaben.

- 19 Allerdings unterscheiden sich die beim BND verwendeten Soldaten von anderen Soldaten der Bundeswehr dadurch, dass sie aus den Befehlsstrukturen der Streitkräfte herausgelöst und in den Geschäftsbereich des BND eingegliedert sind, der als nichtmilitärische Dienststelle dem Chef des Bundeskanzleramts untersteht. Über die Verwendung der beim BND beschäftigten Soldaten entscheidet nach § 8 Abs. 3 Satz 1 der Rahmenvereinbarung zwischen dem Bundeskanzleramt und dem Bundesministerium der Verteidigung vom 13. Januar 1998 i.d.F. vom 6. August 2012 (- RV -) der Präsident des BND im Rahmen der ihm vom Chef des Bundeskanzleramts erteilten Dienstanweisung. Nach § 8 Abs. 3 Satz 2 RV unterstehen die im BND tätigen Soldaten dem Präsidenten des Dienstes in allgemein dienstlicher Hinsicht und haben seinen Anordnungen nachzukommen. Nach § 8 Abs. 3 Satz 4 und 5 RV bleiben die Soldaten truppendienstlich dem Bundesminister der Verteidigung unterstellt. Dies umfasst insbesondere die Disziplinargewalt und sonstige den Soldatenstatus berührende Angelegenheiten wie Ernennung, Beförderung, Versetzung, Dienstzeitverlängerung und Pensionierung. Damit bleibt die Verbindung der Soldaten zur militärischen Organisation der Bundeswehr personalrechtlich bestehen (BVerwG, Urteile vom 21. Juni 2007 - 2 A 6.06 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 35 Rn. 13 ff., vom 16. Oktober 2008 - 2 A 9.07 - BVerwGE 132, 110 Rn. 66 und vom 30. Juni 2011 - 2 A 3.10 - Buchholz 240 § 58a BBesG Nr. 5 Rn. 21).
- 20 Dienststellen des BND treffen die Auswahlentscheidung über die Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens sowohl unter den dort verwendeten Soldaten (BVerwG, Beschluss vom 19. Dezember 2014 - 2 VR 1.14 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 65) als auch bei Ausschreibungen, die für die Gruppe der Beamten und der Soldaten eröffnet ist (BVerwG, Urteil vom 31. März 2011 - 2 A 2.09 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 48 Rn. 2 und 19). Führt die Auswahlentscheidung des BND zugunsten eines Soldaten, die unter bestimmten Voraussetzungen der Zustimmung des Bundeskanzleramts bedarf, zu einer Beförderung eines Soldaten durch die Verleihung eines höheren Dienstgrads (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 SG), so obliegt deren bloßer Vollzug nach § 8 Abs. 3 Satz 4 RV

dem Bundesministerium der Verteidigung. Bei diesen ihm obliegenden Auswahlentscheidungen geht der BND von allgemeinen Grundsätzen aus und wendet diese gleichmäßig auf Beamte und auf bei ihm verwendete Soldaten an. Dies belegt der hier vorliegende Fall der auf die Statusgruppe der Soldaten beschränkten "förderlichen" Ausschreibung des streitgegenständlichen Dienstpostens. Nach diesen Grundsätzen hat die Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens an einen Bediensteten des BND ungeachtet seiner Zuordnung zur Gruppe der Beamten oder der Soldaten insofern Vorwirkungen auf die Vergabe eines höheren Statusamts oder eines höheren Dienstgrads als der ausgewählte Bewerber auf diesem Dienstposten seine Eignung nachweisen kann und damit für die spätere Entscheidung über eine Beförderung nach § 22 BBG oder §§ 4 und 27 SG in Betracht kommt.

- 21 bb) Auf die Option, den etwaigen Bewährungsvorsprung des Beigeladenen im Falle der Rechtswidrigkeit der Vergabe des höherwertigen Dienstpostens bei einer nachfolgenden Auswahlentscheidung zur Vergabe des höherwertigen Dienstgrads durch eine Ausblendung der spezifisch höherwertigen Aufgabewahrnehmung unberücksichtigt zu lassen (BVerwG, Beschlüsse vom 10. Mai 2016 - 2 VR 2.15 - BVerwGE 155, 152 Rn. 30 ff. und vom 21. Dezember 2016 - 2 VR 1.16 - BVerwGE 157, 168 Rn. 14), hat sich die Antragsgegnerin nicht berufen. Der Senat nimmt diesen Fall dennoch zum Anlass, Anwendungsbereich und Voraussetzungen seines Ansatzes zum "Ausblenden des Bewährungsvorsprungs" des erfolgreichen und mit der vorläufigen Wahrnehmung des Dienstpostens betrauten Bewerbers näher zu konkretisieren und einzugrenzen:
- 22 Im Vordergrund steht die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung, d.h. das öffentliche Interesse an der kontinuierlichen Erfüllung der mit einem bestimmten Dienstposten verbundenen Aufgaben. Die bloße Besetzung eines Dienstpostens unterliegt, wie dargelegt, nicht den Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG, sofern vermieden wird, dass sich die Wahrnehmung dieser Aufgaben durch einen der Bewerber der betreffenden Ausschreibung auf die spätere Vergabe des Statusamtes oder Dienstgrads auswirkt. Grundsätzlich ist der Dienstherr deshalb befugt, den höherwertigen Dienstposten vorläufig zu besetzen. Er muss aber die Auswahlentscheidung nachträglich korrigieren, wenn sie

sich im gerichtlichen Verfahren als rechtswidrig erweist. In diesem Fall darf nicht auf einen inzwischen erlangten und in einer dienstlichen Beurteilung zum Ausdruck kommenden Bewährungsvorsprung eines Mitbewerbers zurückgegriffen werden, der gerade auf der Höherwertigkeit des ihm übertragenen Dienstpostens beruht. Bei der weiteren Auswahlentscheidung muss die aktuelle dienstliche Beurteilung des ursprünglich ausgewählten und mit der Wahrnehmung des Dienstpostens beauftragten Bewerbers insoweit ausgeblendet werden, als sie die Erfüllung der spezifisch höherwertigen Aufgaben des Dienstpostens betrifft.

- 23 Im Beschluss des Senats vom 10. Mai 2016 - 2 VR 2.15 - (BVerwGE 155, 152 Rn. 30 f.) wird zur Erläuterung des dort vertretenen Ansatzes der (fiktiven) "Ausblendung" der aus der Höherwertigkeit des Dienstpostens folgenden Tätigkeit auf § 33 Abs. 3 BLV verwiesen. Diese Vorschrift regelt für die dort nicht abschließend aufgezählten Fälle die fiktive Fortschreibung der letzten regelmäßigen dienstlichen Beurteilung eines Beamten unter Berücksichtigung der Entwicklung vergleichbarer Beamtinnen und Beamter. An dieser Bezugnahme auf § 33 Abs. 3 BLV hält der Senat zur Begründung seines Ansatzes nicht länger fest. Die Regelung des § 33 Abs. 3 BLV, die primär Fälle betrifft, in denen der betroffene Beamte keine bewertbare Dienstleistung erbringt, entspricht vom Typus nicht der hier vorliegenden Konstellation der Wahrnehmung eines höherwertigen Dienstpostens durch einen der Mitbewerber. Denn bei dessen späterer dienstlicher Beurteilung soll nicht eine - fehlende - dienstliche Leistung fiktiv hinzugedacht, sondern vielmehr ein Teil seiner tatsächlich erbrachten dienstlichen Leistungen ausgeblendet werden.
- 24 Auch in personeller Hinsicht ist die Reichweite des Ausblendens des Bewährungsvorsprungs des ausgewählten Mitbewerbers zu konkretisieren. Es lässt sich nicht ausschließen, dass sich an der weiteren Auswahlentscheidung, bei der der spezifische Bewährungsvorsprung des ursprünglich - nach Auffassung des Gerichts rechtswidrig - ausgewählten Bewerbers unberücksichtigt zu bleiben hat, weitere Interessenten beteiligen, die bei der ursprünglichen Auswahlentscheidung nicht mitbetrachtet worden sind. Um Wertungswidersprüche infolge der Bildung unterschiedlicher Vergleichsgruppen mit dem ausgewählten Be-

werber, dem ursprünglich rechtswidrig übergangenen Bewerber und den neu hinzugetretenen Bewerbern zu vermeiden (vgl. OVG Koblenz, Beschluss vom 5. Mai 2017 - 2 B 10279/17 - ZBR 2017, 389 Rn. 22), kann sich das Ausblenden des Bewährungsvorsprungs nicht nur auf das Verhältnis zwischen dem ausgewählten und dem ursprünglich unterlegenen Bewerber beschränken, sondern muss sich auf sämtliche Mitbewerber der weiteren Auswahlentscheidung erstrecken.

- 25 Im Interesse der Klarstellung ist zu betonen, dass ein solches Ausblenden nur geboten ist, wenn sich an der weiteren Auswahlentscheidung auch tatsächlich derjenige Mitbewerber beteiligt, der im gerichtlichen Verfahren die Rechtswidrigkeit der ursprünglichen Auswahlentscheidung erfolgreich geltend gemacht hatte. Ansonsten greift der Grundsatz, dass die dienstlichen Leistungen, die der ausgewählte Bewerber auf dem ihm übertragenen Dienstposten erbracht hat, bei der weiteren Auswahlentscheidung ungeachtet der Rechtswidrigkeit der Aufgabenübertragung uneingeschränkt zu berücksichtigen sind (BVerwG, Beschluss vom 11. Mai 2009 - 2 VR 1.09 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 43 Rn. 4).
- 26 In personeller Hinsicht ist ferner die etwaige normative Vorgabe zu beachten, dass Beförderungen, die mit einer höherwertigen Funktion verbunden sind, eine bestimmte Erprobungszeit voraussetzen (z.B. § 22 Abs. 2 BBG). Eine solche Regelung setzt die praktische Tätigkeit des betreffenden Beamten auf einen dem höheren Statusamt entsprechenden Dienstposten voraus. Mit dem Erfordernis einer tatsächlichen Tätigkeit eines Beamten auf dem höherwertigen Dienstposten zum Zwecke des Nachweises seiner praktischen Bewährung ist die Vorstellung unvereinbar, die normativ vorgegebene tatsächliche Erprobung könne im Wege der fiktiven Fortschreibung der bisherigen dienstlichen Tätigkeit erlangt werden. Die im Beschluss des Senats vom 21. Dezember 2016 - 2 VR 1.16 - (BVerwGE 157, 168 Rn. 14) noch offen gelassene Frage ist daher zu verneinen. Die im Urteil des Senats vom 21. September 2006 - 2 C 13.05 - (BVerwGE 126, 333 Rn. 21) dargelegte Möglichkeit der prognostischen Ermittlung des Ergebnisses einer "fiktiven Erprobung" des betroffenen Beamten betrifft die besondere Situation eines freigestellten Mitglieds eines Personalrats.

- 27 Ausgeschlossen ist das Ausblenden ferner in denjenigen Fällen, in denen - sofern dies überhaupt zulässig ist (vgl. hierzu BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 13) - der ersten Auswahlentscheidung keine weitere nachfolgt, sondern der ausgewählte und mit der Wahrnehmung des höherwertigen Dienstpostens betraute Beamte nach Feststellung seiner Bewährung unmittelbar befördert wird. Anwendbar ist dieses Rechtsinstrument dagegen bei der - umstrittenen - Vergabe eines Statusamtes, bei der die Bewerber erprobt sind und der Dienstherr durch die vorläufige Vergabe des Dienstpostens an den von ihm ausgewählten Bewerber die kontinuierliche Aufgabenerfüllung gewährleisten will.
- 28 Die Gerichte blenden den Bewährungsvorsprung des ausgewählten Mitbewerbers dabei nicht von Amts wegen aus. Es handelt sich ausschließlich um eine Option, die der Dienstherr von sich aus in Anspruch nehmen muss, indem er den unterlegenen Bewerbern zusagt, einen eventuellen Bewährungs- oder Erfahrungsvorsprung des ausgewählten Bewerbers in einem weiteren Auswahlverfahren auszublenden, sollte sich die erste Auswahlentscheidung als rechtswidrig erweisen. Diese Entscheidung liegt in seinem weiten Organisationsermessen und kann vom Dienstherrn getroffen werden, wenn er dies zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der betreffenden Behörde oder Dienststelle für erforderlich hält. Dabei wird der Dienstherr die mit dem Ausblenden verbundenen Vor- und Nachteile für sich, aber auch für den ausgewählten Bewerber abzuwägen haben. Er hat auch den Umstand einzubeziehen, dass der ursprünglich unterlegene Bewerber die Übertragung des höherwertigen Dienstpostens im Hauptsacheverfahren in mehreren Instanzen angreifen kann. Der ausgewählte Bewerber läuft Gefahr, dass seine dienstliche Tätigkeit auf dem höherwertigen Dienstposten in weiteren Auswahlverfahren unberücksichtigt bleibt, weil das Gericht die nachfolgend dargelegten sachlichen Voraussetzungen für das Ausblenden des Bewährungsvorsprungs nicht als gegeben ansieht.
- 29 Der Dienstherr hat zu prüfen, ob das Ausblenden des Bewährungsvorsprungs angesichts der konkreten Tätigkeitsbereiche des ausgewählten Bewerbers überhaupt in Betracht kommt. Für das weitere Auswahlverfahren muss die

dienstliche Leistung dieses Beamten beurteilt werden, bei der aber gerade die Leistungen auf dem in Rede stehenden Dienstposten unberücksichtigt bleiben müssen. Dies setzt voraus, dass aufgrund der Leistungen auf dem übertragenen - höherwertigen - Dienstposten ein Rückschluss auf die Leistungen dieses Beamten in seinem bisherigen Statusamt oder Dienstgrad möglich ist; andernfalls hätte die dienstliche Beurteilung keinerlei Substanz. Damit dürfen die dem bisherigen Statusamt oder Dienstgrad entsprechenden Tätigkeiten auf dem neuen Dienstposten nicht völlig unbedeutend und untergeordnet sein. Die Figur des "Ausblendens des Bewährungsvorsprungs" des ausgewählten Bewerbers scheidet dementsprechend aus, wenn der neue - höherwertige - Dienstposten völlig andersartig ist und kein Urteil über die Leistungen dieses Beamten oder Soldaten auf einen seinem bisherigen Statusamt oder Dienstgrad entsprechenden Dienstposten mehr zulässt.

- 30 Das Ausblenden kommt danach insbesondere in solchen Konstellationen in Betracht, in denen die Höherwertigkeit des neuen Dienstpostens maßgeblich daraus resultiert, dass die dienstlichen Aufgaben weitgehend identisch bleiben und lediglich zusätzliche Führungs- oder Leitungsaufgaben hinzukommen. Dies gilt etwa für den Schulbereich in denjenigen Fällen, in denen der höherwertige Dienstposten lediglich zu einer geringfügigen Reduzierung der Pflichtstundenzahl des Lehrers führt und dieser nicht unmittelbar unterrichtsbezogene schulische Verwaltungsaufgaben, wie die Erstellung des Unterrichtsplans oder die Leitung der Schulbibliothek (vgl. BVerwG, Urteil vom 16. Juli 2015 - 2 C 16.14 - BVerwGE 152, 301), wahrzunehmen hat. In einer solchen Fallgestaltung hat der Beamte unverändert ausreichende Dienstaufgaben zu erfüllen, die dem Dienstherrn eine aussagekräftige dienstliche Beurteilung in Bezug auf die Wahrnehmung eines dem bisherigen Statusamt entsprechenden Dienstpostens unter Ausblendung der Leistungen in der höherwertigen Funktion ermöglichen. In Bezug auf den für die dienstliche Beurteilung noch verbleibenden Umfang der dienstlichen Tätigkeit eines Beamten ist darauf hinzuweisen, dass das Beamtenrecht seit der Einführung der Teilzeitbeschäftigung (§ 92 BBG, § 43 BeamStG) mit weniger als der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit auch berücksichtigungsfähige Dienstleistungen eines Beamten in einem relativ geringen Umfang kennt.

- 31 b) Dem Antragsteller steht kein Anordnungsanspruch zu, weil die Auswahlentscheidung des BND für die Vergabe des höherwertigen Dienstpostens den aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers nicht verletzt.
- 32 Zwar kann der Antragsteller als Soldat auf dem streitgegenständlichen Dienstposten im BND verwendet werden (aa). Der BND durfte die Auswahlentscheidung auch an den Anforderungen des konkreten Dienstpostens ausrichten (bb). Für die Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung ist aber die Sachlage zum Zeitpunkt der Ausgangsentscheidung des BND vom 15. November 2016 maßgeblich. Danach ist unerheblich, dass der Antragsteller die zulässigerweise vom BND geforderten Englischkenntnisse noch vor Abschluss des Vorverfahrens nachgewiesen hat (cc).
- 33 aa) Der Antragsteller kommt als Soldat für die Tätigkeit auf dem streitgegenständlichen Dienstposten in Betracht. Er ist als Soldat für diese Verwendung grundsätzlich i.S.v. Art. 33 Abs. 2 GG geeignet, weil die Aufgaben des Dienstpostens mit der militärischen Auslandsaufklärung im Zusammenhang stehen.
- 34 Die Rahmenvereinbarung zwischen dem Bundeskanzleramt und dem Bundesministerium der Verteidigung bestimmt die möglichen Verwendungen von Soldaten beim BND. Nach § 8 Abs. 1 RV werden beim BND für die Wahrnehmung seiner Aufgaben, die er im Zusammenhang mit der militärischen Auslandsaufklärung zu erfüllen hat, auch Soldaten eingesetzt. Der BND ist nicht befugt, den durch § 8 Abs. 1 RV festgelegten Tätigkeitsbereich der Soldaten im BND durch Stellenausschreibungen einseitig zu erweitern. Dementsprechend dürfen die beim BND verwendeten Soldaten nur mit Aufgaben betraut werden, die zumindest einen deutlich inhaltlichen Bezug zur militärischen Auslandsaufklärung aufweisen. Aus dem Begriff "im Zusammenhang" folgt, dass die verwendeten Soldaten nicht selbst militärische Aufklärung betreiben müssen (BVerwG, Urteile vom 16. Oktober 2008 - 2 A 9.07 - BVerwGE 132, 110 Rn. 52 und vom 15. Dezember 2011 - 2 A 13.10 - Buchholz 11 Art. 87a GG Nr. 8 Rn. 26 bis 33).

- 35 Der danach erforderliche Bezug zu der dem BND obliegenden militärischen Auslandsaufklärung ist hier gegeben. Denn Aufgabe des Inhabers des Dienstpostens ist die Beschaffung von geheimen Informationen zu politischen, wirtschaftlichen und militärischen Themen der Zielregion A.
- 36 bb) Die Ausrichtung der Auswahlentscheidung des BND an den Anforderungen des konkreten Dienstpostens ist im Ergebnis rechtlich nicht zu beanstanden.
- 37 Zur Rechtfertigung der Orientierung der Auswahlentscheidung an den Anforderungen des konkreten Dienstpostens und nicht an dem höheren Dienstgrad hat der BND auf den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. Oktober 2015 - 1 WDS-VR 7.15 - (Buchholz 449 § 3 SG Nr. 81) verwiesen. Diese Rechtsprechung bezieht sich auf Soldaten, die in militärischen Dienststellen der Bundeswehr verwendet werden. Betroffen sind hier aber, wie dargelegt, Soldaten der Bundeswehr, die aus den Befehlsstrukturen der Streitkräfte herausgelöst sind, bei nichtmilitärischen Dienststellen der Antragsgegnerin verwendet werden und bei denen eine nichtmilitärische Dienststelle die Auswahlentscheidung über die Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens nach den auch für Beamte geltenden Grundsätzen trifft.
- 38 Auch auf der Grundlage der Auffassung, dass die an Art. 33 Abs. 2 GG zu messende Auswahlentscheidung über die Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens auf das Statusamt/den Dienstgrad bezogen ist und sich nicht lediglich am konkreten Dienstposten orientieren darf (BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 18 und 28), erweist sich das Abstellen auf die Anforderungen des konkreten Dienstpostens als rechtmäßig.
- 39 Hier ist die Orientierung der Auswahlentscheidung am konkreten Dienstposten zulässig, weil die Wahrnehmung der Aufgaben zwingend besondere Kenntnisse und Fähigkeiten voraussetzt, die ein Bewerber regelmäßig nicht mitbringt und sich in angemessener Zeit und ohne unzumutbare Beeinträchtigung der Aufgabenwahrnehmung auch nicht verschaffen kann (BVerwG, Beschlüsse vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 18 und 28 und vom 19. Dezember 2014 - 2 VR 1.14 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 65 Rn. 26 ff.).

Zulässigerweise hat der BND die Auswahlentscheidung an den geforderten Englischkenntnissen nach Maßgabe des Standardisierten Leistungsprofils seiner Sprachenschule in den Bereichen "Hören, Sprechen, Lesen, Schreiben und Übersetzen" in der Ausprägung "3333;2" ausgerichtet (vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 36).

- 40 Die Einrichtung und Gestaltung der Dienstposten obliegt dem Dienstherrn aufgrund der ihm zukommenden Organisationsgewalt. Welche Dienstposten der Dienstherr im Hinblick auf die zu erledigenden öffentlichen Aufgaben einrichtet, welche Zuständigkeiten er diesen zuweist und welche Fachkenntnisse er zur Erfüllung der daraus resultierenden Aufgaben und Funktionen für erforderlich ansieht, ist Frage seines Organisationsermessens. Dieses Ermessen ist gerichtlich nur auf sachfremde Erwägungen hin überprüfbar (BVerwG, Urteil vom 16. Oktober 2008 - 2 A 9.07 - BVerwGE 132, 110 Rn. 54 m.w.N.).
- 41 Entgegen der Darstellung des Antragstellers im gerichtlichen Verfahren hat der BND bereits in der Ausschreibung für den streitgegenständlichen Dienstposten als Anforderung "Fremdsprachenkenntnisse in Englisch entsprechend SLP 3 (3333;2)" genannt. Der Beigeladene hat diese Kenntnisse entsprechend "SLP 3333;3" beim Spracheinstufungstest am 22. April 2015 nachgewiesen.
- 42 Die Forderung nach einem bestimmten Niveau der Kenntnisse der englischen Sprache ist nicht sachfremd. Es ist plausibel, dass die Beschaffung von nachrichtendienstlichen Informationen aus der Region A. Englischkenntnisse höherer Ausprägung erfordert. Es ist auch nicht zu beanstanden, dass der BND ein Leistungsprofil seiner Sprachenschule verlangt. Die Kontrolle und Einstufung der Fremdsprachenkenntnisse ist auf die speziellen Erfordernisse des Nachrichtendienstes zugeschnitten. Das zulässigerweise geforderte Kriterium der Kenntnisse im Bereich des Übersetzens wird beim Bundessprachenamt nicht überprüft. Schließlich ist durch das Abstellen auf das Zeugnis der Sprachenschule des BND die Vergleichbarkeit mit den Sprachkenntnissen anderer Bediensteter des Dienstes gewährleistet.

- 43 Im Interesse der effektiven Erledigung der mit dem konkreten Dienstposten verbundenen Aufgaben muss der Inhaber bereits im Zeitpunkt des Beginns seiner Tätigkeit auf diesem Dienstposten über die spezifischen Fremdsprachenkenntnisse in der geforderten Ausprägung verfügen. Bewerber, die zum Zeitpunkt des Beginns ihrer Tätigkeit noch nicht über den Nachweis der erforderlichen Kenntnisse verfügen, müssen auch nicht deshalb in die Auswahlentscheidung einbezogen werden, weil davon ausgegangen werden kann, dass sie den Nachweis in Kürze werden nachreichen können. Denn es handelt sich bei dem geforderten Nachweis eines bestimmten Niveaus an Fremdsprachenkenntnissen nicht um einen Umstand, der durch bloßen Zeitablauf sicher eintreten wird. Vielmehr geht es um den Nachweis einer Befähigung, die sich nicht automatisch mit der Zeit einstellt, sondern den Erwerb von bestimmten Kenntnissen und Fähigkeiten voraussetzt. Dies zeigt gerade der Fall des Antragstellers, der die erforderlichen Sprachkenntnisse nach Ablauf der Bewerbungsfrist nicht bei seinem ersten Sprachtest am 11. August 2016, sondern erst bei der Wiederholung des Tests am 21. Dezember 2016 nachweisen konnte.
- 44 cc) Dass der Antragsteller die zulässigerweise geforderten Englischkenntnisse in der Ausprägung "SLP 3333;3" durch den Test vom 21. Dezember 2016 hat nachweisen können, ist unerheblich. Denn für die Frage, ob die Auswahlentscheidung des BND die Rechte des Antragstellers aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzt, kommt es allein auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Ausgangsentscheidung des BND vom 15. November 2016 an. Eine erst nach dem Zeitpunkt der Auswahlentscheidung, etwa im Verlauf des Widerspruchsverfahrens eingetretene tatsächliche Veränderung ist hier für die Rechtmäßigkeit der Entscheidung über die Vergabe des streitgegenständlichen höherwertigen Dienstpostens nach Maßgabe von Art. 33 Abs. 2 GG nicht von Bedeutung.
- 45 (1) Es entspricht der Praxis des BND, auch bei einer auf die Statusgruppe der Soldaten beschränkten Ausschreibung eines höherwertigen Dienstpostens ein Vorverfahren durchzuführen (BVerwG, Beschluss vom 19. Dezember 2014 - 2 VR 1.14 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 65 Rn. 16 und das Parallelverfahren 2 VR 3.17). Zur Begründung der Zuständigkeit zum Erlass des Widerspruchsbescheids verweist der BND regelmäßig auf § 73 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2

VwGO i.V.m. der Allgemeinen Anordnung des Chefs des Bundeskanzleramtes vom 12. Februar 2009 (BGBl. I S. 387). Diese Anordnung i.S.v. § 126 Abs. 3 Satz 2 BBG betrifft allerdings, entsprechend ihrer gesetzlichen Grundlage, nur Widerspruchsbescheide in beamtenrechtlichen Angelegenheiten und setzt den Erlass oder die Ablehnung eines Verwaltungsakts voraus. § 126 Abs. 2 BBG gilt für Bundesbeamte, nicht jedoch für Soldaten (§ 1 BBG und § 1 SG).

- 46 Die gesetzlichen Regelungen des § 126 Abs. 2 BBG und des § 54 Abs. 2 BeamStG sowie die Bestimmungen der Wehrbeschwerdeordnung sind Ausdruck der Vorstellung des Bundesgesetzgebers, dass in sämtlichen Streitigkeiten, die aus einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis folgen, vor der Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes ein Vorverfahren durchzuführen ist, um dem Dienstherrn im Vorfeld der gerichtlichen Auseinandersetzung die Überprüfung der eigenen Maßnahme zu ermöglichen. Die beim BND verwendeten Soldaten der Bundeswehr werden von diesen gesetzlichen Regelungen nicht erfasst, weil sie einerseits keine Bundesbeamten sind, sie aber andererseits aus den militärischen Befehlsstrukturen der Streitkräfte herausgelöst und in eine nichtmilitärische Dienststelle eingegliedert sind. Die vergleichbare Interessenlage spricht dafür, § 126 Abs. 2 BBG auf die Gruppe der beim BND verwendeten Soldaten entsprechend anzuwenden.
- 47 (2) Ob ein Bewerber die Aufhebung der bisherigen Auswahlentscheidung verlangen kann und ob er einen Anspruch auf erneute Entscheidung über die Vergabe des höherwertigen Dienstpostens unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts hat, beurteilt sich nach dem materiellen Recht, dem nicht nur die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Anspruchs selbst, sondern auch die Antwort auf die Frage zu entnehmen ist, zu welchem Zeitpunkt diese Voraussetzungen erfüllt sein müssen (BVerwG, Urteile vom 3. November 1986 - 9 C 254.86 - BVerwGE 78, 243 <244> und vom 15. November 2007 - 1 C 45.06 - BVerwGE 130, 20 Rn. 12 f.).
- 48 Für Soldaten, die im Bereich der Bundeswehr eingesetzt sind und bei denen die Auswahlentscheidung über die Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens von einem Bediensteten des Ministeriums und nicht vom Minister selbst getrof-

fen worden ist, geht der 1. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts davon aus, dass es hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung nach Maßgabe von Art. 33 Abs. 2 GG und § 3 Abs. 1 SG auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung ankommt (BVerwG, Beschluss vom 26. März 2015 - 1 WB 26.14 - juris Rn. 41 m.w.N.). Steht der nach § 9 Abs. 1 WBO zuständigen Beschwerdestelle eine eigene Sachentscheidung über die Beschwerde zu, kann diese Stelle auch eine bis dahin fehlende Dokumentation der wesentlichen Auswählerwägungen schriftlich niederlegen oder eine vorhandene Dokumentation der Auswahlentscheidung ergänzen oder inhaltlich fortschreiben (BVerwG, Beschlüsse vom 27. Januar 2010 - 1 WB 52.08 - BVerwGE 136, 36 Rn. 33 und vom 26. März 2015 - 1 WB 26.14 - juris Rn. 41 m.w.N.).

- 49 Hier handelt es sich jedoch um Soldaten, die aus den militärischen Befehlsstrukturen herausgelöst und in den BND als nichtmilitärische Dienststelle eingegliedert sind. Auf diese Soldaten wendet der BND, wie beim Gesichtspunkt der Vorwirkung und der Durchführung eines Vorverfahrens dargelegt, die für die Beamten geltenden Vorgaben an.
- 50 Für den Bereich der Beamten und Richter ist anerkannt, dass im Rahmen von Art. 33 Abs. 2 GG auch das öffentliche Interesse des Dienstherrn an einer möglichst zügigen Besetzung der Stelle von Bedeutung ist (BVerwG, Urteil vom 29. November 2012 - 2 C 6.11 - BVerwGE 145, 185 Rn. 30 ff. und Beschluss vom 30. April 2012 - 2 VR 6.11 -; OVG Münster, Beschluss vom 19. Mai 2011 - 6 B 427/11 - NVwZ-RR 2011, 700 Rn. 8 ff.). Dies gilt insbesondere für die Konstellation, dass sich ein Bewerber erst nach Ablauf der in der Stellenausschreibung bestimmten Bewerbungsfrist meldet. Zwar wird allgemein angenommen, dass es sich bei der Bewerbungsfrist im öffentlichen Interesse an der Gewinnung des bestgeeigneten Kandidaten regelmäßig - eine Ausnahme ist die Frist des § 6b BNotO (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 28. April 2005 - 1 BvR 2231/02 - BVerfGK 5, 205) - nicht um eine Ausschlussfrist, sondern lediglich um eine Ordnungsfrist handelt und die Berücksichtigung eines solchen Bewerbers nicht von vornherein ausgeschlossen ist (BVerwG, Urteil vom 29. November 2012 - 2 C 6.11 - BVerwGE 145, 185 Rn. 30 f. und OVG Müns-

ter, Beschluss vom 19. Mai 2011 - 6 B 427/11 - NVwZ-RR 2011, 700 Rn. 6 f. m.w.N.). Allerdings kann der Dienstherr die Einbeziehung in das laufende Besetzungsverfahren nach Ablauf der Bewerbungsfrist ablehnen, wenn dies zu einer nennenswerten Verzögerung des Verfahrens führt. Dies ist insbesondere dann gegeben, wenn das Verfahren bereits das Stadium der Entscheidungsreife erreicht hat, d.h. der Leistungsvergleich, dokumentiert durch den Auswahlvermerk, stattgefunden hat (BVerwG, Urteil vom 29. November 2012 - 2 C 6.11 - BVerwGE 145, 185 Rn. 30 ff. und Beschluss vom 30. April 2012 - 2 VR 6.11 -).

- 51 Diese Erwägungen gelten entsprechend für die hier gegebene Fallgestaltung, dass ein Bewerber erst nach Erlass der Auswahlentscheidung eine zulässigerweise vom Dienstherrn gestellte Anforderung erfüllt und damit erst in den Kreis der in den Vergleich einzubeziehenden Kandidaten eintritt. Das öffentliche Interesse an der raschen Durchführung des Auswahlverfahrens berechtigt den Dienstherrn, einen solchen Bewerber nicht zu berücksichtigen.
- 52 Dass maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Bewerberauswahl um ein höheres Statusamt oder - in der Vorwirkungskonstellation - um einen höherwertigen Dienstposten die Sachlage im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung (regelmäßig in der Gestalt des sog. Auswahlvermerks) ist und der Dienstherr etwaige Veränderungen im Verlauf des Widerspruchsverfahrens (oder gar nach dessen Abschluss) unberücksichtigt lassen kann, ist - wenngleich in dieser Deutlichkeit bislang nicht ausgesprochen - der Sache nach auch in weiteren Entscheidungen des Senats angelegt und liegt ihnen zugrunde:
- 53 So ist anerkannt, dass Auswahlentscheidungen anhand aktueller dienstlicher Beurteilungen zu erfolgen haben (BVerwG, Urteil vom 30. Juni 2011 - 2 C 19.10 - BVerwGE 140, 83 Rn. 15; BVerfG, Kammerbeschluss vom 17. Februar 2017 - 2 BvR 1558/16 - IÖD 2017, 86 Rn. 8). Ob eine dienstliche Beurteilung noch hinreichend aktuell ist, beurteilt sich nach dem verstrichenen Zeitraum zwischen ihrer Erstellung (bzw. dem Beurteilungsstichtag) und dem Zeitpunkt der Auswahlentscheidung. Bei Bundesbeamten darf das Ende des letzten Beur-

teilungszeitraums zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung gemäß § 22 Abs. 1 Satz 2 BBG höchstens drei Jahre zurückliegen. Maßgeblicher Endzeitpunkt für die Bemessung des "Aktualitätszeitraums" ist der "Zeitpunkt der Auswahl" (zuletzt BVerwG, Beschluss vom 10. Mai 2016 - 2 VR 2.15 - BVerwGE 155, 152 Rn. 22; BVerfG, Kammerbeschluss vom 25. Januar 2017 - 2 BvR 2076/16 - NVwZ 2017, 472 Rn. 26). Eine Auswahlentscheidung wird nicht dadurch rechtswidrig, dass infolge Einlegung eines Widerspruchs während des Vorverfahrens die Drei-Jahres-Grenze überschritten wird; die dienstliche Beurteilung verliert dadurch nicht ihre ursprünglich gegebene hinreichende Aktualität. Auch hat der Senat eine Auswahlentscheidung als rechtswidrig beanstandet, weil eine nachträgliche (nach der Auswahlentscheidung ausgesprochene) Beförderung berücksichtigt und der zeitliche Bezugspunkt damit unzulässigerweise verschoben wurde (BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2012 - 2 A 7.09 - BVerwGE 141, 361 Rn. 37).

- 54 Daraus folgt, dass der Dienstherr nach dem (von ihm willkürfrei gewählten) Zeitpunkt der Auswahlentscheidung eingetretene nachträgliche Qualifikationen eines rechtsfehlerfrei nicht ausgewählten Bewerbers grundsätzlich nicht berücksichtigen muss. Der vorstehende Willkürvorbehalt ist lediglich Ausdruck des ohnehin geltenden Grundsatzes, dass der Dienstherr das Auswahlverfahren nicht so gestalten darf (hier: den Zeitpunkt der Auswahlentscheidung bewusst so festlegen darf), dass er dadurch gezielt einen bestimmten Bewerber auszuschließen versucht (vgl. bereits BVerwG, Urteil vom 17. November 2016 - 2 C 27.15 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 79 Rn. 35).
- 55 2. Auch der Hilfsantrag des Antragstellers ist unbegründet.
- 56 In der Begründung des Hilfsantrags wird deutlich gemacht, dass dieser im Hinblick auf die Rechtsfolgen des Ausblendens eines Bewährungsvorsprungs des ausgewählten Bewerbers (BVerwG, Beschluss vom 10. Mai 2016 - 2 VR 2.15 - BVerwGE 155, 152 Rn. 33) gestellt wird. Wie oben dargelegt, kommt diese Rechtsfigur hier aber nicht zur Anwendung. Der Senat geht vielmehr davon aus, dass der erforderliche Anordnungsgrund gegeben ist und die Rechtmäßigkeit

der Auswahlentscheidung des BND im Rahmen des Anordnungsanspruchs zu prüfen ist.

- 57 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1, § 162 Abs. 3 VwGO. Da der Beigeladene keinen Antrag gestellt hat, hat er keine Kosten zu tragen (§ 154 Abs. 3 VwGO), kann aber billigerweise auch keine Kostenerstattung beanspruchen (§ 162 Abs. 3 VwGO).
- 58 Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 52 Abs. 1 und Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 sowie Satz 4 GKG. Nach § 52 Abs. 1 GKG ist der Streitwert nach der sich aus dem Antrag des Antragstellers für diesen ergebenden Bedeutung der Sache nach Ermessen zu bestimmen. Bei einem Konkurrentenverfahren von Soldaten um einen höherwertigen Dienstposten geht es um die Vorwirkung auf die Vergabe des höheren Dienstgrads. Maßgeblich ist danach für das Interesse eines Soldaten im Streit um die Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens nach Maßgabe von § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 und Satz 4 GKG die Hälfte der Summe der für ein Kalenderjahr zu zahlenden Bezüge mit Ausnahme nicht ruhegehaltfähiger Zulagen. Da es sich um ein Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes handelt, wird dieser Betrag halbiert.

Domgörgen

Dr. Hartung

Dollinger