

Sachgebiet:

Allgemeines Beamtenrecht

BVerwGE: ja
Übersetzung: nein

Rechtsquelle/n:

GG Art. 19 Abs. 4 Satz 1, Art. 33 Abs. 2

BBG § 9 Satz 1, § 22 Abs. 2

VwGO § 50 Abs. 1 Nr. 4, § 123 Abs. 1 Satz 2

Leitsätze:

1. Die Beurteilung der Frage, ob eine dienstrechtliche Auswahlentscheidung die Rechte eines Bewerbers aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzt, richtet sich nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung. Nach diesem Zeitpunkt - etwa im Verlauf des Widerspruchsverfahrens - eingetretene Änderungen sind nicht zu berücksichtigen.

2. Der Bewerbungsverfahrensanspruch verpflichtet den Dienstherrn nicht nur zur leistungsgerechten Auswahl, sondern auch zur chancengleichen Behandlung aller Bewerber im Verfahren.

Beschluss des 2. Senats vom 26. März 2024 - BVerwG 2 VR 10.23



Bundesverwaltungsgericht

BESCHLUSS

BVerwG 2 VR 10.23

In der Verwaltungsstreitsache



ECLI:DE:BVerwG:2024:260324B2VR10.23.0

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 26. März 2024
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Kenntner
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hartung und Dr. Hissnauer

beschlossen:

Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Dienstposten der Sachgebietsleitung "AND-Kooperation A" mit der Beigeladenen zu besetzen, bis über die Bewerbung der Antragstellerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu entschieden worden ist.

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

Der Wert des Streitgegenstands wird auf 18 985,47 € festgesetzt.

G r ü n d e :

I

- 1 Das Verfahren betrifft die Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens beim Bundesnachrichtendienst (BND).
- 2 Die Antragstellerin ist Oberregierungsrätin (Besoldungsgruppe A 14 BBesO) im Dienst der Antragsgegnerin und wird seit 1995 im Geschäftsbereich des BND verwendet. Mit dem Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes wendet sie sich gegen die Besetzung des mit der Besoldungsgruppe A 15 BBesO bewerteten Dienstpostens der Sachgebietsleitung "AND-Kooperation A" mit der Beigeladenen, die ebenfalls das Amt einer Oberregierungsrätin (Besoldungsgruppe A 14 BBesO) innehat.
- 3 Im Juli 2023 schrieb die Antragsgegnerin den streitgegenständlichen Dienstposten, den die Antragstellerin kommissarisch innehat, zur "förderlichen" Besetzung für Beamte der Besoldungsgruppe A 14 BBesO aus. Nach der Stellenausschreibung sind die Befähigung für eine Laufbahn des höheren Dienstes, die

Bewährung in mindestens einer regelbeurteilten Verwendung in einer Tätigkeit mit AND-Kooperationsbezug mit einer Minstdauer von zwei Jahren und Fremdsprachenkenntnisse Englisch entsprechend SLP 2 "konstitutive" Anforderungen für die Einbeziehung in das Auswahlverfahren. Auf die Ausschreibung gingen 26 Bewerbungen ein.

- 4 Mit Auswahlvermerk vom 11. September 2023 ermittelte das Personalreferat den "engeren Bewerberkreis". Da die Beigeladene als einzige Bewerberin in der aktuellen Regelbeurteilung die Spitzennote 6 erzielt hatte, wurde nur sie als Bewerberin im engeren Bewerberkreis benannt. Hinsichtlich der Sprachkenntnisse ist im Auswahlvermerk ausgeführt, dass die Beigeladene eine Englisch-Prüfung SLP 3 vom 17. April 2023 vorweisen könne. Das Personalreferat schlug "dem Bedarfsträger" die Beigeladene zur Besetzung des Dienstpostens vor und unterrichtete am selben Tag die Gleichstellungsbeauftragte mit der Bitte um Abgabe eines Votums zum engeren Bewerberkreis.
- 5 Mit E-Mail vom 25. September 2023 wies die Gleichstellungsbeauftragte darauf hin, dass die Sprachprüfung der Beigeladenen nach den ihr vorliegenden Unterlagen am 17. September 2019 erfolgt und eine Aktualisierung nicht hinterlegt sei. Das Personalreferat korrigierte den Auswahlvermerk daraufhin am 26. September 2023 dahingehend, dass die Beigeladene "vorbehaltlich des noch zu absolvierenden Sprachtests" zur Besetzung des Dienstpostens vorgeschlagen werde. Am selben Tag informierte es die Beigeladene darüber, dass Fremdsprachenkenntnisse nur Anerkennung finden könnten, wenn sie innerhalb der letzten drei Jahre nachgewiesen worden seien. Es gab der Beigeladenen Gelegenheit, einen aktuellen Test nachzuweisen und wies darauf hin, dass eine abschließende Auswahlentscheidung nur bei nachgewiesenen Fremdsprachenkenntnissen erfolgen könne. Am 28. September 2023 absolvierte die Beigeladene eine erfolgreiche Englisch-Prüfung SLP 3. Daraufhin aktualisierte das Personalreferat den Auswahlvermerk erneut – ohne das weiterhin auf den 26. September 2023 lautende Datum zu korrigieren – und führte aus, dass die Beigeladene mit dem SLP 3-Nachweis vom 28. September 2023 die konstitutiven Anforderungen der Ausschreibung vollumfänglich erfülle. Am 2. Oktober 2023 stimmte die Gleichstellungsbeauftragte dem engeren Bewerberkreis zu.

- 6 Nach Durchführung eines "Kennlerngesprächs" am 13. Oktober 2023 nahm der "Bedarfsträger" am 16. Oktober 2023 zur Dienstpostenbesetzung Stellung und schloss sich dem Votum des Personalreferats an. Am 17. Oktober 2023 bat das Personalreferat die Gleichstellungsbeauftragte um Mitwirkung zur geplanten Umsetzung, am 18. Oktober 2023 stimmte die Gleichstellungsbeauftragte der förderlichen Umsetzung zu.
- 7 Nach Eingang der Mitteilung, dass keine disziplinarrechtlich relevanten Erkenntnisse über die Beigeladene vorlägen, Erteilung der sicherheitsrechtlichen Freigabe und Zustimmung des Personalrats teilte das Personalreferat der Beigeladenen sowie den unterlegenen Mitbewerbern am 13. November 2023 das Ergebnis der Auswahlentscheidung mit.
- 8 Hiergegen hat die Antragstellerin am 20. November 2023 Widerspruch eingelegt und nachfolgend die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes beantragt. Sie macht geltend, die Beigeladene habe die in der Ausschreibung geforderten Englisch-Sprachkenntnisse erst nachträglich erworben und zudem in ihrer vorangegangenen Verwendung als Justiziarin im Stab X nicht die geforderte Tätigkeit mit AND-Kooperationsbezug ausgeübt. Sie beantragt,
- der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung bis zum Ablauf von zwei Wochen nach der Bekanntgabe einer erneuten Auswahlentscheidung zu untersagen, den Dienstposten Sachgebietsleitung "AND-Kooperation A" mit der Beigeladenen zu besetzen.
- 9 Die Antragsgegnerin ist dem Vorbringen entgegengetreten und beantragt,
- den Antrag abzulehnen.
- 10 Die Beigeladene hat sich nicht geäußert und auch keine Anträge gestellt.

II

- 11 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 zu befinden hat, ist zulässig und begründet. Die Antragstellerin hat 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). Die Auswahlentscheidung zugunsten der Beigeladenen ist rechtswidrig, sodass der Antragstellerin ein Anspruch auf vorläufige Unterlassung ihres Vollzugs zukommt.

- 12 1. Der Antragstellerin steht ein Anordnungsgrund i. S. v. § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO für den begehrten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Seite.
- 13 Zwar ist Gegenstand des Verfahrens nicht die Vergabe eines statusrechtlichen Amtes, die nach Ernennung des ausgewählten Bewerbers nach dem Grundsatz der Ämterstabilität nur noch rückgängig gemacht werden könnte, wenn der unterlegene Bewerber unter Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG an der Ausschöpfung seiner Rechtsschutzmöglichkeiten gehindert worden wäre (vgl. BVerwG, Urteile vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - BVerwGE 138, 102 Rn. 27 und vom 13. Dezember 2018 - 2 A 5.18 - BVerwGE 164, 84 Rn. 22 ff.). Ausschreibung und Auswahlentscheidung sind vielmehr ausdrücklich nur auf die Vergabe eines Dienstpostens bezogen. Diese kann nachträglich aufgehoben und der Dienstposten anderweitig besetzt werden, sodass der Antragstellerin nachgelagerter Rechtsschutz zur Verfügung steht (BVerwG, Beschluss vom 27. September 2011 - 2 VR 3.11 - Buchholz 232.1 § 48 BLV Nr. 1 Rn. 19).
- 14 Mit der Übertragung eines höherwertigen Dienstpostens ist auch keine "Anwartschaft" oder in sonstiger Weise rechtlich gesicherte Position im Hinblick auf die Vergabe des höherwertigeren Statusamts verbunden (BVerwG, Beschluss vom 6. Oktober 2023 - 2 VR 3.23 - NVwZ 2024, 236 Rn. 12). Die Übertragung eines höherwertigen Dienstpostens begründet keinen Anspruch auf Beförderung (BVerwG, Urteile vom 28. Oktober 1970 - 6 C 55.68 - BVerwGE 36, 218 <222> und vom 11. Dezember 2014 - 2 C 51.13 - BVerwGE 151, 114 Rn. 16). Die Einstufung und Wertigkeit des Dienstpostens, den der Beamte innehat, ist vielmehr kein den Vorgaben des Grundsatzes der Bestenauswahl aus Art. 33 Abs. 2 GG entsprechendes Kriterium (BVerwG, Urteil vom 17. August 2005 - 2 C 37.04 - BVerwGE 124, 99 <103>; Beschluss vom 24. September 2008

- 2 B 117.07 - DÖD 2009, 99 <100>; ebenso BVerfG, Kammerbeschluss vom 7. März 2013 - 2 BvR 2582/12 - NVwZ 2013, 1603 Rn. 22 f.).

- 15 Die von der Antragsgegnerin getroffene Auswahlentscheidung für die Dienstpostenvergabe vermag die Rechtsstellung der Antragstellerin aus Art. 33 Abs. 2 GG aber dennoch zu beeinträchtigen, weil sie Vorwirkungen auf die nachfolgende Vergabe von Statusämtern entfalten kann (vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 14 ff. m. w. N.). Der von der Antragsgegnerin zur Nachbesetzung vorgesehene und mit der Besoldungsgruppe A 15 BBesO bewertete Dienstposten stellt für die Antragstellerin, die ein Amt der Besoldungsgruppe A 14 BBesO innehat, einen höherwertigen Dienstposten dar. Die Übertragung schafft daher die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen für eine spätere Beförderung (§ 22 Abs. 2 BBG; vgl. zur ämtergleichen Umsetzung dagegen BVerwG, Urteil vom 19. November 2015 - 2 A 6.13 - BVerwGE 153, 246 Rn. 18). Diese Vorwirkung ist mit der bewusst "förderlichen" Besetzung des Dienstpostens durch Beamte mit einem Statusamt der niedrigeren Besoldungsgruppe A 14 BBesO von der Antragsgegnerin auch beabsichtigt.
- 16 2. Die Antragstellerin hat auch einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht (vgl. § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO). Die Notwendigkeit, die Dienstpostenübertragung vorläufig zu untersagen, ergibt sich bereits daraus, dass die Beigeladene nicht in das Auswahlverfahren hätte einbezogen werden dürfen. Sie erfüllt zwar die in der Ausschreibung zwingend geforderten Fremdsprachenkenntnisse (a), die geforderte regelbeurteilte Verwendung in einer Tätigkeit mit AND-Kooperationsbezug mit einer Minstdauer von zwei Jahren kann aber nicht angenommen werden (b).
- 17 a) Die angegriffene Auswahlentscheidung erweist sich nicht deshalb als fehlerhaft, weil die Beigeladene ihre Aktualisierungsprüfung für die Fremdsprachenkenntnisse erst am 28. September 2023 abgelegt hat. Zwar sind nachträglich eingetretene Änderungen der Sachlage für die Beurteilung einer Auswahlentscheidung nicht mehr zu berücksichtigen (aa). Derartige liegt im Streitfall indes nicht vor (bb).

- 18 aa) Es ist in der Rechtsprechung geklärt, dass für die Frage, ob eine beamtenrechtliche Auswahlentscheidung die Rechte des Antragstellers aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzt, allein die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung maßgeblich ist. Eine erst nach diesem Zeitpunkt – etwa im Verlauf des Widerspruchsverfahrens – eingetretene tatsächliche Veränderung ist für die Rechtmäßigkeit der Entscheidung über die Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens nach Maßgabe von Art. 33 Abs. 2 GG daher nicht von Bedeutung (BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2012 - 2 A 7.09 - BVerwGE 141, 361 Rn. 34; Beschlüsse vom 12. Dezember 2017 - 2 VR 2.16 - BVerwGE 161, 59 Rn. 44 und vom 21. Dezember 2017 - 2 VR 3.17 - juris Rn. 22).
- 19 Art. 33 Abs. 2 GG dient – neben dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung öffentlicher Ämter – auch dem subjektiven Interesse der Beamten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen. Die Verfassungsbestimmung begründet daher ein grundrechtsgleiches Recht auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl, den sog. Bewerbungsverfahrenanspruch (BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember 2015 - 2 BvR 1958/13 - BVerfGE 141, 56 Rn. 31). Die Gewährleistung des Grundsatzes der Bestenauswahl in Art. 33 Abs. 2 GG verleiht dem Bewerber in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG das Recht, eine dienstrechtliche Auswahlentscheidung dahingehend gerichtlich überprüfen zu lassen, ob der Dienstherr ermessens- und beurteilungsfehlerfrei über seine Bewerbung entschieden hat (BVerfG, Kammerbeschluss vom 9. August 2016 - 2 BvR 1287/16 - NVwZ 2017, 46 Rn. 70 m. w. N.). Die in Art. 33 Abs. 2 GG normierten Auswahlgrundsätze und der hierauf bezogene Bewerbungsverfahrenanspruch sind deshalb auf die Auswahlentscheidung bezogen (BVerwG, Beschluss vom 10. Mai 2016 - 2 VR 2.15 - BVerwGE 155, 152 Rn. 16). Die hierfür wesentlichen Auswählerwägungen hat der Dienstherr schriftlich zu dokumentieren, um eine gerichtliche Kontrolle der Entscheidung zu ermöglichen (BVerfG, Kammerbeschlüsse vom 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 - NVwZ 2007, 1178 <1179> und vom 25. November 2015 - 2 BvR 1461/15 - NJW 2016, 309 Rn. 14).
- 20 Den Abschluss des Auswahlverfahrens bringt die Behörde durch die Bekanntgabe der ausgewählten Person verbunden mit der ablehnenden Bescheidung der weiteren Bewerber in der sog. Konkurrentenmitteilung zum Ausdruck (BVerfG,

Kammerbeschluss vom 3. März 2014 - 1 BvR 3606/13 - NVwZ 2014, 785 Rn. 19). Auch wenn sich hieran ein Widerspruchsverfahren anschließt, wird darin keine neue und gleichsam aktualisierte Auswahlentscheidung getroffen. Dies ist weder Gegenstand des auf die Verletzung subjektiver (Bewerbungsverfahrens-)Rechte beschränkten Widerspruchsverfahrens noch besteht hierfür eine Kompetenz der Widerspruchsbehörde. Das Widerspruchsverfahren kann vielmehr allenfalls zu einem Abbruch des Auswahlverfahrens führen, wenn dieses fehlerbehaftet ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 29. November 2012 - 2 C 6.11 - BVerwGE 145, 185 Rn. 17). In dem sich anschließenden neuen Auswahlverfahren ist eine den Vorgaben aus § 9 Satz 1 BBG und Art. 33 Abs. 2 GG genügende Entscheidung auf der Grundlage einer aktualisierten Tatsachengrundlage zu treffen, die für den gesamten – und ggf. erweiterten – Bewerberkreis einheitlich gilt (BVerwG, Urteil vom 29. November 2012 - 2 C 6.11 - BVerwGE 145, 185 Rn. 20). Im laufenden Auswahlverfahren sind nachträgliche Änderungen der Sach- und Rechtslage aber nicht zu berücksichtigen (BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2012 - 2 A 7.09 - BVerwGE 141, 361 Rn. 34).

- 21 Dies gilt in besonderer Weise, wenn nachträgliche Entwicklungen nur hinsichtlich eines Bewerbers betrachtet werden. Der Bewerbungsverfahrensanspruch ist an ein laufendes Stellenbesetzungsverfahren zur Vergabe eines bestimmten Amtes geknüpft. Die Bewerber um dieses Amt stehen in einem Wettbewerb, dessen Regeln der Grundsatz der Bestenauswahl aus Art. 33 Abs. 2 GG vorgibt. Ihre Ansprüche stehen nicht isoliert nebeneinander, sondern sind aufeinander bezogen. Sie werden in Ansehung des konkreten Bewerberfeldes inhaltlich konkretisiert. Jede Bevorzugung eines Bewerbers wirkt sich auch auf die Erfolgsaussichten der Bewerbungen anderer Bewerber aus und stellt eine Verletzung der Bewerbungsverfahrensansprüche dieser Mitbewerber dar (BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - BVerwGE 138, 102 Rn. 23; vgl. zur verfahrensmäßigen Absicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs auch BVerfG, Kammerbeschlüsse vom 28. Februar 2007 - 2 BvR 2494/06 - NVwZ 2007, 693 <694> und vom 28. November 2011 - 2 BvR 1181/11 - NVwZ 2012, 366 Rn. 21 m. w. N.).

- 22 In Konkurrenzsituationen kommt dem Gebot der Chancengleichheit entscheidende Bedeutung zu. Der Bewerbungsverfahrensanspruch der Bewerber verpflichtet den Dienstherrn während eines laufenden Bewerbungsverfahrens nicht nur zur leistungsgerechten Auswahl, sondern auch zur chancengleichen Behandlung aller Bewerber im Verfahren. Der Dienstherr muss sich fair und unparteiisch gegenüber allen Bewerbern verhalten. Er darf die ihm eingeräumte Organisationsgewalt über die Stellenbesetzung – auch im Hinblick auf die zeitliche Verfahrensgestaltung – nicht gezielt und manipulativ einsetzen, um eine Auswahlentscheidung zu Gunsten oder zu Lasten einzelner Bewerber zu steuern (BVerwG, Urteil vom 17. November 2016 - 2 C 27.15 - BVerwGE 156, 272 Rn. 36 und 41; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2012 - 2 A 7.09 - BVerwGE 141, 361 Rn. 18 und 22 zum sachfremden Zuschnitt eines Anforderungsprofils). Dies schließt es aus, dass er Maßnahmen ergreift, die bei objektiver Betrachtung, d. h. aus der Sicht eines unbefangenen Beobachters, als eine Bevorzugung oder aktive Unterstützung eines Bewerbers erscheinen. Er darf nicht bestimmten Bewerbern Vorteile verschaffen, die andere nicht haben (BVerwG, Urteil vom 29. November 2012 - 2 C 6.11 - BVerwGE 145, 185 Rn. 25; a. A. offenbar OVG Münster, Beschluss vom 29. Februar 2024 - 1 B 1158/23 - juris Rn. 48).
- 23 bb) Die von der Antragstellerin gerügte Berücksichtigung der erst nach Ablauf der Bewerbungsfrist abgelegten Aktualisierungsprüfung für die Fremdsprachenkenntnisse begründet indes keine mit Art. 33 Abs. 2 GG unvereinbare Bevorzugung der Beigeladenen und hat den Bewerbungsverfahrensanspruch der Antragstellerin nicht verletzt.
- 24 In der Stellenausschreibung vom 20. Juli 2023 sind Fremdsprachenkenntnisse Englisch entsprechend SLP 2 als konstitutive Anforderung vorausgesetzt, "die der Bewerber oder die Bewerberin erfüllen muss, um in das weitere Auswahlverfahren, das zunächst anhand der dienstlichen Beurteilung erfolgt, einbezogen zu werden." Hinsichtlich der Aktualität des entsprechenden Nachweises ist in der Ausschreibung keine Angabe enthalten. Im "Auswahlvermerk" zur Bestimmung des engeren Bewerberkreises vom 11. September 2023 ist hierzu ausgeführt, dass ein aktueller Nachweis nur von denjenigen Bewerbern gefordert wird, die nach dem Leistungsvergleich für die förderliche Umsetzung in Betracht kommen. In der Antragsrüge hat die Antragsgegnerin ergänzend

ausgeführt, dass die hausinterne Aktualisierungsprüfung aus Kapazitätsgründen nur im Bedarfsfall durchgeführt werde.

- 25 Ausgehend hiervon kann die Verfahrensweise der Antragsgegnerin nicht beanstandet werden. Die Beigeladene erfüllte die in der Ausschreibung geforderte Voraussetzung, weil sie über die höherwertige Sprachprüfung SLP 3 verfügte. Dass ihre Sprachprüfung am 17. September 2019 erfolgte und damit nicht mehr aktuell war, hindert diese Einstufung nicht. Sie konnte damit in das Auswahlverfahren einbezogen werden.
- 26 Aus dem Umstand, dass die zum Nachweis der Sprachkenntnisse erteilten Zeugnisse nach Ziffer 18 Unterabs. 5 der Grundsätzlichen Bestimmungen für Sprachprüfungen im Bundesnachrichtendienst vom 14. Mai 2003 ihre "Gültigkeit als Nachweis der aktuellen Sprachkenntnisse" grundsätzlich nach drei Jahren verlieren, folgt nichts anderes. Ein aktueller Sprachtest war in der Ausschreibung nicht gefordert worden. Diese Differenzierung erscheint auch sachgerecht, weil die ggf. erforderliche Aktualisierung eines bereits bescheinigten Sprachlevels mit dem erstmaligen Erwerb oder Nachweis dieser Kenntnisse nicht vergleichbar ist.
- 27 In der Berücksichtigung der erst nach Ablauf der Bewerbungsfrist vorgelegten Aktualisierungsprüfung liegt auch keine unsachliche oder personenbezogene Bevorzugung. Die Beschränkung der geforderten Aktualisierungsprüfung auf diejenigen Bewerber, die nach allgemeinen Auswahlgrundsätzen für eine Auswahl ernstlich in Betracht kommen, ist sachlich gerechtfertigt und nach den nachvollziehbaren Ausführungen der Antragsgegnerin generelle Praxis.
- 28 Schließlich liegt auch keine "nachträgliche" Qualifikation der Beigeladenen vor, weil die für die Beurteilung maßgebliche Auswahlentscheidung erst nach der Aktualisierungsprüfung erfolgt ist. Das Auswahlverfahren für die "förderliche" Vergabe höherwertiger Dienstposten beim BND ist gestuft und im Einzelnen durch die Richtlinie zur Durchführung von Verfahren zur internen förderlichen Besetzung von Dienstposten und Auswahl von Bewerberinnen und Bewerbern (m/w/d) im Bundesnachrichtendienst vom 1. Juli 2021 - FöRL-BND - geregelt. Danach ist im Vorfeld der engere Bewerberkreis anhand einer Auswertung des

Gesamturteils der aktuellen Regelbeurteilungen zu ermitteln (Ziffer III. 5.2.1. und 5.2.5. FöRL-BND). Der entsprechende "Auswahlvermerk" vom 11. September 2023 enthält daher noch keine Auswahlentscheidung (vgl. BVerwG, Beschluss vom 25. Oktober 2011 - 2 VR 4.11 - NVwZ-RR 2012, 241 Rn. 19). Auf seiner Grundlage finden "Kennlerngespräche" mit und ggf. eine ergänzende Qualifikationsprüfung durch den "Bedarfsträger" sowie erforderlichenfalls weitere Auswahlgespräche vor einer hierzu vorgesehenen Kommission statt (vgl. Ziffer III. 5.3. FöRL-BND). Erst nach diesen Schritten erfolgt die abschließende Auswahlentscheidung, deren Zeitpunkt nach Ziffer III. 5.4. Unterabs. 4 FöRL-BND auf die Einleitung des Beteiligungsverfahrens bei der Gleichstellungsbeauftragten festgelegt ist. Die entsprechende Unterrichtung der Gleichstellungsbeauftragten zur förderlichen Umsetzung der Beigeladenen nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b BGleiG hat das Personalreferat mit Schreiben vom 17. Oktober 2023 vorgenommen.

- 29 b) Die Auswahlentscheidung erweist sich aber als fehlerhaft, soweit der Beigeladenen die in der Ausschreibung zwingend geforderte "Bewährung in mindestens einer regelbeurteilten Verwendung in einer Tätigkeit mit AND-Kooperationsbezug mit einer Minstdauer von zwei Jahren" zugesprochen worden ist. Zweifelhafte erscheint bereits, ob das dem Verfahren zugrunde gelegte Anforderungsprofil den rechtlichen Vorgaben entspricht (aa). Jedenfalls aber erfüllt die Beigeladene die geforderte Qualifizierung nicht (bb).
- 30 aa) Auswahlentscheidungen, die – wie die Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens – den Anforderungen aus Art. 33 Abs. 2 GG unterliegen, dürfen nur anhand der verfassungsunmittelbar vorgegebenen Auswahlkriterien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung vorgenommen werden. Bezugspunkt der Auswahlentscheidung nach Art. 33 Abs. 2 GG ist aber nicht die Funktionsbeschreibung des konkreten Dienstpostens, sondern das angestrebte Statusamt. Hiermit ist nicht vereinbar, einen Bewerber nur deshalb vom Auswahlverfahren auszuschließen, weil er den besonderen Anforderungen des aktuell zu besetzenden Dienstpostens nicht entspricht (vgl. BVerwG, Beschluss vom 22. Juni 2023 - 2 VR 1.23 - ZBR 2023, 379 Rn. 18 m. w. N.).

- 31 Dies steht mit dem Laufbahnprinzip, das als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums i. S. v. Art. 33 Abs. 5 GG anerkannt ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 17. Januar 2017 - 2 BvL 1/10 - NVwZ 2017, 392 Rn. 21 m. w. N.; BVerwG, Urteil vom 2. März 2017 - 2 C 21.16 - BVerwGE 157, 366 Rn. 45), nicht in Einklang. Danach wird ein Beamter aufgrund seiner Befähigung für eine bestimmte Laufbahn regelmäßig als geeignet angesehen, jedenfalls diejenigen Dienstposten auszufüllen, die seinem Statusamt entsprechen oder dem nächsthöheren Statusamt zugeordnet sind (vgl. § 16 Abs. 1, § 22 Abs. 3 BBG). Es kann grundsätzlich erwartet werden, dass der Beamte imstande ist, sich in die Aufgaben dieser Dienstposten einzuarbeiten (vgl. BVerwG, Beschluss vom 25. Oktober 2011 - 2 VR 4.11 - NVwZ-RR 2012, 241 Rn. 15 m. w. N.). Die Zuweisung eines Beamten auf einen konkreten Dienstposten ist auch nicht auf Dauer angelegt. Sofern ein sachlicher Grund hierfür vorliegt, kann der Dienstherr den Aufgabenbereich des Beamten nach seinen organisatorischen Vorstellungen und Bedürfnissen jederzeit ändern, sofern diesem ein amtsangemessener Aufgabenbereich verbleibt (vgl. BVerwG, Urteil vom 19. November 2015 - 2 A 6.13 - BVerwGE 153, 246 Rn. 18).
- 32 Die an Art. 33 Abs. 2 GG zu messende Auswahlentscheidung darf daher grundsätzlich nicht anhand der Anforderungen eines konkreten Dienstpostens erfolgen. Höherwertige Dienstposten, die durch spezifische und von den Laufbahnanforderungen abweichende Besonderheiten geprägt sind, eignen sich daher grundsätzlich nicht für den Einsatz als Bewährungsdienstposten i. S. d. § 22 Abs. 2 BBG (vgl. bereits BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 25).
- 33 Dienstpostenbezogene Anforderungsmerkmale bei Vergabeentscheidungen im Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG 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 Aufgabenwahrnehmung auch nicht verschaffen kann. Derartige Ausnahmeanforderungen können sich insbesondere aus dem Erfordernis bestimmter Fachausbildungen oder notwendigen Sprachkenntnissen ergeben. Diese

Voraussetzungen hat der Dienstherr darzulegen, sie unterliegen voller gerichtlicher Kontrolle. Hat der Dienstherr im Rahmen der Stellenausschreibung zwingende Vorgaben gemacht, die weder durch Art. 33 Abs. 2 GG noch als dienstpostenbezogene Ausnahme im Interesse der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung gerechtfertigt sind, ist das Auswahlverfahren fehlerhaft. Dieser Mangel kann nachträglich nicht geheilt werden, das Auswahlverfahren muss abgebrochen und die Stellenvergabe mit einer zulässigen Ausschreibung neu in Gang gesetzt werden (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 31 ff., vom 29. Juli 2020 - 2 VR 3.20 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 100 Rn. 18 und vom 22. Juni 2023 - 2 VR 1.23 - ZBR 2023, 379 Rn. 20).

- 34 Nach der Aufgabenbeschreibung des streitgegenständlichen Dienstpostens "Sachgebietsleitung AND-Kooperation A" obliegt dem Dienstposteninhaber insbesondere die Aufgabe, die Zusammenarbeit mit den ausländischen Nachrichtendiensten der Zielregion zu gestalten, den AND-Kontakt und Austausch zu organisieren, die Verbindungen zu den Vertretungen der AND in Deutschland zu pflegen und auszubauen, die Residenturen im Zuständigkeitsbereich zu steuern und zu unterstützen sowie die Abstimmungsgespräche mit internen und externen Stellen wahrzunehmen. Angesichts dieses Aufgabenbereichs ist das Erfordernis einer vorangegangenen praktischen Erfahrung im Bereich der AND-Kooperation plausibel.
- 35 In der Antragserwiderung hat die Antragsgegnerin zur Rechtfertigung des Anforderungsprofils – in Übereinstimmung mit dem Vortrag in vorangegangenen Verfahren (vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. Oktober 2021 - 2 VR 5.21 - juris Rn. 5) – ausgeführt:

"Das konstitutive Anforderungsmerkmal einer entsprechenden Vorerfahrung in einer Tätigkeit mit AND-Kooperationsbezug ist zulässig, da auf dem zu besetzenden Dienstposten Fach- und Führungsaufgaben in der AND-Kooperation wahrgenommen werden, die den Beamten vor spezielle Herausforderungen stellen, hinsichtlich derer die Laufbahnbefähigung an sich noch keinen Schluss darauf zulässt, dass der Beamte geeignet ist, die Aufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen. Dies gilt umso mehr, als dass es hinsichtlich des nachrichtendienstlichen Kerngeschäfts an einem bestimmten, qualifizierenden Studien- oder

Berufsabschluss fehlt und die zu besetzenden Dienstposten daher bewusst mit sämtlichen Laufbahnen und Abschlüssen unterlegt sind. Die durch praktische Berufserfahrung erworbene Fachkenntnis ist damit in diesem Bereich für die Auftragserfüllung zwingend erforderlich.

[...]

Vor dem Hintergrund dieser Komplexität der zu erfüllenden Aufgabe und der Einordnung der AND-Kooperation erfordert die Zusammenarbeit mit ausländischen Nachrichtendiensten profunde Kenntnisse der Vorschriftenlage und nur durch den praktischen Umgang zu erwerbende Fachexpertise im Hinblick auf die zu beachtenden ungeschriebenen Gepflogenheiten und Erwartungen sowie auf gelebte und etablierte Strukturen im Bereich der nachrichtendienstlichen Kooperation. Dies gilt insbesondere für den Kontakt zu den ausländischen Nachrichtendiensten, für die das Sachgebiet des streitgegenständlichen Dienstpostens zuständig ist."

- 36 Ausgehend hiervon sind praktische Berufserfahrungen im Bereich der nachrichtendienstlichen Kooperation zwingende Voraussetzung einer Tätigkeit auf dem streitgegenständlichen Dienstposten, weil ohne sie eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht gewährleistet werden kann.
- 37 Diesen Anforderungen dürfte die in der Ausschreibung geforderte Verwendung in einer "Tätigkeit mit AND-Kooperationsbezug" indes nicht genügen. Es ist nicht ersichtlich, wie und wodurch bei einer entsprechenden Vorverwendung der Erwerb der besonderen, für eine Verwendung auf dem Dienstposten zwingend erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten vermittelt worden sein sollte.
- 38 Mit dem in der Ausschreibung geforderten Anforderungsprofil sind nicht praktische Erfahrungen in der AND-Kooperation gefordert worden (vgl. hierzu etwa BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 <21>). Durch die verwendete Formulierung einer "Tätigkeit mit AND-Kooperationsbezug" ist der Kreis der zugelassenen Bewerber vielmehr weit gezogen. Nach dem maßgeblichen Empfängerhorizont potentieller Bewerber sind damit auch vorangegangene Verwendungen in Referaten erfasst, die nicht selbst und unmittelbar mit einer AND-Kooperation betraut sind (vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. Oktober 2021 - 2 VR 5.21 - juris Rn. 5). Dem entspricht, dass die Bedeutung des konstitutiven Anforderungsmerkmals in der Ausschreibung mit einer Fußnote weiter erläutert und wie folgt präzisiert worden ist: "Insbesondere AND-

Kooperation, Auswertung, Befragungswesen, Führungs- und Informationszentrum, Einsatzbegleitung Bundeswehr, Residentur, Verbindungsdienst, Führungs-/Fachunterstützung (Stäbe) nur Dienstposten mit AND-Kooperationsbezug."

- 39 Wodurch aber bei einer derartigen nur weitläufig auf eine AND-Kooperation bezogenen Tätigkeit die von der Antragsgegnerin als zwingend für einen Einsatz auf dem ausgeschriebenen Dienstposten dargestellten Kenntnisse und Fähigkeiten vermittelt würden, erschließt sich nicht.
- 40 Unabhängig davon, dass der Bewerbungsverfahrensanspruch der Antragstellerin durch ein zu weit gefasstes Anforderungsprofil nicht beeinträchtigt werden kann (vgl. BVerwG, Beschluss vom 6. Oktober 2023 - 2 VR 3.23 - juris Rn. 37), spricht daher viel dafür, dass der Ausschreibung des streitgegenständlichen Dienstpostens ein fehlerhaftes Anforderungsprofil zugrunde gelegt worden ist.
- 41 bb) Die Auswahlentscheidung zugunsten der Beigeladenen ist aber jedenfalls deshalb rechtswidrig und verletzt die Antragstellerin in ihren Rechten aus § 9 Satz 1 BBG und Art. 33 Abs. 2 GG, weil die Vorverwendung der Beigeladenen nicht als "Tätigkeit mit AND-Kooperationsbezug" angesehen werden kann.
- 42 Da die Voraussetzungen des konstitutiven Anforderungsprofils bei der Beigeladenen ausweislich des Auswahlvermerks im Hinblick auf ihre Tätigkeit als Referentin in der Führungsunterstützung bei X angenommen worden sind, wäre gemäß der bereits zitierten, in der Ausschreibung zur Präzisierung des Anforderungsprofils enthaltenen Fußnote erforderlich, dass dem Dienstposten ein AND-Kooperationsbezug zugesprochen werden könnte. Derartiges ist nach der im Verwaltungsvorgang enthaltenen Aufgabenbeschreibung des Dienstpostens vom 8. Dezember 2017 (Blatt 107 ff. der vorgelegten Verwaltungsakte) indes nicht der Fall. Berührungspunkte zu ausländischen Nachrichtendiensten sind dort nicht benannt. Außenkontakte sind dem Dienstposten nach 3.5.2 der Aufgabenbeschreibung vielmehr nur zu anderen Bundesbehörden zugeschrieben – namentlich dem Bundeskanzleramt, dem Auswärtigen Amt, dem Bundesministerium der Verteidigung, dem Bundeskriminalamt und dem Bundesamt für Verfassungsschutz. Der Aufgabenbeschreibung kann auch im Übrigen ein Bezug

zu ausländischen Nachrichtendiensten nicht entnommen werden, worauf bereits die Gleichstellungsbeauftragte zutreffend hingewiesen hat (Bl. 105 der vorgelegten Verwaltungsakte).

- 43 Unabhängig hiervon weist auch die inhaltliche Tätigkeit der Beigeladenen als Stabsjuristin in der für die nachrichtendienstliche Bearbeitung verantwortlichen Abteilung X keinen hinreichenden Bezug zur geforderten AND-Kooperation auf. Die vorgetragenen Aufgaben belegen zwar einen AND-Bezug der durchgeführten Tätigkeiten, sie weisen aber keinen Bezug zur Kooperation mit ausländischen Nachrichtendiensten auf. Insoweit hat die Antragsgegnerin auch im gerichtlichen Verfahren trotz der von der Antragstellerin substantiiert vorgetragenen Kritik keine Tätigkeit vorgetragen, die über interne und organisatorische Aufgaben hinausgehen würde.
- 44 Die Ausführungen in der Stellungnahme der Leiterin des Stabes der Abteilung X vom 24. Oktober 2023 zu den Tätigkeiten der Beigeladenen im Zeitraum von April 2020 bis Ende Februar 2022 belegen eine Tätigkeit mit AND-Kooperationsbezug nicht. Nach der früheren Organisationsstruktur des BND bildeten die Stäbe der Abteilungen den unmittelbaren Unterbau der jeweiligen Abteilungsleitung. Ihre Funktion bestand im Wesentlichen aus der Organisation und Koordination von Aufträgen und Projekten der Abteilung. Das Ausarbeiten von Stellungnahmen für die und das Vorbereiten von Entscheidungen der Abteilungsleitung zu sämtlichen Themen der Abteilung weisen zwar darauf hin, dass die Tätigkeiten als solche einen AND-Bezug aufgewiesen haben. Sie belegen aber nicht den erforderlichen regelmäßigen unmittelbaren Kontakt der Beigeladenen mit ausländischen Nachrichtendiensten. Die Angaben zur Tätigkeit der Beigeladenen auf ihrem bisherigen Dienstposten lassen auch nicht den Schluss zu, dass sie durch diese Verwendung die vorausgesetzte Expertise im Bereich der nachrichtendienstlichen Kooperation erworben haben könnte. Vielmehr finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beigeladene auf ihrem Dienstposten regelmäßigen und eingehenden Kontakt zu ausländischen Nachrichtendiensten hatte und dadurch die ungeschriebenen Gepflogenheiten im Umgang mit diesen kennenlernen konnte.

- 45 Schließlich folgt die erforderliche Tätigkeit mit AND-Kooperationsbezug auch nicht aus den von der Beigeladenen erworbenen Kenntnissen im Bereich der Auswertung. Denn diese beschränken sich nach der genannten Stellungnahme der Leiterin des Stabes der Abteilung X auf ein zweiwöchiges Praktikum zu Beginn ihrer Tätigkeit als Juristin des Stabes der Abteilung und erfüllen die Voraussetzungen einer regelbeurteilten Verwendung mit einer Mindestdauer von zwei Jahren ersichtlich nicht.
- 46 3. 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 in Orientierung an § 52 Abs. 6 Satz 4 GKG. Da die Antragstellerin mit dem streitgegenständlichen Eilverfahren nur eine vorläufige Freihaltung der Stelle erreichen kann und nicht eine Vergabe an sich selbst, ist eine weitere Halbierung des Betrags geboten, sodass der Wert auf ein Viertel des sich aus § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 GKG berechneten Betrags festzusetzen ist (vgl. BVerwG, Beschluss vom 6. Oktober 2023 - 2 VR 3.23 - juris Rn. 72 m. w. N.).

Dr. Kenntner

Dr. Hartung

Dr. Hissnauer