

Sachgebiet:

BVerwGE: ja  
Fachpresse: ja

Recht des öffentlichen Dienstes einschließlich des  
Beamten Disziplinarrechts und des Dienstrechts der Soldaten  
sowie des Rechts der Wehrpflichtigen und der  
Zivildienstpflichtigen

Rechtsquelle/n:

GG Art. 19 Abs. 4, Art. 33 Abs. 2  
BBG § 9 Satz 1  
VwGO § 50 Abs. 1 Nr. 4, § 123

Titelzeile:

Primärrechtsschutz gegen Abbruch eines Auswahlverfahrens  
nur im Verfahren der einstweiligen Anordnung

Stichworte:

Abbruch; Aufgabenbereich; Ausschreibung; Auswahlverfahren;  
Beförderungsdienstposten; Bewerberkreis; Bewerbungsverfahrensanspruch;  
Dienstposten; Dokumentation; Einstweilige Anordnung; Erledigung; Ernennung;  
Fortführung; Funktionsbeschreibung; Neuausschreibung; Organisationsgewalt;  
Planstelle; Sachlicher Grund; Statusamt; Stellenbesetzung; Umsetzung; Vergabe  
eines Amtes; Versetzung; Verwirkung; Wiederholungsgefahr; Zuschnitt.

Leitsatz/-sätze:

1. Der Bewerbungsverfahrensanspruch ist auf ein konkretes Stellenbesetzungsverfahren bezogen und besteht grundsätzlich nur, wenn eine Ernennung oder eine diese vorherbestimmende Dienstpostenvergabe beabsichtigt ist. Entfällt der Bezugspunkt der Auswahlentscheidung, weil die Planstelle nicht mehr zur Verfügung steht oder der Dienstherr in Ausübung seiner Organisationsgewalt entschieden hat, die ausgeschriebene Stelle so nicht zu vergeben, erledigt sich das hierauf bezogene Auswahlverfahren.
2. Das Auswahlverfahren kann auch durch einen wirksamen Abbruch beendet werden, wenn der Dienstherr die Stelle zwar weiterhin vergeben will, hierfür aber ein neues Auswahlverfahren für erforderlich hält. Wirksam ist diese Entscheidung indes nur, wenn sie rechtmäßig ist. Der Abbruch eines Auswahlverfahrens bedarf eines sachlichen Grundes, der den Vorgaben aus Art. 33 Abs. 2 GG genügt.
3. Effektiver Rechtsschutz für das auf Fortführung eines abgebrochenen Auswahlverfahrens gerichtete Begehren ist allein der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung. Mit ihm kann das Fehlen eines sachlichen Grundes geltend gemacht werden. Der Antrag ist innerhalb eines Monats zu stellen. Die Frist wird mit Zugang der Mitteilung über den Abbruchgrund in Lauf gesetzt.

4. Der Antrag nach § 123 VwGO steht auch zur Verfügung, wenn geltend gemacht wird, das Auswahlverfahren habe sich nicht erledigt, weil der Dienstposten nicht neu zugeschnitten worden sei, sondern derselbe Dienstposten vergeben werden solle.

Urteil des 2. Senats vom 3. Dezember 2014 - BVerwG 2 A 3.13



**BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

**IM NAMEN DES VOLKES**

**URTEIL**

BVerwG 2 A 3.13

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 27. November 2014  
am 3. Dezember 2014  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen  
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Heitz, Dr. von der Weiden,  
Dr. Kenntner und Dollinger

für Recht erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

#### G r ü n d e :

##### I

- 1 Die Klägerin steht als Beamtin des höheren Dienstes beim Bundesnachrichtendienst (BND) im Dienst der Beklagten. Sie wendet sich gegen den Abbruch des Auswahlverfahrens zur Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens.
- 2 Am 1. Juni 2012 schrieb der BND einen mit der Besoldungsgruppe B 3 bewerteten Dienstposten als Leiter der Arbeitsgruppe A aus, auf den sich neben anderen Bediensteten auch die Klägerin bewarb. Die Ausschreibung enthielt u.a. folgende Anforderungen: Befähigung zum Richteramt, Führungskompetenz, langjährige Erfahrung in Führungspositionen sowohl im operativen als auch im juristischen Bereich und Verständnis für informationstechnisch-operative Möglichkeiten und Erfordernisse.
- 3 Mit internem Vermerk vom 7. September 2012 schloss der BND die Stellenausschreibung aus organisatorischen und personalwirtschaftlichen Gründen und teilte dies den Bewerbern mit Schreiben vom selben Tage mit. Auf Nachfrage der Klägerin erläuterte der BND unter dem 13. September 2012, bei der Stellenausschreibung des Dienstpostens sei die geplante Umstrukturierung nicht bedacht worden. Zum Zeitpunkt der Ausschreibung und der Personalauswahl habe die nunmehr beabsichtigte Einordnung als Unterabteilungsleiter noch

nicht berücksichtigt werden können. Wegen der wesentlich neuen Aufgaben des zukünftigen Unterabteilungsleiters sei unter Berücksichtigung der veränderten Anforderungen eine neue Personalauswahl erforderlich.

- 4 Die Klägerin erhob am 24. Oktober 2012 gegen den Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens mit der Begründung Widerspruch, der Abbruch sei sachlich nicht gerechtfertigt. Der BND teilte ihr daraufhin mit, dem Widerspruch nicht abhelfen zu können, weil der Abbruch auf der innerdienstlichen Organisationsentscheidung beruhe, die Cyberkapazitäten des Dienstes zu bündeln und hierzu Bereiche verschiedener Abteilungen zu fusionieren. Das Anforderungsprofil des neu zu besetzenden Dienstpostens habe einen deutlich technischen Schwerpunkt erhalten. Einen Widerspruchsbescheid hat die Beklagte nicht erlassen.
- 5 Zeitlich parallel zum Ausschreibungsverfahren des Dienstpostens im Juni 2012 hatte der Präsident des BND im April 2012 die Abteilung B beauftragt, ein Konzept zur Bündelung der Cyberkapazitäten in einer Unterabteilung zu erstellen. Mitte Juni 2012 hatte die Abteilung B ein entsprechendes Eckpunktepapier vorgelegt, das Gegenstand einer Abteilungsleiterbesprechung am 26. Juli 2012 war. Der auf den 23. Oktober 2012 datierende Entwurf des BND, anstelle des Dienstpostens des Leiters der Arbeitsgruppe A den Dienstposten des Leiters der Unterabteilung C zu schaffen, wies im Profil u.a. folgende Hauptanforderungen aus: Führungskompetenz, langjährige Berufserfahrung in Führungspositionen auf Referatsleitungsebene in verschiedenen Bereichen der technischen Beschaffung oder in der technischen Beschaffung und im (informations-)technischen Bereich oder in der technischen Beschaffung und im auswertenden Bereich, Fachkenntnisse in Bezug auf die (informations-)technischen Grundlagen der Entwicklung und des Einsatzes IT-basierter ND-Mittel.
- 6 Das geänderte Anforderungsprofil begründete der BND gegenüber der Klägerin damit, dass die Unterabteilung C fachlich ausgerichtet und mit einem operativ-informationstechnischen Schwerpunkt versehen werden solle. Die juristische Prüfung sei bereits durch das Referat D abgesichert. Die Entscheidung stehe

im Organisationsermessen des Dienstherrn, das vorliegend nur mit Zustimmung des Bundeskanzleramts ausgeübt werden könne.

- 7 Mit Verfügung vom 12. Dezember 2012 genehmigte das Bundeskanzleramt dem BND, die bisher als Arbeitsgruppe A vorgesehene Organisationseinheit zum 1. Februar 2013 in Form einer vierten Unterabteilung (C) innerhalb der Abteilung B neu zu strukturieren. Taggleich stimmte der Präsident des BND dem Personalvorschlag zu, den bereits früher beim BND beschäftigten und seit 2007 im Bundeskanzleramt als Referatsleiter ... tätigen Diplom-Ingenieur E mit Wirkung zum 1. Februar 2013 auf den Dienstposten als Unterabteilungsleiter C ohne Ausschreibung ämtergleich umzusetzen. Mit Wirkung zum 11. März 2013 wurde Dipl.-Ing. E zum BND versetzt und ihm der Dienstposten des Leiters der Unterabteilung C übertragen.
  
- 8 Am 27. Februar 2013 hat die Klägerin Klage erhoben. Sie ist der Auffassung, der unter dem 1. Juni 2012 ausgeschriebene Dienstposten des Leiters der Arbeitsgruppe TX sei nicht im Zuge einer Neuorganisation durch Bildung der Unterabteilung T4 untergegangen. Die bloße Änderung der Bezeichnung berühre die Identität des Dienstpostens nicht. Der Beklagten sei es von vornherein um die Besetzung des Leiters der Organisationseinheit gegangen, der im BND für informationstechnische Operationen verantwortlich sei. Eine Änderung der Aufgaben des Dienstpostens sei nicht erfolgt. Die Auffassung der Beklagten, spezifisch juristische Fragestellungen im Bereich der informationstechnischen Operation fielen auf dem Dienstposten nicht an, sei wirklichkeitsfremd. Der Abbruch des Auswahlverfahrens genüge auch den zwingenden formalen Anforderungen nicht. Eine Dokumentation, welche Gründe für den Abbruch des Auswahlverfahrens maßgeblich gewesen seien, suche man im Verwaltungsvorgang vergeblich. Der lapidare Hinweis im nachgereichten Schreiben vom 13. September 2009 genüge den Mitteilungserfordernissen nicht.

9 Die Klägerin beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, über die Besetzung des Dienstpostens A, nunmehr C, im Bundesnachrichtendienst unter Berücksichtigung der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts erneut zu entscheiden, ihr die Entscheidung mitzuteilen und die Zuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten im Vorverfahren für notwendig zu erklären,

sowie hilfsweise

festzustellen, dass der Abbruch des Auswahlverfahrens und die Mitteilungen vom 7. und 13. September 2012 nicht auf sachlichen Gründen beruhten und ihren Bewerberverfahrensanspruch verletzt haben.

10 Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

11 Sie trägt vor, das Stellenbesetzungsverfahren sei aus sachlichem Grund abgebrochen worden. Statt eines juristisch geprägten Dienstpostens des Leiters der Arbeitsgruppe A sei der technisch orientierte Dienstposten des Leiters der Unterabteilung C geschaffen worden. Dies sei der Klägerin und den damaligen Mitbewerbern rechtzeitig und in geeigneter Form mitgeteilt worden.

12 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten sowie der beigezogenen behördlichen Verfahrensakten verwiesen.

## II

13 Die Klage, über die das Bundesverwaltungsgericht nach § 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO in erster und letzter Instanz entscheidet, bleibt ohne Erfolg. Das durch Ausschreibung vom 1. Juni 2012 in Gang gesetzte Auswahlverfahren hat sich durch den Neuzuschnitt des Dienstpostens und die Entscheidung, diesen im Wege der ämtergleichen Versetzung zu vergeben, erledigt (1.). Ein rechtlich geschütztes Interesse für den Feststellungsantrag besteht nicht (2.).

- 14 1. Der Hauptantrag der Klägerin, der auf Fortführung des abgebrochenen Auswahlverfahrens und Verbescheidung ihrer Bewerbung gerichtet ist, kann grundsätzlich auf eine Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs gestützt werden (a). Effektiver Rechtsschutz für dieses Begehren, das auf eine zeitnahe Fortführung des begonnen Auswahlverfahrens mit dem bestehenden Bewerberkreis zielt, ist indes allein mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zu erreichen. Macht ein Bewerber hiervon keinen Gebrauch, ist die Erhebung nachträglichen Hauptsacherechtsschutzes im Interesse einer zeitnahen Klärung und zur Verhinderung paralleler Auswahlverfahren um dasselbe Statusamt oder denselben höherwertigen Dienstposten nach den Grundsätzen der Verwirkung ausgeschlossen (b). Unabhängig davon ist der Antrag hier auch unbegründet, weil die Beklagte den ursprünglich ausgeschriebenen Dienstposten neu zugeschnitten und sich das auf den ursprünglich ausgeschriebenen Dienstposten bezogene Auswahlverfahren damit erledigt hat (c). Entsprechendes gilt für die nachfolgende Entscheidung, den Dienstposten nicht durch ein den Auswahlgrundsätzen des Art. 33 Abs. 2 GG unterworfenen Auswahlverfahren, sondern durch eine ämtergleiche Versetzung zu vergeben (d).
- 15 a) Rechtsgrundlage für den von der Klägerin geltend gemachten Bewerbungsverfahrensanspruch ist § 9 Satz 1 BBG i.V.m. Art. 33 Abs. 2 GG. Danach dürfen öffentliche Ämter im statusrechtlichen Sinne nur nach Kriterien vergeben werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung betreffen. Hierbei handelt es sich um Gesichtspunkte, die darüber Aufschluss geben, in welchem Maße der Beamte oder Richter den Anforderungen seines Statusamtes genügt und sich in einem höheren Statusamt voraussichtlich bewähren wird. Der Grundsatz der Bestenauswahl gilt für Beförderungen unbeschränkt und vorbehaltlos. Jeder Bewerber hat einen Anspruch darauf, dass der Dienstherr seine Bewerbung nur aus Gründen zurückweist, die in Einklang mit Art. 33 Abs. 2 GG stehen (stRspr, vgl. BVerwG, Urteil vom 29. November 2012 - 2 C 6.11 - BVerwGE 145, 185 Rn. 10). Entsprechendes gilt für vorgelagerte Auswahlentscheidungen - etwa zur Besetzung eines höherwertigen Dienstpostens -, durch die eine zwingende Voraussetzung für die nachfolgende Beförderung vermittelt und die Auswahl für diese Ämtervergabe damit vorweggenom-

men oder vorbestimmt wird (BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 14).

- 16 Der Bewerbungsverfahrensanspruch geht unter, wenn ein Mitbewerber rechtsbeständig ernannt worden und das Auswahlverfahren damit abgeschlossen worden ist (BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - BVerwGE 138, 102 Rn. 27). Er erlischt auch, wenn sich das Auswahlverfahren erledigt, weil die Ämtervergabe nicht mehr stattfinden soll. Die in Art. 33 Abs. 2 GG normierten Auswahlgrundsätze sind auf eine Auswahlentscheidung bezogen. Dementsprechend ist der Bewerbungsverfahrensanspruch auf ein konkretes Stellenbesetzungsverfahren gerichtet und besteht grundsätzlich nur, wenn eine Ernennung oder eine diese vorherbestimmende Dienstpostenvergabe vorgenommen werden soll (BVerwG, Urteile vom 25. April 1996 - 2 C 21.95 - BVerwGE 101, 112 <115>, vom 22. Juli 1999 - 2 C 14.98 - Buchholz 237.2 § 12 BlnLBG Nr. 3 S. 5 f. und vom 31. März 2011 - 2 A 2.09 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 48 Rn. 16). Entfällt der Bezugspunkt der Auswahlentscheidung, weil die Planstelle nicht mehr zur Verfügung steht oder weil sich der Dienstherr in Ausübung seiner Organisationsgewalt entschieden hat, das ausgeschriebene Amt so nicht zu vergeben, wird das hierauf bezogene Auswahlverfahren gegenstandslos.
- 17 Das Bewerbungsverfahren kann schließlich durch einen wirksamen Abbruch beendet werden, wenn der Dienstherr die Stelle zwar weiterhin vergeben will, hierfür aber ein neues Auswahlverfahren für erforderlich hält. Wirksam ist diese Entscheidung indes nur, wenn sie rechtmäßig ist (BVerfG, Kammerbeschluss vom 28. April 2005 - 1 BvR 2231/02 u.a. - BVerfGK 5, 205 <214 f.>). Prüfungsmaßstab hierfür ist Art. 33 Abs. 2 GG. 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 (BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2012 - 2 C 11.11 - BVerwGE 145, 237 Rn. 20). Die Stelle soll vielmehr unverändert bestehen bleiben und auch vergeben werden. Die Entscheidung, das in Gang gesetzte Auswahlverfahren abubrechen und die Stelle erneut auszuschreiben, bezieht sich nicht auf Zuschnitt

und Gestaltung des Amtes, sondern auf dessen Vergabe. Mit der Maßnahme werden organisatorische Fragen des Auswahlverfahrens bestimmt.

- 18 Auch die Ausgestaltung des Auswahlverfahrens hat aber den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG Rechnung zu tragen (BVerfG, Kammerbeschluss vom 28. November 2011 - 2 BvR 1181/11 - NVwZ 2012, 366 Rn. 22). Verfahrensrechtliche Anforderungen oder Maßnahmen können wesentliche Weichen stellen, die den materiellen Gehalt der nachfolgenden Auswahlentscheidung beeinflussen oder vorherbestimmen (BVerfG, Kammerbeschluss vom 2. Oktober 2007 - 2 BvR 2457/07 - BVerfGK 12, 265 <270 f.>). Durch die mit einem Abbruch verbundene Veränderung des zeitlichen Bezugspunkts der Auswahlentscheidung etwa kann der Bewerberkreis verändert und ggf. auch gesteuert werden.
- 19 Der Abbruch eines Auswahlverfahrens bedarf daher eines sachlichen Grundes, der den Vorgaben aus Art. 33 Abs. 2 GG genügt (BVerfG, Kammerbeschluss vom 28. Februar 2007 - 2 BvR 2494/06 - BVerfGK 10, 355 <358>). 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 (BVerwG, Urteil vom 29. November 2012 - 2 C 6.11 - BVerwGE 145, 185 Rn. 17). 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 (BVerfG, Kammerbeschlüsse vom 28. April 2005 - 1 BvR 2231/02 u.a. - BVerfGK 5, 205 <216> und vom 28. November 2011 - 2 BvR 1181/11 - NVwZ 2012, 366 Rn. 22).
- 20 Die Rechtmäßigkeit des Abbruchs setzt darüber hinaus voraus, dass die Bewerber hiervon rechtzeitig und in geeigneter Form Kenntnis erlangen und der wesentliche Abbruchgrund schriftlich dokumentiert wird (BVerwG, Urteile vom 26. Januar 2012 - 2 A 7.09 - BVerwGE 141, 361 Rn. 27 f. und vom 29. November 2012 - 2 C 6.11 - BVerwGE 145, 185 Rn. 19 f.).

- 21 b) Ein rechtswidriger Abbruch des Auswahlverfahrens verletzt den grundrechtsgleichen Bewerbungsverfahrensanspruch. Die Bewerber können daher bereits diese Maßnahme, obwohl sie nur vorbereitenden Charakter besitzt, einer gerichtlichen Kontrolle zuführen.
- 22 Effektiver Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) gegen den unberechtigten Abbruch eines Auswahlverfahrens kann nur im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erlangt werden. Der Bewerber begehrt die zeitnahe Fortführung des begonnenen Auswahlverfahrens mit dem bestehenden Bewerberkreis. Dies kann selbst im Erfolgsfall durch eine Hauptsacheklage nicht erreicht werden (vgl. VGH München, Beschluss vom 8. Juli 2011 - 3 CE 11.859 - juris Rn. 22). 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.
- 23 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 Parallelismus 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. Bereits im Urteil vom 29. November 2012 - 2 C 6.11 - (BVerwGE 145, 185 Rn. 12) hat der erkennende Senat deshalb darauf hingewiesen, dass Primärrechtsschutz alleine im Wege eines Verfahrens auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO geltend gemacht werden kann.
- 24 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 Begehren im Rahmen einer neuen Ausschreibung weiterverfolgt (vgl. zur Obliegenheit zeitnaher Rechtsverfolgung im besonderen Dienst- und Treuever-

hältnis auch BVerwG, Beschluss vom 25. Juni 2014 - 2 B 1.13 - IÖD 2014, 220 Rn. 27). Die Monatsfrist ist an dem für Beamte generell geltenden Rechtssystem orientiert (vgl. § 126 Abs. 2 BBG, § 54 Abs. 2 BeamStG, § 74 Abs. 1 Satz 1 VwGO) 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 Dienstherr vor Aushändigung einer Ernennungsurkunde auferlegte Wartefrist, mit der die Gewährung effektiven Rechtsschutzes für die unterlegenen Bewerber erst ermöglicht werden soll (BVerfG, Kammerbeschluss vom 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 - BVerfGK 11, 398 <402>). Nach Ablauf der Monatsfrist ist die Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit des Abbruchs des Auswahlverfahrens mit einer Hauptsacheklage überprüfen zu lassen, verwirkt (vgl. zur Verwirkung im Dienstrecht zuletzt BVerwG, Beschluss vom 6. Juni 2014 - 2 B 75.13 - DokBer 2014, 314 Rn. 15 ff.).

- 25 Diese Grundsätze können der Klägerin indes nicht entgegen gehalten werden, weil der von ihr angegriffene Abbruch des sie betreffenden Auswahlverfahrens vom 7. September 2012 zeitlich vor dem benannten Senatsurteil vom 29. November 2012 erfolgte und es bis zu diesem Zeitpunkt an einer hinreichend einheitlichen Maßstabsbildung in der obergerichtlichen Rechtsprechung fehlte. Der Grundsatz fairen Verfahrens verbietet es daher, die vorstehenden Grundsätze bereits auf den vorliegenden Streitfall anzuwenden (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 26. April 1988 - 1 BvR 669/87 u.a. - BVerfGE 78, 123 <126 f.> und vom 28. Februar 1989 - 1 BvR 649/88 - BVerfGE 79, 372 <376 f.>). Die deshalb zulässige Klage ist aber unbegründet.
- 26 c) Das durch Ausschreibung vom 1. Juni 2012 in Gang gesetzte Auswahlverfahren hätte sich erledigt, wenn der Dienstherr den zugrunde liegenden Dienstposten neu zugeschnitten hätte, weil damit die Grundlage für das Auswahlverfahren nachträglich entfallen wäre (BVerwG, Urteil vom 29. November 2012 - 2 C 6.11 - BVerwGE 145, 185 Rn. 16). Subjektive Rechte des Beamten gegen den neuen Zuschnitt eines Dienstpostens bestehen nicht. Die Schaffung und Bewirtschaftung von Planstellen und der Zuschnitt von Dienstposten dienen allein dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Erfüllung der öffentli-

chen Aufgaben (stRspr, vgl. zuletzt BVerwG, Beschluss vom 5. November 2012 - 2 VR 1.12 - juris Rn. 19 m.w.N.). Hieran ändert sich auch dann nichts, wenn der Dienstherr eine entsprechende Entscheidung erst nachträglich, also nach Eröffnung eines Auswahlverfahrens trifft und diesem damit die Grundlage entzieht. Ein Vertrauensschutz, der eine unwiderrufliche Bindung der ausgeübten Organisationsgewalt zur Folge hätte, ist mit der Ausschreibung nicht verbunden (vgl. bereits BVerwG, Beschluss vom 15. Juli 1977 - 2 B 36.76 - Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 66 S. 11). Eine Rechtsschutzlücke entsteht hierdurch nicht, weil eine Stellenvergabe nicht erfolgt. Soll der neu zugeschnittene Dienstposten vergeben werden, wird ein hierauf bezogenes, neues Auswahlverfahren mit den dann bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten eröffnet.

- 27 Die Möglichkeit Rechtsschutz zu gewähren (in der Form einer einstweiligen Anordnung auf Fortführung des bisherigen Auswahlverfahrens), besteht aber dann, wenn tatsächlich kein neuer Dienstposten geschaffen wird, sondern in Wahrheit - etwa unter einer nur vorgeschobenen Umbezeichnung - weiterhin der bisherige Dienstposten vergeben werden soll. Dann ist eine Erledigung des Auswahlverfahrens nicht eingetreten. In dieser Fallkonstellation beginnt der Lauf der Monatsfrist, wenn Abbruchmitteilung und Eröffnung des neuen Auswahlverfahrens zeitlich auseinanderfallen, erst mit Kenntnis der neuen Ausschreibung oder Funktionsbeschreibung des - nach Darstellung des Dienstherrn - neu geschaffenen Dienstpostens, der nach Ansicht des rechtssuchenden Beamten mit dem des abgebrochenen Auswahlverfahrens identisch sei.
- 28 Ob ein solcher Fall vorliegt, ist anhand eines Vergleichs der Funktionsbeschreibungen des ursprünglich ausgeschriebenen Dienstpostens und der des neuen Dienstpostens zu ermitteln. Abzustellen ist auf den objektiven Erklärungsinhalt der Funktionsbeschreibung (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 32 und vom 8. Juli 2014 - 2 B 7.14 - NVwZ-RR 2014, 885 Rn. 8). Subjektive Vorstellungen der mit der Organisationsmaßnahme befassten (z.B. diese vorbereitenden) Bediensteten sind hier nach unmaßgeblich.

- 29 aa) Die Klägerin macht geltend, im Streitfall liege eine solche nur vorgeschobene Umbezeichnung vor; der unter dem 1. Juni 2012 ausgeschriebene Dienstposten "Leiter Arbeitsgruppe A" sei in der Sache derselbe, der nun als "Unterabteilungsleiter C" geführt werde. Dies trifft indes nicht zu. Die zur Beurteilung der Frage maßgebliche Funktionsbeschreibung des Dienstpostens (BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 41) belegt den von der Beklagten vorgetragene maßgeblichen Neuzuschnitt des Aufgabenbereichs.
- 30 Der neue Stellenzuschnitt des bisherigen Dienstpostens des Leiters der Arbeitsgruppe A und des jetzigen Dienstpostens des Unterabteilungsleiters C lässt sich maßgeblich an folgenden vier im neuen Aufgabenprofil vom Oktober 2012 schriftlich dokumentierten Kriterien ablesen: (1) Organisatorisch ist der Dienstposten eines Arbeitsgruppenleiters in den eines Unterabteilungsleiters gewandelt und schon damit formal aufgewertet. (2) Inhaltlich sind in der neuen, deutlich operativ ausgestalteten Unterabteilung C nunmehr die Cyberaktivitäten des BND gebündelt. Die Leitung des neuen Dienstpostens verlangt dem neuen Aufgabenprofil zufolge neben der allgemeinen Führungskompetenz insbesondere langjährige Berufserfahrung in Führungspositionen auf Referatsleitungsebene in verschiedenen Bereichen der technischen Beschaffung oder in der technischen Beschaffung und im (informations-)technischen Bereich oder in der technischen Beschaffung und im auswertenden Bereich sowie Fachkenntnisse in Bezug auf die (informations-)technischen Grundlagen der Entwicklung und des Einsatzes IT-basierter ND-Mittel. Gegenüber dem dem Dienstposten des Leiters der Arbeitsgruppe A früher zugrunde liegenden juristischen Anforderungsprofil, das lediglich Verständnis für informationstechnisch-operative Möglichkeiten und Erfordernisse als Merkmal nannte, ist darin ein erheblich veränderter Aufgabenzuschnitt des neuen Leitungsdienstpostens zu erblicken. (3) Die Verlagerung weg vom juristisch-kontrollierenden Element hin zum technisch-operativen Auftrag der Unterabteilung C lässt sich zusätzlich daran erkennen, dass dem Unterabteilungsleiter C im Verhältnis zum bisherigen Arbeitsgruppenleiter A deutlich mehr Personal nachgeordnet ist und dieses Personal überwiegend technisch qualifiziert ist. (4) Schließlich ist der juristische Aspekt weder für die Aufgabenstellung noch für die Leitung der Unterabteilung

C prägend. Die erforderliche juristische Expertise in der nunmehr klar technisch-operativ ausgerichteten Unterabteilung C sichert das Referat D. Die Zusammenschau aller Umstände verdeutlicht den sachlichen Grund des neuen Aufgabenzuschnitts für den Dienstposten des Unterabteilungsleiters C, der mit dem Dienstposten des Arbeitsgruppenleiters A nicht identisch ist.

- 31 Dem von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung hilfsweise gestellten Antrag, Beweis über die Tatsache zu erheben, die Stellenausschreibung vom Juni 2012 sei auf die Besetzung der Leitungsfunktion UAL C gerichtet gewesen, war nicht nachzugehen. Dem Antrag fehlt es an der erforderlichen Eignung des Beweismittels. Aussagen der von der Klägerin benannten (z.T. ehemaligen) Abteilungsleiter bzw. eines Stabsleiters des BND könnten deren persönliches Verständnis von der streitgegenständlichen Stellenausschreibung vom Juni 2012 bekunden, nicht aber die rechtlich maßgeblichen und urkundlich in der Behördenakte dokumentierten Funktionsbeschreibungen für die Leitungsdienstposten A und C in Frage stellen.
- 32 Anhaltspunkte für die Annahme, der Neuzuschnitt des Dienstpostens und der Abbruch des Auswahlverfahrens hätten dazu gedient, die Klägerin willkürlich vom Besetzungsverfahren auszuschließen (vgl. BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2012 - 2 A 7.09 - BVerwGE 141, 361 Rn. 22), gibt es nicht. Auch der Umstand, dass der BND das im Juni 2012 eingeleitete Stellenbesetzungsverfahren zunächst fortgesetzt hat, obwohl seit Juli 2012 eine abweichende organisatorische Planung stattgefunden hat, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Der sachliche Grund für den neuen Stellenzuschnitt wird durch die defizitäre innerbehördliche Koordination zwischen Personal- und Organisationsmanagement nicht in Frage gestellt.
- 33 bb) Die Beklagte hat den sachlichen Grund für den Abbruch des Besetzungsverfahrens auch hinreichend dokumentiert und erläutert.
- 34 Die Bewerber werden grundsätzlich nur durch eine schriftliche Fixierung der wesentlichen Erwägungen in die Lage versetzt, mittels Akteneinsicht sachgerecht darüber befinden zu können, ob die Entscheidung des Dienstherrn ihren

Bewerbungsverfahrensanspruch berührt und ob sie Rechtsschutz in Anspruch nehmen wollen. Darüber hinaus eröffnet erst die Dokumentation des sachlichen Grundes dem Gericht die Möglichkeit, die Beweggründe für den Abbruch des Auswahlverfahrens nachzuvollziehen. Die Annahme, die maßgeblichen Erwägungen könnten auch erstmals im Rahmen eines gerichtlichen Eilverfahrens über die Besetzung der betroffenen Stelle dargelegt werden, mindert die Rechtsschutzmöglichkeiten der Bewerber in unzumutbarer Weise (BVerfG, Kammerbeschluss vom 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 - BVerfGK 11, 398 <403> m.w.N.).

- 35 Die erste an die Klägerin adressierte Mitteilung vom 7. September 2012, das Auswahlverfahren sei aus organisatorischen und personalwirtschaftlichen Gründen geschlossen worden, erfüllt die Anforderungen an eine nachvollziehbare, aus sich heraus verständliche Begründung für den Abbruch des Besetzungsverfahrens aber nicht. Sie teilt nur das Ergebnis von Abbruch und Abbruchgrund mit, ohne das Vorliegen eines sachlichen Abbruchgrundes inhaltlich hinreichend darzulegen. Das auf Nachfrage der Klägerin ergangene Schreiben vom 13. September 2012 holt die gebotene Darlegung des Abbruchgrundes indes hinreichend nach. Denn darin wird der Klägerin sowohl die organisatorische Umstrukturierung erläutert als auch erklärt, dass aufgrund des wesentlich veränderten Aufgabenprofils infolge der Bündelung der Cyber-Aktivitäten veränderte Anforderungen an die Personalauswahl für den neuen Dienstposten des Unterabteilungsleiters C zu stellen seien. Diese zusätzlichen Informationen haben die Klägerin in die Lage gesetzt, zu entscheiden, ob ihr Bewerbungsverfahrensanspruch durch den Abbruch berührt worden sein könnte und ob sie gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen will.
- 36 d) Das Auswahlverfahren hat sich schließlich dadurch erledigt, dass sich der Dienstherr entschieden hat, den Dienstposten nicht durch ein den Grundsätzen des Art. 33 Abs. 2 GG unterworfenen Auswahlverfahren und damit möglicherweise auch an einen Bewerber mit einem niedrigeren Statusamt zu vergeben, sondern eine ämtergleiche Besetzung vorzunehmen. Hierdurch hat die Beklagte die Stelle aus dem Kreis der Beförderungsdienstposten herausgenommen

(vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 26).

- 37 Der Bewerbungsverfahrensanspruch und der daraus hergeleitete Anspruch, das vom Dienstherrn abgebrochene Verfahren fortzuführen, setzen voraus, dass das zu vergebene Statusamt oder der zur Besetzung vorgesehene höherwertige Dienstposten weiter zur Verfügung steht. Die einer Stellenbesetzung vorgelagerten Fragen, ob und ggf. wie viele Stellen (Ämter) mit welcher Wertigkeit geschaffen oder aufrechterhalten werden, unterfallen allein der Organisationsgewalt des Dienstherrn (stRspr, vgl. BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2012 - 2 C 11.11 - BVerwGE 145, 237 Rn. 20). Demzufolge ist das Verfahren zu beenden, wenn etwa die dem Statusamt unterlegte Planstelle während des Auswahlverfahrens wegfällt oder die Organisationseinheit, bei der der Dienstposten eingerichtet ist, aufgelöst wird. Das Auswahlverfahren hat sich dann erledigt.
- 38 Entsprechendes gilt, wenn sich der Dienstherr entschließt, das Statusamt oder den höherwertigen Dienstposten im Wege der Versetzung oder Umsetzung ämtergleich und folglich mit einem Beamten zu besetzen, der bereits das höhere, dem betreffenden Dienstposten entsprechende Statusamt innehat. Der Dienstherr ist aufgrund seiner Organisationsgewalt frei, Statusämter oder bislang als höherwertig eingestufte Dienstposten, auf denen Beamte ihre Eignung für das nächsthöhere Statusamt nachweisen konnten, ämtergleich zu besetzen. Dies gilt auch, wenn der Dienstherr ein Auswahlverfahren bereits eröffnet hat. Der Dienstherr wird hierdurch nicht daran gehindert, seine Organisationsgrundentscheidung, das Statusamt oder den Dienstposten auch für Beförderungsbewerber zu öffnen, rückgängig zu machen (BVerwG, Beschluss vom 11. Mai 2009 - 2 VR 1.09 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 43 Rn. 3).
- 39 Als Ausfluss seiner Organisationsgewalt kann der Dienstherr wählen, ob er ein Statusamt oder einen Dienstposten durch Umsetzung oder Versetzung und damit statusgleich besetzen will oder ob er die Vergabe auch für Beförderungsbewerber öffnet. Entscheidet er sich dafür, Umsetzungs- und Beförderungsbewerber in das Auswahlverfahren einzubeziehen, ist das Auswahlverfahren auch

für die Versetzungsbewerber am Maßstab des Art. 33 Abs. 2 GG zu messen. Das Auswahlverfahren darf daher nachträglich nur aus Gründen eingeschränkt werden, die den Anforderungen des Grundsatzes der Bestenauswahl gerecht werden (BVerwG, Urteil vom 25. November 2004 - 2 C 17.03 - BVerwGE 122, 237 <242>). Der Dienstherr darf daher einzelne Umsetzungs- und Versetzungsbewerber nicht aus Gründen von der Auswahl ausschließen, die mit Art. 33 Abs. 2 GG nicht in Einklang stehen.

- 40 Diese Bindung gilt jedoch nur, wenn und solange der Dienstherr an seiner Organisationsgrundentscheidung festhält, die Dienstpostenvergabe auch für Bewerber zu öffnen, die nicht bereits ein der Wertigkeit des Funktionsamts entsprechendes Statusamt bekleiden. Revidiert der Dienstherr bereits diese Festlegung und entschließt er sich, den Dienstposten nur statusgleich zu vergeben, ist er an die Maßstäbe aus Art. 33 Abs. 2 GG nicht gebunden. Die mit der unbeschränkten Ausschreibung begründete Festlegung begründet weder für die Beförderungsbewerber noch für die Versetzungsbewerber einen Vertrauensschutz, der eine unwiderrufliche Bindung der ausgeübten Organisationsgewalt zur Folge hätte. Derartiges entspräche weder dem Willen des Dienstherrn noch ist eine entsprechende Annahme durch Art. 33 Abs. 2 GG geboten. Vielmehr findet in diesem Fall die Vergabe eines Statusamtes oder eine hierauf vorwirkende Auswahlentscheidung durch die Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens gar nicht statt. Damit besteht auch unter Missbrauchserwägungen kein Anlass, dem Dienstherrn die Korrektur seiner Organisationsgrundentscheidung zu verwehren. Die Interessen etwaiger Beförderungsbewerber werden dadurch gewahrt, dass ihnen mit dieser Verfahrensweise kein Konkurrent vorgezogen werden kann. Ansprüche auf Schaffung oder Aufrechterhaltung von Beförderungsdienstposten vermittelt Art. 33 Abs. 2 GG dagegen nicht.
- 41 2. Der Feststellungsantrag ist bereits unzulässig. Die Klägerin hat kein berechtigtes Feststellungsinteresse geltend gemacht.
- 42 Eine mögliche Präjudizwirkung für Schadensersatz- oder Amtshaftungsansprüche steht nicht im Raum, weil nicht die Vergabe eines Statusamtes, sondern nur die Besetzung eines Dienstpostens in Rede steht. Dementsprechend hat

die Klägerin auch nur auf eine mögliche Wiederholungsgefahr verwiesen. Ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten Verwaltungsakts oder einer sonstigen Maßnahme kann darin bestehen, durch die erstrebte Feststellung einer Wiederholung vorzubeugen (BVerwG, Beschluss vom 4. Oktober 2012 - 2 B 112.11 - juris Rn. 8). Ein solches Interesse setzt aber die hinreichend konkrete Gefahr voraus, dass der Klägerin künftig eine vergleichbare Maßnahme durch die Beklagte droht (vgl. BVerwG, Urteil vom 16. Mai 2013 - 8 C 14.12 - BVerwGE 146, 303 Rn. 21). Nur dann besteht hinreichend Anlass, die Rechtmäßigkeit einer bereits erledigten Maßnahme nachträglich gerichtlich zu klären. Ein bloß abstraktes Rechtsklärungsinteresse genügt hierfür nicht (BVerwG, Urteil vom 20. Juni 2013 - 8 C 39.12 - juris Rn. 39). Es ist nicht Aufgabe der Verwaltungsgerichte, Rechtsgutachten zu erstatten (BVerwG, Beschluss vom 30. November 2006 - 1 WB 59.05 - BVerwGE 127, 203 Rn. 27).

- 43 Die Klägerin hat sich zwar nach ihren Angaben in der mündlichen Verhandlung inzwischen auf einen weiteren Dienstposten beworben. Dort ist ein Abbruch des Auswahlverfahrens indes nicht zu besorgen. Vielmehr ist ausweislich der Einlassung der Klägerin in der mündlichen Verhandlung der Dienstposten bereits mit einem Mitbewerber besetzt worden. Eine hinreichend konkrete Wiederholungsgefahr ist damit nicht ersichtlich.
- 44 3. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 154 Abs. 1 VwGO.
- 45 Für eine Entscheidung, die Zuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten im Vorverfahren für notwendig zu erklären (§ 162 Abs. 2 Satz 2 VwGO), ist angesichts der Klageabweisung kein Raum.

Domgörgen

Dr. Heitz

Dr. von der Weiden

Dr. Kenntner

Dollinger

B e s c h l u s s  
vom 3. Dezember 2014

Der Streitwert wird gemäß § 52 Abs. 2 GKG auf 5 000 € festgesetzt.

Domgörgen

Dr. Heitz

Dollinger