

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Allgemeines Beamtenrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquelle/n:

GG Art. 19 Abs. 4 , Art. 33 Abs. 2

Titelzeile:

Klage auf Aufhebung einer Beförderung

Stichworte:

Beamter; Dienstposten; Beförderung; einaktiges Verfahren; Vorwirkung; Beförderungsamtsamt; Auswahlentscheidung; Transparenz; Stellenausschreibung; laufbahnrechtliche Bewährung; Bewährung.

Leitsätze:

1. Der Dienstherr darf die Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens und die Vergabe des entsprechenden Beförderungsamtes in der Weise miteinander verknüpfen, dass er der Dienstpostenvergabe im Falle der Bewährung des ausgewählten Bewerbers ohne weitere Auswahlentscheidung die Beförderung nachfolgen lässt.
2. Ein solches einaktiges Verfahren erfordert, dass diese Verknüpfung transparent ist. Die Transparenz kann sich aus einem entsprechenden Hinweis in der Stellenausschreibung oder aus einer dem Adressatenkreis bekannten behördlichen Praxis ergeben.
3. Erforderlich ist außerdem ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen der Auswahlentscheidung über die Vergabe des Dienstpostens und der Beförderung.
4. In einem einaktigen Verfahren mit der Verknüpfung von Dienstpostenvergabe und anschließender Beförderung nach laufbahnrechtlicher Bewährung genügt eine Konkurrentenmitteilung nach der Auswahlentscheidung zur Vergabe des Dienstpostens; es bedarf keiner gesonderten Mitteilung der Absicht des Dienstherrn, den Dienstposteninhaber nach seiner laufbahnrechtlichen Bewährung nunmehr zu befördern.
5. Einer Klage gegen eine Ernennung eines anderen Beamten steht die fehlende laufbahnrechtliche Erprobung des klagenden Beamten dann nicht entgegen, wenn diesem in einem einaktigen Verfahren die Chance zur Erprobung auf dem höherwertigen Dienstposten zu Unrecht und in Rechtsschutz verhindernder Weise versagt worden ist.



Urteil des 2. Senats vom 13. Dezember 2018 - BVerwG 2 A 5.18



Bundesverwaltungsgericht

**IM NAMEN DES VOLKES**  
**URTEIL**

BVerwG 2 A 5.18

Verkündet  
am 13. Dezember 2018

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 13. Dezember 2019  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen,  
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. von der Weiden, Dr. Hartung  
und Dollinger sowie die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Hampel

für Recht erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme  
der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen, die die-  
ser selbst trägt.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger begehrt die Aufhebung der Ernennung des Beigeladenen zum Regie-  
rungsoberamtsrat und eine neue Beförderungsentscheidung der Beklagten.
- 2 Der Kläger ist Regierungsamtsrat (Besoldungsgruppe A 12 BBesO) im Bundes-  
dienst und wird beim Bundesnachrichtendienst (BND) verwendet. Im August  
2015 schrieb der BND einen mit der Besoldungsgruppe A 13g bewerteten  
Dienstposten des Sachgebietsleiters "Baumaßnahmen, FM-Aufgaben" zur för-  
derlichen Besetzung für Beamte der Besoldungsgruppe A 12 aus. In der Stellen-  
ausschreibung sind neben der zwingend vorausgesetzten Befähigung für die  
Laufbahn des gehobenen nichttechnischen Verwaltungsdienstes im Studienbe-  
reich Rechts-, Wirtschafts- oder Verwaltungswissenschaften zusätzliche Anfor-  
derungen formuliert, die für den Vergleich anhand der dienstlichen Beurteilung  
maßgeblich sein sollen, sofern mehrere Bewerber über die gleiche Gesamtnote  
verfügen (Entscheidungsvermögen, Durchsetzungsvermögen, Managementfä-

higkeiten, Kommunikationsverhalten, Verantwortungsbereitschaft). Außerdem sind zusätzliche Anforderungen für den Fall formuliert, dass mehrere Bewerber im Wesentlichen gleich beurteilt sind (mindestens dreijährige Berufserfahrung im Unterkunfts-/Liegenschaftswesen und/oder allgemeinen Verwaltungsdienst, Fachkenntnisse in der Unterkunfts- und Liegenschaftsverwaltung).

- 3 Der Kläger bewarb sich, wurde aber nicht ausgewählt. Auf seinen Antrag hin hat ihm der Senat vorläufigen Rechtsschutz gewährt und dem BND bis einen Monat nach Zustellung eines Bescheids über seinen Widerspruch vom 26. Juli 2016 gegen die Auswahlentscheidung untersagt, den Dienstposten mit dem Beigeladenen zu besetzen (Beschluss vom 21. Dezember 2016 - 2 VR 1.16 - BVerwGE 157, 168). Zur Begründung hat der Senat ausgeführt, dass durch die Besetzung des ausgeschriebenen Dienstpostens mit dem Mitbewerber - dem damaligen und jetzigen Beigeladenen - die Verwirklichung der Rechte des Klägers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Die Übertragung des höherwertigen Dienstpostens schaffe die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen für eine spätere Beförderung. Die Auswahlentscheidung verletze den Bewerbungsverfahrenanspruch des Klägers aus Art. 33 Abs. 2 GG, weil sie auf einer unzutreffenden Tatsachengrundlage beruhe; die dem Bewerbervergleich zugrunde gelegte dienstliche Beurteilung des Klägers sei rechtswidrig.
- 4 Daraufhin hob der BND die Auswahlentscheidung und die dienstliche Beurteilung des Klägers auf und erstellte für den Kläger unter dem 28. Juli 2017 eine neue dienstliche Beurteilung. In dem zusammenfassenden Gesamturteil erreicht der Kläger - der in der aufgehobenen vorherigen dienstlichen Beurteilung ein Gesamturteil von 7 Punkten erzielt hatte - 8 Punkte.
- 5 Ende September 2017 traf der BND eine neue Auswahlentscheidung und wählte erneut den Beigeladenen aus. Der Verwaltungsvorgang enthält keinen Auswahlvermerk. Die Auswahlerwägungen lassen sich aber den (jeweils inhaltsgleichen) Schreiben des BND vom 27. September 2017 zur Beteiligung des Personalrats und der Gleichstellungsbeauftragten entnehmen. Danach waren acht Bewerber in eine vergleichende Betrachtung einzubeziehen. Fünf von ihnen - darunter der Kläger und der Beigeladene - waren mit dem Gesamturteil 8 Punkte bewertet. Für diese fünf Bewerber wurde ein "Vergleich der im Anforderungsprofil her-

ausgehobenen gekennzeichneten zusätzlichen nicht nacherwerbzbaren Anforderungen anhand der Einzelmerkmale der aktuellen dienstlichen Beurteilung" angestellt. Der Vergleich bezog sich auf Entscheidungsvermögen, Durchsetzungsvermögen, Managementfähigkeiten, Kommunikationsverhalten und Verantwortungsbereitschaft. Dabei war der Beigeladene im Vergleich zu den anderen Bewerbern in jeweils mindestens zwei Einzelmerkmalen besser beurteilt; im Vergleich zum Kläger erzielte er bei Kommunikationsverhalten und Verantwortungsbereitschaft jeweils 9 statt 8 Punkte.

- 6 Eine Konkurrentenmitteilung an den Kläger ist nicht ergangen. Der Beigeladene ist zum 1. Oktober 2017 auf den ausgeschriebenen Dienstposten umgesetzt worden. Die Bewährungszeit betrug ein halbes Jahr.
- 7 Mit Schreiben vom 14. November 2017 beanstandete der Kläger, dass "der ausgewählte Mitarbeiter vor dem offiziellen Abschluss des Ausschreibungsverfahrens zur Besetzung des Dienstpostens bereits zu diesem verfügt" worden sei. Nach den einschlägigen Richtlinien sei das Ergebnis der Auswahlentscheidung zur Besetzung des förderlichen Dienstpostens nach Abschluss der erforderlichen Beteiligungsverfahren allen Bewerbern mitzuteilen. Eine diesbezügliche Mitteilung liege ihm zur fraglichen Stellenbesetzung nicht vor. Er bitte um Mitteilung der Gründe dafür.
- 8 Mit Schreiben vom 12. Dezember 2017 teilte der BND dem Kläger mit, dass mit der förderlichen Umsetzung des ausgewählten Bewerbers auf den fraglichen Dienstposten das Ausschreibungsverfahren abgeschlossen worden sei. Unter Berücksichtigung seiner neuen Regelbeurteilung habe es eine "wiederholte Auswertung der Stellenausschreibung" gegeben. Die Entscheidung sei erneut zugunsten des Mitbewerbers ausgefallen, da auch unter Berücksichtigung der neuen Beurteilung "die Entscheidungsgrundlage, d.h. der Absagegrund, unverändert fortbesteht". Dieser Absagegrund sei dem Kläger bereits bekannt gewesen, da er ihm im Wege der Anhörung schon im Juli 2016 mitgeteilt worden sei.
- 9 Am 18. Dezember 2017 legte der Kläger Widerspruch gegen die Besetzung des Dienstpostens mit dem Beigeladenen ein. Zur Begründung führte er aus, er sei nicht darüber unterrichtet worden, dass die Stellenausschreibung erneut zu-

gunsten des Beigeladenen ausgefallen sei. Damit sei ihm die Möglichkeit eines Widerspruchs gegen die Entscheidung über die Stellenbesetzung verwehrt worden. Er bitte um einen alsbaldigen Widerspruchsbescheid, damit er ggf. im Wege einer Klage gegen die Stellenbesetzung vorgehen könne.

- 10 Mit Schriftsatz vom 28. März 2018 zeigte der Prozessbevollmächtigte des Klägers beim BND an, dass er die rechtlichen Interessen des Klägers vertrete und legte eine Vollmacht vor, in der vermerkt war, dass Zustellungen ausschließlich an die Bevollmächtigten zu richten seien. Er rügte, dass der BND den Kläger vor der Übertragung des Dienstpostens an den Mitbewerber nicht informiert habe, und forderte den BND auf, den besetzten Dienstposten wieder zur Neuauswahl zur Verfügung zu stellen und den ausgewählten Bewerber rückumzusetzen. Zugleich legte er gegen eine ggf. erfolgte Beförderung Widerspruch ein und bat binnen Wochenfrist um Auskunft, ob inzwischen "im Rahmen der Dienstpostenübertragung" eine Beförderung erfolgt sei. Für den Fall des Ausbleibens einer fristgerechten Antwort kündigte er die erneute Anrufung des Bundesverwaltungsgerichts an. Eine Antwort hierauf erfolgte nicht.
  
- 11 Mit Widerspruchsbescheid vom 26. April 2018, dem Kläger zugestellt am 28. April 2018, wies der BND den Widerspruch des Klägers gegen die Besetzung des Dienstpostens mit dem Beigeladenen zurück. Im Sachverhaltsteil heißt es: "Eine Ernennung ist zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht erfolgt, soll jedoch nach Ablauf der Erprobungszeit zeitnah erfolgen (vgl. § 22 Abs. 2 Bundesbeamtengesetz - BBG)." Zur Begründung wird u.a. ausgeführt, das Unterbleiben der Mitteilung über die Auswahlentscheidung erfordere keine Aufhebung der Auswahlentscheidung. Zwar sei das Unterbleiben einer solchen Mitteilung im vorliegenden Fall rechtsfehlerhaft und könne auch nicht damit begründet werden, dass dem Kläger bereits im Rahmen der - später aufgehobenen - ersten Auswahlentscheidung der Absagegrund mitgeteilt worden sei. Gleichwohl sei dieser Umstand für die Entscheidung über den Widerspruch nicht von Bedeutung. Der Zweck der Mitteilungspflicht sei erreicht. Mit der Überprüfung der Auswahlentscheidung im Widerspruchsverfahren habe der Kläger von der Möglichkeit, Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen, Gebrauch gemacht. Von einer Vereitelung seiner Rechtsschutzmöglichkeiten könne nicht gesprochen werden, zumal er spätestens seit Mitte Dezember 2017 Kenntnis von der Auswahlentscheidung

gehabt habe. Auch in der Sache sei die Auswahlentscheidung nicht zu beanstanden. Weil die Gesamturteile der dienstlichen Beurteilungen des Klägers und des Beigeladenen gleich seien, sei eine Binnendifferenzierung anhand der Leistungsmerkmale erforderlich gewesen, die sich an den im Anforderungsprofil aufgeführten Einzelmerkmalen orientieren müsse. Nach dem Anforderungsprofil seien hierfür die Befähigungsmerkmale Entscheidungsvermögen, Durchsetzungsvermögen und Managementfähigkeiten sowie die Leistungsmerkmale Kommunikationsverhalten und Verantwortungsbereitschaft maßgeblich. Während der Kläger und der Beigeladene bei den Befähigungsmerkmalen jeweils mit "D" bewertet worden seien, sei bei beiden Leistungsmerkmalen der Beigeladene mit 9 Punkten gegenüber dem Kläger mit 8 Punkten besser bewertet. Dies bedeute einen wesentlichen Unterschied innerhalb der Binnendifferenzierung, so dass ein weiterer Vergleich der dienstlichen Beurteilungen nicht erforderlich sei.

- 12 Am 7. Mai 2018 ist der Beigeladene zum Regierungsoberamtsrat (Besoldungsgruppe A 13) ernannt worden.
- 13 Mit anwaltlichem Schreiben vom 8. Juni 2018 hat der Kläger gegen die Ernennung und Dienstpostenübertragung Widerspruch eingelegt. Mit Widerspruchsbescheid vom 29. Juni 2018 hat der BND den Widerspruch mit im Wesentlichen denselben Erwägungen wie im Widerspruchsbescheid vom 26. April 2018 zurückgewiesen.
- 14 Am 26. Juli 2018 hat der Kläger Klage erhoben. Er ist der Ansicht, durch die Beförderung des Beigeladenen ohne vorherige Mitteilung an ihn - den Kläger - sei sein Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt. Die Auswahlentscheidung sei auch inhaltlich rechtswidrig. Sie sei im September 2017 anhand von dienstlichen Beurteilungen zum Stichtag 1. April 2015 getroffen worden; diese seien nach zweieinhalb Jahren nicht mehr hinreichend aktuell gewesen. Außerdem sei zu Unrecht auf die im Anforderungsprofil besonders hervorgehobenen Leistungsmerkmale abgestellt worden; es sei nicht erkennbar, dass diese Merkmale für den ausgeschriebenen Dienstposten in besonderer Weise prägend seien. Stattdessen hätte eine umfassende Auswertung der dienstlichen Beurteilungen erfolgen müssen. Schließlich genüge die Auswahlentscheidung in zweifacher

Hinsicht nicht den Anforderungen der Förderungsrichtlinie des BND: Zum einen seien die als nacherwerbbar gekennzeichneten zusätzlichen Anforderungen des Anforderungsprofils entgegen Nr. 9.3 der Förderungsrichtlinie bei den Bewerbern nicht positiv festgestellt worden. Zum zweiten fehle es auch an den in Nr. 9.3.1 der Förderungsrichtlinie vorgesehenen Auswahlgesprächen in Form halbstrukturierter Interviews.

15 Der Kläger beantragt,

die Ernennung des Beigeladenen zum Regierungsoberamtsrat vom 7. Mai 2018 und den Widerspruchsbescheid der Beklagten vom 29. Juni 2018 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, über die Vergabe des streitgegenständlichen Beförderungsamtes unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.

16 Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

17 Sie hält die Ernennung des Beigeladenen für rechtsbeständig und die Klage deshalb für unbegründet.

18 Der Beigeladene hat keinen Antrag gestellt und sich nicht geäußert.

19 Außerdem hat der Kläger am 9. Mai 2018 Klage erhoben auf Rückgängigmachung der Besetzung des Dienstpostens mit dem Beigeladenen und Neuentcheidung über die Dienstpostenbesetzung (2 A 2.18) und zugleich einen Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes bezüglich der Dienstpostenbesetzung und einer drohenden Beförderung gestellt (2 VR 2.18).

20 Die vorgelegten Verwaltungsvorgänge waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

## II

21 Die Klage ist zulässig (1.), aber unbegründet (2.).

- 22 1. Die Klage ist zulässig. Zwar steht der Zulässigkeit einer Klage gegen eine beamtenrechtliche Ernennung grundsätzlich der Grundsatz der Ämterstabilität entgegen (a). Im vorliegenden Fall ist der Grundsatz der Ämterstabilität aber durchbrochen, weil die Beklagte die Gewährung wirkungsvollen gerichtlichen Rechtsschutzes für den Kläger verhindert hat (b).
- 23 a) Der Zulässigkeit einer Klage gegen eine beamtenrechtliche Ernennung steht grundsätzlich der Grundsatz der Ämterstabilität entgegen.
- 24 Die Ernennung des ausgewählten Bewerbers ist nach dem Grundsatz der Ämterstabilität in aller Regel rechtsbeständig und kann nicht mehr rückgängig gemacht werden. Eine Aufhebung der Ernennung außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Tatbestände der Rücknahme (§ 14 BBG; vgl. auch § 12 BeamtStG) ist nicht vorgesehen. Das (Status-)Amt ist mit der Ernennung daher unwiderruflich vergeben, und zwar ohne dass es darauf ankommt, ob die Ernennung mit Art. 33 Abs. 2 GG im Einklang steht. Entsprechend gehen auch die Bewerbungsverfahrensansprüche der unterlegenen Bewerber durch die Ernennung unter (BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - BVerwGE 138, 102 Rn. 27 und 30 m.w.N.). Eine Aufhebung der Ernennung des ernannten Beamten kommt in einem gerichtlichen (Hauptsache-)Verfahren ebenso wenig in Betracht wie gegen die bereits erfolgte Ernennung gerichteter Eilrechtsschutz.
- 25 b) Im vorliegenden Fall ist der Grundsatz der Ämterstabilität aber durchbrochen, weil die Beklagte ihre aus Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG folgende Mitteilungspflicht gegenüber dem Kläger verletzt hat.
- 26 aa) Die Rechtsbeständigkeit einer Ernennung aus Gründen der Ämterstabilität ist mit dem Grundrecht auf wirkungsvollen gerichtlichen Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nur vereinbar, wenn unterlegene Bewerber ihren Bewerbungsverfahrensanspruch vor der Ernennung in der grundrechtlich gebotenen Weise gerichtlich geltend machen können.
- 27 Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner grundlegenden Entscheidung vom 4. November 2010 hierzu insbesondere ausgeführt (BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - BVerwGE 138, 102 Rn. 31 ff. m.w.N.):

"Es muss sichergestellt sein, dass ein unterlegener Bewerber die Auswahlentscheidung des Dienstherrn vor der Ernennung in einem gerichtlichen Verfahren überprüfen lassen kann, das den inhaltlichen Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG genügt. Hierfür hat sich eine Praxis der Verwaltungsgerichte herausgebildet, die den gerichtlichen Rechtsschutz in den Zeitraum zwischen der Auswahlentscheidung und der Ernennung verlagert. Ein unterlegener Bewerber ist zur Durchsetzung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs darauf verwiesen, eine einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO zu beantragen, durch die dem Dienstherrn die Ernennung des ausgewählten Bewerbers untersagt wird. ... Der Dienstherr darf den ausgewählten Bewerber erst ernennen, wenn feststeht, dass der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung keinen Erfolg hat. Ein Hauptsacheverfahren findet dann wegen der Rechtsbeständigkeit der Ernennung nicht mehr statt.

...

Die Wirksamkeit des Rechtsschutzes vor der Ernennung hängt aber davon ab, dass der Dienstherr die gerichtliche Nachprüfung seiner Auswahlentscheidung ermöglicht. Er muss mit der Ernennung des ausgewählten Bewerbers zuwarten, bis die unterlegenen Bewerber ihre Rechtsschutzmöglichkeiten ausgeschöpft haben. Daher ergeben sich aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, Art. 33 Abs. 2 GG Mitteilung- und Wartepflichten des Dienstherrn, mit denen Ansprüche der unterlegenen Bewerber korrespondieren:

Zunächst muss der Dienstherr die Auswahlentscheidung vor der Ernennung den unterlegenen Bewerbern mitteilen (Urteile vom 1. April 2004 - BVerwG 2 C 26.03 - Buchholz 237.8 § 10 RhPLBG Nr. 1 S. 2 f. und vom 11. Februar 2009 - BVerwG 2 A 7.06 - Buchholz 232 § 23 BBG Nr. 44 Rn. 20). Danach muss er eine angemessene Zeit zuwarten, damit die Unterlegenen das Verwaltungsgericht anrufen können. 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 (Urteil vom 21. August 2003 - BVerwG 2 C 14.02 - BVerwGE 118, 370 <374 f.> = Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 27 S. 10 f.).

...

Verstößt der Dienstherr vor der Ernennung gegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1, Art. 33 Abs. 2 GG, so muss der verfassungs-

rechtlich gebotene Rechtsschutz nach der Ernennung nachgeholt werden. Der Dienstherr kann sich auf die Ämterstabilität nicht berufen, um Verletzungen des vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG zu decken. Ansonsten hätte er es in der Hand, die Grundrechte unterlegener Bewerber durch vorzeitige Ernennungen auszuschalten. Gefährdungen der Funktionsfähigkeit von Justiz oder Verwaltung kann der Dienstherr vermeiden, indem er die Anforderungen der Rechtsschutzgarantie beachtet. Im Übrigen liegen sie wegen der überschaubaren Zahl der Fälle der Rechtsschutzverhinderung fern."

- 28 Hieran ist festzuhalten.
- 29 bb) Die Beklagte hat ihre sich aus Art. 19 Abs. 4 i.V.m. Art. 33 Abs. 2 GG ergebenden Mitteilungspflichten gegenüber dem Kläger verletzt. Zwar bestand keine Mitteilungspflicht vor der Ernennung des Beigeladenen, weil die Beklagte in einem einaktigen Verfahren die Auswahlentscheidung über die Besetzung des höherwertigen Dienstpostens und zugleich über die Vergabe des entsprechenden Statusamtes für den Fall der laubahnrechtlichen Bewährung getroffen hat und dies dem Kläger auch bekannt war oder bekannt sein musste (1). Aber die Beklagte hat ihre Mitteilungspflicht gegenüber dem Kläger hinsichtlich der Dienstpostenvergabe verletzt, wodurch ein Eilrechtsschutzbegehren des Klägers auch hinsichtlich der Ernennung des Beigeladenen verhindert wurde (2).
- 30 (1) Im vorliegenden Fall bedurfte es keiner gesonderten Mitteilung vor der Ernennung des Beigeladenen, weil die Beklagte in einem einaktigen Verfahren sowohl über die Besetzung des höherwertigen Dienstpostens als auch über die Vergabe des entsprechenden Statusamtes für den Fall der laubahnrechtlichen Bewährung entschieden hat.
- 31 Der Dienstherr darf die Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens und die Vergabe des entsprechenden Beförderungsamtes in der Weise miteinander verknüpfen, dass er der Dienstpostenvergabe im Falle der Bewährung des ausgewählten Bewerbers unmittelbar - d.h. ohne eine weitere Auswahlentscheidung - die Beförderung nachfolgen lässt (BVerwG, Urteile vom 16. August 2001 - 2 A 3.00 - BVerwGE 115, 58 <59f.>, vom 17. August 2005 - 2 C 37.04 - BVerwGE 124, 99 <102 f.> und vom 11. Februar 2009 - 2 A 7.06 - Buchholz 232 § 23 BBG

Nr. 44 Rn. 20; offengelassen in BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 13). Erforderlich ist jedoch im Hinblick auf die Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG), dass diese Verknüpfung transparent ist, das heißt, dass der möglicherweise am Dienstposten und am Beförderungsamte interessierte Personenkreis weiß, dass mit der Vergabe des Dienstpostens zugleich auch - die laufbahnrechtliche Bewährung auf dem Dienstposten vorausgesetzt - über die Vergabe des Beförderungsamtes entschieden wird. Eine solche Transparenz kann sich aus einem Hinweis in der Stellenausschreibung darauf ergeben, dass nach der laufbahnrechtlichen Bewährung die Beförderung vorgesehen ist. Im Falle einer allgemeinen behördlichen Praxis - ggf. beschränkt auf einzelne Bereiche oder Besoldungsgruppen - kann die Kenntnis einer solchen Verfahrensweise auch ohne entsprechenden Hinweis in der Ausschreibung vorausgesetzt werden. Erforderlich ist außerdem ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen der Auswahlentscheidung über die Vergabe des Dienstpostens und der Beförderung, um die Aktualität der dienstlichen Beurteilungen zu wahren (BVerwG, Urteil vom 11. Februar 2009 - 2 A 7.06 - Buchholz 232 § 23 BBG Nr. 44 Rn. 20) und in der Zwischenzeit möglicherweise hinzukommende weitere Bewerber nicht ohne hinreichende Rechtfertigung vom Auswahlverfahren über das Beförderungsamte auszuschließen (BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 13).

- 32 Im vorliegenden Fall hat der Beklagte ein einaktiges Verfahren mit der Verknüpfung von Dienstpostenvergabe und nachfolgender Beförderung betrieben. In diesem Sinne hat er die in der Stellenausschreibung vom August 2015 so bezeichnete "förderliche Besetzung" des Dienstpostens verstanden. Das war auch für den in Frage kommenden Adressatenkreis hinreichend deutlich erkennbar. Zwar enthält die Stellenausschreibung vom August 2015 keine Erläuterung des Begriffs der Förderlichkeit. Aber in der den Bediensteten des BND zugänglichen "Bekanntmachung zur Umstellung der Beförderungspraxis im BND" vom 9. Januar 2012 wird darauf hingewiesen, dass zukünftig Dienstposten nur dann förderlich ausgeschrieben bzw. förderlich durch Umsetzung besetzt werden, wenn eine entsprechend höherwertige Planstelle zur Verfügung stehe; so werde gewährleistet, dass Mitarbeiter oder Mitarbeiterinnen, die eine förderliche Ausschreibung für sich entscheiden konnten, nach Ablauf der nach der Bundeslaufbahnverordnung vorgegebenen Bewährungsfrist ohne zusätzliche Wartezeit be-

fördert werden könnten. Mit diesem Hinweis auf die Beförderung ohne weitere Wartezeit nach der laufbahnrechtlichen Bewährung wurde für die im BND tätigen Bediensteten deutlich, dass keine mit höherem Zeitaufwand verbundenen zweiaktigen Verfahren - zunächst die Entscheidung über die Besetzung der Dienstposten, dann die Entscheidung über die Beförderungen, ggf. auf der Grundlage von Beförderungslisten - mehr durchgeführt werden sollten, sondern der Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens bei Bewährung unmittelbar die Beförderung folgen sollte. Im Sinne einer solchen Begrifflichkeit war auch die nachfolgende "Richtlinie zur Durchführung von Verfahren zur internen förderlichen Besetzung von Dienstposten und Auswahl von Bewerberinnen und Bewerbern im Bundesnachrichtendienst (Förderungsrichtlinie-BND - FörderungsR-BND)" vom 22. Juni 2016 zu verstehen. Mit der nur wenige Wochen nach dessen laufbahnrechtlichen Bewährung vorgenommenen Ernennung des Beigeladenen war schließlich auch der erforderliche enge zeitliche Zusammenhang zwischen der Auswahlentscheidung über die Vergabe des höherwertigen Dienstpostens und der Beförderung gegeben.

- 33 In einem solchen einaktigen Verfahren mit der Verknüpfung von Dienstpostenvergabe und anschließender Beförderung nach laufbahnrechtlicher Bewährung bedarf es keiner gesonderten Mitteilung der Absicht des Dienstherrn, den Dienstposteninhaber nach seiner laufbahnrechtlichen Bewährung nunmehr zu befördern. Vielmehr genügt die bereits zuvor ergangene Mitteilung der Absicht des Dienstherrn, den Dienstposten mit dem ausgewählten Beamten zu besetzen. Denn nur vor der Dienstpostenvergabe gibt es eine Konkurrenzsituation und eine Auswahlentscheidung. Mit der Mitteilung des Ergebnisses des Auswahlverfahrens an die nicht berücksichtigten Bewerber haben diese Gelegenheit zu prüfen, ob ihre Nichtberücksichtigung rechtsfehlerfrei war, und können gerichtlichen Eilrechtsschutz in Anspruch nehmen.
- 34 (2) Im vorliegenden Fall hat die Beklagte ihre Mitteilungspflicht vor der Vergabe des "förderlichen" Dienstpostens verletzt.
- 35 Der im Verfahren unterlegene Bewerber hat Anspruch auf eine verbindliche Information durch den Dienstherrn über das Ergebnis des Auswahlverfahrens, damit er nicht Gefahr läuft, ein Rechtsmittel auf ungesicherter tatsächlicher

oder rechtlicher Grundlage zu ergreifen oder mit dem Rechtsmittel zu spät zu kommen (BVerfG, Kammerbeschluss vom 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 - NVwZ 2007, 1178 <1179>; BVerwG, Urteile vom 1. April 2004 - 2 C 26.03 - NVwZ 2004, 1257, vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - BVerwGE 138, 102 Rn. 34 und zuletzt vom 30. August 2018 - 2 C 10.17 - NVwZ 2018, 1866 Rn. 11). Dem erfolglosen Bewerber ist nicht nur der Name des ausgewählten Bewerbers bekanntzugeben, sondern es sind ihm jedenfalls auf sein Verlangen hin die für die Auswahlentscheidung wesentlichen Erwägungen mitzuteilen oder zumindest im Wege der Akteneinsicht zugänglich zu machen. Die Mitteilung soll den unterlegenen Bewerber 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. Im Umkehrschluss folgt aus diesen allgemeinen Anforderungen an die Konkurrentenmitteilung aber auch, dass der unterlegene Bewerber gerichtlichen Eilrechtsschutz grundsätzlich in Anspruch nehmen kann und zur Wahrung seiner rechtlichen Interessen auch muss, wenn er Zugang zu diesen Informationen hatte und die Ernennung des vom Dienstherrn ausgewählten Bewerbers derzeit jedenfalls nicht ausgeschlossen erscheint (BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2016 - 2 C 30.15 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 78 Rn. 32).

- 36 Im vorliegenden Fall hat die Beklagte im September 2017 die Auswahlentscheidung über die Vergabe des Dienstpostens an den Beigeladenen getroffen, ohne anschließend hierüber den Kläger mittels einer Konkurrentenmitteilung zu unterrichten. Sie hat sodann den Beigeladenen zum 1. Oktober 2017 auf den ausgeschriebenen Dienstposten umgesetzt. Damit ist die Beklagte ihren Verpflichtungen aus Art. 19 Abs. 4 i.V.m. Art. 33 Abs. 2 GG nicht nachgekommen.
- 37 Allerdings hat der Kläger auf andere Weise von der Dienstpostenbesetzung mit dem Beigeladenen Kenntnis erlangt und auf seine entsprechende Nachfrage mit Schreiben vom 12. Dezember 2017 die Mitteilung der Beklagten erhalten, dass mit der förderlichen Umsetzung des ausgewählten Bewerbers auf den fraglichen Dienstposten das Ausschreibungsverfahren abgeschlossen worden sei; unter Berücksichtigung seiner neuen Regelbeurteilung habe es eine "wiederholte

Auswertung der Stellenausschreibung" gegeben. Die Entscheidung sei erneut zugunsten des Mitbewerbers ausgefallen, da auch unter Berücksichtigung der neuen Beurteilung "die Entscheidungsgrundlage, d.h. der Absagegrund, unverändert fortbesteht".

38 Damit hat die Beklagte dem Kläger die grundsätzlich erforderlichen Informationen - wenn auch verspätet - zukommen lassen und hatte der Kläger die Möglichkeit, gerichtlichen Eilrechtsschutz gegen die Dienstpostenvergabe an den Beigeladenen in Anspruch zu nehmen.

39 Allerdings war im vorliegenden Fall zur Wahrung des effektiven Rechtsschutzes des Klägers als des unterlegenen Bewerbers ausnahmsweise auch eine Information darüber erforderlich, dass die Beklagte unverändert von einem einaktigen Auswahlverfahren zur Dienstpostenvergabe und Beförderung ausging. Denn in dem im ersten Eilrechtsschutzverfahren des Klägers ergangenen Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Dezember 2016 - 2 VR 1.16 - (BVerwGE 157, 168 Rn. 11 - 14) ist der Senat auf der Grundlage der ihm seinerzeit bekannten Tatsachen erkennbar von einem zweiaktigen Verfahren ausgegangen, d.h. von einer streitgegenständlichen Auswahlentscheidung über die Dienstpostenvergabe und einer erst später zu treffenden Auswahlentscheidung über die Beförderung. Angesichts dessen wäre die Beklagte gehalten gewesen, spätestens in einer Konkurrentenmitteilung bezüglich der Dienstpostenvergabe den Kläger auch darauf hinzuweisen, dass keine zweite Auswahlentscheidung stattfinden werde, sondern die Beförderung ohne weitere Auswahlentscheidung nach der laufbahnrechtlichen Bewährung des Beigeladenen erfolgen werde. Diese Information hat die Beklagte dem Kläger aber nicht gegeben, und zwar auch nicht in dem Schreiben vom 12. Dezember 2017. Erst im am 28. April 2018 zugestellten Widerspruchsbescheid vom 26. April 2018 war ein Hinweis auf eine zeitnah nach Ablauf der Erprobungszeit beabsichtigte Beförderung enthalten. Allerdings erfolgte die Beförderung des Beigeladenen bereits neun Tage später, mithin vor Ablauf der nach dem Vorstehenden (Rn. 27) bei einer Konkurrentenmitteilung grundsätzlich einzuhaltenden Wartefrist von zwei Wochen. Hiernach kam dieser Hinweis zu spät, um dem Kläger hinreichend Zeit zu geben, einstweiligen Rechtsschutz zu ergreifen.

- 40 Damit steht der Grundsatz der Ämterstabilität der Zulässigkeit der auf Aufhebung einer beamtenrechtlichen Ernennung gerichteten Klage im vorliegenden Fall nicht entgegen.
- 41 2. Die Klage ist jedoch unbegründet. Die Ernennung des Beigeladenen verletzt Rechte des Klägers nicht. Zwar sind der Beklagten Fehler im Verfahren unterlaufen (a). Aber der Kläger kann die Aufhebung der Ernennung jedenfalls deshalb nicht verlangen, weil ihm aufgrund fehlender Erprobung auf einem höherwertigen Dienstposten die laufbahnrechtliche Voraussetzung für seine eigene Beförderung fehlt (b). Dies kann ihm auch entgegengehalten werden, weil die Auswahlentscheidung über die Dienstpostenvergabe zugunsten des Beigeladenen materiell nicht zu beanstanden ist, so dass dem Kläger die Chance zur Erprobung auf dem höherwertigen Dienstposten nicht zu Unrecht und zugleich in einer den Rechtsschutz verhindernden Weise versagt worden ist (c).
- 42 a) Die Beklagte hat in mehrerer Hinsicht Verfahrensvorschriften verletzt.
- 43 aa) Die Beklagte hat zum einen - wie bereits im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung ausgeführt - den Kläger nicht über seine Nichtberücksichtigung bei der maßgeblichen Auswahlentscheidung über die Vergabe des Dienstpostens an den Beigeladenen und dessen nach laufbahnrechtlicher Bewährung beabsichtigte Beförderung unterrichtet. Das Unterbleiben einer Konkurrentenmitteilung als solche betrifft jedoch nicht die Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung, sondern ausschließlich deren Kommunikation gegenüber den nicht berücksichtigten Bewerbern. Sie hat deshalb lediglich Bedeutung für das Verfahren der Rechtsschutzgewährung, schlägt aber nicht auf die materiell-rechtliche Beurteilung der Auswahlentscheidung selbst durch.
- 44 bb) Die Beklagte hat zum zweiten die für die Auswahlentscheidung maßgeblichen Gründe nicht in der Form eines Auswahlvermerks dokumentiert.
- 45 Aus der Verfahrensabhängigkeit des aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Anspruchs ergeben sich Vorwirkungen für das Verwaltungsverfahren. Das dem gerichtlichen Rechtsschutzverfahren vorgelagerte Verwaltungsverfahren darf nicht so ausgestaltet sein, dass es den gerichtlichen Rechtsschutz vereitelt oder unzu-

mutbar erschwert. Zur Sicherung des Gebotes effektiven Rechtsschutzes folgt aus Art. 33 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG auch die Verpflichtung, die wesentlichen Auswählerwägungen schriftlich niederzulegen. Nur durch eine schriftliche Fixierung der wesentlichen Auswählerwägungen - deren Kenntnis sich der unterlegene Bewerber gegebenenfalls durch Akteneinsicht verschaffen kann - wird der Mitbewerber in die Lage versetzt, 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. Darüber hinaus eröffnet erst die Dokumentation der maßgeblichen Erwägungen auch dem Gericht die Möglichkeit, die angegriffene Entscheidung eigenständig nachzuvollziehen (stRspr, vgl. BVerfG, Kammerbeschlüsse vom 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 - BVerfGE 11, 398 und vom 25. November 2015 - 2 BvR 1461/15 - NJW 2016, 309 Rn. 14 m.w.N.; Beschluss vom 20. September 2016 - 2 BvR 2453/15 - BVerfGE 143, 22 Rn. 20).

- 46 Es kann offenbleiben, ob das Versäumnis der Beklagten, die Auswählerwägungen in einem entsprechenden Vermerk zu dokumentieren, hier deshalb folgenlos bleibt, weil die Anforderungen an die Dokumentation der Auswählerwägungen in anderer Weise erfüllt sind. Einerseits sind in den inhaltsgleichen Schreiben vom 27. September 2017 an den Personalrat und die Gleichstellungsbeauftragte die Auswahlgründe wiedergegeben. Zwar dürften Schreiben im Beteiligungsverfahren aufgrund fehlender Informationsbreite und -tiefe in der Regel nicht in gleicher Weise die Zwecke der Dokumentation der Auswahlentscheidung erfüllen wie ein Auswahlvermerk. Aber im vorliegenden Fall enthalten sie umfassende und detaillierte Informationen zu den Auswahlgründen und vermitteln die erforderliche Kenntnis hierüber gleichermaßen dem unterlegenen Beamten - nach Akteneinsicht - wie dem überprüfenden Gericht. Andererseits sind aus dem Beteiligungsschreiben nicht in gleicher Weise die Verantwortlichkeiten für die Auswahlentscheidung ersichtlich.
- 47 b) Der Kläger kann die Aufhebung der Ernennung des Beigeladenen jedenfalls deshalb nicht verlangen, weil ihm selbst aufgrund fehlender Erprobung auf einem höherwertigen Dienstposten die laufbahnrechtliche Voraussetzung für seine eigene Beförderung fehlt.

- 48 Gemäß § 22 Abs. 2 BBG setzen Beförderungen, die mit einer höherwertigen Funktion verbunden sind, eine mindestens sechsmonatige Erprobungszeit voraus. Eine solche Zeit hat der Kläger - auch ausweislich der Erklärungen der Beteiligten in der mündlichen Verhandlung - bislang nicht absolviert. Damit fehlt ihm die laufbahnrechtliche Voraussetzung für eine Beförderung zum Regierungsoberamtsrat (Besoldungsgruppe A 13).
- 49 c) Die fehlende laufbahnrechtliche Erprobung kann dem Kläger entgegengehalten werden, weil die Auswahlentscheidung über die Dienstpostenvergabe zugunsten des Beigeladenen materiell nicht zu beanstanden ist, so dass dem Kläger die Chance zur Erprobung auf dem höherwertigen Dienstposten nicht zu Unrecht versagt worden ist.
- 50 (1) Erfolgt in einem einaktigen Verfahren die Vergabe des Dienstpostens und nach laufbahnrechtlicher Bewährung die Beförderung, ohne dass dieses Verfahren für die Bewerber hinreichend transparent ist oder entsteht - wie im vorliegenden Fall - im Verlauf des Verfahrens Unklarheit über die Verfahrensweise, ohne dass der Dienstherr dann die erforderliche Transparenz für die nicht berücksichtigten Bewerber herstellt, kann einem nicht berücksichtigten Bewerber, der mangels Kenntnis von der Einaktigkeit des Verfahrens nicht rechtzeitig vor der Ernennung um gerichtlichen Eilrechtsschutz nachsuchen kann, im Klageverfahren gegen eine solchermaßen erfolgte Ernennung nicht das Fehlen der laufbahnrechtlichen Erprobung entgegengehalten werden. Andernfalls würde der Rechtsschutz in diesen Fällen stets leerlaufen, die Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs bliebe regelmäßig folgenlos. Dies wäre mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nicht zu vereinbaren. Deshalb steht einer Klage gegen eine Ernennung eines anderen Beamten die fehlende laufbahnrechtliche Erprobung des klagenden Beamten dann nicht entgegen, wenn diesem die Chance zur Erprobung auf dem höherwertigen Dienstposten zu Unrecht und in Rechtsschutz verhindernder Weise versagt worden ist.

- 51 (2) Die Auswahlentscheidung der Beklagten, den in Rede stehenden Dienstposten dem Beigeladenen und nicht dem Antragsteller zu übertragen, ist materiell nicht zu beanstanden.
- 52 Der Kläger und der Beigeladene haben als Beamte der Besoldungsgruppe A 12 in ihren letzten dienstlichen Beurteilungen beide in der Leistungsbewertung die Gesamtnote 8 Punkte erreicht. Dass die Auswahlentscheidung auf die in der Stellenausschreibung bei gleicher Gesamtnote vorgesehenen Einzelbeurteilungen zu zwei Leistungsmerkmalen (Kommunikationsverhalten, Verantwortungsbereitschaft) und drei Befähigungsmerkmalen (Entscheidungsvermögen, Durchsetzungsvermögen, Managementfähigkeiten) abstellt, ist nicht zu beanstanden. Denn die damit beschriebenen "zusätzlichen Anforderungen" betreffen statusamtsbezogene Merkmale (zu der grundsätzlichen Notwendigkeit, Auswahlentscheidungen über eine Dienstpostenvergabe mit Vorwirkungen für eine spätere Statusamtsvergabe an den Anforderungen dieses Statusamtes zu orientieren, vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 18 ff.). Dies zeigt auch der Vergleich mit den für den Fall von lediglich im Wesentlichen gleich beurteilten Bewerbern vorgesehenen "zusätzlichen Anforderungen", die dienstpostenbezogen sind (Berufserfahrung bzw. Fachkenntnisse in der Unterkunft- und Liegenschaftsverwaltung). Eine Ausschärfung der Einzelbewertungen der dienstlichen Beurteilungen ergibt danach einen Leistungsvorsprung des Beigeladenen gegenüber dem Kläger.
- 53 Auch die weiteren vom Kläger gegen die Auswahl des Beigeladenen vorgebrachten Bedenken greifen sämtlich nicht durch. Die dienstlichen Beurteilungen für den Kläger und den Beigeladenen waren als Regelbeurteilungen zum Stichtag 1. April 2015 im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung im September 2017 hinreichend aktuell; sie haben die erforderliche hinreichende Aktualität entgegen der Auffassung des Klägers nicht durch die seit dem letzten Beurteilungsstichtag verstrichene Zeit verloren (§ 22 Abs. 1 Satz 2 BBG). Die positive Feststellung der als nacherwerbbar gekennzeichneten zusätzlichen Anforderungen des Anforderungsprofils nach Nr. 9.3 der Förderungsrichtlinie war im vorliegenden Fall nicht erforderlich, weil diese Anforderungen nach der Stellenausschreibung für die Auswahlentscheidung nur bei Leistungsgleichheit zwischen mehreren Bewerbern hinsichtlich ihrer dienstlichen Beurteilung und den zusätzlichen An-

forderungen der Stellenausschreibung maßgeblich sein sollten; im vorliegenden Fall bestand hiernach aber - wie ausgeführt - ein Leistungsvorsprung des Beigeladenen. Schließlich bedurfte es nicht der in Nr. 9.3.1 der Förderungsrichtlinie vorgesehenen Auswahlgespräche in Form halbstrukturierter Interviews, weil diese nach Nr. 9.3 der Richtlinie nur zur Prüfung der Erfüllung besonderer Arbeitserfordernisse und der im Anforderungsprofil als nacherwerbbar gekennzeichneten zusätzlichen Anforderungen vorgesehen sind. Die im vorliegenden Fall maßgeblichen zusätzlichen Anforderungen ergaben sich aber sämtlich aus den dienstlichen Beurteilungen.

- 54 3. Damit ist die Klage mit der Kostenfolge des § 154 Abs. 1 VwGO abzuweisen. Eine Erstattung der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen war nicht auszusprechen, weil der Beigeladene keinen Antrag gestellt und sich damit nicht einem eigenen Kostenrisiko ausgesetzt hat (§ 162 Abs. 3 i.V.m. § 154 Abs. 3 VwGO).

Domgörgen

Dr. von der Weiden

Dr. Hartung

Dollinger

Hampel

**B e s c h l u s s**  
vom 13. Dezember 2018

Der Wert des Streitgegenstandes wird gemäß § 52 Abs. 6 Satz 4 GKG auf 33 006,60 € festgesetzt.

Domgörgen

Dr. von der Weiden

Hampel