

Beamtenrecht Bund

Brinktrine / Schollendorf

2021

ISBN 978-3-406-75298-8

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

BeckRS 2015, 40644). Mit Art. 1 Nr. 15 7. BesÄndG iVm Art. 11 Abs. 1 7. BesÄndG (Siebtes Besoldungsänderungsgesetz v. 3.12.2015, BGBl. I 2163) hat der Gesetzgeber im Hinblick auf die Entscheidung des BVerwG § 46 BBesG aF aufgehoben.

Für den Fall der wesentlichen Behördenänderung kann die dauerhafte Trennung aber ausnahmsweise hingenommen werden, wenn dem Betroffenen eine zumutbare und realistische Möglichkeit eröffnet wird, die Befähigungsvoraussetzungen für das dem wahrgenommenen Dienstposten entsprechende Statutamt berufsbegleitend zu erwerben (BVerwG NVwZ-RR 2015, 465 Ls. 2).

Ist ein Dienstposten allerdings als **Beförderungsdienstposten** bewertet, hat bereits die Besetzung des Beförderungsdienstpostens nach den auch für die Beförderung geltenden Kriterien (→ Rn. 25), zu erfolgen. Denn nur der erfolgreich Erprobte hat die Chance der Beförderung. Andere Interessenten, die bislang nicht auf einem höherwertigen Dienstposten erprobt worden sind, kommen für eine Beförderung aus laufbahnrechtlichen Gründen nicht in Betracht (vgl. § 22 Abs. 2, § 32 Nr. 2 BLV). Damit wird die Auslese für Beförderungämter vorverlagert auf die Auswahl unter den Bewerbern um „Beförderungsdienstposten“ (BVerwG NVwZ-RR 2002, 46 (47); zu den verfassungsrechtlichen Implikationen s. BVerfG NVwZ 2008, 69; 2008, 194). Davon unabhängig darf der Dienstherr – so jetzt ausdrücklich das BVerwG – auch die Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens und die Vergabe des entsprechenden Beförderungsamtes in der Weise miteinander verknüpfen, dass er der Dienstpostenvergabe im Falle der Bewährung des ausgewählten Bewerbers ohne weitere Auswahlentscheidung die Beförderung nachfolgen lässt („einkäfiges Verfahren“, vgl. BVerwG NVwZ 2019, 646; 2019, 912 mAnm Stuttmann).

Der „**gebündelte**“, also zwei oder mehreren statusrechtlichen Ämtern zugeordnete **Dienstposten** (→ Rn. 6.1), stellt für Beamte in jedem dieser statusrechtlichen Ämter einen amtsangemessenen und damit keinen höher bewerteten Dienstposten dar. Bei der Wahrnehmung eines gebündelten Dienstpostens durch einen solchen Beamten ist deshalb kein Raum für eine Feststellung, ob sich der Beamte in einer Erprobungszeit auf einem höherbewerteten Dienstposten bewährt hat (BVerwG NJOZ 2007, 2345 Ls.).

Nach BVerwG NVwZ 2011, 1270 durften im Hinblick auf § 18 BBesG aF die Funktionen (Dienstposten) nicht ohne sachlichen Grund gebündelt, dh mehreren Statusämtern einer Laufbahngruppe zugeordnet, werden. Die Einrichtung gebündelter Dienstposten bedurfte daher einer besonderen Rechtfertigung, die sich nach Auffassung des BVerwG nur aus den Besonderheiten der jeweiligen Verwaltung ergeben konnte. Weiter war zu beachten, dass die Zuordnung von Beförderungämtern zu bestimmten Dienstposten nach § 25 BBesG aF voraussetzte, dass diese sich nach der Wertigkeit der Aufgaben deutlich von der niedrigeren Besoldungsgruppe abheben. Auf die Rechtsprechung des BVerwG hat der Gesetzgeber reagiert. Mit Art. 1 Nr. 5 lit. b des Professorenbesoldungsneuregelungsgesetzes (v. 11.6.2013, BGBl. I 1514) hat er als § 18 S. 2 BBesG die Bestimmung eingefügt dass eine Funktion bis zu drei Ämtern einer Laufbahngruppe, in obersten Bundesbehörden allen Ämtern einer Laufbahngruppe, zugeordnet werden kann und zudem eine Sonderregelung für Soldaten getroffen (§ 18 S. 3 BBesG). § 25 BBesG aF wurde ersatzlos aufgehoben (Art. 1 Nr. 12 des Professorenbesoldungsneuregelungsgesetzes). Eine auf Grundlage des § 18 S. 2 BBesG vorgenommene Dienstpostenbündelung ist zulässig, wenn für sie ein sachlicher Grund besteht (BVerfG NVwZ 2016, 682 mAnm Stuttmann; sa Ziekow RiA 2018, 206; Rittig DÖV 2016, 330).

D. Voraussetzungen der Beförderung

I. Planstelle

Nach § 49 BHO darf ein Amt (im statusrechtlichen Sinne) nur zusammen mit der Einweisung in eine besetzbare Planstelle verliehen werden. Planstelle ist eine im Haushaltsplan eines Trägers öffentlicher Verwaltung nach Amt und Besoldung ausgewiesene Stelle.

Die Ausbringung von Planstellen im Haushaltsplan durch den **Haushaltsgesetzgeber** erfolgt gem. dessen **organisatorischer Gestaltungsfreiheit** nach den Bedürfnissen der staatlichen Verwaltung (stRspr, BVerwG BeckRS 2012, 59692 Rn. 15; NVwZ 1991, 375). Die gleiche Dispositionsfreiheit kommt dem **Dienstherrn** – im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben des Haushalt- und Besoldungsrechts – bei der **Stellenplanbewirtschaftung** zu (BVerwG BeckRS 2012, 59692 Rn. 15; NVwZ 1997, 283). Auch die rechtliche **Bewertung von Dienstposten**, dh ihre Zuordnung zu statusrechtlichen Ämtern einer bestimmten

Besoldungsgruppe, erfolgt im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben des Besoldungs- und des Haushaltsrechts durch den Dienstherrn gem. dessen organisatorischer Gestaltungsfreiheit (BVerwG NVwZ 1997, 283; zur Anfechtbarkeit der Dienstpostenbewertung BVerwG NVwZ-RR 2017, 423). Es steht deshalb in der organisatorischen Gestaltungsfreiheit des Dienstherrn, welchem von ihm entsprechend bewerteten Dienstposten er eine Planstelle zuordnet und zu welchem Zeitpunkt er die Planstelle besetzt oder ob er den Dienstposten unbesetzt lässt (BVerwG BeckRS 2006, 22159 Rn. 21; zur Auswirkung der Organisationsgewalt des Dienstherrn auf die zeitliche Dimension eines Stellenbesetzungsverfahrens BVerwG NVwZ-RR 2017, 381; OVG Magdeburg LKV 2017, 419). Ebenso kann der Dienstherr wählen, ob er eine Stelle im Wege der Beförderung, Umsetzung oder Versetzung vergeben will (BVerfG NVwZ 2008, 69; BeckRS 2005, 24338; OVG Saarlouis NVwZ-RR 2016, 234).

- 9** Die Schaffung und Bewirtschaftung von Planstellen im Haushaltspol erfolgt nicht in Wahrnehmung der Fürsorgepflicht des Dienstherrn gegenüber seinen Beamten, sondern dient allein **öffentlichen Interessen** (stRspr, BVerfG BeckRS 2010, 91724; BVerwG BeckRS 2012, 59692 Rn. 19; NVwZ 1991, 375). Der Beamte hat deshalb grundsätzlich keinen Anspruch auf Ausbringung einer Planstelle oder eine bestimmte Bewertung seines Dienstpostens (BVerfG BeckRS 2007, 27157; BVerwG NVwZ 1991, 375; zur Unzulässigkeit der Klage eines Beamten mit dem alleinigen Ziel der Höherbewertung des Dienstpostens s. BVerwG NVwZ-RR 2017, 423). Auch Art. 33 Abs. 2 GG begründet kein Recht auf Errichtung und Besetzung von Planstellen (BVerwG BeckRS 2012, 59692 Rn. 17 mwN). Ebenso gibt es keine Rechtsgrundlage für einen Anspruch des Beamten auf fehlerfreie Ausübung des Organisationsermessens (BVerwG BeckRS 2012, 59692 Rn. 18 mwN). Der Beamte hat schließlich auch keinen Anspruch darauf, dass sich der Dienstherr bei dem Haushaltsgesetzgeber für die Schaffung einer Beförderungsmöglichkeit einsetzt (BVerwG NVwZ 1986, 123).
- 10** **Ausnahmsweise** soll ein **Anspruch** auf Schaffung einer Planstelle in Betracht kommen, wenn eine **Manipulation des Haushaltssatzungsgebers** zum Nachteil eines bestimmten Beamten festgestellt werden kann. Dies wäre der Fall wenn der Haushaltsgesetzgeber selbst die Ausbringung einer höheren Planstelle für sachlich – auch haushaltsmäßig – angebracht erachtet, sie im Falle anderer betroffener Beamter auch vornimmt oder feststellbar vorgenommen hätte und nur zum Nachteil eines bestimmten Beamten hiervon absieht, um diesem aus unsachlichen Gründen die Vorteile der an sich gewollten Planstellungsausbringung nicht zukommen zu lassen (BVerwG NVwZ 1991, 375).
- 11** Eine **Ausnahme** kann ferner bei **funktionsbezogenen Ämtern** greifen, also bei Ämtern, bei denen der Gesetzgeber selbst abschließend und ohne Bewertungsspielraum des Dienstherrn bestimmte Funktionen mit Ämtern bestimmter Wertigkeit verknüpft. Hier soll ausnahmsweise aus der Fürsorgepflicht des Dienstherrn gegenüber dem Beamten eine Verpflichtung ergeben können, auf Schaffung einer Beförderungsmöglichkeit durch Bereitstellung einer höher bewerteten Planstelle hinzuwirken, wenn es sich um Maßnahmen der Exekutive handelt, der nur noch die Verwirklichung des bereits anderweitig geäußerten Willens des Gesetzgebers und wenn nur die Beförderung dieses Beamten in Betracht kommt (BVerwG NVwZ 1986, 123 (124); → Rn. 11.1).
- 11.1** Im Einzelfall Voraussetzungen vom BVerwG verneint (anders noch die Vorinstanz: VGH Kassel NVwZ 1983, 51).

II. Ausschreibung

- 12** **Beförderungsstellen** sind nach § 8 Abs. 1 S. 1 **grundsätzlich auszuschreiben**. Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht ergeben sich aus § 4 Abs. 2, Abs. 3 BLV. Eine öffentliche Ausschreibung ist bei der Besetzung von Beförderungsstellen nicht erforderlich. Dies ergibt sich aus dem Umkehrschluss zu § 8 Abs. 1 S. 2. Eine verwaltungsinterne Ausschreibung ist demnach grundsätzlich ausreichend.
- 13** Die Entscheidung über die konkrete Art und Weise der Ausschreibung liegt dabei in der **Organisationshöheit** des Dienstherrn (OGV Weimar BeckRS 2009, 33296). Die Ausschreibung muss zu einer breiten und effizienten Information möglicher Bewerber führen (Lemhöfer/Leppek LaufbahnR BLV § 4 Rn. 9; Plog/Wiedow Rn. 17; Battis BBG/Battis

§ 8 Rn. 6). Die Ausschreibung dient unter anderem der verfahrensmäßigen Absicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs potentieller Bewerber; sie darf daher nicht nur als „Probe-Ausschreibung“ zur Sichtung von Bewerbern verwendet werden (BVerfG BeckRS 2007, 21760).

Nach § 22 Abs. 1 S. 1 gelten für Beförderungen des Grundsätze des § 9. Die für eine **Auswahl** zwischen mehreren Bewerbern maßgeblichen Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung können vom Dienstherrn in Bezug auf den Aufgabenbereich eines konkreten Amtes durch die Festlegung eines **Anforderungsprofils** bereits im Vorfeld der Auswahlentscheidung konkretisiert werden (BVerfG BeckRS 2011, 56807 Rn. 15). Der Dienstherr ist bereits kraft seiner Organisationshoheit dazu berechtigt, den „Zuschnitt“ eines Dienstpostens und die Anforderungen, die an den Inhaber gestellt werden, näher zu bestimmen (vgl. BVerfG BeckRS 2011, 56807 Rn. 13; BVerwG BeckRS 2001, 30199525). Über die Eignung des Bewerberfeldes kann der Dienstherr auch in einem gestuften Auswahlverfahren befinden. Bewerber, die die allgemeinen Ernennungsbedingungen oder die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllen oder die aus sonstigen Eignungsgründen für die Ämtervergabe von vornherein nicht in Betracht kommen, können in einer ersten Auswahl ausgeschlossen werden und müssen nicht mehr in den Leistungsvergleich einbezogen werden (BVerwG BeckRS 2013, 53574 Rn. 23; 2006, 23029 Rn. 7). Dies gilt grundsätzlich auch für Bewerber, die zwingende Vorgaben eines rechtmäßigen Anforderungsprofils nicht erfüllen (BVerwG BeckRS 2013, 53574 Rn. 23; NVwZ-RR 2012, 241 Rn. 17, 30; zur Notwendigkeit eines Anforderungsprofils nach Landesrecht s. VG Frankfurt a. M. NVwZ-RR 1999, 134 (135)).

Im Ergebnis gelten die in § 9 festgelegten Grundsätze für die an einem Auswahlverfahren teilnehmenden **Umsetzungs- und Versetzungsbewerber**, die das ausgeschriebene Statusamt bereits innehaben. Entschließt sich der Dienstherr im Rahmen seines Organisationsermessens für ein Auswahlverfahren, an dem sowohl Beförderungsbewerber als auch „reine“ Umsetzungs- oder Versetzungsbewerber unterschiedlos teilnehmen, beschränkt er durch diese „Organisationsentscheidung“ seine Freiheit, die Stellen durch Versetzungen oder Umsetzungen zu besetzen, und ist aus Gründen der Gleichbehandlung gehalten, die sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebenden Auswahlkriterien nicht nur auf die Beförderungsbewerber, sondern auf sämtliche Bewerber anzuwenden (BVerwGE 122, 237 (242) = NVwZ 2005, 702; Plog/Wiedow Rn. 18; zum Soldatenrecht wiederum unter Verweis auf die beamtenrechtliche Rspr. auch der Oberverwaltungsgerichte BVerwG BeckRS 9998, 44365 Rn. 4; vgl. BVerfG NwWZ-RR 2008, 433 Ls. 1; zum Bewerbungsverfahrensanspruch des Versetzungsbewerbers VGH Kassel BeckRS 2015, 50678).

Ein vom Dienstherrn einmal aufgestelltes **Anforderungsprofil** bleibt für das zugrunde liegende Auswahlverfahren **verbindlich** (BVerwG BeckRS 2001, 30199525). Dem Dienstherrn ist es deshalb einerseits verwehrt, die von ihm festgelegten Auswahlkriterien nachträglich dergestalt zu ändern, dass sich der Bewerberkreis erweitern würde, ohne dass mögliche Interessenten hiervon Kenntnis erhielten. Zum anderen darf eine nachträgliche Einschränkung des Bewerberfeldes vom Dienstherrn nur aus Gründen erfolgen, die den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG gerecht werden (BVerfG BeckRS 2007, 21760).

Voraussetzung für die **Verbindlichkeit** eines Anforderungsprofils ist aber, dass dieses überhaupt **zwingende Vorgaben** enthält. Ob und in welchem Umfang Vorgaben eines Anforderungsprofils Bindungswirkung entfalten, muss durch eine entsprechend § 133 BGB am objektiven Empfängerhorizont potentieller Bewerber orientierte Auslegung ermittelt werden (BVerwG BeckRS 2013, 53574 Rn. 32; 2012, 50028 Rn. 19).

Die Vorgaben eines Anforderungsprofils sind einer ausdehnenden Auslegung nicht zugänglich, weil sich sonst der zulässige Bewerberkreis erweitern könnte, ohne dass mögliche Interessenten hiervon Kenntnis erhielten (BVerfG NVwZ 2007, 693). Der Bewerber muss daher erkennen können, welche Anforderungen von allen Bewerbern zwingend erwartet werden, und welche Kriterien zwar nicht notwendig für eine Einbeziehung in das Auswahlverfahren sind, bei gleicher Eignung der Bewerber aber maßgeblich berücksichtigt werden (BVerwG NVwZ-RR 2014, 885 Ls., NVwZ 2014, 75 Rn. 49). Auf den subjektiven Willen des Dienstherrn kommt es damit nicht an (vgl. BVerwG BeckRS 2012, 50028 Rn. 19: „Ob ein Anforderungsprofil diesen Anforderungen [gemeint ist die Vereinbarkeit mit Art. 33 Abs. 2 GG] genügt, unterliegt der vollen gerichtlichen Kontrolle; dabei ist es unerheblich, ob das

Anforderungsprofil vom Dienstherrn als „konstitutiv“ oder „deklaratorisch“ bezeichnet wird.“).

- 19 In der obergerichtlichen Rechtsprechung hat sich deshalb die **Unterscheidung in konstitutive und deklaratorische Merkmale des Anforderungsprofils** herausgebildet (vgl. OVG Münster BeckRS 2014, 54122; OVG Saarlouis BeckRS 2013, 59112; VGH München BeckRS 2012, 52823 Rn. 82; OVG Bautzen BeckRS 2011, 53453 Rn. 18; VGH Mannheim BeckRS 2010, 57077).
- 20 Als „**konstitutiv**“ einzustufen sind diejenigen Merkmale des Anforderungsprofils, die zwingend vorgegeben und anhand objektiv überprüfbarer Kriterien, also insbesondere ohne gebotene Rücksichtnahme auf Wertungsspielräume des Dienstherrn, als tatsächlich gegeben letztlich eindeutig und unschwer festzustellen sind. Konstitutive Merkmale schließen, wenn sie bei einem Bewerber nicht vorliegen, dessen Einbeziehung in das eigentliche Auswahlverfahren aus; es handelt sich also um eine „**antizipierte Auswahlentscheidung**“ (OGV Koblenz NVwZ-RR 2003, 762). Allerdings kann dem Dienstherrn hier noch ausnahmsweise Handlungsspielraum zukommen: Ergibt die Betrachtung des Bewerberfeldes, dass keiner der Bewerber alle Voraussetzungen des Anforderungsprofils vollständig erfüllt, kann der Dienstherr entweder das Auswahlverfahren abbrechen oder aber es fortsetzen und denjenigen Bewerber auswählen, der die nach der Funktionsbeschreibung des Dienstpostens objektiv erforderlichen Kriterien am besten erfüllt. Dabei bleibt es seiner Entscheidung überlassen, welchen der zur Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung rechnenden Umstände er das größere Gewicht beimisst. Allerdings muss sich diese – nachträglich vorgenommene Gewichtung – nachvollziehbar aus der Dienstpostenbeschreibung herleiten lassen (BVerwG NVwZ-RR 2012, 241 Rn. 30).
- 21 Demgegenüber kennzeichnet das „deklaratorische“ bzw. „beschreibende“, nicht konstitutive Anforderungsprofil solche Qualifikationsmerkmale, die entweder ausdrücklich nicht zwingend vorliegen müssen oder die schon von ihrer Art her nicht allein anhand objektiv überprüfbarer Fakten – bejahend oder verneinend – festgestellt werden können.
- 22 **Deklaratorischen** Anforderungsprofilen wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung unterschiedliche Bedeutung zugemessen. Teilweise werden Merkmale eines deklaratorischen Anforderungsprofils als leistungsbezogenes Hilfskriterium für die Auswahlentscheidung bei „im Wesentlichen gleichen“ dienstlichen Beurteilung herangezogen (OGV Koblenz NVwZ-RR 2003, 762). Nach Auffassung des OVG Bautzen soll die Berücksichtigung eines rechtmäßig aufgestellten (beschreibenden) Anforderungsprofils dazu führen, dass einem Bewerber, der dessen Voraussetzungen am besten erfüllt, bei der Stellenbesetzung selbst dann der Vorzug gegeben werden darf, wenn seine Befähigung und dienstlichen Leistungen im Vergleich zu den Mitbewerbern (geringfügig) schlechter beurteilt worden sind (OGV Bautzen BeckRS 2011, 53453 Rn. 18). Nach Auffassung des BVerwG werden besondere Anforderungen des Dienstpostens im Rahmen des Leistungsvergleichs nur in Ausnahmefällen eine vom Gesamturteil der dienstlichen Beurteilungen abweichende Auswahlentscheidung rechtfertigen können (BVerwG BeckRS 2013, 53574 Rn. 37; 2011, 55586 Rn. 18).
- 23 Die Reichweite des dem Dienstherrn bei der Aufstellung eines Anforderungsprofils zustehenden **Einschätzungsspielraums** lässt sich dabei nicht abstrakt formulieren, sondern ist bereichsspezifisch anhand des jeweiligen Fachrechts unter Berücksichtigung grundgesetzlicher Vorgaben näher zu bestimmen (BVerfG BeckRS 2011, 56807 Rn. 15; 2011, 48106 Rn. 13). Soweit durch Festlegung eines Anforderungsprofils der Kreis der nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu vergleichenden Bewerber um ein öffentliches Amt eingeengt wird, kann dies – weil hierdurch die Auswahlentscheidung bereits teilweise vorweggenommen wird – nur aufgrund sachlicher, dem Grundsatz der Bestenauslese entsprechender Erwägungen erfolgen (BVerfG BeckRS 2011, 56807 Rn. 15; 2011, 48106 Rn. 13). Fehler im Anforderungsprofil führen deshalb grundsätzlich auch zur Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens, weil die Auswahlerwägungen dann auf sachfremden, nicht am Leistungsgrundsatz orientierten Gesichtspunkten beruhen (BVerfG BeckRS 2011, 56807 Rn. 15; 2011, 48106 Rn. 13; 2007, 27002).
- 24 Unklar ist bislang das Verhältnis der überlieferten Abgrenzung von „konstitutiven“ und „deklaratorischen“ Merkmalen des Anforderungsprofils zur **neueren Rechtsprechung des BVerwG**. Nach den in der Entscheidung des 2. Senats v. 20.6.2013 (BeckRS 2013, 53574) niedergelegten Grundsätzen ist **Bezugspunkt** der Auswahlentscheidung nach Art. 33 Abs. 2

GG nicht die Funktionsbeschreibung des konkreten Dienstpostens, sondern das **angestrebte Statusamt**. Hiermit ist nicht vereinbar, einen Bewerber vom Auswahlverfahren auszuschließen, nur weil er den besonderen Anforderungen des aktuell zu besetzenden Dienstpostens nicht entspricht (BVerwG BeckRS 2013, 53574 Rn. 28; vgl. dagegen etwa noch BVerwG BeckRS 2001, 30199525: „Die Funktionsbeschreibung des Dienstpostens bestimmt objektiv die Kriterien, die der Inhaber erfüllen muss. An ihnen werden die Eigenschaften und Fähigkeiten der Bewerber um den Dienstposten bemessen, um eine optimale Besetzung zu gewährleisten“; krit. zur aktuellen Rspr. des BVerwG: OVG Lüneburg BeckRS 2017, 100093; 2016, 55438; OVG Bautzen BeckRS 2016, 53184 Rn. 13 f.). Damit korrespondieren die bei Erstellung des Anforderungsprofils einzuhaltenden Erfordernisse. Bei der Bestimmung des Anforderungsprofils ist der Dienstherr an die gesetzlichen Vorgaben gebunden und damit, soweit eine an Art. 33 Abs. 2 GG zu messende Dienstpostenvergabe in Rede steht, auch zur Einhaltung des Grundsatzes der Bestenauswahl verpflichtet. Hiermit ist eine Einengung des Bewerberfeldes aufgrund der besonderen Anforderungen eines bestimmten Dienstpostens nach Auffassung des BVerwG grundsätzlich nicht vereinbar (BVerwG BeckRS 2013, 53574 Rn. 24). Anderes gilt nur dann, wenn 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 (BVerwG BeckRS 2013, 53574 Rn. 18, 32). Aus der Stellenausschreibung muss sich ergeben, welche Anforderungen von allen Bewerbern zwingend erwartet werden und welche Kriterien zwar nicht notwendig für eine Einbeziehung in das Auswahlverfahren sind, bei im wesentlichen gleicher Eignung der Bewerber aber maßgeblich berücksichtigt werden (BVerwG BeckRS 2013, 53574 Rn. 49).

III. Auswahl

Mit Beschluss v. 20.6.2013 (BVerwG BeckRS 2013, 53574 Rn. 28) hat der 2. Senat des BVerwG entschieden, dass die Auswahlentscheidung nach Art. 33 Abs. 2 GG auf das angestrehte Statusamt bezogen ist (krit. etwa Bracher DVBl 2018, 65; v. Roetteken jurisPR-ArbR 1/2014 Anm. 4; zu den Auswirkungen dieser Rspr. auf das Anforderungsprofil → Rn. 24).

Dieser Rechtsprechung haben sich die Oberverwaltungsgerichte überwiegend angeschlossen (vgl. etwa VGH München NVwZ 2015, 604; OVG Münster BeckRS 2014, 54122; OVG Magdeburg BeckRS 55155; VGH Kassel BeckRS 2014, 53146; OVG Weimar BeckRS 2015, 41375; OVG Saarlouis IÖD 2013, 254; VGH Mannheim BeckRS 2014, 45457; OVG Berlin-Brandenburg BeckRS 2013, 58472, offengelassen aber vom 7. Senat des OVG Berlin-Brandenburg LKV 2014, 375 (377); aaO OVG Bautzen Beschl. v. 27.3.2014 – 2 B 519/13 Rn. 12: Amt im abstrakt-funktionellen Sinne als zulässiger Bezugspunkt; vgl. OVG Bautzen BeckRS 2016, 53184; diff. OVG Lüneburg BeckRS 2017, 100093; 2016, 55438; OVG Bremen NVwZ-RR 2017, 294).

Ungeklärt ist bislang, wie sich die **Auslegung des Art. 33 Abs. 2 GG** durch das BVerwG zur hierzu ergangenen Rechtsprechung des 1. Kammer des Zweiten Senats des BVerfG verhält (BVerfG BeckRS 2013, 49270 Rn. 16; 2013, 47708; 2011, 48106). Nach dieser Kammer-Rechtsprechung hat die Ermittlung des geeigneten Bewerbers stets in Bezug auf das konkret angestrebte Amt zu erfolgen. Maßgeblich ist hierbei der Aufgabenbereich des Amtes, auf den bezogen die einzelnen Bewerber untereinander zu vergleichen sind und anhand dessen die Auswahlentscheidung vorzunehmen ist. In der aktuellen obergerichtlichen Rechtsprechung bestehen unterschiedliche Auffassungen darüber, ob unter dem „konkret angestrebtem Amt“ in der Tat das statusrechtliche Amt zu verstehen ist. Das statusrechtliche Amt werde – so das OVG Bautzen (Beschl. v. 27.3.2014 – 2 B 519/13 Rn. 12; vgl. OVG Bautzen BeckRS 2016, 53184 Rn. 13 f. zur Festlegung des Anforderungsprofils) – gerade nicht durch einen Aufgabenbereich gekennzeichnet, sondern beschreibe die Rechtsstellung des Beamten, die durch die Zugehörigkeit zu einer Laufbahn, die Besoldungsrechtliche Einstufung und die Amtsbezeichnung charakterisiert werde. Die Formulierung des „konkret angestrebten Amtes“ ziele vielmehr auf das Amt im funktionellen Sinne ab, das zum einen den abstrakten Aufgabenkreis meinen könne, welcher innerhalb einer Behördenorganisation der Rechtsstellung des Beamten entspreche (Amt im abstrakt-funktionellen Sinne), zum

anderen den dem Beamten bei der Beschäftigungsbehörde laut Geschäftsverteilung übertragenen Dienstposten (Amt im konkret-funktionellen Sinne). Das OVG Berlin-Brandenburg hat dagegen die neuere Rechtsprechung des BVerwG – obgleich dieses ausdrücklich Art. 33 Abs. 2 GG zitiert – als Auslegung einfachen Bundesrechts gedeutet und aus diesem Grund eine Divergenz zur Rechtsprechung des BVerfG verneint (OGV Berlin-Brandenburg BeckRS 2014, 50086; LKV 2014, 375 (377)). Das BVerfG spricht allerdings im Beschluss v. 7.3.2013 (BeckRS 2013, 49270 Rn. 19) wie auch in einem weiteren, nach der Entscheidung des BVerwG ergangenen Beschluss v. 16.12.2013 (BeckRS 2014, 46311) vom „Aufgabenbereich des ausgeschriebenen Statusamts“, sodass auch für die 1. Kammer des Zweiten Senats Bezugspunkt der Auswahlentscheidung das Statusamt sein dürfte (zur abweichenden Rspr. des Wehrdienstsenats des BVerwG BeckRS 2009, 33688 Rn. 46).

- 28** Auch nach der neueren Rechtsprechung des BVerwG darf ausnahmsweise der **konkrete Dienstposten** Bezugspunkt für die Auswahlentscheidung sein, nämlich dann,
- wenn 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 (BVerwG BeckRS 2013, 53574, Rn. 31; zu den korrespondierenden Vorgaben für das Anforderungsprofil → Rn. 24).
- 29** Ob die Voraussetzungen für eine ausnahmsweise am Dienstposten ausgerichtete Auswahlentscheidung gegeben sind, unterliegt der **vollen gerichtlichen Kontrolle**. Die Darlegungslast trägt der Dienstherr (BVerwG BeckRS 2013, 53574 Rn. 31).
- 30** Erfüllen **mehrere Bewerber** die mit dem Anforderungsprofil festgelegten (konstitutiven) Merkmale, hat unter den Bewerbern eine **Auswahl** zu erfolgen, die nach Abs. 1 S. 2 ungeachtet des unklaren Wortlauts in einer ersten Stufe grundsätzlich auf der Grundlage **dienstlicher Beurteilungen** zu erfolgen hat. Deutlicher formuliert § 33 Abs. 1 S. 1 BLV: Feststellungen über **Eignung, Befähigung und fachliche Leistung** sind in der Regel auf der Grundlage aktueller dienstlicher Beurteilungen zu treffen. Als **Obergrenze** für die Aktualität der Beurteilungen gibt Abs. 1 S. 2 vor, dass das Ende des letzten Beurteilungsspielraums zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung höchstens drei Jahre zurückliegen darf. Dieser Zeitraum entspricht der in § 48 Abs. 1 BLV für Regelbeurteilungen verankerten regelmäßigen Höchstgrenze von drei Jahren. Die Obergrenze nach Abs. 1 S. 2 kann zwar nicht überschritten, durchaus aber unterschritten werden (BVerwGE 140, 83 (89) = NVwZ 2011, 1270). Auch kann es rechtlich geboten sein, die Obergrenze nicht auszuschöpfen. So war nach Auffassung des BVerwG ein Zeitraum von circa anderthalb Jahren zwischen Auswahlentscheidung und Beförderung zu lang (BVerwG NVwZ 2009, 787 (788)), wobei sich in dem vom 2. Senat zu beurteilenden Sachverhalt die Auswahlentscheidung unmittelbar an den Zeitpunkt der Regelbeurteilung anschloss, der Bewerber aber nach dem Beurteilungsstichtag andere Aufgaben wahrnahm. Auch einen Zeitraum von fast drei Jahren hielt das BVerwG angesichts des Umstands, dass eine Beförderungsrangliste die Ergebnisse eines bundesweiten Leistungsvergleichs in der Zollverwaltung wiedergeben sollte, für „deutlich“ zu lang (BVerwGE 140, 83 (89) = NVwZ 2011, 1270). Mit Urteil v. 9.5.2019 hat das BVerwG (BeckRS 2019, 20396) seine bisherige Rechtsprechung präzisiert: eine dienstliche (Regel-) Beurteilung kann ihre für eine Auswahlentscheidung erforderliche Aktualität verlieren, wenn der Beamte nach dem Beurteilungsstichtag der letzten Regelbeurteilung während eines erheblichen Zeitraums (zeitliches Element) wesentlich andere Aufgaben (qualitatives Element) wahrgenommen hat. Ein erheblicher Zeitraum liegt vor, wenn bei einem dreijährigen Regelbeurteilungszeitraum die anderen Aufgaben während des (deutlich) überwiegenden Teils (zu zwei Dritteln) des Beurteilungszeitraums wahrgenommen wurden, also zwei Jahre lang. Wesentlich andere Aufgaben liegen vor, wenn der Beamte in seinem veränderten Tätigkeitsbereich Aufgaben wahrnimmt, die einem anderen (höherwertigen oder einer anderen Laufbahn zugehörigen) Statusamt zuzuordnen sind. Ein Aktualisierungsbedarf für einen Beamten hat nicht zwangsläufig zur Folge, dass allein deswegen für alle anderen Mitbewerber ebenfalls Anlassbeurteilen zu erstellen sind.
- 31** Liegt keine aktuelle dienstliche Beurteilung vor, so ist jedenfalls in den in § 33 Abs. 3 S. 1 BLV definierten Fällen die letzte dienstliche regelmäßige Beurteilung **fiktiv fortzuschreiben**. Dies betrifft Beurlaubungen zur Ausübung einer gleichwertigen beruflichen Tätigkeit

bei einer zwischen- oder supranationalen Einrichtung oder bei einer öffentlichen Einrichtung eines Mitgliedsstaats der Europäischen Union, wenn die Vergleichbarkeit der Beurteilung nicht gegeben ist (§ 33 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BLV), Elternzeit bei vollständiger Freistellung (§ 33 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BLV) sowie Freistellungen von der dienstlichen Tätigkeit wegen der Mitgliedschaft im Personalrat, als Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen oder als Gleichstellungsbeauftragte, wenn die dienstliche Tätigkeit weniger als 25 % der Arbeitszeit beansprucht (§ 33 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BLV). Aus dem Wortlaut des § 33 Abs. 3 S. 1 BLV („jedenfalls in folgenden Fällen“) ist abzuleiten, dass auch in weiteren nicht ausdrücklich genannten Fällen eine fiktive Fortschreibung vorgenommen werden kann, um Benachteiligungen des betroffenen Beamten auszuschließen. So wird die fiktive Fortschreibung zum Zwecke des Ausblendens eines etwaigen Bewährungsvorsprungs bei rechtswidriger Dienstposteninhaberschaft (BVerwG BeckRS 2016, 46343 Rn. 31f.; zu den Auswirkungen auf den einstweiligen Rechtsschutz und zu der teilweise divergierenden Rspr. auf Länderebene vgl. etwa den Überblick bei Stuttmann NVwZ 2017, 1144; zur Begründung des „Ausblendens“ eines Bewährungsvorsprungs und zu den Voraussetzungen der Anwendung dieser Rechtsfigur jetzt aber einschränkend BVerwG NVwZ-RR 2018, 395) oder bei Beurlaubungen zum Zwecke der Kinderbetreuung angewandt (OVG Münster ZBR 2013, 162 Rn. 13 = BeckRS 2012, 58322). Der fiktiven Fortschreibung kommt **Prognosecharakter** zu. Sie fingiert nicht nur eine tatsächlich im Beurteilungszeitraum nicht erbrachte Dienstleistung, sie unterstellt auch eine Fortentwicklung der Leistungen des Beamten entsprechend dem durchschnittlichen beruflichen Werdegang einer Gruppe vergleichbarer Beamter. Damit prognostiziert sie, wie der Beamte voraussichtlich zu beurteilen wäre, wäre er im Beurteilungszeitraum nicht freigestellt und hätte er seine Leistungen wie vergleichbare Kollegen fortentwickelt (BVerwG NVwZ-RR 2011, 371 (372)). Aus dem Prognosecharakter ergeben sich zugleich die **Grenzen der fiktiven Nachzeichnung**. Eine fiktive Nachzeichnung ist mit einer auf der Grundlage tatsächlicher Leistungen erstellten Beurteilung nicht mehr vergleichbar, wenn es an einer belastbaren Tatsachengrundlage fehlt (BVerwG NVwZ-RR 2011, 371 (372)). Diese fehlt – so das BVerwG – jedenfalls dann, wenn zwischen der letzten Beurteilung und dem Stichtag, zu dem die **fiktive Fortschreibung** zu erstellen ist, mehr als 16 Jahre liegen (BVerwG NVwZ-RR 2011, 371 Ls. 1).

Im Rahmen der Auswahl sind unter bestimmten Voraussetzungen nicht nur die aktuellen, sondern auch **ältere Beurteilungen**, also solche Beurteilungen, die sich auf einen mehr als drei Jahre vor der Beförderung liegenden Zeitraum beziehen, zusätzlich zu berücksichtigen. Sie treffen zwar keine Aussage zu dem nunmehr erreichten Leistungsstand eines Bewerbers. Gleichwohl können sie vor allem bei einem Vergleich von Bewerbern bedeutsame Rückschlüsse und Prognosen über die künftige Bewährung in einem Beförderungsamt ermöglichen. Das kommt namentlich dann in Betracht, wenn frühere Beurteilungen positive oder negative Aussagen über Charaktereigenschaften, Kenntnisse, Fähigkeiten, Verwendungen und Leistungen sowie deren voraussichtliche weitere Entwicklung enthalten (BVerwG NVwZ 2003, 1397 (1398 f.)). Ihre zusätzliche Berücksichtigung bei der Auswahl ist deswegen mit Blick auf Art. 33 Abs. 2 GG geboten, wenn eine Stichtentscheidung unter zwei oder mehr aktuell im Wesentlichen gleich beurteilten Beamten zu treffen ist (BVerwG NVwZ 2003, 1397 (1398)). Ältere dienstliche Beurteilungen stellen **keine Hilfskriterien** (→ Rn. 35) für eine zu treffende Auswahlentscheidung dar. Es handelt sich vielmehr um Erkenntnisse, die über Eignung, Befähigung und fachliche Leistung des Beurteilten Aufschluss geben und die deswegen gegenüber Hilfskriterien vorrangig heranzuziehen sind (BVerwG NVwZ 2003, 1397 (1398 f.)).

Daneben können **weitere leistungsbezogene Gesichtspunkte** bei der Auswahl herangezogen werden. In Betracht kommen zB schriftliche Arbeiten der Bewerber, Arbeitsplatzbeschreibungen, Berichte von dritter Seite oder die Ergebnisse eines Auswahlgesprächs oder Assessment-Centers (vgl. die Beispiele bei Plog/Wiedow Rn. 25; Kugele BBG/Buchheister Rn. 15). Besonders zu berücksichtigen sind kraft verordnungsrechtlicher Vorgabe erfolgreich absolvierte Tätigkeiten in einer zwischen- oder supranationalen Einrichtung oder bei einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union nach (s. § 33 Abs. 2 S. 1 BLV). Ferner sind langjährige Leistungen, die wechselnden Anforderungen gleichmäßig gerecht geworden sind, angemessen zu berücksichtigen (§ 33 Abs. 2 S. 2 BLV).

Nach ganz überwiegender Rechtsprechung und hL (vgl. nur VGH München NJOZ 2013, 1417 (1419) mit umfassender Darstellung des Streitstandes: Vorstellungsgespräche,

Assessment-Center usw hätten gegenüber dienstlichen Beurteilungen nur begrenzte Aussagekraft und stellten nur eine Momentaufnahme dar; speziell zu Assessment-Centern etwa Günther ZBR 2019, 18; RiA 2013, 57; DÖD 2006, 146 einerseits sowie Kathke RiA 2012, 56; v. Roetteken ZBR 2012, 230 andererseits) kommt eine Berücksichtigung der Ergebnisse von Vorstellungs- bzw. Auswahlgesprächen oder Assessment-Centern neben der dienstlichen Beurteilung allenfalls ergänzend in Betracht, wenn bei einem Beurteilungsgleichstand sonst eine „Pattsituation“ entstehen würde.

- 35** Sind mehrere Bewerber nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung für das Beförderungsamt **im Wesentlichen gleich geeignet**, so kann der Dienstherr die Auswahl nach weiteren sachgerechten Merkmalen bilden (BVerwG BeckRS 1993, 31300064; BVerwGE 80, 123 (126) = NJW 1989, 538). Bei der Bestimmung dieser sog. **Hilfskriterien** steht dem Dienstherrn nach der Rechtsprechung des BVerwG ein „weites Ermessen“ zu. Dabei hat das BVerwG bislang insbesondere gebilligt, das Lebens- und das Dienstalter entscheidend mit heranzuziehen. Die Berücksichtigung des Lebens- und Dienstalter sei insoweit mit dem Leistungsgrundsatz vereinbar und ginge davon aus, dass die von einem lebens- und dienstälteren Beamten typischerweise mitgebrachte umfassendere praktische Berufserfahrung für die nunmehr im Beförderungsamt zu erfüllenden Aufgaben im Rahmen der Leistungsbeurteilung berücksichtigt werden könnten (vgl. BVerwGE 80, 123 (126) = NJW 1989, 538). Zu Recht wird aber im Hinblick auf § 10 S. 2 AGG und die Rechtsprechung des EuGH vor „Altersankünpfungen [...] die von pauschalen Urteilen getragen sind“ (so zutr. Kugel BBG/ Buchheister Rn. 16) gewarnt (vgl. etwa BVerwG DVBl 1994, 118 = BeckRS 1994, 20057: Rechtswidrigkeit eines Reihungssystems, das ungeachtet des Unterschiedes von einer vollen Notenstufe durch die schematische Berücksichtigung verschiedener Altersgesichtspunkte die sich aus der Leistungsbewertung sich ergebende Reihenfolge umkehrt).
- 36** Dem Dienstherrn ist es verwehrt, Hilfskriterien auf die in § 9 S. 1 genannten „verbotenen“ Gesichtspunkte zu stützen, vorbehaltlich der in § 9 S. 3 statuierten Ausnahmen zugunsten des Gender Mainstreaming und der Förderung schwerbehinderter Menschen (→ § 9 Rn. 20).

berk-shop.de

IV. Abbruch des Auswahlverfahrens

- 37** Der Dienstherr kann ein bereits begonnenes Auswahlverfahren **jederzeit abbrechen** (BVerwG BeckRS 2013, 48731 Rn. 15 ff.). Als eine aus dem Organisationsrecht des Dienstherrn erwachsende verwaltungspolitische Entscheidung berührt der Abbruch des Auswahlverfahrens grundsätzlich nicht die Rechtsstellung von Bewerbern (BVerfG BeckRS 2011, 52626 Rn. 24; BVerwG BeckRS 1999, 30067948). Allerdings ist auch hier dem Bewerberverfahrensanspruch Rechnung zu tragen (BVerfG BeckRS 2011, 56802 Rn. 22). Für den rechtmäßigen Abbruch eines Auswahlverfahrens müssen nach bisheriger Rechtsprechung des BVerwG deshalb bestimmte formelle und materielle Voraussetzungen erfüllt sein.
- 38** In **formeller Hinsicht** müssen die Bewerber von dem Abbruch rechtzeitig und in geeigneter Form Kenntnis erlangen. Der Dienstherr muss unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass er das Stellenbesetzungsverfahren ohne Stellenbesetzung endgültig beenden will. Der für den Abbruch maßgebliche Grund muss ferner, sofern er sich nicht evident aus dem Vorgang selbst ergibt, schriftlich dokumentiert werden (BVerwG BeckRS 2013, 48731 Rn. 19; 2012, 50028 Rn. 28 f.; für die automatische Einbeziehung eines Bewerbers, dem der Abbruch des Auswahlverfahrens nicht mitgeteilt wurde, s. OVG Bautzen BeckRS 2011, 53209 Rn. 15; zum (Eil-) Rechtsschutz gegen die Abbruchentscheidung s. BVerwG BeckRS 2015, 43466; VGH München BeckRS 2015, 41039; OVG Magdeburg LKV 2015, 140; Lorse DVBl 2017, 1143; Herrmann LKV 2015, 97 (103)). Eine erstmalige Darlegung der Gründe im gerichtlichen Eilverfahren genügt nicht (BVerfG BeckRS 2011, 56802 Rn. 23). Die Gründe für den Abbruch eines Stellenbesetzungsverfahrens müssen nicht im Einzelnen in der Benachrichtigung der Bewerber aufgeführt werden; ausreichend ist, dass diese schriftlich dokumentiert werden und sich der Betroffene weitergehende Kenntnisse durch Akteneinsicht verschaffen kann (OGV Münster NVwZ-RR 2017, 924 Ls. 1).
- 39** In **materieller Hinsicht** muss der Abbruch durch einen **sachlichen Grund** gerechtfertigt sein. Ein sachlicher Grund kann sich dabei aus der organisatorischen Gestaltungsfreiheit des Dienstherrn oder aus Art. 33 Abs. 2 GG hergeleiteten Gründen ergeben (BVerwG