

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Übersetzung: nein

Allgemeines Beamtenrecht

Sachgebietsergänzung:

Soldatenrecht

Rechtsquelle/n:

GG Art. 33 Abs. 2

VwGO § 40 Abs. 1 Satz 1, § 50 Abs. 1 Nr. 4, § 113 Abs. 1 Satz 4

SG § 3 Abs. 1, § 82 Abs. 1

WBO § 17 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2

Titelzeile:

Verwaltungsrechtsweg für Rechtsstreit über förderliche Dienstpostenvergabe in der Statusgruppe der Soldaten beim BND

Leitsätze:

1. Die Auswahlentscheidung für die Vergabe eines förderlichen Dienstpostens an einen Soldaten ist - jedenfalls im Geschäftsbereich des Bundesnachrichtendienstes - keine Maßnahme, für die das Verfahren vor dem Truppendienstgericht eröffnet ist.
2. Ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit einer dienstrechtlichen Auswahlentscheidung ergibt sich in der Regel nicht aus einer Wiederholungsgefahr, weil die auf ein bestimmtes Anforderungsprofil bezogene konkrete Ausschreibung und die individuelle Bewerbersituation ein erneutes Auswahlverfahren unter im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen und rechtlichen Umständen nicht erwarten lassen.

Urteil des 2. Senats vom 12. Oktober 2023 - BVerwG 2 A 5.22





Bundesverwaltungsgericht

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

BVerwG 2 A 5.22

Verkündet  
am 12. Oktober 2023

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache



ECLI:DE:BVerwG:2023:121023U2A5.22.0

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 12. Oktober 2023  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Kenntner,  
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. von der Weiden und Dr. Hartung,  
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Hampel und  
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hissnauer

für Recht erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens.

### G r ü n d e :

#### I

- 1 Der Kläger begehrt die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Auswahlentscheidung zur "förderlichen" Besetzung eines Dienstpostens.
- 2 Der Kläger steht als Oberstleutnant (Besoldungsgruppe A 14 BBesO) im Dienst der Beklagten. Er wird seit Juli 2010 im Geschäftsbereich des Bundesnachrichtendienstes (BND) verwendet.
- 3 Im Juli 2021 schrieb der BND den mit Besoldungsgruppe A 15 BBesO dotierten Dienstposten eines Sachgebietsleiters "... " förderlich für die Statusgruppe der Soldaten aus. Hierauf bewarb sich neben dem Kläger ein ebenfalls beim BND verwendeter Oberstleutnant (Besoldungsgruppe A 14 BBesO). Gegen die ihm im November 2021 bekannt gegebene Auswahlentscheidung des BND zugunsten des Mitbewerbers erhob der Kläger Widerspruch und trug zur Begründung insbesondere vor, der Mitbewerber erfülle nicht die im Anforderungsprofil zwingend vorausgesetzte mindestens dreijährige Berufserfahrung in einer Tätigkeit der Nachrichtengewinnung. Der Widerspruch blieb ohne Erfolg; einen Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes stellte der Kläger nicht. Der Mitbewerber wurde daraufhin mit Wirkung zum 1. Januar 2022 auf den ausgeschriebenen Dienstposten umgesetzt und am selben Tag in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 15 BBesO eingewiesen.

4 Der Kläger hat im September 2022 Klage erhoben. Er macht insbesondere geltend, es bestehe die konkrete Gefahr, dass auch bei künftigen Auswahlverfahren Mitbewerber berücksichtigt würden, die nicht über die im Anforderungsprofil vorausgesetzte berufliche Erfahrung verfügten.

5 Der Kläger beantragt,

festzustellen, dass die Auswahlentscheidung des Bundesnachrichtendienstes vom 27. Oktober 2021 zur förderlichen Besetzung des Dienstpostens Sachgebietsleiter "... " und der Widerspruchsbescheid vom 19. August 2022 rechtswidrig waren, und die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren für notwendig zu erklären.

6 Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

7 Die Klage sei unzulässig. Nach der Ernennung des Konkurrenten könne der unterlegene Mitbewerber die Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung nicht mehr überprüfen lassen. Einstweiligen Rechtsschutz vor der Ernennung des Mitbewerbers habe der Kläger nicht in Anspruch genommen.

8 Bezüglich des weiteren Inhalts des Sach- und Streitgegenstands wird auf die Gerichtsakten und die beigezogenen Verwaltungsvorgänge Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

## II

9 Die Klage, über die das Bundesverwaltungsgericht nach § 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO in erster und letzter Instanz zu entscheiden hat (1.), ist unzulässig (2.). Das Auswahlverfahren hat sich durch die Vergabe des höherwertigen Dienstpostens und die Einweisung des Mitbewerbers in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 15 BBesO erledigt. Ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung zur förderlichen Besetzung des ausgeschriebenen Dienstpostens hat der Kläger nicht.

- 10 1. Der Rechtsstreit unterfällt der Verwaltungsgerichtsbarkeit (a); er ist in erster und letzter Instanz dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung zugewiesen (b).
- 11 a) Der Verwaltungsrechtsweg ist gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO i. V. m. § 82 Abs. 1 SG eröffnet. Der Rechtsstreit fällt insbesondere nicht in den Zuständigkeitsbereich der Truppendienstgerichtsbarkeit gemäß § 17 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 WBO.
- 12 Zwar bleiben Soldaten, die beim BND Dienst leisten, auch während der Dauer ihrer Versetzung dem Bundesministerium der Verteidigung (BMVg) "truppendienstlich unterstellt" (§ 6 Abs. 3 Satz 1 der Rahmenvereinbarung zwischen dem Bundeskanzleramt und dem Bundesministerium der Verteidigung über die Zusammenarbeit von Bundesnachrichtendienst und Bundeswehr vom 8. Dezember 2020 - Rahmenvereinbarung -). Hieraus folgt indes nicht, dass die Truppendienstgerichtsbarkeit für alle sie betreffenden Angelegenheiten zuständig wäre. Die Auswahlentscheidung für die Vergabe eines "förderlichen" Dienstpostens ist vielmehr – jedenfalls im Geschäftsbereich des BND – keine Maßnahme, für die das Verfahren vor dem Truppendienstgericht nach § 17 Abs. 1 Satz 1 WBO eröffnet ist.
- 13 Die vorangegangene Verwendung und Erprobung in der höherwertigen Funktion ist im Soldatenrecht – abweichend von den Grundsätzen des Beamtenrechts (vgl. § 22 Abs. 2 BBG) – zwar keine gesetzlich normierte Voraussetzung für die Beförderung. Nach Nr. 2001 der Allgemeinen Regelung A-1340/49 "Beförderung, Einstellung, Übernahme und Zulassung mil. Personals" ist die Beförderung von Soldaten aber grundsätzlich nur zulässig, wenn ihre Verwendung auf einen dem Beförderungsdienstgrad entsprechenden Dienstposten zuvor verfügt und wirksam geworden ist. Die Vergabe des höherwertigen Dienstpostens hat damit "vorprägende" Bedeutung für die Beförderung und muss deshalb in einem den Grundsätzen der Bestenauswahl aus Art. 33 Abs. 2 GG und § 3 Abs. 1 SG entsprechenden Verfahren erfolgen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 25. Mai 2023 - 1 WB 25.22 - NVwZ 2023, 1824 Rn. 34 m. w. N.).

- 14 Für die "förderliche" Dienstpostenvergabe, bei der die Beförderung auf den höheren Dienstgrad unmittelbar und ohne weiteres Auswahlverfahren nachfolgen soll, gilt dies in besonderer Weise. Denn hier ist die Auswahlentscheidung von vornherein auf die Beförderung gerichtet und bezogen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 6. September 2022 - 1 WB 29.21 - BVerwGE 176, 248 Rn. 30 und 33). Dementsprechend ist der Mitbewerber hier am Tag der Dienstpostenübertragung auch befördert worden. Folgerichtig wird in diesen Fällen die Auswahlentscheidung in der Praxis nicht von dem "für die Verwendung der Soldaten" zuständigen Präsidenten des BND, sondern von dem für "die sich aus dem Soldatenstatus ergebenden" Angelegenheiten berufenen BMVg verantwortlich (vgl. § 6 Abs. 2 Satz 2 der Rahmenvereinbarung i. V. m. Nr. 4.1.1 Buchst. b und Nr. 4.3 der Einzelvereinbarung Personal in der Fassung vom 20. September 2016 - Einzelvereinbarung -).
- 15 Der Rechtsstreit über die Auswahlentscheidung für die Vergabe "förderlicher" Dienstposten betrifft damit nicht die in § 17 Abs. 1 Satz 1 WBO benannte Rechtsstellung des Soldaten im "Betriebsverhältnis" (Langer, DVBl 2023, 787 <789>), für das die Besetzung des Spruchkörpers mit militärischen Beisitzern zur Berücksichtigung der Eigenart des militärischen Dienstes veranlasst sein könnte (vgl. BT-Drs. 2/2359 S. 7 und 14). Vielmehr ist das Auswahlverfahren nach seiner "wahren Natur" auf die Bewerberauswahl der nachfolgenden Verleihung eines höheren Dienstgrades gerichtet (vgl. zu diesem Abgrenzungskriterium BVerwG, Beschlüsse vom 9. August 2005 - 2 B 15.05 - Buchholz 311 § 17 WBO Nr. 58 Rn. 4 sowie vom 26. Oktober 2012 - 1 WDS-VR 6.12 u. a. - BVerwGE 145, 24 Rn. 23). Darum geht es den Konkurrenten und eben hieraus ergibt sich die Rechtfertigung für die Anwendung des § 3 Abs. 1 SG, der – im Gegensatz zu den die ämtergleiche Umsetzung tragenden §§ 7 und 11 SG (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 26. Oktober 2012 - 1 WDS-VR 6.12 u. a. - BVerwGE 145, 24 Rn. 31 und vom 25. März 2010 - 1 WB 37.09 - BVerwGE 136, 204 Rn. 23) – im Ersten Unterabschnitt des Ersten Abschnitts des Soldatengesetzes und damit außerhalb des Zuständigkeitsbereichs der Truppendienstgerichtsbarkeit geregelt ist (vgl. § 17 Abs. 1 Satz 1 WBO). Die den Status des Soldatenverhältnisses betreffenden Fragen hat der Gesetzgeber aber der Verwaltungsgerichtsbarkeit zugewiesen (vgl. BT-Drs. 2/2140 S. 2 sowie bereits BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2012 - 2 C 11.11 - BVerwGE 145, 237 Rn. 34).

- 16 b) Dem Rechtsstreit liegen auch Vorgänge aus dem Geschäftsbereich des BND zugrunde, sodass gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO das Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung berufen ist.
- 17 Unbeschadet der ihm obliegenden "Berücksichtigung der Laufbahn- und Verwendungsplanung des BMVg" und den sich hieraus ergebenden internen Abstimmungsabläufen und -anforderungen (vgl. hierzu § 6 Abs. 2 Satz 2 der Rahmenvereinbarung i. V. m. Nr. 4.1.1 Buchst. b der Einzelvereinbarung) ist der Präsident des BND dem Soldaten im Außenverhältnis gegenüber zur Entscheidung über die Auswahl für die förderliche Verwendung auf einem höherwertigen Dienstposten berufen. Die streitgegenständliche Auswahlentscheidung ist daher dem Präsidenten des BND zuzuordnen; ihr liegt ein Vorgang aus dem Geschäftsbereich des BND i. S. v. § 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO zugrunde.
- 18 2. Die vom Kläger begehrte Auswahl für die "förderliche" Vergabe des ausgeschriebenen Dienstpostens hat sich mit der Einweisung des Mitbewerbers in die Planstelle der höheren Besoldungsgruppe erledigt (a). Das für eine Fortführung des Rechtsstreits erforderliche Feststellungsinteresse liegt nicht vor; insbesondere ist eine Wiederholung des vom Kläger beanstandeten Auswahlgeschehens unter im Wesentlichen unveränderten rechtlichen und tatsächlichen Umständen nicht zu erwarten (b).
- 19 a) Rechtsgrundlage für den vom Kläger geltend gemachten Bewerbungsverfahrensanspruch ist § 3 Abs. 1 SG i. V. m. Art. 33 Abs. 2 GG. Das hieraus folgende Recht auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl besteht nicht abstrakt, sondern ist stets auf ein konkretes Auswahlverfahren bezogen. Entfällt der Bezugspunkt der Auswahlentscheidung, weil die für eine "förderliche" Besetzung des Dienstpostens erforderliche Planstelle nicht mehr zur Verfügung steht, wird das hierauf bezogene Auswahlverfahren daher gegenstandslos (vgl. BVerwG, Urteile vom 3. Dezember 2014 - 2 A 3.13 - BVerwGE 151, 14 Rn. 16 und vom 13. Dezember 2018 - 2 A 2.18 - NVwZ 2019, 646 Rn. 13). Hieraus folgt auch der Anordnungsgrund eines unterlegenen Mitbewerbers für die Beantragung vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Dienstpostenvergabe (vgl. BVerwG, Beschluss vom 28. Mai 2021 - 2 VR 1.21 - NVwZ 2022, 255 Rn. 13 m. w. N.).

- 20 Wird die Auswahlentscheidung – wie hier in Anbetracht des fehlenden Antrags auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes – umgesetzt und ein Mitbewerber rechtsbeständig in die Planstelle des höherwertigen Amts oder Dienstgrads eingewiesen, hat sich das Auswahlverfahren daher erledigt.
- 21 b) Der Kläger hat hierauf durch die statthafte Umstellung seiner Klage (§ 173 Satz 1 VwGO i. V. m. § 264 Nr. 3 ZPO) auf einen Feststellungsantrag reagiert. Der Antrag ist aber unzulässig, weil es am erforderlichen Feststellungsinteresse fehlt.
- 22 Als Sachentscheidungsvoraussetzung muss das Feststellungsinteresse im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung vorliegen (vgl. BVerwG, Urteile vom 27. März 1998 - 4 C 14.96 - BVerwGE 106, 295 <299> und vom 16. Mai 2013 - 8 C 14.12 - BVerwGE 146, 303 Rn. 20). Ein solches Interesse kann rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Natur sein und sich insbesondere aus den Gesichtspunkten der konkreten Wiederholungsgefahr (aa), der Rehabilitierung (bb), oder der Präjudizwirkung für einen beabsichtigten Schadensersatzanspruch (cc) ergeben. Die gerichtliche Feststellung muss geeignet sein, die betroffene Position des Klägers zu verbessern (vgl. BVerwG, Urteil vom 12. November 2020 - 2 C 5.19 - BVerwGE 170, 319 Rn. 13). Es muss über das bloße Interesse an der Klärung der Rechtswidrigkeit des angegriffenen Hoheitsakts hinausgehen (vgl. BVerwG, Urteil vom 16. Mai 2013 - 8 C 14.12 - BVerwGE 146, 303 Rn. 30).
- 23 aa) Das vom Kläger geltend gemachte Feststellungsinteresse wegen Wiederholungsgefahr liegt nicht vor.
- 24 Ein Feststellungsinteresse wegen Wiederholungsgefahr setzt die konkret absehbare Möglichkeit voraus, dass in naher Zukunft mit der Wiederholung eines vergleichbaren behördlichen Vorgehens bzw. Wiederholung der erledigten Maßnahme unter im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen und rechtlichen Umständen zu rechnen ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 24. Mai 2022 - 6 C 9.20 - BVerwGE 175, 346 Rn. 12; Beschlüsse vom 20. Dezember 2017 - 6 B 14.17 -

Buchholz 402.41 Allgemeines Polizeirecht Nr. 111 Rn. 13 und vom 14. Januar 2019 - 3 B 48.18 - juris Rn. 9).

- 25 Hieran fehlt es jedoch. Denn bei beamtenrechtlichen Auswahlentscheidungen kommt der auf ein bestimmtes Anforderungsprofil bezogenen konkreten Ausschreibung und Bewerbersituation maßgebliche Bedeutung zu, sodass mangels Gleichartigkeit der Auswahlentscheidungen eine Wiederholungsgefahr in der Regel zu verneinen ist (vgl. VGH München, Beschluss vom 11. Januar 1983 - 3 B 82 A.612 - NVwZ 1983, 755 <756>; VGH Mannheim, Urteil vom 9. Januar 1996 - 4 S 1092/94 - juris Rn. 22; s. a. BVerwG, Urteil vom 9. März 1989 - 2 C 4.87 - Buchholz 232 § 23 BBG Nr. 36 S. 8).
- 26 Besondere Gesichtspunkte, die ausnahmsweise die Annahme einer Wiederholungsgefahr gebieten, liegen nicht vor. Insbesondere ist die Bewerbung des Klägers nicht wegen eines ihm vom BND zugeschriebenen dauerhaften Eignungsmangels oder in seiner Person liegenden Merkmals ohne Erfolg geblieben. Ferner begründet das jenseits des konkreten Auswahlverfahrens bestehende generelle Interesse des Klägers an der Klärung der Rechtmäßigkeit der allgemeinen Ausschreibungspraxis des BND nicht das erforderliche Feststellungsinteresse.
- 27 bb) Ebenso wenig kann ein Feststellungsinteresse aus einem Rehabilitierungsinteresse des Klägers hergeleitet werden.
- 28 Ein schützenswertes Interesse an Rehabilitation besteht nur, wenn sich aus dem in Rede stehenden behördlichen Handeln eine Stigmatisierung des Betroffenen ergibt, die geeignet ist, sein Ansehen in der Öffentlichkeit oder im sozialen Umfeld herabzusetzen. Die Stigmatisierung muss Außenwirkung erlangt haben und noch in der Gegenwart andauern (vgl. BVerwG, Urteile vom 16. Mai 2013 - 8 C 14.12 - BVerwGE 146, 303 Rn. 25 und vom 17. November 2016 - 2 C 27.15 - BVerwGE 156, 272 Rn. 21).

- 29 Anhaltspunkte hierfür fehlen. Die Qualifikation des Klägers wird durch die ablehnende Entscheidung nicht in Frage gestellt. Die Tatsache, dass er im Auswahlverfahren unterlegen ist, lässt keine negativen Rückschlüsse auf mögliche Auswirkungen für seine weitere Laufbahnentwicklung zu (vgl. BVerwG, Urteil vom 9. März 1989 - 2 C 4.87 - juris Rn. 23 <insoweit nicht abgedruckt in Buchholz 232 § 23 BBG Nr. 36>; VGH Mannheim, Urteil vom 14. März 1990 - 11 S 50/89 - juris Rn. 24).
- 30 cc) Darüber hinaus verfügt der Kläger auch nicht über ein Präjudizinteresse an der von ihm erstrebten Feststellung.
- 31 Tritt das erledigende Ereignis – wie hier – bereits vor Klageerhebung ein, begründet die Absicht, eine Amtshaftungsklage zu erheben, kein schutzwürdiges Interesse an einer verwaltungsgerichtlichen Klage, die dem Ziel dient, die Rechtswidrigkeit einer hoheitlichen Maßnahme festzustellen. Hat sich der Verwaltungsakt schon vor Klageerhebung erledigt, so bedarf es keines Rechtsschutzes durch die Verwaltungsgerichte; denn der Betroffene kann wegen eines von ihm erstrebten Schadenersatzes sogleich das zuständige Zivilgericht anrufen, das auch für die Klärung öffentlich-rechtlicher Vorfragen zuständig ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 27. März 1998 - 4 C 14.96 - BVerwGE 106, 295 <298>). Anspruch auf eine Entscheidung der "sachnäheren" Verwaltungsgerichte besteht in dieser Konstellation nicht.
- 32 Ungeachtet dessen vermag ein Präjudizinteresse im Hinblick auf die Vorbereitung eines Schadensersatzprozesses nur dann ein berechtigtes Interesse an der (Fortsetzungs-)Feststellung zu begründen, sofern der Prozess nicht offensichtlich aussichtslos erscheint (vgl. BVerwG, Urteile vom 20. Juni 2013 - 8 C 17.12 - Buchholz 11 Art. 12 GG Nr. 286 Rn. 26 und vom 17. November 2016 - 2 C 27.15 - BVerwGE 156, 272 Rn. 15; Beschluss vom 16. Dezember 2021 - 2 B 73.20 - Buchholz 310 § 133 <n. F.> VwGO Nr. 128 Rn. 13).
- 33 So liegt es hier aber. Einem Schadensersatzanspruch des Klägers steht der Rechtsgedanke des § 839 Abs. 3 BGB entgegen. Der Kläger hat sich nicht bemüht, den eingetretenen Schaden durch Einleitung rechtlicher Schritte abzuwenden (vgl. BVerwG, Urteile vom 26. Januar 2012 - 2 A 7.09 - BVerwGE 141,

361 Rn. 48 und vom 15. Juni 2018 - 2 C 19.17 - BVerwGE 162, 253 Rn. 25). Gegen die ihm im November 2021 bekannt gewordene Auswahlentscheidung des BND hat der Kläger einstweiligen Rechtsschutz nicht in Anspruch genommen.

34 3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Dr. Kenntner

Dr. von der Weiden

Dr. Hartung

Hampel

Dr. Hissnauer

**B e s c h l u s s**  
vom 12. Oktober 2023

Der Streitwert für das Verfahren wird auf 38 668,92 € festgesetzt (§ 52 Abs. 6 Satz 4 GKG).

Dr. Kenntner

Dr. Hartung

Dr. Hissnauer