

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Fachpresse: ja

Allgemeines Beamtenrecht

Rechtsquelle/n:

GG	Art. 19 Abs. 4, Art. 33 Abs. 2
BBG	§§ 9, 17 Abs. 5, §§ 21, 22, 26 Abs. 1, §§ 97, 98, 99 Abs. 2 und Abs. 3, § 101 Abs. 1
BLV	§§ 6, 33 Abs. 1, § 50 Abs. 1
VwGO	§ 123 Abs. 1 Satz 1

Titelzeile:

Konkurrentenstreit, Beurteilungsirrelevanz von Nebentätigkeiten

Stichworte:

Beamter; Konkurrentenstreit; Stellenausschreibung; Anforderungsprofil; Dienstposten; Beförderungsdienstposten; Statusamt; Bewerbungsverfahrensanspruch; dienstliche Beurteilung; Gesamtnote; Leistungsvorsprung; Auswahlentscheidung; Hauptamt; Nebentätigkeit; wissenschaftliche Tätigkeit.

Leitsatz:

Leistungen, die ein Beamter außerhalb des ihm zugewiesenen hauptamtlichen Dienstpostens als Nebentätigkeit erbringt, sei es in Wahrnehmung eines Nebenamts (§ 97 Abs. 2 BBG) oder in Ausübung einer Nebenbeschäftigung (§ 97 Abs. 3 BBG), ohne dass der Dienstherr dies verlangt (§ 98 BBG) oder ein dienstliches Interesse an der Ausübung der Nebentätigkeit aktenkundig macht (§ 101 Abs. 1 BBG), sind in einer dienstlichen Beurteilung regelmäßig nicht zu bewerten.

Beschluss des 2. Senats vom 23. Januar 2020 - BVerwG 2 VR 2.19





Bundesverwaltungsgericht

BESCHLUSS

BVerwG 2 VR 2.19

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 23. Januar 2020
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. von der Weiden
und Dollinger

beschlossen:

Der Antrag wird abgelehnt.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der Kosten der Beigeladenen, die diese selbst trägt.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 23 277,09 € festgesetzt.

G r ü n d e :

I

- 1 Der ... geborene Antragsteller ist Regierungsdirektor (Besoldungsgruppe A 15) im Dienst der Antragsgegnerin. Er wendet sich im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die förderliche Besetzung eines höherwertigen Dienstpostens mit der Beigeladenen, die das Amt einer Regierungsdirektorin (Besoldungsgruppe A 15) innehat.
- 2 Die Antragsgegnerin schrieb unter dem 17. Juli 2018 den mit der Besoldungsgruppe A 16 bewerteten Dienstposten des Referatsleiters "BND ..." für die Gruppe der Beamten der rangniedrigeren Besoldungsgruppe A 15 förderlich aus. Der Ausschreibung lag das folgende Anforderungsprofil zugrunde:

"Zwingende Anforderungen, die der Bewerber (m/w) erfüllen muss, um in das weitere Auswahlverfahren, das zunächst anhand der dienstlichen Beurteilung erfolgt, einbezogen zu werden:

Beamter (m/w) mit der Befähigung für eine Laufbahn des höheren Dienstes und

mindestens dreijährige Führungserfahrung in einer A 15-Verwendung als Sachgebietsleiter (m/w).

Nicht in angemessener Zeit nacherwerbbar zusätzliche Anforderungen, die für den Leistungsvergleich anhand der dienstlichen Beurteilung maßgeblich sind, sofern mehrere Bewerber (m/w) über die gleiche Gesamtnote verfügen:

- vertiefte Fachkenntnisse in Lehrorganisation und Didaktik
- Erfahrungen im Hochschulbereich
- Erfahrungen in der Erwachsenenbildung
- Entscheidungsvermögen
- Durchsetzungsvermögen
- Managementfähigkeiten
- Kommunikationsverhalten
- Verantwortungsbereitschaft.

In angemessener Zeit nacherwerbbar zusätzliche Anforderungen, die für die Auswahlentscheidung maßgeblich sind, sofern mehrere Bewerber (m/w) im Wesentlichen gleich beurteilt sind:
(...)

Aus personalwirtschaftlichen und haushaltären Erwägungen ist der Dienstposten ausschließlich (m/w) förderlich zu besetzen.

Es werden nur förderliche Bewerbungen von Beamten (m/w), aus der nächstniedrigeren Besoldungsgruppe A 15 betrachtet / zugelassen."

- 3 Der Antragsteller bewarb sich neben 16 anderen Bewerbern auf die Stellenausschreibung. Er erhielt in der für ihn eingeholten Anlassbeurteilung zum Stichtag 30. September 2018 die Gesamtnote "8" auf der neunstufigen Bewertungsskala. Nach Auswertung der Bewerbungen traf die Antragsgegnerin die Auswahlentscheidung mit Auswahlvermerk vom 24. Mai 2019 zugunsten der Beigeladenen, die - wie fünf weitere Bewerber - jeweils um eine Notenstufe besser als der Antragsteller beurteilt worden war (Gesamtnote "9"). Hierüber unterrichtete die Antragsgegnerin den Antragsteller schriftlich unter dem 10. Juli 2019 u.a. wie folgt:

"Die Entscheidung fiel zugunsten der Bewerberin Frau ... aus. Der Zeitpunkt der Beförderung ist noch nicht absehbar. (...)

Sie wurden in diesen Qualifikationsvergleich mit Ihrer aktuellen Anlassbeurteilung zum Stichtag 1. Oktober 2018 einbezogen. Bei dieser Auswertung ist vornehmlich auf das

Gesamturteil und bei gleichem Gesamturteil auf die Einzelbewertungen der aktuellen Beurteilung abzustellen. (...)

Im Rahmen des vorgenommenen Qualifikationsvergleichs konnte Ihre Bewerbung leider nicht berücksichtigt werden, da Sie im Gesamturteil um eine Notenstufe schlechter und damit nicht mehr im Wesentlichen gleich beurteilt sind."

- 4 Die Konkurrentenmitteilung ging dem Antragsteller am 12. Juli 2019 zu. Am 24. Juli 2019 hat er Widerspruch erhoben und die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes beantragt.
- 5 Er ist der Auffassung, die vorwirkende Auswahlentscheidung zur Übertragung des Beförderungsdienstpostens sei rechtswidrig, weil die Antragsgegnerin das selbst formulierte Anforderungsprofil nicht gleichbleibend auf alle Bewerber angewandt habe. Er habe die im Anforderungsprofil geforderten Kenntnisse zur Lehrorganisation und Didaktik sowie Erfahrungen im Hochschulbereich und in der Erwachsenenbildung, weil er das Recht des Nachrichtendienstes und das Strafprozessrecht umfangreich wissenschaftlich bearbeitet habe. Auch für die Organisation anderer Aus- und Fortbildungsangebote verfüge er aufgrund der vom BND anerkannten mehrjährigen Leitungstätigkeit über praktische Erfahrungen. So habe er etwa bei der Erarbeitung von Ausbildungs- und Prüfungsordnungen u.a. für den Studiengang "Verwaltungsinformatik" an der Hochschule des Bundes mitgewirkt. Darüber hinaus habe er persönliche Unterrichtserfahrung als Dozent. Der höherwertige Dienstposten setze besondere Fähigkeiten voraus, nämlich vertiefte Kenntnisse in Lehrorganisation und Didaktik, Erfahrungen im Hochschulbereich sowie Erfahrungen in der Erwachsenenbildung. Dabei handele es sich um nicht nacherwerbzbare Anforderungsmerkmale. Daran ändere auch der vorgesehene Leistungsvergleich anhand der dienstlichen Beurteilungen nichts.
- 6 Die Auswahlentscheidung zu seinen Lasten sei auch deshalb fehlerhaft, weil der BND den Dienstposten der Beigeladenen übertragen wolle, obwohl diese die zusätzlichen Anforderungen des Dienstpostens nicht in angemessener Zeit nacherwerben könne. Dies ergebe sich aus der Bewerberübersicht, bei der im Feld der Beigeladenen im Hinblick auf die vertieften Fachkenntnisse in Lehrorganisation und Didaktik, die Erfahrungen im Hochschulbereich und die Erfahrungen in

der Erwachsenenbildung mit dem Vermerk "nicht nachgewiesen" versehen seien. Bei keinem der in die "engere Wahl" gezogenen 9-Punkte-Bewerber seien vertiefte Kenntnisse in den Bereichen Lehrorganisation, Didaktik und Erwachsenenbildung vorhanden. Die Einbeziehung all dieser Bewerber - einschließlich der Beigeladenen - verletze den Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers.

7 Des Weiteren verstoße das der Stellenausschreibung zugrundeliegende Anforderungsprofil selbst gegen Art. 33 Abs. 2 GG. Da dieses Profil für den Leistungsvergleich maßgeblich sein solle, sofern mehrere Bewerber gleich beurteilt worden seien, werde ein für den Leistungsvergleich leistungsfremdes Differenzierungskriterium geschaffen. Denn das Profil enthalte einen neuen, von den dienstlichen Beurteilungen abgekoppelten Maßstab.

8 Deshalb sei auch unerheblich, dass er eine Gesamtnote von 8 Punkten habe, während die Beigeladenen auf 9 Punkte komme. Denn weder die Beigeladene noch ein anderer mit 9 Punkten beurteilter Bewerber erfülle die zwingenden Kriterien des konstitutiven Anforderungsprofils. Danach seien die Chancen des Antragstellers in einem neuen Verfahren jedenfalls offen.

9 Der Antragsteller beantragt,

der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu untersagen, den Dienstposten "BND ..." in der Wertigkeit A 16 einer anderen Person zu übertragen, bis über seine Bewerbung vom 13. August 2018 erneut bzw. über seinen Widerspruch gegen die Ablehnung seiner Bewerbung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Bundesverwaltungsgerichts entschieden worden und eine weitere Rechtsschutzfrist von wenigstens 14 Tagen abgelaufen ist.

10 Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

- 11 Sie hält die Auswahlentscheidung für rechtmäßig, weil der Antragsteller dienstlich schlechter als die Beigeladene beurteilt worden sei. Die Leistungen des Antragstellers seien neunmal mit der Note "8" und sechsmal mit der Note "7" bewertet worden, wobei das Leistungsmerkmal "Führung" mangels zugewiesener Führungsaufgaben entfallen sei. Die Befähigungsmerkmale des Antragstellers seien mit zwölfmal "D" (besonders ausgeprägt) und siebenmal "C" ("stärker ausgeprägt") bewertet worden. Das anschließende Gesamturteil sei begründet worden. Damit genüge die Anlassbeurteilung sowohl den formellen als auch den materiellen Anforderungen.
- 12 Darüber hinaus umfassten die Anlassbeurteilungen des Antragstellers und der Beigeladenen zum Beurteilungsstichtag (1. Oktober 2018) beide einen Beurteilungszeitraum von 30 Monaten des regulären Beurteilungszeitraums von 36 Monaten.
- 13 Keiner der Bewerber - auch nicht der Antragsteller - verfüge über vertiefte Fachkenntnisse in Lehrorganisation und Didaktik, im Hochschulbereich und in der Erwachsenenbildung. Der Antragsteller sei im Beurteilungszeitraum als Referent im Stab der Abteilung ... eingesetzt und dort vornehmlich mit der Bearbeitung juristischer Grundsatzfragen betraut gewesen. Lehrtätigkeiten habe er dabei nicht ausgeübt. Dass er während des Beurteilungszeitraums nebendienstliche Tätigkeiten in seiner Funktion als Honorarprofessor wahrgenommen habe, sei für die dienstliche Beurteilung, die sich allein auf die Bewertung der dienstlich erbrachten Leistungen erstrecke, unbeachtlich. Daher sei weiter unbeachtlich, dass in seiner Beurteilung nur auf die Honorarprofessur hingewiesen worden, nicht aber weiter auf seine berufliche Erfahrung an der Führungsakademie der Polizei in ... eingegangen worden sei. Die in der Übersichtstabelle enthaltene Eintragung "wird durch die Professur unterstellt" sei nicht als Bewertung der Einzelmerkmale zu verstehen. Dies ergebe sich daraus, dass mit dem der Übersichtstabelle beiliegendem Schreiben die Anlassbeurteilungen erst angefordert worden seien. Eine Bewertung hätte zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht erfolgen können.
- 14 Bei den Zusatzkriterien "vertiefte Fachkenntnisse in Lehrorganisation und Didaktik, im Hochschulbereich und in der Erwachsenenbildung" handele es sich

nicht um Teile des konstitutiven Anforderungsprofils. Konstitutiv seien nur die Merkmale "Laufbahnbefähigung für den höheren Dienst" und "dreijährige Berufserfahrung als Sachgebietsleiter". Die Zusatzkriterien würden - anders als die konstitutiven Kriterien - nämlich beim Leistungsvergleich erst dann berücksichtigt, wenn mehrere Bewerber über die gleiche Gesamtnote verfügten. In den Leistungsvergleich einbezogen werde aber nur ein Bewerber, der bereits die konstitutiven Anforderungen des Profils erfüllt habe. Dafür sprächen auch die Ziffern 7.2.1 und 7.2.2 der FörderungsR-BND.

- 15 Die Beigeladene hat sich nicht geäußert und auch keinen Antrag gestellt.
- 16 Hinsichtlich weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte sowie die dem Senat übersandten Verwaltungsvorgänge verwiesen.

II

- 17 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. Für den Erlass einer einstweiligen Anordnung gibt es zwar einen Anordnungsgrund (1.), nicht aber einen Anordnungsanspruch (2.). Der Antragsteller hat nicht glaubhaft gemacht, dass durch die Besetzung des ausgeschriebenen Dienstpostens mit der Beigeladenen die Verwirklichung eigener Rechte vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (§ 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO).
- 18 1. Der Antragsteller hat zwar einen Anordnungsgrund gemäß § 123 Abs. 1 VwGO für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung.
- 19 Die von der Antragsgegnerin getroffene Auswahlentscheidung für die Dienstpostenvergabe kann die Rechtsstellung des Antragstellers aus Art. 33 Abs. 2 GG beeinträchtigen, weil sie eine Vorauswahl für die Vergabe eines höheren Statusamts trifft.

- 20 Art. 33 Abs. 2 GG gewährt jedem Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Die Verbindlichkeit dieses verfassungsunmittelbar angeordneten Maßstabs gilt nicht nur für die unmittelbare Vergabe eines Amtes im statusrechtlichen Sinne, sondern auch für vorgelagerte Auswahlentscheidungen, durch die eine zwingende Voraussetzung für die nachfolgende Ämtervergabe vermittelt und die Auswahl für die Ämtervergabe damit vorweggenommen oder vorbestimmt wird.
- 21 Der von der Antragsgegnerin zur Neubesetzung ausgeschriebene und mit der Besoldungsgruppe A 16 bewertete Dienstposten des Referatsleiters "BND ..." ist für den Antragsteller und die Beigeladene, die beide ein Statusamt der Besoldungsgruppe A 15 bekleiden, ein höherwertiger Dienstposten. Dessen Übertragung schafft die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen für eine spätere Beförderung (§ 22 Abs. 2 BBG). Die Übertragung des höherwertigen Dienstpostens soll unter den Bedingungen praktischer Tätigkeit die Prognose bestätigen, dass der Inhaber des Dienstpostens - besser als etwaige Mitbewerber - den Anforderungen des Beförderungsamtes genügen wird. Nur der erfolgreich Erprobte hat die Chance der Beförderung. Andere Interessenten, die bislang nicht auf einem höherwertigen Dienstposten erprobt worden sind, kommen für eine Beförderung aus laufbahnrechtlichen Gründen nicht in Betracht. Damit wird die Auswahl für Beförderungsdienstposten vorverlagert auf die Auswahl unter den Bewerbern um "Beförderungsdienstposten".
- 22 Diese Vorwirkung begründet in Fällen der Übertragung eines Beförderungsdienstpostens an einen Mitbewerber für den Unterlegenen einen Anordnungsgrund und führt dazu, dass das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes in diesen Fällen grundsätzlich die Funktion des Hauptsacheverfahrens übernimmt. Deshalb muss es den sich aus Art. 19 Abs. 4 GG ergebenden Anforderungen gerecht werden und darf nach Prüfungsmaßstab, -umfang und -tiefe nicht hinter einem Hauptsacheverfahren zurückbleiben. Vielmehr ist verfassungsrechtlich eine umfassende tatsächliche und rechtliche Überprüfung der Bewerberauswahl geboten, bei der die Anforderungen an einen Erfolg des unterlegenen Bewerbers nicht überspannt werden dürfen. Wird dabei eine Verletzung des Bewerbungs-

verfahrensanspruchs festgestellt, muss die Ernennung des ausgewählten Bewerbers bereits dann durch einstweilige Anordnung untersagt werden, wenn die Auswahl des Antragstellers bei rechtsfehlerfreier Auswahl jedenfalls möglich erscheint (vgl. zum Ganzen: BVerwG, Beschlüsse vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 11 ff. <16> m.w.N. und vom 19. Dezember 2014 - 2 VR 1.14 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 65 Rn. 18).

- 23 2. Dem Antragsteller steht aber ein Anordnungsanspruch nicht zu, weil die Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin für die Vergabe des Dienstpostens seinen Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG nicht verletzt. Die Auswahlentscheidung beruht auf einem zulässigen Anforderungsprofil (a) und einem fehlerfreien Leistungsvergleich (b).
- 24 a) Das in der Stellenausschreibung vom 17. Juli 2018 enthaltene Anforderungsprofil enthält weder eine unzulässige Einschränkung des Bewerberfeldes (aa) noch eine unsachliche Festlegung der bei gleichem Gesamturteil maßgeblichen Gesichtspunkte (bb).
- 25 aa) Über die Einrichtung und nähere Ausgestaltung von Dienstposten entscheidet der Dienstherr innerhalb des von Verfassung und Parlament vorgegebenen Rahmens aufgrund der ihm zukommenden Organisationsgewalt nach seinen Bedürfnissen. Wie er seine Stellen zuschneidet, welche Zuständigkeiten er diesen zuweist und welche Fachkenntnisse er zur Erfüllung der daraus im Einzelnen resultierenden Aufgaben für erforderlich ansieht, fällt in sein Organisationsermessen, das gerichtlich nur auf sachfremde Erwägungen überprüfbar ist (BVerwG, Urteil vom 16. Oktober 2008 - 2 A 9.07 - BVerwGE 132, 110 Rn. 54). Die Organisationsgewalt des Dienstherrn ist aber beschränkt und an die Auswahlgrundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG gebunden, wenn - wie hier - mit der Dienstpostenübertragung Vorwirkungen auf die spätere Vergabe eines Statusamts verbunden sind. In diesen Vorwirkungsfällen sind auch die Vorgaben des Anforderungsprofils für die Dienstpostenvergabe den Maßstäben aus Art. 33 Abs. 2 GG unterworfen, weil mit der Übertragung des Dienstpostens die Zusammensetzung des Bewerberfelds für nachfolgende Beförderungsverfahren eingeeignet und ggf. gesteuert wird (BVerfG, Kammerbeschlüsse vom 20. September 2007 - 2 BvR 1972/07 - BVerfGK 12, 184 <187> und vom 8. Oktober 2007

- 2 BvR 1846/07 u.a. - BVerfGK 12, 284 <288>; BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 26 f.).

- 26 Die in der Stellenausschreibung zwingend vorausgesetzte Befähigung für die Laufbahn des höheren Dienstes bei mindestens dreijähriger Führungserfahrung in einer Verwendung als Sachgebietsleiter in einer A 14-Verwendung und dem Innehaben eines A 15-Statusamtes entspricht diesen Maßstäben, weil sie unabhängig vom konkreten Dienstposten für alle im Beförderungsfall in Bezug genommenen Statusämter der Besoldungsgruppe A 16 gilt (vgl. § 17 Abs. 5, § 26 Abs. 1 BBG i.V.m. § 6 BLV). Diese zwingenden Anforderungen entsprechen ebenfalls den in Ziffer 7.2.1 der Richtlinie zur Durchführung von Verfahren zur internen förderlichen Besetzung von Dienstposten und Auswahl von Bewerberinnen und Bewerbern (FörderungsR-BND) vom 22. Juni 2016 benannten Kriterien. Sie unterscheiden sich von den in Ziffer 7.2.2 beschriebenen zusätzlichen nicht nacherwerbbaaren Anforderungen, die im Sinne von Hilfskriterien nur dann relevant werden können, wenn mehrere Bewerber über das gleiche Gesamturteil in der dienstlichen Beurteilung verfügen.
- 27 bb) Auch die in der Ausschreibung als vorrangig bei einer Auswahl unter Bewerbern mit gleichem Gesamturteil der dienstlichen Beurteilung benannten nicht in angemessener Zeit nacherwerbbaaren Hilfskriterien im Sinne von Ziff. 7.2.2 FörderungsR-BND beruhen auf sachlichen Erwägungen: Sie sind insbesondere nicht auf den zu besetzenden Dienstposten bezogen.
- 28 Statusrelevante Auswahlentscheidungen sind grundsätzlich anhand aktueller dienstlicher Beurteilungen vorzunehmen, die auf das Statusamt bezogen sind und eine Aussage dazu treffen, ob und in welchem Maße der Beamte den Anforderungen seines Amtes und dessen Laufbahn gewachsen ist. Eine Einengung des Bewerberfelds anhand der Anforderungen eines bestimmten Dienstpostens ist hiermit grundsätzlich nicht vereinbar. Anderes gilt nur dann, wenn die Wahrnehmung der Aufgaben eines Dienstpostens zwingend besondere Kenntnisse oder Fähigkeiten voraussetzt, die ein Laufbahnbewerber regelmäßig nicht mitbringt und sich in angemessener Zeit und ohne unzumutbare Beeinträchtigung der Aufgabenwahrnehmung auch nicht verschaffen kann (BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 18).

- 29 Diesen Anforderungen genügt das vom Antragsteller angegriffene Anforderungsprofil, weil es sich bei den von ihm gerügten, nicht in angemessener Zeit nacherwerbzbaren Kriterien um Anforderungen handelt, die erst bei Leistungsgleichstand der Bewerber, d.h. bei dienstlichen Beurteilungen mit gleicher Gesamtnote und ohne erkennbaren Leistungsvorsprung bei den Einzelbewertungen, relevant werden (vgl. BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2018 - 2 A 2.18 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 92 Rn. 15). Diese nicht in angemessener Zeit nacherwerbzbaren zusätzlichen Anforderungskriterien - nach der Ausschreibung vom 17. Juli 2018 etwa Erfahrungen im Hochschulbereich und in der Erwachsenenbildung - haben danach nur Hilfsfunktion. Sie haben entgegen der Auffassung des Antragstellers keinen "konstitutiven" Charakter.
- 30 b) Die Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin zur Vergabe des förderlichen Dienstpostens ist auch im Übrigen rechtmäßig, weil sie auf einer zutreffenden Tatsachengrundlage beruht.
- 31 aa) Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Der in der Verfassung selbst vorgegebene Maßstab gilt danach unbeschränkt und vorbehaltlos. Statusämter dürfen nur nach Kriterien vergeben werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung betreffen. Der Grundsatz der Bestenauswahl dient zwar primär dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes; er vermittelt den Bewerbern aber zugleich ein grundrechtsgleiches Recht auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl (Bewerbungsverfahrensanspruch; vgl. BVerfG, Beschluss vom 20. September 2016 - 2 BvR 2453/15 - BVerfG 143, 22 Rn. 18).
- 32 Wie die einzelnen Auswahlkriterien zu gewichten sind, gibt Art. 33 Abs. 2 GG nicht vor. Auch das Bundesbeamtengesetz enthält hierzu keine Regelung. § 9 Satz 1 BBG wiederholt nur die Ausrichtung an Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung und schließt eine Berücksichtigung von Geschlecht, Abstammung, Rasse oder ethnischer Herkunft, Behinderung, Religion oder Weltanschauung,

politischen Anschauungen, Herkunft, Beziehungen oder sexueller Identität ausdrücklich aus.

- 33 Weiter enthalten die Beamten-gesetze zur Frage, wie und in welchem Verfahren Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber festzustellen und zu vergleichen sind, keine Regelung. § 22 Abs. 1 Satz 2 BBG ist aber zu entnehmen, dass die Auswahlentscheidung auf der Grundlage aktueller dienstlicher Beurteilungen erfolgen kann. § 33 Abs. 1 Satz 1 BLV gibt dies als Regel vor. Ebenso ist in der Rechtsprechung von Bundesverfassungsgericht (BVerfG, Kammerbeschlüsse vom 11. Mai 2011 - 2 BvR 764/11 - BVerfGK 18, 423 <427 f.> und vom 9. August 2016 - 2 BvR 1287/16 - NVwZ 2017, 46 Rn. 78 m.w.N.) und Bundesverwaltungsgericht (BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 21 m.w.N.) geklärt, dass der Vergleich der Bewerber im Rahmen einer dienstrechtlichen Auswahlentscheidung nach Art. 33 Abs. 2 GG vor allem anhand dienstlicher Beurteilungen zu erfolgen hat. Mit der durch § 21 Satz 1 BBG festgeschriebenen Orientierung der dienstlichen Beurteilung an den Auswahlkriterien des Grundsatzes der Bestenauswahl ist auch sichergestellt, dass diese als Grundlage für nachfolgende Auswahlentscheidungen herangezogen werden kann (vgl. BVerwG, Urteil vom 17. September 2015 - 2 C 27.14 - BVerwGE 153, 48 Rn. 31).
- 34 Die Eignung von dienstlichen Beurteilungen als Grundlage für den Bewerbervergleich setzt voraus, dass diese zeitlich aktuell (BVerwG, Beschluss vom 10. Mai 2016 - 2 VR 2.15 - BVerwGE 155, 152 Rn. 22 f.) und inhaltlich aussagekräftig (BVerwG, Urteil vom 17. September 2015 - 2 C 27.14 - BVerwGE 153, 48 Rn. 14) sind. Hierfür ist erforderlich, dass sie die dienstliche Tätigkeit im maßgebenden Beurteilungszeitraum vollständig erfassen, auf zuverlässige Erkenntnisquellen gestützt sind, das zu erwartende Leistungsvermögen in Bezug auf das angestrebte Amt auf der Grundlage der im innegehabten Amt erbrachten Leistungen hinreichend differenziert darstellen sowie auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhen (BVerwG, Urteile vom 27. November 2014 - 2 A 10.13 - BVerwGE 150, 359 Rn. 21 und vom 9. Mai 2019 - 2 C 1.18 - NVwZ-RR 2020, 53 Rn. 30; zur ergänzenden Heranziehung von Befähigungseinschätzungen BVerwG, Urteil vom 19. März 2015 - 2 C 12.14 - BVerwGE 151, 333 Rn. 45).

- 35 Da die dienstliche Beurteilung den Vergleich mehrerer Bewerber miteinander ermöglichen soll, müssen die Beurteilungsmaßstäbe gleich sein und gleich angewendet werden (BVerwG, Urteile 26. September 2012 - 2 A 2.10 - NVwZ-RR 2013, 54 Rn. 9 und vom 17. September 2015 - 2 C 27.14 - BVerwGE 153, 48 Rn. 13; hierzu auch BVerfG, Kammerbeschlüsse vom 20. März 2007 - 2 BvR 2470/06 - BVerfGK 10, 474 <477 f.> und vom 9. August 2016 - 2 BvR 1287/16 - NVwZ 2017, 46 Rn. 84). Dementsprechend gibt § 50 Abs. 1 Satz 1 BLV vor, dass die Beurteilungen nach einem einheitlichen Beurteilungsmaßstab unter Berücksichtigung der Anforderungen des Amtes zu erfolgen haben. Unabhängig von den unterschiedlichen Aufgabenbereichen der Beamten sind die auf dem jeweiligen Dienstposten erbrachten Leistungen am einheitlichen Maßstab des Statusamts der Vergleichsgruppe zu beurteilen (BVerwG, Urteil vom 17. September 2015 - 2 C 27.14 - BVerwGE 153, 48 Rn. 28 m.w.N.).
- 36 bb) An diesem Maßstab gemessen, ist die Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin zu Lasten des Antragstellers auf der Grundlage seiner dienstlichen Leistungen im innegehabten Statusamt rechtlich nicht zu beanstanden. Die dienstliche Beurteilung des Antragstellers ist zeitlich aktuell; der Beurteilungszeitraum (April 2016 bis September 2018) deckt sich auch mit demjenigen, der der dienstlichen Beurteilung der Beigeladenen als erfolgreicher Mitbewerberin zugrunde liegt.
- 37 Des Weiteren erfasst die dienstliche Beurteilung des Antragstellers dessen dienstliche Leistungen und Fähigkeiten im notwendigen Umfang. Er hat im Beurteilungszeitraum auf seinem Dienstposten als Referent im Stab der Abteilung ... des BND vornehmlich juristische Grundsatzfragen mit dem Ziel bearbeitet, den Abteilungsleiter und die Unterabteilungen sowie Projektgruppen zu beraten und zu unterstützen. Lehrtätigkeiten hat der Antragsteller dabei nicht ausgeübt.
- 38 Soweit der Antragsteller dagegen der Sache nach einwendet, die Antragsgegnerin habe bei der Bewertung seiner dienstlichen Leistungen in der Beurteilung seine langjährigen Kenntnisse in der Lehrorganisation, Didaktik sowie im Hochschulbereich und in der Erwachsenenbildung als Honorarprofessor nicht berücksichtigt, trifft dies zwar in tatsächlicher Hinsicht zu. In der dienstlichen Beurteilung hat die Antragsgegnerin indes aus rechtlichen Gründen die allein

nebenberuflich ausgeübte Lehr- und Hochschultätigkeit des Antragstellers bei der Bewertung seiner Leistungen und Fähigkeiten außer Acht lassen dürfen. Denn nach Ziffer 11.1 der hier noch maßgeblichen Bestimmungen über die Beurteilung der Beamtinnen, Beamten und Beschäftigten im Bundesnachrichtendienst (Beurteilungsbestimmungen-BND) vom 1. Juli 2009 heißt es in Bezug auf nebenamtliche Aufgaben und dienstliche Nebentätigkeiten, dass diese Tätigkeiten im Hinblick auf künftige Personalentscheidungen nur anzuführen, die dort erbrachten Leistungen aber nicht zu bewerten sind. Daran hat sich auch durch die neuen Bestimmungen über die Beurteilung der Beamtinnen, Beamten und Beschäftigten des Bundesnachrichtendienstes (BB-BND) vom 18. Dezember 2019 nichts geändert (vgl. Ziffer 13.1 BB-BND).

- 39 Dieser Maßstab sichert die nach Art. 33 Abs. 2 GG, § 9 BBG gebotene vollständige und gleichmäßige Erfassung der im Hauptamt erbrachten Leistungen und gezeigten Fähigkeiten eines Beamten. Was der Beamte außerhalb des im zugewiesenen hauptamtlichen Dienstpostens als Nebentätigkeit entweder in Wahrnehmung eines Nebenamts oder in Ausübung einer Nebenbeschäftigung (§ 97 BBG) leistet, ohne dass der Dienstherr dies verlangt (§ 98 BBG) oder ein dienstliches Interesse an der Ausübung der Nebentätigkeit aktenkundig macht (§ 101 Abs. 1 BBG), ist bei der dienstlichen Beurteilung regelmäßig nicht zu bewerten. Zum einen kann der Dienstherr die Qualität der vom Beamten im Nebenamt oder der Nebenbeschäftigung gezeigten Leistungen regelmäßig nicht selbst beurteilen. Zum anderen bergen Nebentätigkeiten - wie die vom Antragsteller wahrgenommenen Zusatzbeschäftigungen -, im Gegensatz zu dienstlich veranlassten oder kraft besonderen dienstlichen Interesses anerkannten Nebentätigkeiten, abstrakt zwei Gefahren. Sie können erstens zu Interessenkonflikten mit dienstlichen Pflichten, der Unparteilichkeit und Unbefangenheit des Beamten und zu Einschränkungen seiner künftigen dienstlichen Verwendbarkeit führen (§ 99 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 bis 6 BBG). Zweitens bergen Nebentätigkeiten die Gefahr einer übermäßigen Inanspruchnahme der Arbeitskraft des Beamten außerhalb des ihm im Statusamt zugewiesenen Dienstpostens (§ 99 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und Abs. 3 Satz 1 BBG).

- 40 Etwas anderes gilt, wenn ein Beamter eine Nebentätigkeit auf Verlangen oder im dienstlichen Interesse seines Dienstherrn übernommen hat und die dort gezeigten Leistungen Rückschlüsse auf seine Qualifikation in Bezug auf weitere dienstliche Verwendungen zulassen (vgl. OVG Koblenz, Urteil vom 20. Mai 1992 - 2 A 12357/91 - ZBR 1993, 90 <91> und OVG Münster, Beschluss vom 7. März 2016 - 6 A 623/14 - juris Rn. 9 f.).
- 41 Dafür, dass der Antragsteller die von ihm angeführten Nebentätigkeiten auf Verlangen des Dienstherrn oder im dienstlichen Interesse seines Dienstherrn übernommen hat, ist weder etwas vorgetragen noch sonst ersichtlich. Im Gegenteil heißt es in seiner aktuellen Beurteilung (Stichtag 30. September 2018), dass der Antragsteller im Beurteilungszeitraum (April 2016 bis September 2018) "nicht zur Abgabe von Fachbeiträgen aufgefordert" worden ist. Deshalb haben die aus eigenem Antrieb verfassten und veröffentlichten wissenschaftlichen Aufsätze und Beiträge des Antragstellers insbesondere zum Recht des Nachrichtendienstes und des Strafprozessrechts sowie seine Unterrichtserfahrung als Dozent nicht in die Beurteilung und damit auch nicht in das Auswahlverfahren für den höherwertigen Dienstposten einfließen dürfen.
- 42 Bei der Auswahlentscheidung des ausgeschriebenen und vom Antragsteller angestrebten höherwertigen Dienstposten hat der Dienstherr die zusätzlichen nicht in angemessener Zeit nacherwerbbaaren Anforderungskriterien schon deshalb nicht berücksichtigen dürfen, weil zwischen dem Antragsteller und der Beigeladenen kein Leistungsgleichstand besteht. Der Antragsteller ist in der dienstlichen Beurteilung in der Gesamtnote (8) schlechter als die Beigeladene (9) und fünf weitere Bewerber (9) beurteilt worden.
- 43 3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 und § 162 Abs. 3 VwGO. Da die Beigeladene keinen Antrag gestellt hat, hat sie ein Kostenrisiko vermieden (vgl. § 154 Abs. 3 VwGO), kann aber deshalb billigerweise auch keine Kostenerstattung beanspruchen (§ 162 Abs. 3 VwGO). 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 ihn ergebenden Bedeutung der Sache nach Ermessen zu bestimmen. Bei einem Konkurrentenverfahren von Beamten um einen höherwertigen

Dienstposten geht es um die Vorwirkung auf die Vergabe des höheren Statusamts. Maßgeblich ist danach gemäß § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 und Satz 4 GKG die Hälfte der Summe der im höheren Statusamt für ein Kalenderjahr - hier bezogen auf das Jahr 2019 - zu zahlenden Bezüge mit Ausnahme nicht ruhegehaltfähiger Zulagen. Da es sich um ein Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes handelt, wird dieser Betrag halbiert.

Domgörgen

Dr. von der Weiden

Dollinger