

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Fachpresse: ja

Recht des öffentlichen Dienstes

Rechtsquelle/n:

GG Art. 33 Abs. 2
VwGO § 123 Abs. 1 Satz 1
ZDv A-1340/50

Titelzeile:

Herabsetzung bzw. Steigerung von Noten einer dienstlichen Beurteilung

Stichworte:

Soldat; Oberst; Versetzung; Dauerverwendung; Bundesnachrichtendienst; höherwertiger Dienstposten; Vorwirkung für nachfolgende Beförderung; sog. einaktiges Verfahren; Konkurrenteneilrechtsschutz; Anordnungsgrund; versäumter Eilrechtsschutz gegen Abbruch des Verfahrens; Anforderungsprofil; Änderung; kommissarische Vakanzvertretung; höherwertige Tätigkeit; Ausblendung; dienstliche Beurteilung; Regelbeurteilung; Anlassbeurteilung; Einzelnote; Gesamtnote; Herabsetzung; Leistungsabfall; Leistungssprung; Leistungssteigerung; Begründung; Plausibilisierung.

Leitsätze:

1. Sofern die einschlägigen Beurteilungsbestimmungen vorsehen, dass (schon) im Verfahren zur Erstellung einer dienstlichen Beurteilung die Herabsetzung von Einzelnoten oder der Gesamtnote durch einen höheren Vorgesetzten zu begründen ist (und nicht erst das Gesamtergebnis), gilt auch hier, dass eine Pflicht zur (weiteren) Plausibilisierung in einer Wechselbeziehung zur Obliegenheit des Beamten steht, Einwände gegen die Richtigkeit oder Nachvollziehbarkeit der Benotung darzulegen.
2. Ob in einer dienstlichen Beurteilung ein besonders begründungsbedürftiger Leistungssprung anzunehmen ist, bestimmt sich nach den Umständen des konkreten Einzelfalls. Hierzu gehören insbesondere der Umfang der attestierten Leistungssteigerung und die Dauer des Beurteilungszeitraums.
3. Die kommissarische Wahrnehmung der Aufgaben eines höherwertigen Dienstpostens vor Einleitung eines Auswahlverfahrens über die Besetzung (förmliche Übertragung) dieses Dienstpostens muss und darf bei der Erstellung einer dienstlichen Beurteilung im Zusammenhang mit diesem Auswahlverfahren nicht außer Betracht bleiben.

Beschluss des 2. Senats vom 7. Januar 2021 - BVerwG 2 VR 4.20





Bundesverwaltungsgericht

BESCHLUSS

BVerwG 2 VR 4.20

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 7. Januar 2021
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. von der Weiden
und die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Hampel

beschlossen:

Der Antrag wird abgelehnt.

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

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 51 948,78 € festgesetzt.

G r ü n d e :

I

- 1 1. Der Antragsteller begehrt Eilrechtsschutz gegen die Besetzung eines höherwertigen Dienstpostens mit dem Beigeladenen.
- 2 Der Antragsteller und der Beigeladene sind Soldaten, jeweils im Range eines Oberst (Besoldungsgruppe A 16), und werden dauerhaft beim Bundesnachrichtendienst (BND) verwendet. Sie sind beide Diplomingenieure Elektrotechnik (Univ.). Der Beigeladene nimmt seit Juni 2016 die kommissarische Vakanzvertretung des verfahrensgegenständlichen Dienstpostens wahr.
- 3 Im Januar 2018 hatte die Antragsgegnerin den mit der Besoldungsgruppe B 3 bewerteten Dienstposten des Unterabteilungsleiters (m/w/d) ... für eine "förderliche" Besetzung ausschließlich durch Soldaten ausgeschrieben. Im Auswahlverfahren war der Antragsteller aus fünf Bewerbern - darunter auch der Beigeladene dieses Verfahrens - ausgewählt worden. Im Januar 2019 hatte die Antragsgegnerin dem Antragsteller mitgeteilt, dass sie das Auswahlverfahren abgebrochen habe. Der Antragsteller hatte hiergegen Widerspruch eingelegt, der im Mai

2019 als unbegründet zurückgewiesen worden ist, aber kein gerichtliches (Eil- oder Hauptsache-)Rechtsschutzverfahren eingeleitet.

- 4 Am 25. November 2019 wurde dieser Dienstposten erneut zur "förderlichen" Besetzung ausschließlich durch Soldaten ausgeschrieben. Das Anforderungsprofil war insoweit geändert, als bei den zwingenden Anforderungen weniger Studiengänge bzw. Verwendungen zugelassen und die Fachkenntnisse in der ... dadurch aufgewertet sind, dass sie nunmehr bei Gleichstand der Beurteilungsergebnisse mehrerer Bewerber ausschlaggebend sein sollen.
- 5 Von den wiederum fünf Bewerbern erfüllten nur der Antragsteller und der Beigeladene die zwingenden Anforderungen des Anforderungsprofils. Wesentliche Grundlage der zwischen diesen beiden Bewerbern zu treffenden Auswahlentscheidung waren die jeweils zuletzt für sie erstellten dienstlichen Beurteilungen.
- 6 Der Antragsteller, der zuvor zuletzt am 20. September 2017 beurteilt worden war, erhielt eine vom 1. August 2019 datierende Regelbeurteilung, die für die "Aufgabenerfüllung auf dem/den Dienstposten" mit einem Durchschnittswert von 8,22 (von 9,0 möglichen) Punkten abschloss. Im Beurteilungsverfahren hatte der Präsident des Bundesnachrichtendienstes den vom Erstbeurteiler vorgesehenen Punktwert von 8,56 um 0,34 auf 8,22 reduziert.
- 7 Der Beigeladene, der zuvor zuletzt am 22. Mai 2017 beurteilt worden war und dabei einen Durchschnittswert der Aufgabenerfüllung von 8,30 Punkten erzielt hatte und der wegen der Unterschreitung des Dreijahreszeitraums zu seinem individuellen Zurruesetzungszeitpunkt nicht mehr der Regelbeurteilungspflicht unterlag, erreichte im Rahmen einer Anlassbeurteilung, die am 9. Januar 2020 nach den für Regelbeurteilungen geltenden Maßstäben erstellt wurde, den Spitzenwert von 9,0.
- 8 Mit Schreiben vom 19. Mai 2020 teilte die Antragsgegnerin dem Antragsteller mit, dass sie den Beigeladenen ausgewählt habe.

- 9 Der Antragsteller legte Widerspruch gegen die beabsichtigte Dienstpostenbesetzung mit dem Beigeladenen ein, über den noch nicht entschieden worden ist.
- 10 Am 3. Juni 2020 hat der Antragsteller um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht. Er hält die Auswahlentscheidung für rechtsfehlerhaft. Der Beigeladene sei missbräuchlich begünstigt worden; anders sei dessen "Leistungsexplosion" in der aktuellen dienstlichen Beurteilung nicht zu erklären. Das Gesamtergebnis seiner eigenen dienstlichen Beurteilung sei im Beurteilungsverfahren zu Unrecht herabgesetzt worden; die Herabsetzung sei nicht nachvollziehbar. Der Abbruch des vorangegangenen Auswahlverfahrens sei ebenso rechtswidrig wie die nunmehr vorgenommene Änderung des Anforderungsprofils. Dem Beigeladenen hätte keine neuerliche dienstliche Beurteilung erteilt werden dürfen, weil die Anforderungen des von ihm derzeit wahrgenommen Dienstpostens nicht mit denjenigen seines vorherigen Dienstpostens in einer Weise vergleichbar seien, dass sie eine Ausblendung ermöglicht hätten.
- 11 Der Antragsteller beantragt,

im Wege der einstweiligen Anordnung der Antragsgegnerin bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren zu untersagen, den Dienstposten ... mit dem Beigeladenen zu besetzen.
- 12 Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.
- 13 Sie hält den Eilrechtsschutzantrag für unbegründet. Der Abbruch des früheren Auswahlverfahrens sei rechtsbeständig geworden, weil der Antragsteller hiergegen kein gerichtliches Eilverfahren eingeleitet habe. Die Veränderung des Anforderungsprofils gegenüber der früheren Ausschreibung sei sachlich gerechtfertigt und für die Auswahlentscheidung zwischen dem Antragsteller und dem Beigeladenen irrelevant, weil auch der Antragsteller die geänderten Anforderungen erfülle. Maßgeblich für die Auswahlentscheidung zugunsten des Beigeladenen sei ausschließlich dessen in den Gesamtergebnissen der jeweiligen dienstlichen Beurteilungen zum Ausdruck kommender Leistungsvorsprung gegenüber dem Antragsteller; selbst ohne die Herabsetzung des Gesamturteils der

dienstlichen Beurteilung des Antragstellers im Beurteilungsverfahren hätte der Beigeladene einen relevanten Leistungsvorsprung gegenüber dem Antragsteller gehabt. Außerdem sei der Angriff des Antragstellers auf das Gesamtergebnis seiner eigenen dienstlichen Beurteilung zu pauschal, um Plausibilisierungspflichten auszulösen; der Präsident habe dem Antragsteller in einem persönlichen Gespräch aufgezeigt, dass die Herabsetzung bei im Einzelnen genannten Einzelmerkmalen aufgrund vorgelegter Arbeitsergebnisse vorgenommen worden sei. Auch die Angriffe des Antragstellers gegen die dienstliche Beurteilung des Beigeladenen seien nicht berechtigt; es sei nicht nur die Bewährung auf dem verfahrensgegenständlichen Dienstposten ausgeblendet worden, sondern das Gesamturteil aufgrund der hervorragenden Einzelbewertungen auch nachvollziehbar. Auf die vorherige planmäßige dienstliche Beurteilung des Beigeladenen habe nicht zurückgegriffen werden können, da dann die zu vergleichenden dienstlichen Beurteilungen unterschiedliche Beurteilungszeiträume zum Gegenstand hätten.

- 14 Der Beigeladene hat sich nicht geäußert und keinen Antrag gestellt.
- 15 Der Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht hat sich nicht am Verfahren beteiligt.
- 16 Hinsichtlich weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakten 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 besteht zwar ein Anordnungsgrund (1.), nicht aber ein Anordnungsanspruch (2.). Der Antragsteller hat nicht glaubhaft gemacht, dass durch die Besetzung des ausgeschriebenen Dienstpostens mit dem Beigeladenen die Verwirklichung eigener Rechte vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (§ 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

- 18 Obwohl der Antragsteller und der Beigeladene Soldaten sind, ist die Zuständigkeit der Wehrdienstgerichte nicht eröffnet. Die Wehrdienstgerichte haben lediglich in truppdienstlichen Angelegenheiten zu entscheiden, d.h. über die Verletzung solcher Rechte und Pflichten von Soldaten, die auf dem Verhältnis der besonderen militärischen Über- und Unterordnung beruhen. Der Antragsteller und der Beigeladene sind zwar Soldaten der Bundeswehr, aber aufgrund ihrer Versetzung zum BND und der dortigen Verwendung aus den militärischen Befehlsstrukturen der Streitkräfte herausgelöst und in den Geschäftsbereich des BND eingegliedert, der als nichtmilitärische Dienststelle dem Chef des Bundeskanzleramtes untersteht (BVerwG, Beschluss vom 12. Dezember 2017 - 2 VR 2.16 - BVerwGE 161, 59 Rn. 12 m.w.N.).
- 19 Der Senat geht auch davon aus, dass sowohl der Antragsteller als auch der Beigeladene als Soldaten für die Tätigkeit auf dem streitgegenständlichen Dienstposten in Betracht kommen, weil die Aufgaben des konkreten Dienstpostens mit der militärischen Auslandsaufklärung im Zusammenhang stehen und deshalb dafür auch Soldaten eingesetzt werden dürfen (BVerwG, Urteile vom 16. Oktober 2008 - 2 A 9.07 - BVerwGE 132, 110 Rn. 52 und vom 15. Dezember 2011 - 2 A 13.10 - Buchholz 11 Art. 87a GG Nr. 8 Rn. 26 ff.; Beschluss vom 21. Dezember 2017 - 2 VR 3.17 - juris Rn. 20).
- 20 1. Der Anordnungsgrund gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist gegeben.
- 21 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 Statusamtes trifft.
- 22 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 etwa eine zwingende Voraussetzung für die nachfolgende Ämtervergabe vermittelt und die Auswahl für die Ämtervergabe damit vorweggenommen oder vorbestimmt wird.

- 23 Der von der Antragsgegnerin zur Neubesetzung ausgeschriebene Dienstposten wird von ihr im sog. einaktigen Verfahren vergeben (vgl. BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2018 - 2 A 5.18 - BVerwGE 164, 84 Rn. 32). Beim einaktigen Verfahren sind die Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens und die Vergabe des entsprechenden Beförderungsamtes in der Weise miteinander verknüpft, dass der Dienstpostenvergabe im Falle der Bewährung des ausgewählten Bewerbers ohne weitere Auswahlentscheidung die Beförderung nachfolgt (BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2018 - 2 A 5.18 - BVerwGE 164, 84 Rn. 31 m.w.N.). Diese Vorwirkung der Dienstpostenvergabe für die nachfolgende Beförderung begründet für den unterlegenen Mitbewerber 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 Satz 1 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 Bewerbungsverfahrensanspruchs 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, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 11 ff. m.w.N.).
- 24 2. Dem Antragsteller steht aber ein Anordnungsanspruch nicht zu. Er hat nicht glaubhaft gemacht, dass durch die Besetzung des ausgeschriebenen Dienstpostens mit dem Beigeladenen die Verwirklichung eigener Rechte vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (§ 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Die Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin für die Vergabe des Dienstpostens verletzt nicht seinen Bewerbungsverfahrensanspruch.

- 25 Der Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG kann durch ganz unterschiedliche Rechtsfehler verletzt werden. Dazu zählen Fehler im Verfahren, beim Anforderungsprofil, bei den über die Bewerber erstellten dienstlichen Beurteilungen oder bei der auf Letzteren fußenden Auswahlentscheidung.
- 26 Zu allen diesen Bereichen hat die verfassungs- und verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung Maßstäbe entwickelt. So gelten etwa in verfahrensrechtlicher Hinsicht vor allem grundrechtssichernde Dokumentationspflichten (vgl. etwa BVerfG, Kammerbeschluss vom 24. September 2015 - 2 BvR 1686/15 - NVwZ 2016, 237 Rn. 14 <Abbruchgründe>). Auch der Festlegung eines etwaigen Anforderungsprofils, bei dem dem Dienstherrn grundsätzlich ein Einschätzungsspielraum zusteht, sind Grenzen gezogen, die sich aus Art. 33 Abs. 2 GG und (einfach-)gesetzlichen Vorgaben ergeben. Da die Auswahlentscheidung statusamtbezogen ist, darf sie grundsätzlich nicht anhand von Anforderungen des konkreten Dienstpostens erfolgen (BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 18, 28 ff.). Auch muss ein Anforderungsprofil die gesetzliche Ämterordnung achten; das zu vergebende Amt muss mit seinem gesetzlich vorgegebenen Kern und seinem tatsächlichen Gehalt erfasst werden. Weitere gesetzliche Grenzen können sich etwa bei Richtern aus den Vorgaben des Prozess- und Gerichtsverfassungsrechts ergeben, bei Soldaten gelten Besonderheiten des Wehrrechts. Entsprechende Fehler können sich auch auf die dienstlichen Beurteilungen und die Auswahlentscheidung auswirken. Für Letztere ist insbesondere maßgeblich, dass die ihr zugrundeliegenden dienstlichen Beurteilungen hinreichend aktuell und aussagekräftig sind (vgl. BVerwG, Beschluss vom 10. Mai 2016 - 2 VR 2.15 - BVerwGE 155, 152 Rn. 22 f. und Urteil vom 17. September 2015 - 2 C 27.14 - BVerwGE 153, 48 Rn. 14). Dabei unterliegt die Anfertigung von Anlassbeurteilungen ebenfalls gesetzlichen (vgl. § 22 Abs. 1 Satz 2 BBG) und von der Rechtsprechung konkretisierten Grenzen (vgl. BVerwG, Urteil vom 9. Mai 2019 - 2 C 1.18 - BVerwGE 165, 305 Rn. 37 ff. sowie Beschluss vom 2. Juli 2020 - 2 A 6.19 - ZBR 2020, 346 Rn. 9, 12).
- 27 Im Streitfall gibt das Vorbringen des Antragstellers Anlass, nachfolgend auf den Abbruch des vorangegangenen Auswahlverfahrens (a), auf die Änderung des Anforderungsprofils (b), auf die Herabsetzung des Gesamtergebnisses der

dienstlichen Beurteilung des Antragstellers (c), auf seine Einwände zur Ausblendung der Leistungen des Beigeladenen während seiner Vakanzvertretung (d), auf die dem Beigeladenen in dessen dienstlicher Beurteilung attestierte Leistungssteigerung (e) und auf den Umstand einzugehen, dass für diesen eine Anlassbeurteilung erstellt wurde (f). Im Einzelnen:

- 28 a) Soweit der Antragsteller den Abbruch des vorangegangenen Auswahlverfahrens als rechtswidrig rügt, kann er damit im vorliegenden Verfahren nicht gehört werden.
- 29 Effektiver Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) gegen den Abbruch eines Auswahlverfahrens kann nur im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erlangt werden. Ein solches Rechtsschutzbegehren ist auf eine sofortige Verpflichtung des Dienstherrn gerichtet und kann daher bereits aus strukturellen Gründen nur im Wege des Eilrechtsschutzes verwirklicht werden. Das Erfordernis einer zeitnahen Klärung der Frage, ob das bisherige Auswahlverfahren zu Recht abgebrochen wurde oder fortgesetzt werden muss, folgt auch aus dem Gebot der Rechtssicherheit. Sowohl der Dienstherr als auch die Bewerber brauchen Klarheit darüber, in welchem Auswahlverfahren die Stelle vergeben wird. Der zeitliche Parallelauf mehrerer auf dieselbe Planstelle bezogener Verfahren mit unterschiedlichen Bewerbern würde zu schwierigen Vergabe- und Rückabwicklungsproblemen führen. Die Rechtmäßigkeit des Abbruchs muss daher geklärt sein, bevor in einem weiteren Auswahlverfahren eine Entscheidung getroffen und das Amt vergeben wird. 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. Nach Ablauf der Monatsfrist ist die Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit des Abbruchs des Auswahlverfahrens mit einer Hauptsacheklage überprüfen zu lassen, verwirkt (vgl. BVerwG, Urteil vom 3. Dezember 2014 - 2 A 3.13 - BVerwGE 151, 14 Rn. 22 ff. m.w.N.).
- 30 Da der Antragsteller den Abbruch des vorangegangenen Auswahlverfahrens nicht durch einen gerichtlichen Eilantrag angegriffen hat, ist der Abbruch

rechtsbeständig geworden und kann vom Antragsteller nicht mehr in Frage gestellt werden.

- 31 b) Ebenso wenig kommt es im vorliegenden Verfahren darauf an, ob die im aktuellen Auswahlverfahren vorgenommene Änderung des Anforderungsprofils rechtmäßig ist oder nicht. Die mit dieser Änderung verbundene Beschränkung des potentiellen Bewerberkreises belastet den Antragsteller nicht, weil er - ebenso wie der Beigeladene - auch nach dem geänderten Anforderungsprofil in die Auswahlentscheidung einbezogen wurde und diese durch einen Leistungsvergleich ohne Rückgriff auf das Anforderungsprofil ausschließlich auf der Grundlage dienstlicher Beurteilungen getroffen wurde.
- 32 c) Auch das Vorbringen des Antragstellers, das Gesamtergebnis seiner eigenen dienstlichen Beurteilung sei im Verfahren der Erstellung dieser dienstlichen Beurteilung zu Unrecht herabgesetzt worden, zeigt keinen Fehler des Auswahlverfahrens auf.
- 33 Die Beurteilungen des Antragstellers und des Beigeladenen sind auf der Grundlage der Zentralen Dienstvorschrift des Bundesministeriums der Verteidigung A-1340/50 "Beurteilungen der Soldatinnen und Soldaten der Bundeswehr" (ZDv A-1340/50) erstellt worden, die den von § 2 Soldatenlaufbahnverordnung (SLV) gesetzten Rahmen ausfüllen. Danach sind u.a. Richtwerte für die Leistungsbewertung vorgesehen und überwachen die weiteren höheren Vorgesetzten die Anwendung eines sachgerechten Beurteilungsmaßstabs (Nr. 610 ZDv A-1340/50). Wie in anderen Beurteilungssystemen auch ist es somit Aufgabe des (End-)Beurteilers und im Beurteilungsverfahren beteiligter höherer Vorgesetzter, das Leistungsbild des zu beurteilenden Beamten mit dem Leistungsbild der anderen Beamten in der Vergleichsgruppe des Beamten zu vergleichen, es entsprechend einzuordnen und so mit dem Überblick über einen größeren Personenkreis als der (Erst-)Beurteiler oder Beurteilungsentwurfsverfasser die Einheitlichkeit des Beurteilungsmaßstabes zu gewährleisten (vgl. zuletzt BVerwG, Urteil vom 17. September 2020 - 2 C 2.20 - IÖD 2021, 14 <20 f.> = juris Rn. 40).

- 34 Deshalb ist es als solches nicht zu beanstanden, dass im vorliegenden Fall der Präsident des BND bei einzelnen Merkmalen eine Absenkung vorgenommen hat. Nachdem er diese Absenkungen dem Antragsteller in einem persönlichen Gespräch erläutert und der Antragsteller hierauf keine konkreten Einwände erhoben hat, gab es bereits deshalb auch keine Notwendigkeit einer weitergehenden Begründung oder Plausibilisierung der Absenkung. Die bloße Rüge der Absenkung als "nicht nachvollziehbar" genügt nach Erläuterung durch den Beurteiler insoweit nicht. Die Verpflichtung zur Plausibilisierung der Einzelbewertungen einer dienstlichen Beurteilung steht in einer Wechselbeziehung zur Obliegenheit des Beamten, Einwände gegen deren Richtigkeit oder Nachvollziehbarkeit darzulegen (BVerwG, Urteil vom 1. März 2018 - 2 A 10.17 - BVerwGE 161, 240 Rn. 37 und Leitsatz 1; Beschluss vom 19. Juli 2018 - 1 WB 31.17 - Buchholz 449.2 § 2 SLV 2002 Nr. 24 Rn. 46 und Leitsatz). Dasselbe gilt erst recht für ein etwaiges Begründungs- oder Plausibilisierungserfordernis bei der Absenkung von Einzelbewertungen oder der Gesamtbewertung durch höhere Vorgesetzte im Verfahren zur Erstellung einer dienstlichen Beurteilung.
- 35 d) Soweit der Antragsteller gegen die dem Beigeladenen erteilte neuerliche dienstliche Beurteilung anführt, diese hätte nicht erteilt werden dürfen, weil die Anforderungen des vom Beigeladenen derzeit wahrgenommen Dienstpostens nicht mit denjenigen seines vorherigen Dienstpostens in einer Weise vergleichbar seien, dass sie eine Ausblendung der auf dem neuen Dienstposten gezeigten höherwertigen Leistungen ermöglicht hätten, zeigt er damit ebenfalls keinen Fehler des Auswahlverfahrens auf.
- 36 Zum einen ist im sog. einaktigen Verfahren kein Raum für die Anwendung der Ausblendungsrechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 10. Mai 2016 - 2 VR 2.15 - BVerwGE 155, 152 Rn. 30 ff., vom 21. Dezember 2016 - 2 VR 1.16 - BVerwGE 157, 168 Rn. 13 f. und vom 12. Dezember 2017 - 2 VR 2.16 - BVerwGE 161, 59 Rn. 16 ff.; von der Weiden, jurisPR-BVerwG 6/2018 Anm. 6). Mangels gesonderter Auswahlentscheidung über das Statusamt hat der Dienstherr beim einaktigen Verfahren nicht die Möglichkeit, durch die Bereitschaft, den mit einer Übertragung eines höherwertigen Dienstpostens verbundenen möglichen Bewährungsvorsprung bei der späteren Auswahlentscheidung über die Vergabe des Statusamtes auszublenden, diese

Dienstpostenübertragung an den ausgewählten Bewerber schon vor der Auswahlentscheidung mit der Folge vorzunehmen, dass gerichtlicher Rechtsschutz nur in einem Hauptsacheverfahren stattfindet.

- 37 Zum anderen steht eine Ausblendungssituation nicht der Erteilung einer dienstlichen Beurteilung entgegen, sondern modifiziert lediglich die Anforderungen an ihre Erstellung. Folge einer Ausblendungssituation ist also nicht die Unzulässigkeit der Erstellung einer dienstlichen Beurteilung, sondern das Erfordernis der Ausblendung der höherwertigen Tätigkeit bei der Erstellung der dienstlichen Beurteilung.
- 38 Schließlich bedurfte es auch keiner Ausblendung trotz Fehlens einer Ausblendungssituation. Insbesondere nötigt der Umstand, dass dem Beigeladenen seit längerem die kommissarische Vakanzvertretung des verfahrensgegenständlichen Dienstpostens obliegt und damit auch schon vor der neuerlichen Ausschreibung dieses Dienstpostens obliegen hat, nicht dazu, die Vakanzvertretung bei der Erstellung der dienstlichen Beurteilung unberücksichtigt zu lassen. Vielmehr ist die dienstliche Beurteilung des Beamten oder Soldaten in diesen Fällen im Hinblick auf die tatsächlich erbrachten Leistungen zu erstellen. Dies hat die Antragsgegnerin auch getan.
- 39 e) Entgegen der Auffassung des Antragstellers ist dem Beigeladenen in seiner letzten und der Auswahlentscheidung zugrunde liegenden dienstlichen Beurteilung auch kein nicht begründeter oder plausibel erläuteter Leistungssprung attestiert worden.
- 40 aa) Das Bundesverwaltungsgericht hat zu Anlassbeurteilungen in einem Regelbeurteilungssystem ausgesprochen, dass je kürzer der betrachtete Zeitraum seit der letzten Regelbeurteilung ist und je größer der einem Bewerber nunmehr attestierte Bewertungsunterschied ausfällt, desto mehr trifft den Beurteiler die Pflicht, einen solchen Leistungssprung oder -abfall zu begründen und ggf. zu plausibilisieren (vgl. BVerwG, Urteil vom 9. Mai 2019 - 2 C 1.18 - BVerwGE 165, 305 Rn. 41; Beschlüsse vom 22. November 2012 - 2 VR 5.12 - BVerwGE 145, 112 Rn. 30 und vom 2. Juli 2020 - 2 A 6.19 - ZBR 2020, 346 Rn. 11). Auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass ein Leistungssprung oder

-abfall in einer nachfolgenden dienstlichen Beurteilung zu begründen und ggf. zu plausibilisieren ist (vgl. nur OVG Koblenz, Beschluss vom 2. Juli 2014 - 10 B 10320/14 - NVwZ-RR 2014, 809 Rn. 16 ff.; OVG Münster, Beschluss vom 28. Januar 2020 - 6 B 1120/19 - DÖD 2020, 185 Rn. 105 ff.).

- 41 bb) Im vorliegenden Fall hatte der Beigeladene in der zum Stichtag 30. September 2017 erstellten dienstlichen Beurteilung (planmäßige Beurteilung) vom 22. Mai 2017 einen Durchschnittswert der Aufgabenerfüllung von 8,3 Punkten erreicht. In der dienstlichen Beurteilung (Sonderbeurteilung) vom 9. Januar 2020 erreichte er 9,0 Punkte.
- 42 Damit attestierte die neuere dienstliche Beurteilung dem Beigeladenen zwar eine Leistungssteigerung, aber keine besondere Begründungspflicht auslösenden Leistungssprung (vgl. BVerwG, Beschluss vom 19. Juli 2018 - 1 WB 3.18 - Buchholz 449 § 3 SG Nr. 92 Rn. 46). Der Beigeladene befand sich schon bei der vorletzten dienstlichen Beurteilung im höchsten Wertungsbereich der neunstufigen Skala (Nr. 609 b) und Anlage 14.4 ZDv A-1340/50), der nach Nr. 610 b) der ZDv A-1340/50 von 7,31 bis 9,00 des Durchschnittswertes der individuellen Aufgabenerfüllung reicht und auf 15 Prozent der in der jeweiligen Vergleichsgruppe zu Beurteilenden begrenzt ist. In diesem höchsten Wertungsbereich hat er sich ausweislich der Einzelbegründungen der letzten dienstlichen Beurteilung weiter gesteigert. Diese Steigerung und auch das damit erreichte absolute Spitzenniveau der dienstlichen Beurteilung ist angesichts des zu beurteilenden Zeitraums von immerhin ca. zweieinhalb Jahren und des unverändert gebliebenen Statusamtes des Beigeladenen (vgl. zu diesen Aspekten OVG Koblenz, Beschluss vom 2. Juli 2014 - 10 B 10320/14 - NVwZ-RR 2014, 809 Rn. 16 ff.) sowie seiner langjährigen Berufserfahrung nicht unplausibel. Zu einer weitergehenden Erläuterung als geschehen bestand und besteht für die Antragsgegnerin kein Anlass, weil der Antragsteller lediglich pauschal eine nicht erklärliche Leistungssteigerung geltend macht.
- 43 f) Schließlich ist die Auswahlentscheidung auch nicht deshalb rechtsfehlerhaft, weil für den Beigeladenen auf seine im Jahr 2017 erstellte dienstliche Beurtei-

lung wegen deren fortbestehender Aktualität mit der Folge hätte zurückgegriffen werden müssen, dass gar keine neue dienstliche Beurteilung für ihn hätte erstellt werden dürfen.

- 44 aa) Zwar darf die Entscheidung des Normgebers - hier in § 2 Abs. 1 Nr. 1 SLV - für ein System von Regelbeurteilungen von der Verwaltung nicht dadurch unterlaufen werden, dass sie im Rahmen eines Auswahlverfahrens trotz des Vorliegens einer hinreichend aktuellen Regelbeurteilung ohne ausreichenden Grund Anlassbeurteilungen erstellt. Eine solche Anlassbeurteilung kommt für den betroffenen Beamten etwa dann in Betracht, wenn er nach dem Stichtag der letzten Regelbeurteilung während eines erheblichen Zeitraums wesentlich andere Aufgaben wahrgenommen hat. Beurteilt der Verwaltungsbereich die Beamten alle drei Jahre, so erfordert eine anderweitige Tätigkeit nur dann eine zusätzliche Beurteilung, wenn sie während einer Dauer von mindestens zwei Jahren ausgeübt worden ist. Die anderweitige Tätigkeit ist nur von Bedeutung, wenn der Beamte Aufgaben wahrnimmt, die einem anderen - höherwertigen oder einer anderen Laufbahn zugehörigen - Statusamt zuzuordnen sind. Muss für einen Bewerber eines Auswahlverfahrens nach diesen Grundsätzen wegen einer veränderten Tätigkeit während eines erheblichen Zeitraums eine Anlassbeurteilung erstellt werden, so hat dies nicht zur Folge, dass für Mitbewerber, bei denen keine relevante Veränderung eingetreten ist, ebenfalls Anlassbeurteilungen zu erstellen sind (BVerwG, Urteil vom 9. Mai 2019 - 2 C 1.18 - BVerwGE 165, 305 Rn. 57 ff.). An diesen Grundsätzen haben sich auch die Beurteilungsbestimmungen des jeweiligen Verwaltungsbereichs - hier Nr. 206 ZDv A-1340/50 - zu orientieren (BVerwG, Beschluss vom 2. Juli 2020 - 2 A 6.19 - ZBR 2020, 346 Rn. 12 f.).
- 45 Es bedarf mithin eines Anlasses für eine Anlassbeurteilung. Fehlt ein solcher, bedarf es nicht nur keiner Anlassbeurteilung, sondern ist dem Dienstherrn der Erlass einer solchen auch verwehrt (noch offengelassen in BVerwG, Beschluss vom 2. Juli 2020 - 2 A 6.19 - ZBR 2020, 346 Rn. 9). Denn das System von Regelbeurteilungen darf - wie ausgeführt - nicht dadurch unterlaufen werden, dass im Rahmen eines Auswahlverfahrens trotz des Vorliegens einer hinreichend ak-

tuellen Regelbeurteilung ohne ausreichenden Grund Anlassbeurteilungen erstellt werden (BVerwG, Beschluss vom 2. Juli 2020 - 2 A 6.19 - ZBR 2020, 346 Rn. 12).

46 bb) Im vorliegenden Fall ist die Erstellung einer neuen dienstlichen Beurteilung nicht zu beanstanden.

47 Der erforderliche Anlass für eine Anlassbeurteilung war gegeben, weil die dienstliche Beurteilung des Beigeladenen vom 22. Mai 2017 für das vorliegende Auswahlverfahren nicht mehr hinreichend aktuell war. Regelbeurteilungen für Soldaten - dort als planmäßige Beurteilungen bezeichnet - werden nach Nr. 203 a) ZDv A-1340/50 alle zwei Jahre und damit für einen Beurteilungszeitraum von zwei Jahren erstellt. Damit war die im Mai 2017 für den Beigeladenen erstellte dienstliche Beurteilung für die im Jahr 2020 getroffene Auswahlentscheidung nicht mehr hinreichend aktuell. Der Beigeladene unterlag gemäß Nr. 205 a) (1) Satz 1 ZDv A-1340/50 aus Altersgründen nicht mehr der Regelbeurteilungspflicht. Der Ausnahmefall gemäß Satz 2 der Vorschrift für Soldaten, die einen Dienstposten besetzen, dessen Besoldungshöhe durch Beförderung oder Einweisung noch nicht erreicht wurde, liegt hier nicht vor, weil diese Regelung nach ihrem Sinn und Zweck die förmliche Übertragung des Dienstpostens voraussetzt; eine bloße kommissarische Vakanzvertretung - wie im Falle des Beigeladenen - wird davon nicht erfasst. Anhaltspunkte für eine gegenteilige Verwaltungspraxis des BND sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Deshalb bedurfte es einer Anlassbeurteilung (Sonderbeurteilung, Nr. 201 und 206 ZDv A-1340/50).

48 3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 und § 162 Abs. 3 VwGO. Da der Beigeladene keinen Antrag gestellt hat, hat er ein Kostenrisiko vermieden (vgl. § 154 Abs. 3 VwGO), kann aber deshalb billigerweise auch keine Kostenerstattung beanspruchen (§ 162 Abs. 3 VwGO).

49 Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 52 Abs. 1 und Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 sowie Satz 4 GKG. Nach § 52 Abs. 1 GKG ist der Streitwert nach der sich aus dem Antrag des Antragstellers für diesen ergebenden Bedeu-

tung der Sache nach Ermessen zu bestimmen. Bei einem Konkurrentenverfahren von Soldaten um einen höherwertigen Dienstposten geht es um die Vorwirkung auf die Vergabe des höheren Dienstgrads. Maßgeblich ist danach für das Interesse eines Soldaten im Streit um die Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens nach Maßgabe von § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 und Satz 4 GKG die Hälfte der Summe der für ein Kalenderjahr zu zahlenden Bezüge mit Ausnahme nicht ruhegehaltfähiger Zulagen. Da es sich um ein Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes handelt, wird dieser Betrag halbiert.

Domgörgen

Dr. von der Weiden

Hampel