

**Titel:**

**Konkurrentenstreitverfahren im Stellenbesetzungsverfahren, hier: Eilantrag**

**Normenkette:**

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

BLV § 33 Abs. 1 S. 1, § 50 Abs. 1 S. 1

VwGO § 123

**Leitsätze:**

1. Auch wenn eine angegriffene beabsichtigte Besetzung des Dienstpostens nachträglich aufgehoben und der Dienstposten anderweitig besetzt werden kann, schließt dies einen für einen Eilantrag erforderlichen Anordnungsgrund nicht aus, wenn die Dienstpostenvergabe Vorwirkungen für die Vergabe eines höheren Statusamts, hier der Besoldungsgruppe A 13, entfalten kann, indem bei Übertragung des einen höherwertigen (Beförderungs-)Dienstpostens zugleich nur dem ausgewählten Bewerber die Chance einer erfolgreichen Erprobung vermittelt wird, die aber wiederum laufbahnrechtliche Voraussetzung für eine spätere Beförderung nach A 13 ist. (Rn. 26 – 28) (redaktioneller Leitsatz)

2. Gerichte dürfen im Falle der Übertragung des Dienstpostens den dadurch entstehenden Bewährungsvorsprung des ausgewählten Mitbewerbers nicht von Amts wegen ausblenden; es handelt sich dabei ausschließlich um eine Option, die der Dienstherr von sich aus in Anspruch nehmen muss, indem er den unterlegenen Bewerbern zusagt, einen eventuellen Bewährungs- oder Erfahrungsvorsprung des ausgewählten Bewerbers in einem weiteren Auswahlverfahren auszublenden, sollte sich die erste Auswahlentscheidung als rechtswidrig erweisen (ebenso BVerwG BeckRS 2013, 53574). (Rn. 29) (redaktioneller Leitsatz)

3. In einem Stellenbesetzungsverfahren müssen die maßgeblichen Auswählerwägungen vor Abschluss des Verfahrens schriftlich niedergelegt werden, denn die schriftliche Dokumentation der Auswählerwägungen ist die verfahrensbegleitende Absicherung der Einhaltung der Maßstäbe des Art. 33 Abs. 2 GG; ein Nachschieben der Auswählerwägungen im gerichtlichen Verfahren ist für den gerichtlichen Rechtsschutz des Betroffenen unzumutbar. (Rn. 32) (redaktioneller Leitsatz)

4. Eine geforderte Verwendungsbreite in unterschiedlichen Bereichen im gehobenen Polizeivollzugsdienst steht mit Art. 33 Abs. 2 GG in Einklang. (Rn. 41) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

einstweiliger Rechtsschutz, Konkurrentenstreitverfahren, Konkurrenz um höherwertigen Dienstposten bei der Bundespolizei, Antrag teilweise unzulässig in zeitlicher Hinsicht, Anordnungsgrund gegeben aufgrund von Vorwirkungen auf die Statusamtsvergabe in Form erforderlicher erfolgreicher Erprobung, Auswahl in einem weiteren Auswahlverfahren erscheint nicht möglich aufgrund schlechterer dienstlicher Beurteilung, Eilverfahren, Bewährungsvorsprung, Chance einer erfolgreichen Erprobung, Verwendungsbreite, Polizeivollzugsdienst, Beförderung

**Rechtsmittelinstanz:**

VGH München, Beschluss vom 10.08.2021 – 6 CE 21.1006

**Fundstelle:**

BeckRS 2021, 25023

**Tenor**

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Der Antragsteller hat die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu tragen. Diese tragen die Beigeladenen selbst.

III. Der Streitwert wird auf 17.193,57 EUR festgesetzt.

**Gründe**

I.

**1**

Der am ... geborene Antragsteller steht als Polizeihauptkommissar (A 12) im Dienst der Antragsgegnerin. Er wurde mit dienstlicher Beurteilung zum Stichtag vom 1. Oktober 2019 in A 12 mit der Gesamtnote B2 beurteilt. Der Antragsteller besetzt beim Bundespolizeiaus- und -fortbildungszentrum O. einen Dienstposten als Fachlehrer, bewertet nach der Besoldungsgruppe A 10-12 BBesO. Am 30. September 2020 wurde er rückwirkend zum 1. September 2020 bis 31. August 2021 in der Funktion eines stellvertretenden Ausbildungsleiters zugleich Lehrgangleiter (Bewertung A 10-12 BBesO) an die Außenstelle B. umgesetzt.

**2**

Der am ... geborene Beigeladene zu 1 ist als Polizeihauptkommissar (A 12) Beamter der Antragsgegnerin. Er wurde mit dienstlicher Beurteilung zum Stichtag 1. Oktober 2019 in A 12 mit der Gesamtnote B1 beurteilt. Der Beigeladene zu 1 besetzt aktuell einen Dienstposten als Fachlehrer mit der Bewertung A 10-12 BBesO und ist seit 1. Juli 2017 in den Geschäftsbereich des A. ... abgeordnet.

**3**

Der am ... geborene Beigeladene zu 2 ist als Polizeihauptkommissar (A 12) Beamter der Antragsgegnerin. Er wurde mit dienstlicher Beurteilung zum Stichtag 1. Oktober 2019 in A 12 mit der Gesamtnote B1 dienstlich beurteilt. Der Beigeladene zu 2 besetzt seit 1. Juni 2020 für die Dauer von zwei Jahren vorübergehend einen Dienstposten als Fachlehrer mit der Bewertung A 11-13 BBesO.

**4**

Der am ... geborene Beigeladene zu 3 ist als Polizeihauptkommissar (A 12) Beamter der Antragsgegnerin. Er wurde mit dienstlicher Beurteilung zum Stichtag 1. Oktober 2019 in A 12 mit der Gesamtnote A2 beurteilt. Er besetzt aktuell einen Dienstposten als Fachlehrer mit der Bewertung A 11/12 BBesO.

**5**

Der am ... geborene Beigeladene zu 4 ist als Polizeihauptkommissar (A 12) ebenfalls Beamter der Antragsgegnerin. Er wurde mit dienstlicher Beurteilung zum Stichtag 1. Oktober 2019 in A 12 mit der Gesamtnote B1 beurteilt. Er besetzt aktuell einen Dienstposten als Fachlehrer mit der Bewertung A 11/12 BBesO.

**6**

Der Antragsteller und die Beigeladenen bewarben sich (neben weiteren Bewerbern) auf die am 21. Juli 2020 ausgeschriebenen drei (schließlich vier) Dienstposten als Fachlehrer/innen Besoldungsgruppe A 11-13g BBesO beim Bundespolizeiaus- und -fortbildungszentrum O. ... (Stellenausschreibungen BPOLAK 139/2020). Als konstitutiv wurde im Rahmen der Stellenausschreibung u.a. gefordert: c) mindestens drei Verwendungen in unterschiedlichen Bereichen im gehobenen Polizeivollzugsdienst gemäß Ziffer 9.1.2.3 Personalentwicklungskonzept (PEK) und der dazugehörigen Anlage, davon mindestens eine auf einem Dienstposten der Bewertung nach Besoldungsgruppe A 10-12 BBesO, nach Abschluss der Probezeit, oder ein bereits übertragener Dienstposten mit der Endbewertung nach Besoldungsgruppe A 13g BBesO. Unter den Anmerkungen wurde darauf hingewiesen, dass gemäß Ziffer 9.1.2.3 PEK eine Verwendung regelmäßig zwei Jahre, eine Verwendung im Ausland mindestens ein Jahr umfassen müsse.

**7**

Mit Auswahlübersicht der Antragsgegnerin vom 30. Oktober 2020 wurde hinsichtlich des Antragstellers festgestellt, dass dieser das konstitutive Anforderungsmerkmal c) nicht erfülle, sodass er nicht in den weiteren Leistungsvergleich einbezogen wurde. Im Hinblick auf die Beigeladenen zu 1 bis 4 wurde festgestellt, dass diese sämtliche konstitutiven Merkmale erfüllten und sie gleichzeitig anhand der dienstlichen Beurteilungen die am besten geeigneten Bewerber seien.

**8**

Mit Schreiben vom 24. September 2020, ergänzt am 26. Oktober 2020, wurde der Gesamtpersonalrat sowie die Gleichstellungsbeauftragte am Verfahren beteiligt. Die Gleichstellungsbeauftragte hat gegen die Auswahlentscheidung am 4. November 2020 keine Einwände erhoben und der Gesamtpersonalrat am 5. November 2020 ihre Zustimmung erteilt. Mit Schreiben vom 13. November 2020 bzw. 24. November 2020 wurde den Beigeladenen mitgeteilt, dass sie für die Besetzung des ausgeschriebenen Dienstpostens ausgewählt worden seien und beabsichtigt sei, ihren Dienstantritt zum nächstmöglichen Zeitpunkt zu

erwirken. Mit Schreiben vom 20. November 2020 wurde dem Antragsteller mitgeteilt, dass er für die begehrte Dienstpostenbesetzung nicht habe berücksichtigt werden können, da er das geforderte konstitutive Anforderungsprofil nicht im vollen Umfang erfüllt habe. Gegen diese Entscheidung hat der Antragsteller am 23. Dezember 2020 Widerspruch erheben lassen, über den noch nicht entschieden ist.

## 9

Ebenfalls am 23. Dezember 2020 hat der Antragsteller einstweiligen Rechtsschutz beim Verwaltungsgericht Bayreuth beantragt. Aufgrund der Tatsache, dass der ausgewählte Bewerber auf dem Dienstposten einen Erfahrungsvorsprung erwerben könne, der im Rahmen einer dienstlichen Beurteilung auch zu berücksichtigen sei, liege ein Anordnungsgrund vor. Darüber hinaus bestehe auch ein Anordnungsanspruch, da durch die Auswahlentscheidung der Bewerbungsverfahrenanspruch des Antragstellers nach Art. 33 Abs. 2 GG verletzt worden sei und die Auswahl des Antragstellers in einem erneuten Auswahlverfahren zumindest möglich erscheine. Insbesondere erfülle der Antragsteller das konstitutive Anforderungsmerkmal c). Über seine Verwendungen als Dienstgruppenleiter und Polizeifachlehrer hinaus sei er in einem weiteren unterschiedlichen Bereich als Lehrgangssleiter in der Außenstelle D. ... verwendet worden. Er sei dort mit der logistischen Organisation des erstmaligen Aufbaus der Außenstelle beauftragt worden. Zudem habe der laufende Betrieb (Einweisungen, Beurteilungen, Besprechungen) und die Unterrichtung der Anwärter gewährleistet werden müssen. Ein Großteil der neuen Lehrkräfte sei unerfahren und daher einzuarbeiten gewesen. Die gesamte Organisationseinheit habe mehr oder weniger allein in der Verantwortung des Antragstellers gelegen; er sei mit der Verantwortung über sechs Lehrgruppen, bis zu 25 Lehrkräften und drei Mitarbeitern im Organisationsbüro betraut gewesen. Die Verwendung habe tatsächlich bereits im April 2014 begonnen, um den Auslagerungsstandort D. ... für den Lehrgangsbeginn ab 1. September 2014 aufzubauen, und bis Juni 2016 gedauert, sodass es sich um eine Verwendung von mehr als zwei Jahren gehandelt habe. Die Aufgabe sei dem Antragsteller mit der mündlichen Zusage des damaligen Leiters des Ausbildungs- und -fortbildungszentrum O. ..., Ltd. PD L., dass er damit die notwendige Verwendungsbreite im Rahmen des Personalentwicklungskonzepts der Bundespolizei erreiche, übertragen worden. Aufgrund dieses Hinweises habe sich der Antragsteller bereit erklärt, diese Tätigkeit zu übernehmen. Es habe sich dabei um eine herausgehobene Tätigkeit gehandelt, die den Verwendungsbereich gemäß Nr. 8 (Lehrtätigkeit in der Aus- und Fortbildung) der Anlage zu Ziffer 9.1.2.3 des Personalentwicklungskonzepts der Bundespolizei bei weitem überschreite. Dass der Kläger die erforderlichen drei Verwendungen abgeleistet habe zeige sich auch daran, dass ihm eine Übertragung des höherwertigen Dienstpostens (A 13) des Fachkoordinators im Bundespolizeiaus- und -fortbildungszentrum B. ... habe übertragen werden sollen, was allein daran gescheitert sei, dass gegen den Antragsteller seinerzeit ein Disziplinarverfahren eingeleitet worden sei.

## 10

Darüber hinaus bestünden erhebliche Zweifel, ob das konstitutive Anforderungsmerkmal c) zulässig sei, weil es den Antragsteller aus Gründen ausschließe, welche nicht von Art. 33 Abs. 2 GG gedeckt seien. Auf diesbezügliche Rechtsprechung des VG Kassel wurde verwiesen. Entgegen dem Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 25. August 2017 zeige gerade der Fall des Antragstellers, dass das Personalentwicklungskonzept nicht für ein transparentes Beförderungssystem Sorge. Der Begriff des Wechsels der Verwendung sei gerade nicht hinreichend bestimmt. In Bezug auf die konkrete dem Antragsteller übertragene Aufgabe als Lehrgangssleiter für den Aufbau und die Organisation der Außenstelle lasse sich dieser Auflistung keine Aussage entnehmen. Die in der Anlage genannten Verwendungsbereiche beschränkten sich mehr oder weniger auf die Zuordnung zu einzelnen Dienststellen ohne Berücksichtigung der jeweiligen Tätigkeit. Insofern würden hierdurch gerade keine Aussagen zu Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung getroffen. Daher habe der Antragsteller einen Anspruch auf erneute Entscheidung, da die Auswahl des Antragstellers zumindest möglich sei.

## 11

Der Antragsteller beantragt,

der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO zu untersagen, die Dienstposten „Fachlehrerinnen/Fachlehrer“, Besoldungsgruppe A 11-13g BBesO“, Bundespolizeiakademie, Bundespolizeiaus- und -fortbildungszentrum O., Dienstort: O., mit einer Mitbewerberin/einem Mitbewerber zu besetzen, solange nicht über die Bewerbung des Antragstellers bestandskräftig entschieden ist.

12

Der Vertreter der Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

13

Es bestehe bereits kein Anordnungsgrund, da der streitbefangene Dienstposten jederzeit durch Versetzung oder Umsetzung wieder freigemacht werden könne, sodass dem Antragsteller kein Rechtsverlust drohe.

Auch könne sich der Antragsteller nicht darauf berufen, dass die ausgewählten Bewerber auf dem Dienstposten einen Erfahrungsvorsprung sammeln könnten, der bei nochmaliger Auswahlentscheidung zu ihren Gunsten zu berücksichtigen wäre. Dem stehe - unter Verweis auf eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Mai 2016 - das Rechtsinstitut der fiktiven Fortschreibung der Beurteilung entgegen, sodass ein etwaiger Bewährungsvorsprung im Wege der fiktiven Fortschreibung der dienstlichen Beurteilung auszublenden sei.

14

Darüber hinaus bestehe auch kein Anordnungsanspruch, da bereits keine Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs aus Art. 33 Abs. 2 GG vorliege. Fraglich sei bereits, ob die Verwendung des Personalentwicklungskonzepts (PEK) der Antragsgegnerin nach dem Leistungsprinzip des Art. 33 Abs. 2 GG auszurichten sei; dieses stelle vielmehr ein im Organisationsermessen des Dienstherrn stehendes Mittel der Personalentwicklung dar. Aber auch im Falle der Messung von Ziffer 9.1.2.3 des PEK an Art. 33 Abs. 2 GG sei dessen Berücksichtigung als konstitutives Anforderungsmerkmal nicht zu beanstanden. Das vorliegend angewandte „gestufte Auswahlverfahren“ sei nach obergerichtlicher Rechtsprechung zulässig, da mit den geforderten drei verschiedenen Verwendungen das Bewerberfeld nicht unzulässigerweise aufgrund der Anforderungen des konkreten Dienstpostens eingeeengt werde. Vielmehr fuße die Anforderung im bundesweit geltenden PEK und ziele gerade auf den Nachweis der Verwendungsbreite und damit prognostisch die Eignung betreffend eine Vielzahl von Verwendungen, die im gehobenen Polizeivollzugsdienst mit dem angestrebten Statusamt A 13 typischerweise verbunden seien, ab. Nach der Grundsatzentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. Oktober 2011 genügten konstitutive Anforderungen in Verwendungs- und Fördergrundsätzen Art. 33 Abs. 2 GG, wenn diese grundsätzlich von jedem entsprechend qualifizierten Beamten erfüllt werden könnten, indem die Verwendungen regelmäßig durch Ausschreibungen vergeben würden, sie in einem Zusammenhang mit der Beförderungsstelle stünden, indem sie entweder den Bediensteten besser befähigten, das nächsthöhere Statusamt auszufüllen oder aber geeignet seien, eine zuverlässigere Beurteilung des Leistungsvermögens und eine besser fundierte Prognose über die voraussichtliche Bewährung in einem höheren Amt zu gewährleisten sowie die Wartezeit nicht länger als der für die Regelbeurteilung vorgesehene Zeitraum bemessen sei. Diese Voraussetzungen seien erfüllt. Nach 7.4. des PEK würden alle freien und besetzbaren Dienstposten bundesweit ausgeschrieben und seien damit grundsätzlich jedermann zugänglich. Die für die geforderte Verwendungsbreite geeigneten Verwendungen seien durch 9.1.2.3 des PEK sowie dessen Anlage hinreichend bestimmt. Dies stehe mit Blick auf die vorliegend streitgegenständliche Verwendung auch nicht infrage, da auch der Lehrgangleiter für den Aufbau und die Organisation eines Auslagerungsstandortes der Nr. 8 der Anlage zum PEK zuzuordnen sei. Denn der Lehrgangleiter sei zugleich Fachlehrer. Das PEK stelle auf die jeweilige Aufgabe ab. Auch der Ausbildungsleiter, dem der Lehrgangleiter unterstehe, sei zugleich Fachlehrer und unterfalle der Nr. 8 der Anlage. Es sei nicht ersichtlich, aus welchem Grunde es nicht möglich sei, dass der Antragsteller eine dritte Verwendung absolviere. Überdies stehe das streitgegenständliche Anforderungsmerkmal in hinreichendem Zusammenhang mit der ausgeschriebenen Stelle, da Dienstposten mit der Bewertung A 13 in der Bundespolizei mit einem hohen Maß an Verantwortung verbunden seien und einen weitreichenden Erfahrungsschatz voraussetzen würden, sodass insgesamt mindestens drei Verwendungen im gehobenen Polizeivollzugsdienst in unterschiedlichen Bereichen hierfür erforderlich seien. Dies diene dazu, eine möglichst reibungslose Übernahme der Dienstposten und damit die Leistungs- und Arbeitsfähigkeit der Behörde sicherzustellen. Dies sei auch im Hinblick auf den hier ausgeschriebenen Dienstposten der Fall. Schließlich sei die Dauer der geforderten Verwendung von zwei Jahren auch nicht unangemessen lang. Soweit das VG Kassel dies anders einschätze, so übersehe das Gericht, dass das Bundesverwaltungsgericht den Regelbeurteilungszeitraum als Obergrenze für eine „Stehzeit“ nicht für sämtliche geforderten Verwendungen, sondern für jeweils eine Verwendung angesetzt habe. Auch im Übrigen sei die genannte Entscheidung nicht durchgreifend, da das

Bundesverwaltungsgericht (bei Vorliegen der oben genannten Voraussetzungen) die grundsätzliche Konformität des Kriteriums Verwendungsbreite mit Art. 33 Abs. 2 GG festgestellt habe.

#### **15**

Der Antragsteller erfülle das konstitutive Anforderungsmerkmal von 3 verschiedenen Verwendungen vorliegend nicht; er sei bislang lediglich in den Verwendungsbereichen Nr. 2.2 und Nr. 8 der Anlage zum PEK tätig gewesen. Die Tätigkeit vom 1. September 2014 bis 5. Juni 2016 als stellvertretender Ausbildungsleiter zugleich Lehrgangleiter im Bundespolizeiaus- und -fortbildungszentrum O., Auslagerungsstandort D., werde ebenfalls von Nr. 8 erfasst; die Verwendung sei fachlich und organisatorisch dem Fachlehrerkollegium zuzuordnen. Zudem habe die Verwendung laut Personalakte nicht wie vorausgesetzt zwei Jahre angedauert, wobei es letztendlich hierauf nicht ankomme. Aus der behaupteten anderweitigen mündlichen Zusage ergebe sich nichts Abweichendes, da Verwendungen nur dann als solche anerkannt wurden, wenn diese schriftlich personalwirtschaftlich verfügt worden seien. Hinsichtlich der Behauptung, Ltd. PD L. habe dem Antragsteller eine Zusage erteilt, dass die Verwendung in D. als dritte Verwendung nach dem PEK anerkannt würde, wurde eine entgegenstehende eidesstattliche Versicherung des Ltd. PD L. vorgelegt. Das Vorhandensein von 3 verschiedenen Verwendungen lasse sich auch nicht auf die vorübergehende Übertragung der Tätigkeit als Fachkoordinator zugleich Fachlehrer in B. vom 6. Juni 2016 bis 15. September 2017 beweisen, da der Antragsteller für diese Stelle aufgrund einer Vorgängerregelung des nunmehr gültigen PEK ausgewählt worden sei, wonach als konstitutives Merkmal seinerzeit alternativ auch 2 Verwendungen in der mittleren Führungsebene zum Stichtag 25. März 2014 ausgereicht hätten. Nicht zutreffend sei auch, dass die zunächst nur vorübergehende Umsetzung auf diesen Dienstposten allein deshalb nicht erfolgt sei, da gegen den Antragsteller ein Disziplinarverfahren eingeleitet worden sei; vielmehr habe gemäß Schreiben vom 5. September 2017 die Bewährung auf dem Dienstposten nicht festgestellt werden können.

#### **16**

Der Anordnungsanspruch scheitere schließlich zudem auch daran, dass der Antragsteller in der Regelbeurteilung 2019 mit der Gesamtnote B2 beurteilt worden sei, während die ausgewählten Bewerber die Gesamtnote B1 oder besser erhalten hätten, sodass eine Auswahl in einem erneuten Auswahlverfahren unmöglich erscheine.

#### **17**

Die Beigeladenen haben sich nicht zum Verfahren geäußert.

#### **18**

Durch Beschluss des Verwaltungsgerichts Bayreuth vom 15. März 2021 wurde der Rechtsstreit an das örtlich zuständige Verwaltungsrechts Würzburg verwiesen.

#### **19**

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte in diesem Verfahren, im Verfahren W 1 E 21.351 sowie der vorgelegten Behördenakten verwiesen.

II.

#### **20**

Der Antrag ist nur teilweise zulässig und überdies unbegründet.

#### **21**

Der Antrag ist bereits unzulässig, soweit die zeitliche Erstreckung der Untersagung der Dienstpostenbesetzung über den Zeitpunkt einer erneuten, die Rechtsauffassung des Gerichts beachtenden Auswahlentscheidung hinaus begehrt wird. Insoweit fehlt es an dem erforderlichen Rechtsschutzinteresse.

#### **22**

Der Antrag, dem Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu untersagen, den Dienstposten „Fachlehrerinnen/Fachlehrer, Besoldungsgruppe A 11-13g, Bundespolizeiakademie, Bundespolizeiaus- und -fortbildungszentrum O., Dienstort O.“ mit den Beigeladenen zu besetzen, solange nicht über die Bewerbung des Antragstellers bestandskräftig entschieden ist, ist in zeitlicher Hinsicht teilweise unzulässig, da dies dem Dienstherrn im Wege der einstweiligen Anordnung nur für einen Zeitraum bis zu einer erneuten, die Rechtsauffassung des Gerichts beachtenden Entscheidung über die Beförderung des

Antragstellers untersagt werden darf (vgl. OVG NRW, B.v. 5.5.2020 - 1 B 202/20; BayVGh, B.v. 16.12.1998 - 7 ZE 98.3115 - jeweils bei juris). Durch eine einstweilige Anordnung sicherungsfähig ist allein das etwaige Recht des Antragstellers, dass über seinen geltend gemachten Bewerbungsverfahrensanspruch erneut und rechtsfehlerfrei entschieden wird. Nur bis dahin - und nicht bis zur Bestandskraft bzw. Rechtskraft der Auswahlentscheidung - muss der maßgebliche Dienstposten vorläufig freigehalten werden. Nach einer erneuten Auswahl- und Besetzungsentscheidung ist es dem jeweiligen Antragsteller ohne weiteres zuzumuten, ggf. wiederum um einstweiligen Rechtsschutz nachzusuchen (vgl. OVG NRW, B.v. 5.5.2020 a.a.O.).

### **23**

Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (sog. Sicherungsanordnung). Dabei sind gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO ein Anordnungsanspruch und ein Anordnungsgrund glaubhaft zu machen. Die Glaubhaftmachung setzt voraus, dass die begehrte einstweilige Anordnung geeignet und notwendig ist, den auf Art. 33 Abs. 2 GG beruhenden materiellen Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers zu sichern und dadurch einen endgültigen Rechtsverlust zu seinem Nachteil abzuwenden. Dieser würde voraussetzen, dass er in einem nach den Auswahlgrundsätzen des Art. 33 Abs. 2 GG, § 9 BeamStG - Eignung, Befähigung und fachliche Leistung - durchzuführenden Stellenbesetzungsverfahren wegen möglicher Fehler in seinem Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt sein könnte, seine Auswahl bei einer Verfahrenswiederholung möglich erscheint und dass deshalb zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes eine vorläufige Entscheidung erforderlich wäre.

### **24**

Der Antragsteller hat zwar einen Anordnungsgrund, nicht aber einen Anordnungsanspruch glaubhaft machen können.

### **25**

1. Dem Antragsteller steht gemäß § 123 Abs. 1 VwGO ein Anordnungsgrund für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Seite.

### **26**

Zwar ist Gegenstand des Rechtsstreits nicht die Vergabe eines statusrechtlichen Amtes, die nach der 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 GG an der Ausschöpfung seiner Rechtsschutzmöglichkeiten gehindert worden wäre. Die mit dem Eilantrag angegriffene beabsichtigte Besetzung der streitgegenständlichen Dienstposten mit den Beigeladenen kann nachträglich aufgehoben und die Dienstposten anderweitig besetzt werden, so dass dem Antragsteller auch nachgelagerter Rechtsschutz zur Verfügung steht.

### **27**

Die vom Antragsgegner getroffene Auswahlentscheidung für die Dienstpostenvergabe vermag die Rechtsstellung des Antragstellers aus Art. 33 Abs. 2 GG aber dennoch zu beeinträchtigen, weil sie Vorwirkungen für die Vergabe eines höheren Statusamtes, hier der Besoldungsgruppe A 13, entfalten kann (vgl. BVerwG, B.v. 21.12.2016 - 2 VR 1/16 - juris; B.v. 25.10.2011 - BVerwG 2 VR 4.11 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 50 Rn. 11 m.w.N.; hierzu auch BVerfG, Kammerbeschluss vom 2.10.2007 - 2 BvR 2457/04 - BVerfGK 12, 265 <268 f.> = juris Rn. 11). Art. 33 Abs. 2 GG gewährt jedem Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Die Verbindlichkeit dieses verfassungsunmittelbar angeordneten Maßstabs gilt nicht nur für die unmittelbare Vergabe eines Amtes im statusrechtlichen Sinne, sondern auch für vorgelagerte Auswahlentscheidungen, durch die eine zwingende Voraussetzung für die nachfolgende Ämtervergabe vermittelt und die Auswahl für die Ämtervergabe damit vorweggenommen oder vorbestimmt wird (st. Rspr.; vgl. BVerwG, U.v. 16.8.2001 - BVerwG 2 A 3.00 - BVerwGE 115, 58 <60> = Buchholz 232 § 8 BBG Nr. 54 S. 3; U.v. 16.10.2008 - BVerwG 2 A 9.07 - BVerwGE 132, 110 = Buchholz 11 Art. 87a GG Nr. 6 jeweils Rn. 49; U.v. 26.9.2012 - BVerwG 2 C 74.10 - NVwZ 2013, 80 Rn. 18).

### **28**

Da der zur Neubesetzung ausgeschriebene und mit der Besoldungsgruppe A 11-13g BBesO bewertete Dienstposten für den Antragsteller, der derzeit in einem statusrechtlichen Amt der Besoldungsgruppe A 12 einen Dienstposten der Wertigkeit A 10-12 bekleidet, einen höherwertigen (Beförderungs-) Dienstposten darstellt, vermittelt die Übertragung nur dem ausgewählten Bewerber die Chance einer erfolgreichen Erprobung, welche wiederum laufbahnrechtliche Voraussetzung für eine spätere Beförderung nach A 13 ist (vgl. § 22 Abs. 2 BBG, § 32 Nr. 2, § 34 Abs. 1 Satz 1 BLV). Damit wird die Auslese für Beförderungsdienstposten vorverlagert auf die Auswahl unter den Bewerbern um den „Beförderungsdienstposten“. Diese Vorwirkung begründet für den unterlegenen Antragsteller einen Anordnungsgrund (vgl. BVerwG, 21. 12. 2016 - 2 VR 1/16 - juris; B.v. 20.6.2013 - 2 VR 1.13 -, BVerwGE 147, 20 = ZBR 2013, 376 = juris, Rn. 10 ff.).

## 29

Dem steht auch nicht die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Mai 2016 - 2 VR 2/15 - juris entgegen. Das Bundesverwaltungsgericht hat seine diesbezügliche Rechtsprechung zum Ausblenden eines Bewährungsvorsprungs im Wege einer fiktiven Fortschreibung der dienstlichen Beurteilung im Nachgang zu der o.g. Entscheidung konkretisiert und u.a. festgestellt, dass in personeller Hinsicht ferner die etwaige normative Vorgabe zu beachten ist, dass Beförderungen, die mit einer höherwertigen Funktion verbunden sind, eine bestimmte Erprobungszeit voraussetzen (z.B. § 22 Abs. 2 BBG). Eine solche Regelung setzt die praktische Tätigkeit des betroffenen Beamten auf einem dem höheren Statusamt entsprechenden Dienstposten voraus. Mit dem Erfordernis einer tatsächlichen Tätigkeit eines Beamten auf dem höherwertigen Dienstposten zum Zwecke des Nachweises seiner praktischen Bewährung ist die Vorstellung unvereinbar, die normativ vorgegebene tatsächliche Erprobung könne im Wege der fiktiven Fortschreibung der bisherigen dienstlichen Tätigkeit erlangt werden (vgl. BVerwG, B.v. 12.12.2017 - 2 VR 2/16 - juris Rn. 26). Darüber hinaus dürfen die Gerichte den Bewährungsvorsprung des ausgewählten Mitbewerbers nicht von Amts wegen ausblenden. Es handelt sich dabei ausschließlich um eine Option, die der Dienstherr von sich aus in Anspruch nehmen muss, indem er den unterlegenen Bewerbern zusagt, einen eventuellen Bewährungs- oder Erfahrungsvorsprung des ausgewählten Bewerbers in einem weiteren Auswahlverfahren auszublenden, sollte sich die erste Auswahlentscheidung als rechtswidrig erweisen (vgl. BVerwG, a.a.O. Rn. 28). Eine solche Zusage ist weder in der hier inmitten stehenden Stellenausschreibung noch individuell im Nachgang erfolgt. Der bloße Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Mai 2016 in der Antragserwiderung vom 3. Februar 2021 stellt vor dem Hintergrund vorstehender Ausführungen gerade keine derartige Zusage dar.

## 30

2. Der Antragsteller hat vorliegend jedoch keinen Anordnungsanspruch glaubhaft machen können.

## 31

In Fällen der Konkurrenz von Bewerbern um die Übertragung eines höherwertigen Dienstpostens ist ein Anordnungsanspruch gegeben, wenn es nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand überwiegend wahrscheinlich ist, dass die vom Dienstherrn im Besetzungsverfahren getroffene Auswahlentscheidung zulasten des Antragstellers rechtsfehlerhaft ist, weil dessen Bewerbungsverfahrensanspruch nach Art. 33 Abs. 2 GG verletzt wurde, und wenn in einem weiteren - rechtmäßigen - Auswahlverfahren eine Entscheidung zugunsten des Antragstellers jedenfalls möglich erscheint. Bei der Prüfung des Bewerbungsverfahrensanspruchs ist im Hinblick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes auch im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes derselbe Maßstab anzulegen wie im Hauptsacheverfahren (vgl. BVerfG, B.v. 24.9.2002 - 2 BvR 857/02 - juris).

## 32

Das durchgeführte Auswahlverfahren entspricht in formeller Hinsicht den Erfordernissen der Rechtsprechung, wonach - hergeleitet aus Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG - die maßgeblichen Auswählerwägungen vor Abschluss des Verwaltungsverfahrens schriftlich niedergelegt werden müssen (BayVGh, B.v. 1.10.2018 - 3 CE 18.1833 - juris Rn. 31 unter Verweis auf BVerfG, B.v. 9.7.2007 - 2 BvR 206/07 - juris Rn. 20). Nur die schriftliche Dokumentation der Auswählerwägungen stellt sicher, dass die Bewertungsgrundlagen der entscheidenden Stelle vollständig zur Kenntnis gelangt sind; sie ist damit die verfahrensbegleitende Absicherung der Einhaltung der Maßstäbe des Art. 33 Abs. 2 GG (vgl. BVerfG, B.v. 9.7.2007 - 2 BvR 206/07 - ZBR 2008, 169 - juris Rn. 20 bis 22). Durch die Möglichkeit des Nachschiebens der Auswählerwägungen im gerichtlichen Verfahren wäre dagegen der gerichtliche Rechtsschutz des Betroffenen unzumutbar erschwert (BVerfG, B.v. 9.7.2007 - 2 BvR 206/07 - ZBR 2008, 169 - juris, BayVGh, B.v. 19.2.2015 - 3 CE 15.130 - juris Rn. 22). Die für die Stellenbesetzung maßgeblichen Erwägungen hat

die Antragsgegnerin in der Auswahlübersicht vom 30. Oktober 2020 in ausreichender Weise dokumentiert. In dem Dokument kommt klar zum Ausdruck, dass die Auswahlentscheidung, nachdem und soweit auf einer ersten Stufe sämtliche konstitutiven Anforderungsmerkmale erfüllt waren, ausschließlich leistungsbezogen anhand der dienstlichen Beurteilungen und unter Berücksichtigung der Statusämter der Bewerber getroffen wurde, § 33 Abs. 1 BLV.

### **33**

Der Gesamtpersonalrat bei der Bundespolizeiakademie hat der Auswahlentscheidung am 05.11.2020 zugestimmt, § 76 Abs. 1 Nr. 3 BPersVG; die Gleichstellungsbeauftragte wurde ordnungsgemäß beteiligt, § 27 Abs. 1 Nr. 1b) BGleG.

### **34**

Wird das subjektive Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG durch eine fehlerhafte Auswahlentscheidung des Dienstherrn verletzt, folgt daraus, dass der unterlegene Beamte eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung zumindest dann beanspruchen kann, wenn seine Aussichten, beim zweiten Mal ausgewählt zu werden, offen sind, d.h. wenn seine Auswahl möglich erscheint, wobei die Anforderungen nicht überspannt werden dürfen (vgl. BVerfG, B.v. 24.9.2002 - 2 BvR 857/02 - juris). Umgekehrt reicht eine nur theoretische Chance des erfolglosen Bewerbers, die grundsätzlich immer gegeben sein kann, nicht aus. Die Beurteilung, ob die Auswahl möglich erscheint oder aber vollkommen ausgeschlossen ist, setzt eine wertende Betrachtung der Umstände des Einzelfalls voraus (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, B.v. 22.2.2019 - OVG 10 S 59.18 - juris).

### **35**

Unter Zugrundelegung vorstehender Grundsätze scheidet ein Anordnungsanspruch - unabhängig von der Frage der Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs - vorliegend bereits daran, dass eine Auswahl des Antragstellers in einem wiederholten Auswahlverfahren nicht möglich erscheint; die Erfolgsaussichten sind hier nämlich nicht als offen zu betrachten.

### **36**

Der von Art. 33 Abs. 2 GG geforderte Leistungsvergleich der Bewerber um ein Beförderungsamt muss anhand aussagekräftiger, d.h. aktueller, hinreichend differenzierter und auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhender dienstlicher Beurteilungen vorgenommen werden (BVerwG, B.v. 22.11.2012 - 2 VR 5/12 - juris Rn. 24 m.w.N.), § 33 Abs. 1 Satz 1 BLV. Deren Eignung als Vergleichsgrundlage setzt voraus, dass sie inhaltlich aussagekräftig sind. Hierfür ist erforderlich, dass sie die dienstliche Tätigkeit im maßgebenden Beurteilungszeitraum vollständig erfassen, auf zuverlässige Erkenntnisquellen gestützt sind, das zu erwartende Leistungsvermögen in Bezug auf das angestrebte Amt auf der Grundlage der im innegehabten Amt erbrachten Leistungen hinreichend differenziert darstellen sowie auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhen, vgl. auch § 50 Abs. 1 Satz 1 BLV. Maßgebend für den Leistungsvergleich ist dabei in erster Linie das abschließende Gesamturteil der Beurteilung, das durch eine Würdigung, Gewichtung und Abwägung der einzelnen leistungsbezogenen Gesichtspunkte zu bilden ist (BVerwG B.v. 20.6.2013 - 2 VR 1.13 - juris Rn. 21; BVerfG, B.v. 16.12.2015 - 2 BvR 1958/13 - juris Rn. 58). Hierbei ist darauf zu achten, dass die Leistungen der Bewerber miteinander vergleichbar sind, was der Fall ist, wenn diese sich im gleichen Statusamt befinden und sich die Beurteilungszeiträume entsprechen.

### **37**

Dienstliche Beurteilungen sind nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes aufgrund der Beurteilungsermächtigung des Dienstherrn nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle zugänglich. Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Beurteilungen beschränkt sich auf die Prüfung, ob und inwieweit der Beurteiler einen unrichtigen und unvollständigen Sachverhalt zugrunde gelegt hat, ob er den gesetzlichen Rahmen oder anzuwendende Begriffe verkannt hat, ob er allgemeingültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt hat oder ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten ist (BayVG, B.v. 2.12.2015 - 3 CE 15.2122 - juris Rn. 25 m.w.N.). Soweit der Dienstherr Richtlinien für die Abfassung der dienstlichen Beurteilung erlassen hat, ist vom Gericht zudem zu prüfen, ob diese Richtlinien eingehalten sind und ob die Richtlinien mit den normativen Regelungen über die dienstliche Beurteilung im Einklang stehen (BVerwG, U.v. 21.3.2007 - 2 C 2.06 - juris Rn. 7; U.v. 19.12.2002 - 2 C 31/01 - juris und U.v. 30.4.1981 - 2 C 8/79 - juris).

### **38**

Dies zugrunde gelegt erscheint eine Auswahl des Antragstellers in einem wiederholten Auswahlverfahren nicht möglich. Denn der Antragsteller wurde in der aktuellen dienstlichen Beurteilung zum Stichtag 01.10.2019 im Amt eines Polizeihauptkommissar A 12 mit der Gesamtnote B2 bewertet, während der Beigeladene zu 1 mit der Gesamtnote B1, der Beigeladene zu 2 ebenfalls mit der Gesamtnote B1, der Beigeladene zu 3 mit der Gesamtnote A2 sowie der Beigeladene zu 4 mit der Gesamtnote B1, jeweils ebenfalls im Statusamt A 12, beurteilt wurde. Damit wurden die Beigeladene im sechsstufigen Beurteilungssystem der Antragsgegnerin um eine bzw. zwei Notenstufen besser beurteilt. Auch im Hinblick auf die als fakultative Anforderungen in der Stellenausschreibung genannten Kriterien d) Verantwortungsbereitschaft, e) Selbständigkeit des Handelns, f) Entscheidungs- und Durchsetzungsvermögen sowie f) Denk- und Urteilsfähigkeit wurden die Beigeladenen zu 1-3 gegenüber dem Antragsteller in der Gesamtschau besser bewertet. Hinsichtlich des Beigeladenen zu 4 besteht insoweit ein Gleichstand, wobei (auch) dieser jedoch - wie dargelegt - im insoweit vorrangigen Gesamturteil um eine Notenstufe besser beurteilt wurde.

### 39

Die dienstlichen Beurteilungen des Antragstellers sowie der Beigeladenen stellen eine geeignete Vergleichsgrundlage dar, da sich die Beurteilungszeiträume decken und die Beamten in demselben Statusamt beurteilt wurden. Die Beurteilungen sind überdies ausreichend aktuell, inhaltlich aussagekräftig, hinreichend differenziert und beruhen auf gleichen Bewertungsmaßstäben. Es ist überdies weder vorgetragen noch ersichtlich, dass die dienstliche Beurteilung des Antragstellers oder des Beigeladenen relevante Beurteilungsfehler aufweisen. Soweit der Antragsteller hat vorgetragen lassen, dass er in der zuletzt eröffneten Regelbeurteilung die damalige Höchstnote neun Punkte erreicht habe, sodass die Gesamtnote B2 angesichts der ihm bisher attestierten Leistungen nicht nachvollziehbar sei, so ist dieser Vortrag pauschal und ohne Substanz geblieben. Überdies ist hierbei maßgeblich zu berücksichtigen, dass eine auf einen späteren Zeitraum bezogene dienstliche Beurteilung nicht die Fortschreibung früherer Beurteilungen darstellt und deshalb selbst bei gleichbleibender Leistung und Vergleichsgrundlage schlechter ausfallen kann als eine vorangegangene Beurteilung. Es existiert kein Rechtsgrundsatz des Inhalts, dass Folgebeurteilungen bei gleichbleibender oder sich steigernder Leistung im gleichen Amt stets besser ausfallen müssten. Dies beruht bereits darauf, dass den Bewertungen in einer neuen Beurteilungsrunde insgesamt ein anderer (strengerer) Maßstab zugrundegelegt werden kann. Auch können gleiche Leistungen von unterschiedlichen Beurteilern unterschiedlich bewertet werden (Beurteilungsspielraum) (vgl. BVerwG, B.v. 16.4.2013 - 2 B 134/11 - juris Rn. 11; BayVGh, B.v. 2.12.2015 - 3 CE 15.2122 - juris Rn. 33). Beispielhaft ist in diesem Zusammenhang vorliegend etwa in den Blick zu nehmen, dass das Beurteilungssystem bei der Bundespolizei zwischenzeitlich geändert wurde und dass die vom Antragsteller erwähnte frühere Beurteilung von anderen Beurteilern verfasst wurde.

### 40

Selbst wenn man also unterstellen würde, dass der Antragsteller das Merkmal c) der relevanten Stellenausschreibung im Sinne der Absolvierung von drei Verwendungen in unterschiedlichen Bereichen im gehobenen Polizeivollzugsdienst gemäß Ziffer 9.1.2.3 PEK erfüllt hätte, so dass sein Bewerbungsverfahrensanspruch aufgrund des rechtswidrigen Ausschlusses aus dem weiteren Bewerbervergleich verletzt worden wäre, so erscheint es unter Berücksichtigung vorstehender Ausführungen vorliegend ausgeschlossen, dass der Antragsteller bei einer Wiederholung des Auswahlverfahrens als bestgeeigneter Bewerber ausgewählt würde.

### 41

Das Gericht weist im Hinblick auf das hier streitige konstitutive Anforderungsmerkmal c) jedoch gleichwohl darauf hin, dass vorliegend vieles dafür spricht, dass der Antragsteller mit seiner Argumentation nicht durchzudringen vermag. Denn entsprechend der überzeugenden höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BVerwG, B.v. 25.10.2011 - 2 VR 4/11 - juris; BayVGh, B.v. 25.8.2017 - 6 CE 17.1550 - juris; OVG Lüneburg, B.v. 27.7.2017 - 5 ME 23/17 - juris; OVG Nordrhein-Westfalen, B.v. 23.5.2016 - 1A 839/15 - juris) ist anerkannt, dass die geforderte Verwendungsbreite in unterschiedlichen Bereichen im gehobenen Polizeivollzugsdienst mit Art. 33 Abs. 2 GG in Einklang steht. Darüber hinaus spricht ebenfalls vieles dafür, dass der Antragsteller die Anforderung von mindestens drei Verwendungen in unterschiedlichen Bereichen des gehobenen Polizeivollzugsdienstes bislang nicht erfüllt hat. Insbesondere handelt es sich bei seiner Tätigkeit als stellvertretender Ausbildungsleiter zugleich Lehrgangsführer am Auslagerungsstandort D. wohl um eine Verwendung im Bereich 8 der Anlage zum

Personalentwicklungskonzept - Lehrbereich Aus- und Fortbildung bei der Bundespolizeiakademie bzw. einem Bundespolizeiaus- und -fortbildungszentrum. Auch wenn man berücksichtigen würde, dass der Kläger dort (auch) organisatorische und logistische Aufbauarbeit und Führungsaufgaben übernommen hat, so blieb er dort doch im Kern dem Fachlehrerkollegium zugeordnet und war weiterhin fachlich im Bereich der Aus- und Fortbildung beschäftigt. Er hat mit der dortigen Tätigkeit möglicherweise seine Kenntnisse und Fähigkeiten im Anwendungsbereich 8 vertieft, diese jedoch - worauf es maßgeblich ankommt - nicht in einem neuen Verwendungsbereich verbreitert. Organisation und Führungsaufgaben können vielmehr letztlich in sämtlichen Verwendungsbereichen anfallen und werden nach der Anlage zum PEK ersichtlich nicht zum Abgrenzungskriterium gemacht, was wiederum im Organisationsermessen des Dienstherrn liegt.

#### **42**

Nach alledem war der Antrag mit der Kostenfolge aus § 154 Abs. 1 VwGO abzulehnen. Da die Beigeladenen keinen eigenen Antrag gestellt haben, entspricht es der Billigkeit, dass sie ihre außergerichtlichen Kosten selbst tragen (§ 162 Abs. 3 VwGO).

#### **43**

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 6 Satz 4 i.V.m. Satz 1 Nr. 1 GKG (vgl. BayVGh, B.v. 24.10.2017 - 6 C 17.1429 - juris; B.v. 8.1.2018 - 3 CE 17.2188 - juris). Danach beträgt der Streitwert ein Viertel der für ein Kalenderjahr in dem angestrebten (funktionellen oder statusrechtlichen) Amt zu zahlenden Bezüge, hier ausgehend von einem funktionellen Amt in der Besoldungsgruppe A 13 Stufe 8 mithin 17.193,57 EUR (3 x 5.731,19 EUR).