

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Übersetzung: nein

Allgemeines Beamtenrecht

Rechtsquelle/n:

GG Art. 33 Abs. 2

BBG § 10 Abs. 1 Nr. 2, § 22 Abs. 4 Nr. 2 Buchst. a)

BLV § 2 Abs. 1, § 48 Satz 1

Titelzeile:

Nicht vorhandene Regelbeurteilung rechtfertigt nicht die Nichtberücksichtigung im Auswahlverfahren über eine Beförderung

Leitsätze:

1. Die Umwandlung eines Beamtenverhältnisses auf Probe in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit ist keine Einstellung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit im Sinne des § 22 Abs. 4 Nr. 2 Buchst. a) BBG und begründet deshalb keine Wartezeit für eine Beförderung.

2. Erfüllt ein Bewerber die weiteren Anforderungen in einem nach den Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG durchzuführenden Auswahlverfahren, darf ihm die Einbeziehung in das Auswahlverfahren nicht unter Hinweis auf eine nicht vorhandene Regelbeurteilung versagt werden; wenn nicht auf eine aktuelle dienstliche Beurteilung zurückgegriffen werden kann, ist vielmehr eine solche zu erstellen.

Beschluss des 2. Senats vom 19. September 2023 - BVerwG 2 VR 2.23



Bundesverwaltungsgericht

BESCHLUSS

BVerwG 2 VR 2.23

In der Verwaltungsstreitsache



hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 19. September 2023
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Kenntner
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. von der Weiden
und Dr. Hissnauer

beschlossen:

Der Antragsgegnerin wird bis zur bestandskräftigen Entscheidung über den Widerspruch des Antragstellers vom 4. April 2023 gegen die Auswahlentscheidung vom 3. März 2023 vorläufig untersagt, die Beigeladenen zu befördern.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst tragen.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 20 588,34 € festgesetzt.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Antragsteller begehrt Eilrechtsschutz gegen die Beförderung von Mitbewerbern.

- 2 Der Antragsteller ist Beamter im Bundesdienst und seit Oktober 2009 beim Bundesnachrichtendienst (BND) beschäftigt, zunächst im Angestelltenverhältnis. Mit Wirkung zum 2. Dezember 2021 wurde er zum Technischen Regierungsobersekretär (Besoldungsgruppe A 7 BBesO) im Beamtenverhältnis auf Probe und mit Wirkung zum 2. Dezember 2022 zum Technischen Regierungsobersekretär im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit ernannt. Zum Stichtag 1. April 2020 ist er zuletzt regel beurteilt worden; Anlassbeurteilungen wurden zum Stichtag 24. September 2021 und in der Probezeit erstellt.

- 3 Im Januar 2022 beschloss die Antragsgegnerin die "Neuausrichtung der Beförderungspraxis im BND auf spannenbewerteten Dienstposten bei rein statusamtsbezogenen Auswahlentscheidungen". Hiernach sollen Beförderungsentscheidungen künftig grundsätzlich in periodischen Beförderungsrunden und ausschließlich auf der Basis von Regelbeurteilungen getroffen werden; lediglich für eine Übergangszeit sollen letztmalig Anlassbeurteilungen für Beamte auf Lebenszeit in den Eingangsamtern der Besoldungsgruppen A 6, A 9 und A 13 BBesO erstellt werden. Im gehobenen Dienst betrifft diese Neuausrichtung die Besoldungsgruppen A 9 bis A 11 BBesO. Beamte auf Probe sollen nicht befördert, aber regelbeurteilt werden.

- 4 Im Nachgang dazu entschied die Antragsgegnerin, 50 Planstellen der Besoldungsgruppe A 8 BBesO förderlich zu besetzen. Dem standen knapp doppelt so viele, nach Beurteilung durch die Antragsgegnerin grundsätzlich beförderungsfähige, Beamte in der Besoldungsgruppe A 7 BBesO gegenüber.

- 5 In die Auswahlentscheidung am 3. März 2023 wurden die Beamten der Besoldungsgruppe A 7 BBesO im Geschäftsbereich des BND von Amts wegen einbezogen und 50 von ihnen ausgewählt. Vorausgesetzt für eine Berücksichtigung wurden mindestens die Gesamtnote 3 in einer aktuellen Regelbeurteilung oder Nachzeichnung, das Bestehen eines Beamtenverhältnisses auf Lebenszeit und der Ablauf eines Jahres seit der Einstellung in das Beamtenverhältnis oder seit der letzten Beförderung. Nicht berücksichtigt wurden Beamte auf Probe und Beamte auf Lebenszeit ohne Regelbeurteilung bzw. Nachzeichnung oder mit einem Gesamturteil unter 3 Punkten. Der Antragsteller wurde nicht berücksichtigt, weil er über keine Regelbeurteilung zum Stichtag 1. Februar 2022 verfügte; nach der früheren Beurteilungspraxis sei man von einer Zäsur des Beurteilungsbeginns bei der Berufung von Tarifbeschäftigten in ein Beamtenverhältnis ausgegangen, sodass er – weil noch keine sechs Monate tatsächliche Diensttätigkeit im Beamtenverhältnis auf Probe aufweisend – zum Beurteilungsstichtag noch nicht regelbeurteilt worden sei. Diese Beurteilungspraxis wurde am 29. Juli 2022 dahingehend geändert, dass die Zäsur der Beurteilungszeiträume beim Statuswechsel vom Tarifbeschäftigten- ins Beamtenverhältnis aufgehoben wurde.

- 6 Mit Schreiben vom 4. April 2023 legte der Antragsteller Widerspruch gegen seine Nichtberücksichtigung ein. Mit Schreiben vom selben Tag hat er um Eilrechtsschutz nachgesucht und zur Begründung insbesondere vorgetragen, dass für ihn eine dienstliche Beurteilung hätte erstellt werden müssen.
- 7 Der Antragsteller beantragt,

der Antragsgegnerin bis zur bestandskräftigen Entscheidung über den Widerspruch des Antragstellers vom 4. April 2023 gegen die Auswahlentscheidung vom 3. März 2023 vorläufig zu untersagen, die im Ranking der Beförderungsliste zuletzt aufgeführten Mitbewerber, d. h. die Beigeladenen, zu befördern.
- 8 Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.
- 9 Die Nichteinbeziehung des Antragstellers in die Auswahlentscheidung verletze Art. 33 Abs. 2 GG nicht. Erstens habe er nicht in den Leistungsvergleich einbezogen werden können, weil er keine Regelbeurteilung zum Stichtag 1. Februar 2022 gehabt habe. Zwar sei seine zum Stichtag 1. April 2020 erstellte Regelbeurteilung für sich betrachtet noch hinreichend aktuell gewesen. Der Beurteilungszeitraum dieser Regelbeurteilung umfasse aber den Beurteilungszeitraum vom 1. April 2017 bis zum 31. März 2020 und überschneide sich damit nicht mit dem Beurteilungszeitraum der übrigen – zum Stichtag 1. Februar 2022 – erstellten Regelbeurteilungen, sodass die Beurteilungen nicht miteinander vergleichbar seien. Zweitens habe für ihn auch keine Regelbeurteilung zum Stichtag 1. Februar 2022 erstellt werden müssen. An diesem Stichtag sei der Antragsteller weniger als sechs Monate im Beamtenstatus und damit als Beamter auf Probe von der Regelbeurteilung ausgenommen gewesen. Drittens sei für den Antragsteller auch keine Anlassbeurteilung zu erstellen. Denn der Dienstherr habe sich bei der Neuausrichtung der Beurteilungspraxis dafür entschieden, Beförderungen in bestimmte Statusämter turnusmäßig durchzuführen und die betreffenden Auswahlentscheidungen ausschließlich auf der Grundlage aktueller Regelbeurteilungen zu treffen. Im Übrigen hätten Beamte mit einer Regelbeurteilung zum Stichtag 1. April 2020 noch bis zum 14. April 2022 die Möglichkeit

gehabt, sich nach der früheren Praxis auf höherwertige Dienstposten zu bewerben bzw. in entsprechenden Auswahlverfahren berücksichtigt zu werden; bis dahin seien förderliche dienstpostenbezogene Stellenbesetzungsverfahren für Ämter nach A 8 BBesO durchgeführt worden. Schließlich würde eine Aufweichung der in der Neuausrichtung der Beförderungspraxis festgelegten Voraussetzungen das gesetzlich vorgegebene Regelbeurteilungssystem konterkarieren. Mit dem Regelbeurteilungssystem sei gewährleistet, dass in regelmäßigen Abständen eine Leistungsfeststellung erfolge, der den Leistungsvergleich bei Beförderungen ermögliche. Zwar bestehe bei Lücken in der Beurteilungshistorie ausnahmsweise die Möglichkeit einer Anlassbeurteilung. Diese Lücke sei aber im vorliegenden Fall die Folge der bewussten Entscheidung des Gesetzgebers, die Pflicht zur fiktiven Nachzeichnung dienstlicher Beurteilungen auf ganz bestimmte Konstellationen zu beschränken und hinsichtlich anderer Konstellationen Beurteilungslücken in Kauf zu nehmen. Außerdem müssten – ohne den Zwang zur Beachtung von Richtwertvorgaben erstellte – Anlassbeurteilungen mit Regelbeurteilungen vergleichbar gemacht werden.

- 10 Die Beigeladenen stellen keinen Antrag und haben sich auch nicht geäußert.
- 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 und begründet. Der Antragsteller hat einen Anordnungsgrund und einen Anordnungsanspruch für die begehrte einstweilige Anordnung 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 die Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin unmittelbar die Vergabe der höheren Statusämter betrifft, die nach Ernennung der ausgewählten Beamten wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität nur noch rückgängig gemacht werden könnte, wenn

der unterlegene Beamte unter Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG an der Ausschöpfung seiner Rechtsschutzmöglichkeiten gehindert worden wäre (stRspr, vgl. BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - BVerwGE 138, 102 Rn. 27).

- 14 2. Der Antragsteller hat für sein Sicherungsbegehren auch den erforderlichen Anordnungsanspruch, weil seine Nichtberücksichtigung bei der Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin den Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzt.
- 15 a) Die Nichtberücksichtigung des Antragstellers im Auswahlverfahren ist nicht deshalb gerechtfertigt, weil seiner Beförderung ein gesetzliches Verbot entgegensteht.
- 16 Nach § 22 Abs. 4 Nr. 2 Buchst. a) BBG ist eine Beförderung vor Ablauf eines Jahres seit der Einstellung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zwar unzulässig. Die Ernennung des Antragstellers zum Technischen Regierungsobersekretär im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit im Dezember 2022 – und damit lediglich drei Monate vor der Auswahlentscheidung – ist aber keine "Einstellung" in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit im Sinne dieser Bestimmung. Eine Einstellung ist gemäß der Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 1 Bundeslaufbahnordnung – BLV – eine Ernennung unter Begründung eines Beamtenverhältnisses. Wird – wie im Falle des Antragstellers – ein Beamtenverhältnis auf Probe in ein solches auf Lebenszeit umgewandelt (vgl. § 10 Abs. 1 Nr. 2 BBG), liegt damit keine Einstellung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit vor (so ausdrücklich auch die Gesetzesbegründung zu der Neufassung dieser Bestimmung in BT-Drs. 17/7142 S. 31).
- 17 b) Das Fehlen einer zum Stichtag 1. Februar 2022 erstellten Regelbeurteilung ist kein den Vorgaben des Grundsatzes der Bestenauswahl aus Art. 33 Abs. 2 GG entsprechender Umstand und rechtfertigt den Ausschluss des Antragstellers vom Auswahlverfahren daher nicht.

- 18 aa) Auswahlentscheidungen bedürfen einer tragfähigen Grundlage. Eine Auswahlentscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Amtes muss den Anforderungen aus Art. 33 Abs. 2 GG genügen, wonach jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt hat. Der Grundsatz der Bestenauswahl vermittelt jedem Bewerber ein grundrechtsgleiches Recht auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl (sog. Bewerbungsverfahrensanspruch; stRspr, vgl. BVerfG, Beschluss vom 20. September 2016 - 2 BvR 2453/15 - BVerfGE 143, 22 Rn. 18; BVerwG, Beschluss vom 21. Dezember 2016 - 2 VR 1.16 - BVerwGE 157, 168 Rn. 21). Der Vergleich unter den Bewerbern im Rahmen einer dienstrechtlichen Auswahlentscheidung nach Art. 33 Abs. 2 GG hat – vor allem – anhand dienstlicher Beurteilungen zu erfolgen (stRspr, vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 11. Mai 2011 - 2 BvR 764/11 - BVerfGK 18, 423 <427> und vom 9. August 2016 - 2 BvR 1287/16 - NVwZ 2017, 46 Rn. 78; BVerwG, Beschlüsse vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 21 und vom 21. Dezember 2016 - 2 VR 1.16 - BVerwGE 157, 168 Rn. 23). 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 (BVerwG, Urteil vom 9. Mai 2019 - 2 C 1.18 - BVerwGE 165, 305 Rn. 31 ff.).
- 19 Dienstliche Beurteilungen müssen eine tragfähige Grundlage für die Auswahlentscheidung vermitteln (BVerfG, Kammerbeschlüsse vom 29. Juli 2003 - 2 BvR 311/03 - BVerfGK 1, 292 <296 f.> und vom 7. März 2013 - 2 BvR 2582/12 - NVwZ 2013, 1603 Rn. 21). Hierfür ist erforderlich, dass sie die dienstliche Tätigkeit im maßgebenden Beurteilungszeitraum vollständig erfassen, auf zuverlässige Erkenntnisquellen gestützt sind, die Leistungen hinreichend differenziert darstellen sowie auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhen (stRspr, BVerwG, Urteil vom 1. März 2018 - 2 A 10.17 - BVerwGE 161, 240 Rn. 30 m. w. N.).

- 20 bb) An einer solchen tragfähigen Grundlage fehlt es im vorliegenden Fall, weil die Antragsgegnerin bei der Auswahlentscheidung den Antragsteller unberücksichtigt gelassen hat, ohne eine über ihn erstellte – oder zu erstellende – dienstliche Beurteilung heranzuziehen.
- 21 Die Einbeziehung von Bewerbern oder von Amts wegen zu betrachtenden Beamten in eine nach den Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG zu treffende Auswahlentscheidung kann nur versagt werden, wenn normativ geregelte Voraussetzungen, insbesondere zu laufbahnrechtlichen Anforderungen und zur Beförderungsbefähigung, oder behördlich in zulässiger Weise in einem Anforderungsprofil bestimmte zwingende Anforderungen fehlen. Andernfalls muss die Auswahlbehörde die tatsächlichen Grundlagen für einen Vergleich der Bewerber schaffen, typischerweise durch Erstellung dienstlicher Beurteilungen. Sie darf hingegen nicht die Einbeziehung in die Auswahlentscheidung unter Hinweis auf nicht vorhandene dienstliche Beurteilungen verweigern.
- 22 Dementsprechend musste die Auswahlbehörde im vorliegenden Fall prüfen, ob für den Antragsteller eine neue Regelbeurteilung zum Stichtag 1. Februar 2022 zu erstellen war. Wenn dies nicht der Fall war, musste sie prüfen, ob die vorhandene Regelbeurteilung noch hinreichend aktuell für den aktuellen Leistungsvergleich war (zu den Maßstäben hierfür vgl. BVerwG, Urteil vom 9. Mai 2019 - 2 C 1.18 - BVerwGE 165, 305 Rn. 31 ff.). Wenn auch dies nicht der Fall war, musste sie eine Anlassbeurteilung erstellen.
- 23 Die von der Antragsgegnerin hiergegen vorgebrachten Gesichtspunkte greifen nicht durch. Soweit sie das Absehen von einer Regelbeurteilung betreffen, folgt dies schon daraus, dass damit nicht das Erfordernis einer validen Tatsachengrundlage für die Auswahlentscheidung negiert wird, sondern beim Absehen von einer Regelbeurteilung – wie ausgeführt – geprüft werden muss, ob die erforderliche valide Tatsachengrundlage bereits in der vorhandenen, älteren Regelbeurteilung besteht oder ob sie durch Erstellung einer Anlassbeurteilung herzustellen ist. Dass gemäß § 48 Satz 1 BLV Ausnahmen von der regelmäßigen Beurteilung zugelassen werden können, wenn eine dienstliche Beurteilung nicht zweckmäßig ist, tangiert deshalb nicht das von Verfassungs wegen bestehende Erfordernis einer validen Tatsachengrundlage für am Maßstab von Art. 33

Abs. 2 GG zu treffende Auswahlentscheidungen; ist eine Regelbeurteilung nicht vorgesehen, muss eine Anlassbeurteilung erstellt werden. Ebenso ohne Belang ist, ob der Antragsteller sich unter der Geltung der früheren Verfahrensweise auf höhere Dienstposten hätte bewerben können, denn eine solche Möglichkeit macht eine rechtskonforme Einbeziehung bei späteren Auswahlverfahren nicht entbehrlich. Unbehelflich ist schließlich auch der Verweis auf den abschließenden Katalog normativ vorgegebener Nachzeichnungstatbestände, zumal für einen Nachzeichnungstatbestand in Fällen der vorliegenden Art angesichts der ohne Weiteres gegebenen Möglichkeit, die ausgeübte Tätigkeit dienstlich zu beurteilen, keinerlei Notwendigkeit oder Rechtfertigung besteht.

- 24 c) Die Berücksichtigung des Antragstellers bei einer erneuten Auswahlentscheidung auf der Grundlage einer – fehlerfreien – dienstlichen Beurteilung erscheint auch ernstlich möglich (vgl. zum Erfordernis der hinreichenden Wahrscheinlichkeit BVerfG, Beschluss vom 4. Februar 2016 - 2 BvR 2223/15 - NVwZ 2016, 764 Rn. 86 sowie BVerwG, Urteil vom 19. März 2015 - 2 C 12.14 - BVerwGE 151, 333 Rn. 27 für sekundärrechtliche Ansprüche und Beschluss vom 21. Dezember 2016 - 2 VR 1.16 - BVerwGE 157, 168 Rn. 43).
- 25 3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1, § 162 Abs. 3 VwGO. Da die Beigeladenen keinen Antrag gestellt haben, müssen sie keine Kosten tragen (§ 154 Abs. 3 VwGO), können aber auch billigerweise keine Kostenerstattung für etwaige außergerichtliche Kosten beanspruchen (§ 162 Abs. 3 VwGO).
- 26 Die Festsetzung des Streitwertes beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 52 Abs. 1 und Abs. 6 Satz 4 GKG.

Dr. Kenntner

Dr. von der Weiden

Dr. Hissnauer