

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Übersetzung: nein

Allgemeines Beamtenrecht

Rechtsquelle/n:

GG Art. 33 Abs. 2

BBG § 21 Abs. 1

Leitsatz:

Liegt kein Ausnahmefall vor, wonach bei einer Auswahlentscheidung nach Art. 33 Abs. 2 GG auf die Anforderungen eines konkreten Dienstpostens abgestellt wird, ist für den Leistungsvergleich primär das Gesamturteil der letzten Beurteilung der Bewerber maßgebend.

Beschluss des 2. Senats vom 22. Juni 2023 - BVerwG 2 VR 1.23





Bundesverwaltungsgericht

## **BESCHLUSS**

BVerwG 2 VR 1.23

In der Verwaltungsstreitsache



ECLI:DE:BVerwG:2023:220623B2VR1.23.0

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
am 22. Juni 2023  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Kenntner,  
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hartung und  
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Hampel

beschlossen:

Der Antrag wird abgelehnt.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 43 508,40 €  
festgesetzt.

### G r ü n d e :

#### I

- 1 Die Antragstellerin beansprucht vorläufigen Rechtsschutz gegen die Vergabe höherwertiger Dienstposten im Geschäftsbereich des Bundesnachrichtendienstes (BND).
  
- 2 Wegen einer Änderung in der Struktur der Behörde entschied sich der BND im Sommer 2022 dazu, abweichend von der bisherigen Verwaltungspraxis, nach der lediglich im Bedarfsfall konkret vakante Dienstposten förderlich besetzt wurden, in vier Bereichen gebündelte Sammelausschreibungen (sog. Cluster-Ausschreibungen) durchzuführen – im Bereich der Auswertung 15 Dienstposten, im operativ geprägten Aufgabenbereich fünf Dienstposten, im informationstechnisch geprägten Aufgabenbereich elf Dienstposten und im Bereich Verwaltung, Führungsunterstützung 13 Dienstposten. Auf diese Weise sollten vakante Dienstposten schneller besetzt und verfügbare Haushaltselemente schneller in Nutzung gebracht werden. Im Vorfeld der Cluster-Ausschreibungen wurde darauf hingewiesen, dass in einer ersten Beförderungsrunde diejenigen Beamten der Besoldungsgruppe A 14 BBesO befördert werden sollen, die in ihrer aktuellen Regelbeurteilung zum 1. Juni 2021 im Gesamturteil mit der Bestnote "6" – "übertrifft die Anforderungen durch stets besonders herausragende Leistungen" – beurteilt worden sind. In einem zweiten Durchgang von Beförderungen

sollen die noch zur Verfügung stehenden Stellen wieder der bisherigen Verwaltungspraxis entsprechend nach den Anforderungen der konkreten Dienstposten vergeben werden.

- 3 Wie in den anderen drei Bereichen schrieb der BND Anfang Juli 2022 entsprechend dieser organisatorischen Überlegungen auch für den Bereich der "Auswertung" für Beamte der Besoldungsgruppe A 14 BBesO 15 Stellen für "kommissarische A 15-Sachgebietsleitungen" aus (AS-BG 2011). Als konstitutive, zwingend von jedem Bewerber zu erfüllende Anforderungsmerkmale sind genannt die "Befähigung für eine im BND eingerichtete Laufbahn des höheren Dienstes", die "Bewährung in mindestens einer regel beurteilten Verwendung im höheren Dienst in einer Tätigkeit mit auswertendem Bezug mit einer Mindestdauer von zwei Jahren" sowie "Fremdsprachenkenntnisse Englisch entsprechend SLP 2". Die Ausschreibung war in persönlicher Hinsicht nicht beschränkt, sondern stand sämtlichen Bewerbern offen; den Hinweis, dass sich die "Cluster-Ausschreibung" ausschließlich an solche Beamte der Besoldungsgruppe A 14 BBesO richtet, die bei der letzten Regelbeurteilung mit der Spitzennote "6" beurteilt worden sind, enthielt die Ausschreibung nicht.
- 4 Zeitgleich mit den Ausschreibungen wurden die zur förderlichen Besetzung vorgesehenen Dienstposten als Sachgebietsleiter mit kommissarischen Vakanzvertretern besetzt. Mit der Vakanzvertretung wurden diejenigen Bediensteten beauftragt, die auch später im Rahmen der "Cluster-Ausschreibung" ausgewählt worden sind. Die betreffenden Bediensteten wurden jedoch darauf hingewiesen, dass mit der Übernahme der höherwertigen kommissarischen Vakanzvertretung keine Vorwegnahme der ausstehenden Entscheidung über die Besetzung der Dienstposten verbunden sei.
- 5 Wie auch im Übrigen wurden die für den Bereich der Auswertung vorgesehenen 15 Dienstposten im Rahmen der Auswahlentscheidung AS-BG 2011 mit solchen Bewerbern mit einem Statusamt der Besoldungsgruppe A 14 BBesO besetzt, die bei der letzten Regelbeurteilung zum Stichtag 1. Juni 2021 mit der Bestnote beurteilt worden waren. Die ausgewählten Bewerber sollen nach der Vorstellung des BND in die Lage versetzt werden, die nach § 22 Abs. 2 BBG für die Beförderung erforderliche Erprobungszeit zu absolvieren. Im Falle ihrer Bewährung soll

den ausgewählten Bewerbern das höhere Statusamt der Besoldungsgruppe A 15 BBesO ohne erneute Auswahlentscheidung verliehen werden. Der BND führt hierzu insoweit aus, die Auswahlentscheidung im Verfahren AS-BG 2011 habe ausschließlich die förderliche Besetzung von Dienstposten zum Gegenstand und treffe bereits die Entscheidung über die Vergabe der Planstellen.

6 Die Antragstellerin ist in der letzten Regelbeurteilung zum Stichtag 1. Juni 2021 mit der Note "4" – "übertrifft die Anforderungen durch häufig (weniger als 50 %) herausragende Leistungen" – bewertet worden. Entsprechend der Vorgabe des BND wurde die Antragstellerin bei der Auswahlentscheidung vom 2. Februar 2023 nicht berücksichtigt. Zur Begründung verwies der BND darauf, dass sich die ausgewählten Bewerber im Qualifikationsvergleich mit der Antragstellerin wegen des jeweils besseren Gesamturteils ihrer letzten dienstlichen Beurteilung durchgesetzt hätten. Gegen die Auswahlentscheidung erhob die Antragstellerin Widerspruch.

7 Zur Begründung ihres Antrags auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes trägt die Antragstellerin wie zur Begründung ihres Widerspruchs vor, die mit der Änderung der Praxis des BND verbundene Haltung, lediglich Bewerber mit der Bestnote "6 Punkte" in der letzten Regelbeurteilung zu befördern, sei nicht hinreichend transparent, eröffne die Möglichkeit der Ämterpatronage und schränke den Kreis der Bewerber bereits im Vorfeld unzulässig ein. Durch den pauschalen Ausschluss von mit der Note "4" und "5" beurteilten Mitbewerbern seien differenzierte Entscheidungen unter besonderer Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls von vornherein ausgeschlossen. Beim BND seien die Dienstposten mit sehr unterschiedlichen Aufgaben verbunden, sodass die Bewerber im Unklaren gewesen seien, worauf sich ihre Bewerbung tatsächlich beziehe. Wären die mit dem Dienstposten verbundenen Aufgaben offengelegt worden, hätten sich Bedienstete mit der Beurteilungsnote "6" möglicherweise gar nicht erst beworben.

8 Die Antragstellerin beantragt,

der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig zu untersagen, bis zur bestandskräftigen Entscheidung über den Widerspruch der Antragstellerin gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 2. Februar

2023 zur Stellenausschreibung AS-BG 2011 "höherer Dienst" die ausgeschriebenen Dienstposten als Sachgebietsleiter/Sachgebietsleiterin (m/w/d) für die Aufgabengebiete mit auswertendem Bezug mit den ausgewählten Mitbewerberinnen oder Mitbewerbern zu besetzen.

- 9 Die Antragsgegnerin beantragt,  
den Antrag abzulehnen.
- 10 Soweit der Antrag darauf abziele, der Antragsgegnerin die Besetzung der Dienstposten zu untersagen, sei er unzulässig, weil der Antragstellerin das hierfür erforderliche Rechtsschutzbedürfnis fehle. Sollte der Antrag darauf gerichtet sein, der Antragsgegnerin die Beförderung der ausgewählten Bewerber vorläufig zu untersagen, sei er unbegründet. Der Anspruch der Antragstellerin aus Art. 33 Abs. 2 GG sei nicht verletzt. Die ausgewählten Bewerber gingen der Antragstellerin wegen der wesentlich besseren Note der letzten Regelbeurteilung vor. Es sei gerade nicht besonders begründungsbedürftig, dass die Auswahl nicht anhand der Anforderungen eines konkreten Dienstpostens erfolgt sei. Die vorläufige Besetzung der Dienstposten mit Vakanzvertretern habe keinen Einfluss auf die Auswahlentscheidung gehabt und könne deshalb den Anspruch der Antragstellerin nicht beeinträchtigen.
- 11 Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze der Beteiligten sowie auf die dem Gericht übersandten Verwaltungsvorgänge verwiesen.

## II

- 12 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 zulässig, aber nicht begründet. Die Antragstellerin hat zwar den für den Erlass einer einstweiligen Anordnung erforderlichen Anordnungsgrund, nicht aber den Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht (§ 123 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO).

- 13 1. Der erforderliche Anordnungsgrund ergibt sich daraus, dass der Zuweisung der Dienstposten ohne weitere Auswahlentscheidung – vorbehaltlich der Bewährung der Bewerber in der Erprobung – die Vergabe der höheren Statusämter nachfolgen soll (BVerwG, Beschlüsse und vom 7. Januar 2021 - 2 VR 4.20 - IÖD 2021, 50 <52> und vom 23. März 2021 - 2 VR 5.20 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 106 Rn. 20 ff.).
- 14 Die Besetzung der Dienstposten hat damit Vorwirkungen für die angestrebte Vergabe der Statusämter der Besoldungsgruppe A 15 BBesO. Die ausgewählten Bewerber werden durch die Übertragung der Dienstposten in die Lage versetzt, die nach § 22 Abs. 2 BBG für die Beförderung erforderliche Erprobungszeit zu absolvieren. Im Anschluss an die mindestens sechsmonatige Erprobungszeit soll ohne erneute Auswahlentscheidung die Beförderung erfolgen. Die Beförderung der ausgewählten Bewerber in das höhere Statusamt hängt nach der Vorgabe des BND nur noch von ihrer erfolgreichen Erprobung ab.
- 15 2. Der Antragstellerin steht aber der Anordnungsanspruch für die beantragte einstweilige Anordnung nicht zu. Sie hat nicht glaubhaft gemacht, dass die Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin hinsichtlich der Besetzung der 15 Dienstposten im Bereich der Auswertung ihren aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Anspruch auf fehlerfreie Entscheidung über ihre Bewerbung (sog. Bewerbungsverfahrensanspruch) verletzt.
- 16 a) Gemäß Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Der Grundsatz der Bestenauswahl gilt unbeschränkt und vorbehaltlos. Er dient primär dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Ämter des öffentlichen Dienstes und daneben auch dem berechtigten Interesse der Beamten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen. Dem trägt er dadurch Rechnung, dass er grundrechtsgleiche Rechte auf eine fehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl begründet (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 10. Dezember 2008 - 2 BvR 2571/07 - NVwZ 2009, 389 m. w. N.; BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 20). Art. 33 Abs. 2 GG gibt die entscheidenden Maßstäbe für die Bewerberauswahl abschließend vor. Eine Auswahlentscheidung kann grundsätzlich nur auf Gesichtspunkte gestützt

werden, die unmittelbar die Eignung, die Befähigung und die fachliche Leistung der Bewerber betreffen. Dabei erfasst die Eignung im engeren Sinne insbesondere Persönlichkeit und charakterliche Eigenschaften, die für ein bestimmtes Amt von Bedeutung sind.

- 17 b) Das hier vom BND praktizierte und von der Antragstellerin gerügte Verfahren, nicht auf die Anforderungen der verschiedenen Dienstposten, sondern auf das Gesamturteil der letzten Regelbeurteilung abzustellen, entspricht den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG.
- 18 Grundsätzlich hat sich die Auswahl nach Art. 33 Abs. 2 GG nicht an den Anforderungen eines konkret zu besetzenden Dienstpostens auszurichten, sondern an dem höheren Statusamt (BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 18). Auszuwählen ist derjenige Bewerber, der für jeden Dienstposten der am besten geeignete ist, der dem höheren Statusamt zugeordnet ist und deshalb eine angemessene Beschäftigung des Beamten gewährleistet. Dies folgt aus dem allgemeinen Laufbahnprinzip und der Berechtigung des Dienstherrn, den Aufgabenbereich eines Beamten aus sachlichen Gründen jederzeit ändern zu können.
- 19 In aller Regel sind dem Statusamt eines Beamten zahlreiche Dienstposten mit unterschiedlichen Anforderungen zugeordnet, bei deren Übertragung jeweils der Anspruch des Beamten auf amtsangemessene Beschäftigung sichergestellt ist. Nach dem allgemeinen Laufbahnprinzip wird ein Beamter aufgrund seiner Befähigung für eine bestimmte Laufbahn regelmäßig als geeignet angesehen, jedenfalls diejenigen Dienstposten wahrzunehmen, die seinem derzeitigen oder dem nächsthöheren Statusamt zugeordnet sind. Aufgrund der erworbenen Laufbahnbefähigung kann vom Beamten grundsätzlich erwartet werden, dass er imstande ist, sich in die Aufgaben dieser Dienstposten einzuarbeiten (BVerwG, Beschlüsse vom 27. September 2011 - 2 VR 3.11 - Buchholz 232.1 § 48 BLV Nr. 1 Rn. 23 und vom 25. Oktober 2011 - 2 VR 4.11 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 50 Rn. 15). Zugleich ist die Zuweisung eines Beamten auf einen konkreten Dienstposten bei seiner Beschäftigungsbehörde nicht auf Dauer angelegt. Sofern ein sachlicher Grund hierfür vorliegt, kann der Dienstherr die Beschäftigungs-

behörde sowie den Aufgabenbereich des Beamten nach seinen organisatorischen Vorstellungen und Bedürfnissen jederzeit ändern, sofern diesem ein amtsangemessener Aufgabenbereich verbleibt (vgl. BVerwG, Urteile vom 23. September 2004 - 2 C 27.03 - BVerwGE 122, 53 <56>, vom 22. Juni 2006 - 2 C 1.06 - NVwZ 2006, 1291 Rn. 13, vom 18. September 2008 - 2 C 8.07 - BVerwGE 132, 31 Rn. 16 und vom 17. November 2016 - 2 C 23.15 - BVerwGE 156, 262 Rn. 31). Der Dienstherr hat seine Beamten so einzusetzen, dass die bestmögliche Erfüllung der öffentlichen Aufgaben sichergestellt ist.

- 20 Nur ausnahmsweise darf sich der Dienstherr bei einer den Maßstäben aus Art. 33 Abs. 2 GG unterliegenden Auswahlentscheidung daran orientieren, welcher der Bewerber die Anforderungen eines konkreten Dienstpostens am besten erfüllen wird. Ausnahmen sind nur im Interesse der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung denkbar und setzen voraus, dass 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 Aufgabewahrnehmung auch nicht verschaffen kann, wie z. B. das Erfordernis einer bestimmten Fachausbildung oder die Forderung nach speziellen Sprachkenntnissen (stRspr, vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 31).
- 21 Stellt der Dienstherr für die Auswahlentscheidung über die Vergabe eines höheren Statusamtes nicht auf die Anforderungen eines bestimmten Dienstpostens ab, sondern geht er vom Regelfall aus, so gelten die anerkannten Vorgaben für die Grundlagen der Auswahlentscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Amtes. Maßgeblich ist danach primär die Regelbeurteilung, mit der die Antragsgegnerin in regelmäßigen Abständen (§ 21 Abs. 1 Satz 1 BBG) die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung ihrer Beamten zu beurteilen hat und die den Vergleich der Bewerber ermöglicht. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat der Vergleich der Bewerber im Rahmen einer Auswahlentscheidung vor allem anhand (aktueller) dienstlicher Beurteilungen zu erfolgen. Die Beurteilungen sind dabei, soweit sie aussagekräftig sind, in ihrer Gesamtheit zugrunde zu legen. Maßgeblich ist in erster Linie das abschließende Ge-

samturteil der dienstlichen Beurteilung, welches anhand einer Würdigung, Gewichtung und Abwägung der einzelnen Gesichtspunkte i. S. v. Art. 33 Abs. 2 GG zu bilden ist (BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember 2015 - 2 BvR 1958/13 - BVerfGE 141, 56 Rn. 58 m. w. N.; Kammerbeschluss vom 4. Juli 2018 - 2 BvR 1207/18 - NVwZ-RR 2018, 833 Rn. 9).

- 22 Da die Antragstellerin bei der danach für die Auswahlentscheidung relevanten letzten Regelbeurteilung zum Stichtag 1. Juni 2021 im Gesamturteil (Note: 4 Punkte) wesentlich schlechter beurteilt worden ist als die ausgewählten Bewerber, die sämtlich mit der Bestnote bewertet worden sind (Note: 6 Punkte), verletzt die Auswahlentscheidung des BND nicht das grundrechtsgleiche Recht der Antragstellerin aus Art. 33 Abs. 2 GG. Der Umstand, dass die ausgewählten Bewerber ab dem 1. November 2022 mit der Wahrnehmung der vakanten Dienstposten beauftragt worden sind, hat bei der Auswahlentscheidung, die auf die Regelbeurteilungen zum Stichtag 1. Juni 2021 abstellt, keine Rolle gespielt.
- 23 Gegen die Richtigkeit ihrer dienstlichen Beurteilung zum 1. Juni 2021 hat die Antragstellerin keine substantiierten Einwendungen vorgebracht.
- 24 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 52 Abs. 1 und Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 und 4 GKG.

Dr. Kenntner

Dr. Hartung

Hampel