

**Titel:**

**Konkurrentenstreit bei Dienstpostenbesetzung**

**Normenkette:**

BBG § 22 Abs. 2

VwGO § 123

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

**Leitsätze:**

1. Der für den einstweiligen Rechtsschutz erforderliche Anordnungsgrund ist bei bevorstehender Dienstpostenbesetzung für den Konkurrenten gegeben; zwar ist mit der Dienstpostenübertragung nicht unmittelbar eine Beförderung verbunden, aber mit ihr erfolgt bereits eine Vorauswahl für die Vergabe eines höherwertigen Statusamts der Besoldungsgruppe (stRspr BVerwG BeckRS 2011, 55586). (Rn. 34) (Rn. 36) (redaktioneller Leitsatz)

2. Den Dienstherrn trifft aus Art. 33 Abs. 2 GG iVm Art. 19 Abs. 4 GG grundsätzlich die Pflicht, die wesentlichen Abwägungserwägungen für die Auswahlentscheidung wenigstens schriftlich stichpunktartig niederzulegen und dadurch transparent zu machen (ebenso VGH München BeckRS 2014, 52084), denn nur auf diese Weise kann es dem unterlegenen Bewerber ermöglicht werden zu prüfen, ob er eine Auswahlentscheidung hinnehmen oder gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen will; nicht ausreichend ist es, die Auswahlentscheidungen erstmals im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens darzulegen (ebenso BVerfG BeckRS 2011, 55586). (Rn. 45) (Rn. 48) (redaktioneller Leitsatz)

3. Ein Bewerber scheidet dann notwendig und unmittelbar aus dem für die Auswahlentscheidung zu betrachtenden Bewerberfeld aus, wenn er ein vom Dienstherrn zulässigerweise aufgestelltes konstitutives Anforderungsmerkmal nicht erfüllt; als "konstitutiv" erweisen sich diejenigen Merkmale eines Eignungs- und Befähigungsprofils, die zum einen zwingend sind und deren Vorliegen zum anderen anhand objektiv überprüfbarer Kriterien eindeutig und unschwer festzustellen ist, wobei gilt, dass Bewerber, die die allgemeinen Ernennungsbedingungen oder die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen oder auch die konstitutiven Anforderungsmerkmale nicht erfüllen, in einer ersten Auswahl ausgeschlossen werden und nicht mehr in den Leistungsvergleich einbezogen werden (stRspr BVerwG BeckRS 2006, 23029). (Rn. 51 – 52) (redaktioneller Leitsatz)

4. Ob ein Eignungsmerkmal im Rahmen einer Ausschreibung konstitutives oder deskriptives Charakter hat, ist im Wege der Auslegung entsprechend § 133 BGB nach dem objektiven Erklärungsinhalt und dem Willen des Erklärenden zu ermitteln; im Hinblick auf ein transparentes und die Chancengleichheit wahrendes Verfahren gilt das Gebot der klaren Objektivierbarkeit des konstitutiven Anforderungsprofils (ebenso VGH München BeckRS 2013, 51513). (Rn. 53) (redaktioneller Leitsatz)

5. Im Konkurrentenstreit um die Übertragung eines Dienstpostens ist ein Anordnungsanspruch nur dann nicht gegeben, wenn es sich bei dem Antragsteller um einen sog. "chancenlosen Bewerber" handelt; dies ist dann der Fall, wenn die Vergabe des Dienstpostens an den Antragsteller bei einer erneuten Auswahlentscheidung nicht ernstlich möglich scheint (ebenso BVerwG BeckRS 2016, 112150). (Rn. 70) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Anordnungsanspruch, Anordnungsgrund, Auswahlentscheidung, Auswahlverfahren, Beamter, Bewerber, Dienstposten, einstweilige Anordnung, Zeitpunkt der Entscheidung, Anforderungsprofil, Bewerbungsverfahrensanspruch, Bewährungsvorsprung, Dienstpostenvergabe, konstitutives Anforderungsmerkmal

**Rechtsmittelinstanz:**

VGH München, Beschluss vom 10.08.2021 – 6 CE 21.1278

**Tenor**

I. Der Antragsgegnerin wird vorläufig untersagt, die ausgeschriebene Stelle des "stellv. Hundertschaftsführers zgl. Sachbearbeiter Fortbildung (m/w/d)", Bes.Gr. A 11-13g BBesO in einer Einsatzhundertschaft der Bundespolizeiabteilung D\* ... mit einem Mitbewerber zu besetzen, bis über den Widerspruch der Antragstellerin gegen die Auswahlentscheidung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts entschieden worden ist.

II. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Beigeladene trägt seine außergerichtlichen Kosten selbst.

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

## **Gründe**

I.

1

Die Antragstellerin begehrt vorläufigen Rechtsschutz im Rahmen einer Dienstpostenvergabe.

2

Die am ...1967 geborene Antragstellerin ist als Polizeihauptkommissarin (A 12) bei der Bundespolizeiabteilung D\* ..., die zur Direktion der Bundesbereitschaftspolizei gehört, tätig. Die Antragstellerin hat seit dem 1.2.2011 den Dienstposten als Sachgebietsleiterin im Sachgebiet Lage und Öffentlichkeitsarbeit, bewertet mit BesGr. A 10-12 BBesO, inne. Sie wurde am 2.6.2003 zuletzt befördert und ist momentan in der Besoldungsstufe 8 eingruppiert.

3

Die Direktion Bundesbereitschaftspolizei schrieb mit Stellenausschreibung BPOLD BP Nr. 32/20 vom 17.8.2020 einen zu besetzenden Dienstposten "stellv. Hundertschaftsführer zgl. Sachbearbeiter Fortbildung (m/w/d)", Bes.Gr. A 11-13g BBesO in einer Einsatzhundertschaft der Bundespolizeiabteilung D\* ... aus. In der Beschreibung des Aufgabengebietes wurde aufgeführt:

- Führung der Führungsgruppe
- Planung, Koordination und Organisation der Fortbildung
- Sachbearbeitung herausgehobene Angelegenheiten
- Vertretung und Beratung des/der Hundertschaftsführers/-in

4

Als konstitutiv (obligatorisch) wurden in der Stellenausschreibung folgende Anforderungen aufgeführt:

- a) Laufbahnbefähigung für den gPVD mit unbegrenzter Ämterreichweite
- b) mindestens Polizeihauptkommissar/-in c) mindestens drei Verwendungen in unterschiedlichen Bereichen im gehobenen Polizeivollzugsdienst gem. Ziffer 9.1.2.3 Personalentwicklungskonzept (PEK) und der dazugehörigen Anlage, davon mindestens eine auf einem Dienstposten der Bewertung nach BesGr. A 10-12 BBesO, nach Abschluss der Probezeit oder ein bereits übertragener Dienstposten mit der Endbewertung nach BesGr. A 13g BBesO
- d) mindestens 2-jährige Verwendung im grenz-, bahn- oder verbandspolizeilichen Aufgabenbereich oder im Aufgabenbereich der Luftsicherheit in der Laufbahn der gPVD
- e) mindestens 3-jährige Führungserfahrung auf einem Dienstposten/ in einer Funktion ab der Bewertung A 10-12 BBesO
- f) erfolgreicher Abschluss einer Führungsfortbildung gemäß Ziffer 9.1.2.3 PEK (soweit zum Zeitpunkt der Bewerbung nicht vorhanden, ist der Nachweis vor endgültiger Übertragung des Dienstpostens zu erbringen).

5

Als nicht konstitutive (fakultative) Anforderungen wurden aufgeführt:

g) Eignung oder Befähigung zum Führen von Mitarbeitern h) organisatorische Fähigkeit i) Fähigkeit zum konzeptionellen Arbeiten j) Erfahrungen in der Stabsarbeit / in Führungsstäben in der Laufbahn des gPVD.

## **6**

Unter Anmerkungen ist unter anderem folgendes ausgeführt:

Ziffer 4.1.3 der Beurteilungsrichtlinie fließt in die Auswahlentscheidung mit ein.

Gemäß Ziffer 9.1.2.3 PEK muss eine Verwendung regelmäßig 2 Jahre, eine Verwendung im Ausland mindestens ein Jahr fassen.

Die Bundespolizei hat sich die Gleichstellung von Frauen und Männern zum Ziel gesetzt. Bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung werden Frauen nach Maßgabe des § 8 Bundesgleichstellungsgesetz (BGleG) bevorzugt berücksichtigt.

...

Eine endgültige Übertragung von Dienstposten mit Führungsverantwortung erfolgt erst nach einem erfolgreichen Abschluss einer mindestens 6- monatigen Erprobungszeit.

## **7**

Mit Schreiben vom 25.8.2020, eingegangen bei der Bundespolizei D\* ... am 26.8.2020, bewarb sich die Antragstellerin um den unter der Nummer 32/2020 ausgeschriebenen Dienstposten.

## **8**

Neben der Antragstellerin bewarben sich insgesamt 12 Beamtinnen und Beamte auf den ausgeschriebenen Dienstposten. Der Beigeladene bewarb sich mit Schreiben vom 31.8.2020 um die oben genannte Stelle.

## **9**

Mit Auswahlentscheidungsvermerk der Direktion der Bundesbereitschaftspolizei in F\* ... vom 23.11.2020 wurde vorgeschlagen, den ausgeschriebenen Dienstposten "stellv. Hundertschaftsführer zgl. Sachbearbeiter Fortbildung (m/w/d)", BesGr. A 11-13g BBesO in einer Einsatzhundertschaft der Bundespolizeiabteilung an den Beigeladenen zu übertragen.

## **10**

Die Antragstellerin sei mit Regelbeurteilung zum Stichtag 1.10.2019 mit der Gesamtnote "A1" beurteilt und habe bei der Bundespolizeiabteilung D\* ... einen Dienstposten "Sachgebietsleiterin", BesGr. 10-12 BBesO inne. Sie sei im Besitz der Laufbahnbefähigung für den gehobenen Polizeivollzugsdienst mit unbegrenzter Ämterreichweite und sei am 1.7.2005 in das Amt einer Polizeihauptkommissarin (A 12) eingewiesen worden. Die Antragstellerin habe bisher folgende Verwendungsbereiche gemäß Anlage zu Ziffer 9.1.2.3 des PEK wahrgenommen:

- Verwendungsbereich 4.1:

1.7.1994 bis 31.3.1998 "Zugführerin", BesGr. A 10-12 BBesO

- Verwendungsbereich 2.4:

1.4.1998 bis 31. 8. 2008 "Leiterin zgl. Sachbearbeiterin Ermittlungsdienst",

BesGr. A 11-13g BBesO

1.9.2008 bis 14.6.2009 "Ermittlungsbeamtin", BesGr. A 10-12 BBesO

- Verwendungsbereich 5.3.1:

15.6.2009 bis 31.1.2011 "Sachbearbeiterin Einsatz/Fortbildung",

BesGr. A 10-12 BBesO

1.2.2011 bis dato "Sachgebietsleiterin" im Sachgebiet Lage und Öffentlichkeitsarbeit, BesGr. A 10-12 BBesO

## **11**

Mit Ablauf des 31.12.1996 habe die Antragstellerin die laufbahnrechtliche Probezeit beendet. Somit seien die ab dem 1.1.1997 geleisteten Verwendungen maßgebend. Da die Antragstellerin lediglich 2

Verwendungen im Sinne des konstitutiven Anforderungsmerkmals c) nachweisen könne und sie nicht über einen bereits übertragenen Dienstposten mit der Endbewertung nach BesGr. A 13g BBesO verfüge, erfülle sie das konstitutive Anforderungsmerkmal c) nicht. Eine Prüfung des übrigen Anforderungsprofils sei daher entbehrlich.

## 12

Der am ...1970 geborene Beigeladene sei mit dienstlicher Beurteilung zum Stichtag 1.10.2019 als Polizeihauptkommissar (A 12) mit der Gesamtnote "A1" beurteilt. Der Beamte besetze bei der Bundespolizeiabteilung D\* ... einen Dienstposten "Zugführer", BesGr. A 10-12 BBesO. Er sei im Besitz der Laufbahnbefähigung für den gehobenen Polizeivollzugsdienst mit unbegrenzter Ämterreichweite. Die Einweisung in das Amt eines Polizeihauptkommissars (A 12) sei am 28.4.2017 erfolgt. Der Beigeladene habe bisher folgende Verwendungsbereiche gemäß Anlage zu 9.1.2.3 des PEK wahrgenommen:

- Verwendungsbereich 4.1:

14.2.2005 bis 31.12.2005 "Zugführer", BesGr. A 10-12 BBesO

1.1.2006 bis 31.7.2006 "stellv. Zugführer", BesGr. A 10-12 BBesO

1.8.2006 bis 1.9.2011 "Zugführer", BesGr. A 10-12 BBesO

6.9.2012 bis 16.12.2012 "Zugführer", BesGr. A 10-12 BBesO

19.12.2014 bis 6.8.2014 "Zugführer", BesGr. A 10-12 BBesO

9.5.2020 bis dato "Zugführer", BesGr. A 10-12 BBesO

- Verwendungsbereich 13:

2.9.2011 bis 5.9.2012 Internationale Polizeimission

7.8.2018 bis 8.5.2020 Internationale Polizeimission

- Verwendungsbereich 5.5:

17.12.2012 bis 18.12.2014 "Sachbearbeiter Einsatz", BesGr. A 10-12 BBesO

## 13

Der Beigeladene könne eine 2-jährige Verwendung i.S.d. Anforderungsmerkmals d) aufgrund der o.g. Verwendungen nachweisen. Eine mindestens 3-jährige Führungserfahrung im Sinne des konstitutiven Anforderungsmerkmals e) könne der Beigeladene aufgrund seiner Verwendung als "Zugführer" in einer Einsatzhundertschaft nachweisen. Die im konstitutiven Anforderungsmerkmal f) geforderte Führungsbildung habe der Beigeladene während seiner Laufbahnausbildung für den gehobenen Polizeivollzugsdienst erworben. Der Beigeladene erfülle die konstitutiven Anforderungen a) bis f) allesamt.

## 14

Die Antragstellerin erfülle das konstitutive Anforderungsprofil nicht und werde somit aus dem weiteren Auswahlverfahren ausgeschlossen.

## 15

Der Leistungsvergleich ergebe, dass der Beigeladene im Vergleich zu den übrigen Bewerberinnen und Bewerbern der leistungsstärkste Bewerber im Konkurrentenfeld sei. Die Eignungsvorzüge ergäben sich aus der besseren Gesamtbewertung anlässlich der dienstlichen Beurteilung zum Stichtag 1.10.2019. Es werde daher vorgeschlagen, den vakanten Dienstposten dem Beigeladenen zu übertragen.

## 16

Dem Vermerk liegen tabellarische Aufstellungen der Bewerberdaten bei, die für die Antragstellerin am 26.8.2020 und für den Beigeladenen am 13.10.2020 gefertigt wurden.

## 17

Aus der tabellarischen Aufstellung für die Antragstellerin geht hervor, dass diese am 1.10.1987 in die Bundespolizei eingetreten ist. Es handele sich um eine Laufbahnbewerberin, als Datum der Beendigung der Probezeit wird der 31.12.1996 angegeben. Die letzte Beförderung habe am 2.6.2003 stattgefunden. In der aktuellen Regel-/ Anlassbeurteilung vom 1.10.2019 sei sie mit der Note "A1" beurteilt worden, bei der

letzten Regelbeurteilung am 1.10.2016 mit "A2" und bei der vorletzten Regelbeurteilung am 1.10.2014 mit ... Punkten. In der Tabelle der "tatsächlich wahrgenommenen Verwendungen in der aktuellen Laufbahn ab 6 Monaten (Inland)/ ab 3 Monaten (Ausland)" sind folgende Tätigkeiten aufgeführt:

tatsächlich wahrgenommenen Verwendungen in der aktuellen Laufbahn ab 6 Monaten (Inland)/ ab 3 Monaten (Ausland)	Verwendungsbereiche gem. Anlage zu Ziffer 9.1.2.3 PEK	Zeitraum	Dienstposten, Abordnung, Umsetzung, Beauftragung/ Zuweisung; Hospitation
Sachgebietsleiterin Lage/ÖA, A 10-12 BBesO	5.3.1	1.2.2011- lfd.	Dienstposten
Sachbearbeiterin Einsatz, Fortbildung, A 10-12	5.3.1	1.1.2011- 31.1.2011	Dienstposten
Dienstgruppenleiterin, A 11-12	2.1	1.10.2009- 31.12.2010	Dienstposten
Leiterin Ermittlungsgruppe zgl. Sachbearbeiterin, A 10-11 BBesO	2.4	1.3.2001- 30.9.2009	Dienstposten
Dienstgruppenleiterin, A 10-11 BBesO	2.1	1.3.2000 - 28.2.2001	Dienstposten
Zugführerin, A 10-12 BBesO	4.1	1.1.1997 - 28.2.2000	Dienstposten
Sachbearbeiterin Einsatz, Fortbildung	5.3.1	15.6.2009- 31.12.2010	Abordnung
Leiterin Ermittlungsdienst, A 10/ 11 BBesO	2.4	1.3.2000 - 28.2.2001	befr. Umsetzung
Leiterin Ermittlungsdienst A 10/ 11 BBesO	2.4	1.4.1998 - 28.2.2000	Abordnung

## 18

Der Beigeladene ist ausweislich der tabellarischen Übersicht vom 13.10.2020 am 2.4.1990 in die Bundespolizei eingetreten. Er wurde am 2.4.2017 letztmals befördert und hat derzeit ein Statusamt als Polizeihauptkommissar inne. In der aktuellen Regel-/ Anlassbeurteilung vom 1.10.2019 wurde er mit "A1" beurteilt, in der letzten Regelbeurteilung am 1.10.2016 ebenfalls mit "A1" und in der vorletzten Regelbeurteilung am 1.10.2014 mit ... Punkten. In der Tabelle der "tatsächlich wahrgenommenen Verwendungen in der aktuellen Laufbahn ab 6 Monaten (Inland)/ ab 3 Monaten (Ausland)" sind folgende Tätigkeiten aufgeführt:

tatsächlich wahrgenommenen Verwendungen in der aktuellen Laufbahn ab 6 Monaten (Inland)/ ab 3 Monaten (Ausland)	Verwendungsbereiche gem. Anlage zu Ziffer 9.1.2.3 PEK	Zeitraum	Dienstposten, Abordnung, Umsetzung, Beauftragung/ Zuweisung; Hospitation
Zugführer, A 10-12 BBesO	4.1	1.8.2006- lfd.	Dienstposten
Stellv. Zugführer, A 10-12 BBesO	4.1	1.1.2006- 31.7.2006	Dienstposten
Zugführer, A 9g- 11 BBesO	4.1	14.2.2005 - 31.12.2005	Abordnung
Polizeiberater	13	7.8.2018 - 8.5.2020	Abordnung
Sachbearbeiter Einsatz, A 9g-11 BBesO	5.5	17.12.2012 - 18.12.2014	Beauftragung
Polizeiberater	13	2.9.2011 - 5.9.2012	Abordnung

## 19

Mit Schreiben vom 23.11.2020 wurde der Vorsitzende des Gesamtpersonalrates bei der Direktion Bundesbereitschaftspolizei ebenso wie die Gleichstellungsbeauftragte der Direktion Bundesbereitschaftspolizei unter Vorlage einer Bewerberübersicht darüber in Kenntnis gesetzt, dass beabsichtigt sei, dem Beigeladenen den ausgeschriebenen Dienstposten zu übertragen und hierzu um Zustimmung gemäß § 76 Abs. 1 Nr. 3 BPersVG gebeten.

## 20

Mit Schreiben vom 15.1.2021, der Antragstellerin persönlich ausgehändigt am 19.1.2021, teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass sie im Rahmen der Auswahlentscheidung nicht berücksichtigt werden konnte. Die Bewerberauswahl sei nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung erfolgt. Es sei beabsichtigt, dem Beigeladenen den Dienstposten zu übertragen.

## 21

Mit Schreiben vom gleichen Tag teilte die Antragsgegnerin dem Beigeladenen mit, dass er als bestgeeigneter Bewerber für eine Verwendung als "stellv. Hundertschaftsführer zgl. Sachbearbeiter Fortbildung", BesGr. A 11-13g BBesO, in einer Einsatzhundertschaft der Bundespolizeiabteilung D\* ... ermittelt worden sei. Er werde daher zunächst in Absprache mit der Bundespolizeiabteilung D\* ... mit der Wahrnehmung der Funktion beauftragt, die endgültige Übertragung des Dienstpostens erfolge nach positivem Abschluss der Erprobungszeit sowie Feststellung der Bewährung.

## 22

Mit Schreiben seines Verfahrensbevollmächtigten vom 19.1.2021 legte die Antragstellerin gegen den Bescheid vom 15.1.2021 Widerspruch ein, über den bisher nach Aktenlage nicht entschieden wurde.

## 23

Mit Schriftsatz vom 29.1.2021, bei Gericht eingegangen am gleichen Tag, stellte die Antragstellerin durch ihren Bevollmächtigten einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gemäß § 123 VwGO. Zur Begründung wird vorgetragen, ein Anordnungsgrund ergebe sich daraus, dass die Antragsgegnerin die Absicht habe, die im Streit stehende Stelle alsbald mit einem anderen Beamten zu besetzen. Durch dessen Ernennung und Einweisung in die Stelle würde das von der Antragstellerin geltend gemachte Recht allerdings endgültig vereitelt werden. Ein Anordnungsanspruch bestehe in Fällen der Konkurrenz von Bewerbern um die Übertragung eines höherwertigen Amtes oder eine Stellenbesetzung dann, wenn es nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand überwiegend wahrscheinlich sei, dass die von dem Dienstherrn in dem Besetzungsverfahren getroffene Auswahlentscheidung zulasten des jeweiligen Beamten fehlerhaft sei, weil dessen Bewerbungsverfahrensanspruch keine hinreichende Beachtung gefunden habe und wenn in einem weiteren - rechtmäßigen - Auswahlverfahren eine Entscheidung zugunsten der Antragstellerin jedenfalls möglich erscheine. Der Antragsgegner habe die Antragstellerin ausweislich des Auswahlvermerkes nicht berücksichtigt, da diese nicht alle als notwendig angesehen drei Vorverwendungen im Sinne des PEK erfüllt haben solle. Das Aufstellen eines konstitutiven Anforderungskriteriums von drei Verwendungen in der Vergangenheit sei rechtswidrig. Entsprechende Vorverwendungen mögen wünschenswert sein, sie seien aber nicht zwingend notwendig zur Stellenerfüllung und daher als konstitutives Kriterium nicht zulässig. Zudem erfülle die Antragstellerin die Anforderungen des PEK. Die Antragsgegnerin habe die Vorverwendung der Antragstellerin nicht berücksichtigt, da diese in deren beamtenrechtlicher Probezeit gelegen habe. Dies erschließe sich nicht, da eine Vorverwendung sich auf die dort erhaltene Dienstefahrung beziehe. Die Frage der Dienstefahrung hänge aber nicht vom Status als Probebeamter oder Beamter auf Lebenszeit ab. Die Entscheidung erweise sich daher als rechtlich fehlerhaft.

## 24

Mit Schriftsatz vom 19.2.2021 wird die Antragsbegründung dahingehend ergänzt, dass im Hinblick auf die grundgesetzliche Verpflichtung zur Bestenauslese aus Art. 33 Abs. 2 GG nur diejenigen Vorerfahrungen als konstitutive Anforderungsmerkmale aufgestellt werden könnten, deren Vorliegen bei der Wahrnehmung der relevanten Stelle zwingend notwendig seien. Die Antragstellerin erfülle mit drei Vorverwendungen sogar das Personalentwicklungskonzept. Die Antragsgegnerin meine lediglich, dass die vom Sommer 1994 bis zum Frühjahr 1998 verbrachte Zeit als Zugführerin in der Einsatzhundertschaft erst ab Januar 1997 berücksichtigt werden könne, weil die laubahnrechtliche Probezeit keine Vorverwendungszeit darstelle. Es erschließe sich nicht ansatzweise, weshalb die unstrittig erfolgte Verwendung im Rahmen des Personalentwicklungskonzeptes nicht berücksichtigt werden dürfe. Wesentlich für das Personalentwicklungskonzept sei, eine besondere Verwendungsbreite der Beamten sicherzustellen. Diese sollen unterschiedliche Funktionen aus dem Aufgabenbereich der Bundespolizei übernommen haben, um hierdurch einen möglichst großen und breiten Erfahrungsschatz zur Verfügung stehen zu haben. Weshalb die Erfahrung, die die Antragstellerin in ihrer Tätigkeit als Zugführerin bis Ende 1996 gewonnen habe, nicht als eine solche Erfahrung berücksichtigt werden sollte, sei nicht nachvollziehbar. Die angegriffene Auswahlentscheidung erweise sich schon daher als rechtswidrig, da man die Antragstellerin unzulässig nicht zugelassen habe. Ein über Jahrzehnte zurückreichendes Anforderungsprofil ohne jeglichen Bezug zur aktuellen Stelle sei sowohl vor der Bestenauslese aus Art. 33 Abs. 2 GG als auch der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Ausnahmecharakter von konstitutiven Anforderungsprofilen nicht zulässig.

## 25

Die zudem theoretisch angestellte Behauptung, die Antragstellerin erfülle die fakultativen Anforderungsmerkmale nicht in gleicher Hinsicht wie der Beigeladene, sei rechtlich falsch. Im Hinblick auf die gleiche an die Antragstellerin und den Beigeladenen vergebene Beurteilungsnote wäre als nächster Schritt die inhaltliche Ausschöpfung im Sinne einer "Binnendifferenzierung" notwendig gewesen. Bei einem immer noch gegebenen Gleichstand sei auf die Vorbeurteilung und die Binnendifferenzierung der Vorbeurteilung abzustellen gewesen. Die Vorgehensweise der Antragsgegnerin sei rechtswidrig.

## 26

Für die Antragstellerin wird sinngemäß beantragt,

der Antragsgegnerin im Wege des Erlasses einer einstweiligen Anordnung einstweilen zu untersagen, die ausgeschriebene Stelle des "stellv. Hundertschaftsführers zgl. Sachbearbeiter Fortbildung (m/w/d)", Bes.Gr. A 11-13g BBesO in einer Einsatzhundertschaft der Bundespolizeiabteilung D\* ... mit einem Mitbewerber zu besetzen, bis über den Widerspruch der Antragstellerin gegen die Auswahlentscheidung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts entschieden worden ist.

## 27

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag nach § 123 VwGO kostenpflichtig abzulehnen.

## 28

Die Antragstellerin habe weder einen Anordnungsgrund noch einen Anordnungsanspruch glaubhaft dargelegt. Ein Anordnungsgrund und damit eine Eilbedürftigkeit bestehe bereits deshalb nicht, da dem Beigeladenen der ausgeschriebene Dienstposten bisher nicht übertragen worden sei, sondern mit Blick auf eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung in der Bundespolizeiabteilung D\* ... dieser lediglich mit der entsprechenden Funktion als stellvertretender Hundertschaftsführer zgl. Sachbearbeiter Fortbildung beauftragt worden sei. Eine Übertragung sei erst nach dessen grundsätzlicher Bewährung vorgesehen. Selbst wenn die Dienstpostenübertragung zwischenzeitlich bereits erfolgt wäre, könnte diese jederzeit wieder rückgängig gemacht werden. Daneben habe die Antragstellerin auch einen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft machen können. Unter Verweis auf den Auswahlentscheidungsvermerk vom 23.11.2020 habe sich der Beigeladene als der geeignetste Bewerber für den ausgeschriebenen Dienstposten erwiesen. Diese Auswahlentscheidung beruhe entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht auf unzulässigen Auswahlkriterien. Bei der nach den Maßstäben von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu treffenden Entscheidung über die Besetzung des verfahrensgegenständlichen, höherbewerteten Dienstpostens sei dem Dienstherrn grundsätzlich ein weiter, der gerichtlichen Nachprüfung nur eingeschränkt zugänglicher Ermessens- und Beurteilungsspielraum eingeräumt. Allein dem Dienstherrn obliege die Bestimmung der Dienstpostenanforderungen in Stellenausschreibungen. Begrenzt werde die dem Dienstherrn bei der Bestimmung der Anforderungen eingeräumte weite Ermessens- und Beurteilungsfreiheit lediglich durch das allgemeine Willkürverbot. Es sei sachgerecht, die Antragstellerin bezüglich der Stellenausschreibung im Rahmen der Auswahlentscheidung nicht zu berücksichtigen. Sie erfülle das obligatorische Anforderungsmerkmal c) nicht. Soweit die Antragstellerin die Auffassung vertrete, auch die während ihrer laufbahnrechtlichen Probezeit absolvierten Zeiten hätten im Rahmen des PEK berücksichtigt werden müssen, sei dies nicht zutreffend. Die regelmäßig drei Jahre andauernde laufbahnrechtliche Probezeit diene dem Zweck, die Bewährung für die Wahrnehmung von Aufgaben der entsprechenden Laufbahn festzustellen. Dabei entspreche es den Regeln allgemeiner Lebenserfahrung, dass Beamtinnen und Beamte während der Probezeit noch nicht in vollem Umfang leistungsfähig seien, sondern zunächst in die wahrzunehmenden Aufgaben hineinwachsen müssten. Schon aus diesem Grund verbiete es sich, derartige Zeiten als Verwendungszeiten im Sinne des PEK anzuerkennen. Da die Antragstellerin bereits die konstitutiven Anforderungen der Stellenausschreibung nicht im vollen Umfang erfülle, komme es auf einen Leistungs- und Eignungsvergleich zwischen ihr und den übrigen Bewerberinnen und Bewerbern nicht mehr an. Das PEK der Bundespolizei sei ein Mittel der Personalentwicklung und -planung. Es verstehe sich als Orientierungshilfe für die eigene Karriereplanung und diene der dienstlichen Qualifizierung und Führungskräfteentwicklung. Ferner setze es auf einen die Fähigkeiten und Kenntnisse erweiternden regelmäßigen Wechsel der Verwendung (vergleiche dazu § 46 Bundeslaufbahnordnung - BLV). Solche Grundsätze seien rechtlich nicht zu beanstanden, sondern nach den Vorschriften der BLV sogar erforderlich. Damit könnten sie zur Grundlage einer gestuften Auswahlentscheidung gemacht werden, wenn sie grundsätzlich von jedem entsprechend qualifizierten Mitarbeiter erfüllt werden könnten. Die

zweistufige Vorgehensweise in Anlehnung an das PEK verstoße nicht gegen Art. 33 Abs. 2 GG. Bei Führungsfunktionen ab der Besoldungsgruppe A 12 sei die Einschränkung des Bewerberkreises auf solche Bewerber, die ihre Führungsbefähigung bereits unter Beweis gestellt haben, gerechtfertigt. Im Ergebnis solle sichergestellt werden, dass nur Beamtinnen und Beamte mit hinreichender Führungs- und Verwendungserfahrung diese verantwortungsvollen Funktionen wahrnehmen. Die beruflichen Verwendungen des Bewerbers sollen erkennen lassen, dass er breit gefächerte Interessen habe und er sich zügig auf im Rahmen der dienstlichen Führungstätigkeit ergebende Veränderungen und neue Fragestellungen einstellen könne. Damit dienten diese Anforderungen der Prüfung, ob der betreffende Beamte generell für das angestrebte höhere Statusamt geeignet sei und erweise sich folglich als zwingendes allgemeines Eignungsmerkmal. Grundsätzlich bestehe für jeden entsprechend qualifizierten Beamten des gehobenen Polizeivollzugsdienstes in der Bundespolizei die Möglichkeit, Verwendungsbreite zu erlangen. Ohne Absolvierung der gemäß PEK geforderten Verwendungen sei nicht die Gewähr dafür geboten, den Anforderungen des mit einer besonderen Verantwortung verbundenen Dienstpostens ab der Bewertung BesGr A 12 zu genügen. Die Prüfung des übrigen Anforderungsprofils sei entbehrlich gewesen, nachdem festgestellt worden sei, dass bereits das konstitutive Anforderungsmerkmal c) durch die Antragstellerin nicht erfüllt worden sei. Auch im Vergleich der fakultativen Anforderungsmerkmale hätten sich Eignungsvorzüge für den Beigeladenen ergeben. Die Antragstellerin sei hinsichtlich der fakultativen Anforderungsmerkmale g), h) und i) mit den Buchstaben B, A und B bewertet worden, der Beigeladene hingegen mit den Buchstaben A, A und nochmals A. Mithin wäre die Antragstellerin auch bei einem Leistungsvergleich letztlich unterlegen gewesen.

### **29**

Der Beigeladene wurde mit Beschluss vom 4.2.2021 beigeladen. Er hat bis zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts keine Stellungnahme abgegeben und auch keinen Antrag gestellt.

### **30**

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und den in diesem Verfahren vorgelegten Aktenauszug zum Stellenbesetzungsverfahren verwiesen, ferner auf das vorgelegte PEK.

II.

### **31**

Der zulässige Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hat im Ergebnis Erfolg.

### **32**

1. Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht schon vor Klageerhebung auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers/der Antragstellerin vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (Sicherungsanordnung). Einstweilige Anordnungen sind nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint (Regelungsanordnung). § 123 Abs. 1 VwGO setzt daher sowohl einen Anordnungsgrund, d.h. ein Bedürfnis für die Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes in Form der Gefährdung eines eigenen Individualinteresses, als auch einen Anordnungsanspruch voraus, d.h. die bei summarischer Überprüfung der Sach- und Rechtslage hinreichende Aussicht auf Erfolg oder zumindest auf einen Teilerfolg des geltend gemachten Begehrens in der Hauptsache. Gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO sind sowohl der Anordnungsgrund als auch der Anordnungsanspruch durch den Antragsteller/die Antragstellerin glaubhaft zu machen.

### **33**

2. Vorliegend hat die Antragstellerin einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Dieser ergibt sich aus einem anderenfalls drohenden Bewährungsvorsprung des ausgewählten Bewerbers vor Eintritt der Bestandskraft der Auswahlentscheidung.

### **34**

Zwar ist grundsätzlich zu berücksichtigen, dass vorliegend mit der Übertragung des streitgegenständlichen Dienstpostens nicht unmittelbar eine Beförderung nach A 13g verbunden ist. Die Entscheidung des Dienstherrn über die Zuordnung des Funktionspostens kann - sollte sich im Hauptsacheverfahren

herausstellen, dass diese rechtsfehlerhaft gewesen ist - jederzeit rückgängig gemacht werden und die Zuordnung neu vorgenommen werden. Die von der Antragstellerin begehrte Funktion kann also jederzeit durch Versetzung oder Umsetzung wieder frei gemacht werden. Denn demjenigen Beschäftigten, der im Zuge der Zuordnungsentscheidung einen solchen Posten übertragen bekommen hat, steht - wie grundsätzlich jedem Beamten - kein Anspruch auf ein bestimmtes Amt im konkret-funktionellen Sinne zu (vgl. BayVGH, B.v. 29.9.2015 - 3 CE 15.1604 - juris Rn. 19). Die von der Antragsgegnerin getroffene Auswahlentscheidung für die Dienstpostenvergabe ist aber dennoch geeignet, die Rechtsstellung der Antragstellerin aus Art. 33 Abs. 2 GG zu beeinträchtigen, weil sie eine Vorauswahl für die Vergabe eines höherwertigen Statusamts der Besoldungsgruppe A13 trifft (vgl. BVerwG, B.v. 25.10.2011 - 2 VR 4.11 - juris; BVerfG, B.v. 2.10.2007 - 2 BvR 2457/04 - juris Rn. 11).

### **35**

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 (vgl. BVerwG, U.v. 16.8.2001 - 2 A 3.00 juris; U.v. 16.10.2008 - 2 A 9.07 - BVerwGE 132, 110; U.v. 26.9.2012 - BVerwG 2 C 74.10 - NVwZ 2013, 80 Rn. 18). Die Ansprüche der Bewerber stehen dabei nicht isoliert nebeneinander, sondern sind aufeinander bezogen, so dass sich jede Benachteiligung oder Bevorzugung eines Bewerbers auf die Chancen der Mitbewerber auswirkt (BVerwG, B.v. 10.5.2016 - 2 VR 2.15 - juris).

### **36**

Da der zur Neubesetzung ausgeschriebene und mit der Besoldungsgruppe A11 bis A13g bewertete Dienstposten für die Antragstellerin, wie auch für den Beigeladenen, die beide derzeit in einem statusrechtlichen Amt der Besoldungsgruppe A 12 einen Dienstposten der Wertigkeit A10 bis A12 bekleiden, einen höherwertigen (Beförderungs-) Dienstposten darstellt, vermittelt die Übertragung aber nur dem ausgewählten Bewerber die Chance einer erfolgreichen Erprobung, welche wiederum laufbahnrechtliche Voraussetzung für eine spätere Beförderung in ein Amt der Besoldungsgruppe A13g ist (vgl. § 22 Abs. 2 BBG). Damit wird die Auslese für Beförderungämter letztlich vorverlagert auf die Auswahl unter den Bewerbern um den "Beförderungsdienstposten". Diese Vorwirkung begründet für die unterlegene Antragstellerin einen Anordnungsgrund (vgl. BVerwG, B.v. 20.6.2013 - 2 VR 1.13 - juris Rn. 10ff.).

### **37**

Es besteht zwar grundsätzlich die Möglichkeit, einen solchen Bewährungsvorsprung nachträglich "auszublenden", wenn sich die Besetzungsentscheidung als rechtswidrig erweist. Dadurch kann eine Vorwirkung auf künftige Auswahlentscheidungen für die Vergabe von Statusämtern vermieden werden (vgl. BVerwG, B. v. 10.5.2016 - 2 VR 2.15 - BVerwGE 155, 152-161 - juris Rn. 29 ff.). Allerdings ist ein etwaiger Bewährungsvorsprung nicht von Amts wegen auszublenden. Das BVerwG führt dazu im Beschluss vom 12.12.2017 - 2 VR 2.16 - juris Rn. 28 aus:

"Die Gerichte blenden den Bewährungsvorsprung des ausgewählten Mitbewerbers dabei nicht von Amts wegen aus. Es handelt sich 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. Diese Entscheidung liegt in seinem weiten Organisationsermessen und kann vom Dienstherrn getroffen werden, wenn er dies zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der betreffenden Behörde oder Dienststelle für erforderlich hält. ..."

### **38**

Vorliegend sind aber keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Antragsgegnerin diese Option in Anspruch genommen hat bzw. nehmen wird.

### **39**

3. Darüber hinaus hat die Antragstellerin auch einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht.

### **40**

3.1. Art. 33 Abs. 2 GG gewährt jedem Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Daraus folgt der Anspruch eines Bewerbers auf ermessens- und beurteilungsfreie Entscheidung über seine Bewerbung (BVerwG, U.v. 4.11.2010 - 2 C 16/09 - juris; U.v. 25.2.2010 - 2 C 22/09 - juris Rn. 13; BVerfG, B.v. 29.7.2003 - 2 BvR 311/03 - juris Rn. 11). Kommen - wie vorliegend - mehrere Bewerber für einen höherwertigen Dienstposten in Betracht, muss der am besten Geeignete ausfindig gemacht werden. Der Bewerberauswahl dürfen nach Art. 33 Abs. 2 GG nur Gesichtspunkte zugrunde gelegt werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffen (BVerwG, U.v. 4.11.2010 - 2 C 16/09 - juris Rn. 20, B.v. 22.11.2012 - 2 VR 5.12 - juris Rn. 23 st. Rspr.).

#### 41

Wird dieses subjektive Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG durch eine fehlerhafte Auswahlentscheidung des Dienstherrn verletzt, folgt daraus zwar regelmäßig nicht ein Anspruch auf Vergabe des begehrten Dienstpostens; der unterlegene Bewerber kann aber eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung beanspruchen, wenn seine Auswahl bei rechtsfehlerfreiem Verlauf ernsthaft möglich erscheint (vgl. BVerwG, U.v. 4.11.2010 - 2 C 16/09 - juris Rn. 24; BVerfG, B.v. 2.10.2007 - 2 BvR 2457/04 - juris Rn. 11 m.w.N.).

#### 42

Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs dürfen dabei nicht überspannt und über die Darlegung der Fehlerhaftigkeit der Auswahlentscheidung und die Möglichkeit einer günstigeren Entscheidung im Falle der Wiederholung des Bewerbungsverfahrens hinaus ausgedehnt werden (vgl. BVerfG, B.v. 4.2.2016 - 2 BvR 2223/15 - juris Rn. 83; B.v. 9.7.2007 - 2 BvR 206/07 - juris Rn. 16; B.v. 24.9.2002 - 2 BvR 857/02 - juris Rn. 11; BVerwG, U.v. 4.11.2010 - 2 C 16/09 - juris Rn. 32; BayVGh, B.v. 8.4.2015 - 3 CE 14.1782 - juris Rn. 43).

#### 43

Der verfassungsrechtliche Schutzstatus des Art. 33 Abs. 2 GG führt dazu, dass das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes in diesen Fällen grundsätzlich die Funktion des Hauptsacheverfahrens übernimmt. Deshalb muss es den sich aus Art. 19 Abs. 4 GG ergebenden Anforderungen gerecht werden und darf nach Prüfungsmaßstab, -umfang und -tiefe nicht hinter einem Hauptsacheverfahren zurückbleiben. Vielmehr ist eine umfassende tatsächliche und rechtliche Überprüfung der Bewerberauswahl verfassungsrechtlich geboten, bei der die Anforderungen an einen Erfolg des unterlegenen Bewerbers nicht überspannt werden dürfen (BVerwG, B.v. 25.10.2011, a.a.O., juris). Wird dabei eine Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs festgestellt, muss die Ernennung des ausgewählten Bewerbers bereits dann durch einstweilige Anordnung untersagt werden, wenn die Auswahl der Antragstellerin bei rechtsfehlerfreier Auswahl jedenfalls möglich erscheint (BVerfG, B.v. 24.9.2002 - 2 BvR 857/02 - NVwZ 2003, 200, 201).

#### 44

Maßgeblich für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung um ein höheres Statusamt oder um einen höherwertigen Dienstposten ist die Sachlage im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung, regelmäßig in Gestalt des Auswahlvermerks (BVerwG, B.v. 12.12.2017 - 2 VR 2/16 - juris Rn. 32 und 52; OVG LSA, B.v. 31.8.2018 - 1 M 79/18 - juris Rn. 23).

#### 45

3.2. Aus Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG ergibt sich grundsätzlich die Pflicht des Dienstherrn, die wesentlichen Abwägungserwägungen schriftlich niederzulegen und so eine Auswahlentscheidung transparent zu machen (vgl. BayVGh, B.v. 9.5.2014 - 3 CE 14.286 - juris Rn. 21). Nur auf diese Weise kann es dem unterlegenen Bewerber ermöglicht werden zu prüfen, ob er eine Auswahlentscheidung hinnehmen oder gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen will. Erst die Dokumentation der maßgeblichen Erwägungen ermöglicht überdies auch dem Gericht, die angegriffene Entscheidung eigenständig nachzuvollziehen (BVerfG, B.v. 9.7.2007 - 2 BvR 206/07 - NVwZ 2007, 1178/1179; BayVGh, B.v. 21.1.2005 - 3 CE 04.2899 - NVwZ-RR 2006, 346; BayVGh, B.v. 29.10.2014 - 3 CE 14.2073 - juris; VG München, U.v. 29.4.2014 - M 5 K 12.6074 - juris Rn. 35; Schnellenbach, Konkurrenzen im öffentlichen Dienst, 2015, S. 259). Erforderlich ist daher eine wenigstens stichpunktartige Niederlegung der wesentlichen Gründe für die Entscheidung, denn die Dokumentation dient der Einhaltung des Leistungsprinzips, das der

Auswahlentscheidung zugrunde gelegt werden muss. Nicht ausreichend wäre es, die Auswählerwägungen erstmals im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens darzulegen (BVerfG, B.v. 9.7.2007 a.a.O.).

#### 46

Der Auswahlvermerk fixiert die Sach- und Rechtslage, die maßgeblich für die gerichtliche Beurteilung ist. Grundlage der Auswahlentscheidung und damit der gerichtlichen Überprüfung ist im vorliegenden Fall der auf den 23.11.2020 datierte Auswahlvermerk der Direktion Bundesbereitschaftspolizei.

#### 47

Aus dem Auswahlvermerk geht hervor, dass die Antragstellerin - anders als der Beigeladene - nicht vollumfänglich über das konstitutive Anforderungsprofil der Stellenausschreibung verfüge. Die Antragstellerin könne lediglich zwei Verwendungen i.S.d. konstitutiven Anforderungsmerkmals c) der Stellenausschreibung nachweisen und sie verfüge auch nicht über einen bereits übertragenen Dienstposten mit der Endbewertung nach BesGr. A 13g BBesO. Sie erfülle daher das konstitutive Anforderungsmerkmal c) der Stellenausschreibung nicht. Eine Prüfung des übrigen Anforderungsprofils sei daher entbehrlich. Die Antragstellerin werde aus dem weiteren Auswahlverfahren ausgeschlossen. Der Beigeladene erfülle die konstitutiven Anforderungen a) bis f) allesamt. Der Beigeladene sei bei einem Leistungsvergleich mit den übrigen Bewerberinnen und Bewerbern der leistungstärkste Bewerber im Konkurrentenfeld.

#### 48

Es wurde damit in einer formal ausreichenden Weise dargelegt, warum die Antragstellerin bei der Besetzungsentscheidung nicht zum Zuge kam. Es ist nicht erforderlich, dass bereits die Negativmitteilung (vorliegend vom 15.1.2021) an die in der Konkurrenz erfolglos gebliebene Antragstellerin den Anforderungen an die Dokumentationspflicht genügen muss (vgl. beispielsweise OVG NW, B.v. 16.2.2010 - 1 B 1483/09 - juris Rn. 9 f.).

#### 49

3.3. Der Dienstherr war allerdings entgegen den Ausführungen in dem Auswahlvermerk nicht gehindert, die Antragstellerin in das Auswahlverfahren einzubeziehen.

#### 50

3.3.1. Zwar ist es nicht zu beanstanden, dass der Dienstherr über die Auswahl eines geeigneten Bewerbers in einem gestuften Auswahlverfahren befunden hat. Bewerber, die allgemeine Ernennungsbedingungen oder laufbahnrechtliche Voraussetzungen nicht erfüllen oder die aus sonstigen Eignungsgründen für die Stellenvergabe von vornherein nicht in Betracht kommen, können in einer ersten Auswahl ausgeschlossen werden und müssen nicht mehr in den Leistungsvergleich einbezogen werden (BVerwG, B.v. 20.6.2013 - 2 VR 1/13 - juris Rn. 23; B.v. 6.4.2006 - 2 VR 2.05 - juris; OVG Lüneburg, B.v. 1.12.2016 - 5 ME 153/16 - juris Rn. 27). Dies gilt grundsätzlich auch für Bewerber, die zwingende Vorgaben eines rechtmäßigen Anforderungsprofils nicht erfüllen (BVerwG, B.v. 20.6.2013 - 2 VR 1/13 - juris Rn. 23; B.v. 25.10.2011 - 2 VR 4.11 - juris Rn. 17 und 30; OVG Lüneburg, B.v. 1.12.2016 - 5 ME 153/16 - juris Rn. 27).

#### 51

Ein Bewerber scheidet dann notwendig und unmittelbar aus dem für die Auswahlentscheidung zu betrachtenden Bewerberfeld aus, wenn er ein vom Dienstherrn zulässigerweise aufgestelltes konstitutives Anforderungsmerkmal nicht erfüllt (vgl. BayVGH, B.v. 25.5.2011 - 3 CE 11.605 - juris Rn. 33; OVG NW, B.v. 7.6.2018 - 1 B 1381/17 - juris Rn. 22). Als "konstitutiv" erweisen sich diejenigen Merkmale eines Eignungs- und Befähigungsprofils, die zum einen zwingend sind und deren Vorliegen zum anderen anhand objektiv überprüfbarer Kriterien eindeutig und unschwer festzustellen ist (OVG NW, B.v. 7.6.2018 a.a.O.). Vgl. hierzu auch BVerwG, B.v. 20.6.2013 - 2 VR 1/13 - juris Rn. 23:

"... 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 (Beschluss vom 6. April 2006 - BVerwG 2 VR 2.05 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 33 Rn. 7). Dies gilt grundsätzlich auch für Bewerber, die zwingende Vorgaben eines rechtmäßigen Anforderungsprofils nicht erfüllen (Beschluss vom 25. Oktober 2011 - BVerwG 2 VR 4.11 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 50 = juris Rn. 17 und 30). ..."

#### 52

Im Unterschied zu konstitutiven Anforderungskriterien informieren "beschreibende" oder "deskriptive" Anforderungsprofile den möglichen Bewerber über den Dienstposten und die auf ihn zukommenden Aufgaben. Deskriptive Anforderungskriterien sind häufig nicht (unbedingt) erforderlich, da sich das beschreibende oder auch allgemeine Anforderungsprofil vielfach bereits aus dem angestrebten Statusamt ergibt. Bei einem lediglich beschreibenden Anforderungsprofil handelt es sich um ein Kriterium, das einen Beurteilungsvorsprung ausgleichen kann (vgl. BayVGh, B.v. 25.5.2011 - 3 CE 11.605 - juris Rn. 32 m.w.N).

### **53**

Ob ein Eignungsmerkmal im Rahmen einer Ausschreibung konstitutiven oder deskriptiven Charakter hat, ist im Wege der Auslegung entsprechend § 133 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) nach dem objektiven Erklärungsinhalt und dem Willen des Erklärenden zu ermitteln (BayVGh, B.v. 15.4.2014 - 3 ZB 12.765 - juris Rn. 15; OVG Lüneburg, B.v. 1.12.2016 - 5 ME 153/16 - juris Rn. 29). Im Hinblick auf ein transparentes und die Chancengleichheit während des Verfahrens gilt das Gebot der klaren Objektivierbarkeit des (konstitutiven) Anforderungsprofils (BayVGh, B.v. 16.5.2013 - 3 CE 13.307 - juris, Rn. 29).

### **54**

Nach dem Wortlaut der Stellenausschreibung ("konstitutive (obligatorische) Anforderungen") handelt es sich bei der hier streitgegenständlichen Forderung nach drei Verwendungen in unterschiedlichen Verwendungsbereichen im gehobenen Polizeivollzugsdienst nach Abschluss der Probezeit um ein konstitutiv (zwingend) von den Bewerbern zu erfüllendes Anforderungsmerkmal. Die Handhabung des Anforderungsmerkmals durch die Antragsgegnerin entspricht dem. Der Auswahlvermerk legt dar, dass eine Entscheidung zugunsten der Antragstellerin nicht gefällt werden kann, weil sie im Unterschied zum Beigeladenen nicht über die geforderten drei Verwendungen verfüge. Die Konkurrentenmitteilung an den Antragsteller wurde entsprechend begründet.

### **55**

3.3.2. Die Antragsgegnerin vermag aber mit dem Argument, die Antragstellerin erfülle das konstitutive Anforderungsmerkmal c) der Stellenausschreibung - mindestens drei Verwendungen in unterschiedlichen Bereichen im gehobenen Polizeivollzugsdienst gemäß Ziffer 9.1.2.3 PEK und der dazugehörigen Anlage nach Abschluss der Probezeit - nicht, der Beigeladene hingegen erfülle sämtliche konstitutiven Anforderungsmerkmale, nicht durchzudringen. Die Antragstellerin erfüllt entgegen den Ausführungen in dem Auswahlvermerk vom 23.11.2020 das Anforderungsmerkmal c) der Stellenausschreibung.

### **56**

Die einzelnen berücksichtigungsfähigen Verwendungsbereiche ergeben sich aus der Anlage zu Ziffer 9.1.2.3. PEK. Entgegen den Ausführungen in dem Auswahlentscheidungsvermerk vom 23.11.2020 verfügt die Antragstellerin nach der tabellarischen Aufstellung der tatsächlich vorgenommenen Verwendungen in der aktuellen Laufbahn ab 6 Monaten (Inland)/3 Monaten (Ausland) vom 26.8.2020 (vgl. Bl. 68 der Akten der Antragsgegnerin) entsprechend Ziffer 9.1.2.3 PEK über drei Verwendungen in unterschiedlichen Bereichen, davon mindestens eine auf einem Dienstposten der Bewertung nach BesGr A 10- 12 BBesO nach Abschluss der laufbahnrechtlichen Probezeit. Die Verwendungen erfolgten nach Abschluss der laufbahnrechtlichen Probezeit am 31.12.1996 und umfassten einen Zeitraum von jeweils mindestens 2 Jahren.

### **57**

Im Zeitraum vom 1.1.1997 bis zum 28.2.2000 war die Antragstellerin als Zugführerin GSP Süd/ BGSA D\* ..., BesGr. A 10/11 BBesO eingesetzt; diese Verwendung ist dem Verwendungsbereich 4.1 der Anlage zu Ziffer 9.1.2.3 PEK zugeordnet und umfasste insgesamt einen Zeitraum von über 3 Jahren.

### **58**

Die Antragstellerin war im Zeitraum vom 1.4.1998 - 28.2.2001 als Leiterin Ermittlungsdienst eingesetzt und in der Zeit vom 1.3.2001 - zum 30.9.2009 als Leiterin Ermittlungsgruppe zgl. Sachbearbeiterin, jeweils dem Verwendungsbereich 2.4 zugeordnet. Insgesamt fand daher eine Verwendung von deutlich mehr als 2 Jahren in diesem Verwendungsbereich statt.

### **59**

Im Zeitraum vom 1.3.2000 bis zum 28.2.2001 und vom 1.10.2009 bis zum 31.12.2010 führt die tabellarische Übersicht eine Verwendung der Antragstellerin als Dienstgruppenleiterin, Verwendungsbereich 2.1 der

Anlage zu Ziffer 9.1.2.3 PEK auf. Auch dabei handelt es sich um einen Verwendungszeitraum von insgesamt über 2 Jahren.

#### **60**

Im Zeitraum vom 15.6.2009 bis heute ist die Antragstellerin im Verwendungsbereich 5.3.1. der Anlage zu Ziffer 9.1.3.2. PEK eingesetzt. Zumindest seit dem 1.2.2011 ist diese Tätigkeit auch der Besoldungsgruppe A 10 - 12 BBesO zugeordnet, für den vorangegangenen Zeitraum ist die tabellarische Übersicht in diesem Punkt nicht lesbar. Diese Verwendung dauert insgesamt schon fast 12 Jahre, davon 10 Jahre zugeordnet zu den Besoldungsgruppen A 10 -12.

#### **61**

Aus der tabellarischen Übersicht ergibt sich daher, dass die Antragstellerin in der Vergangenheit bereits über vier Verwendungen in unterschiedlichen Bereichen von jeweils mindestens zwei Jahren verfügt, die nach Abschluss der laufbahnrechtlichen Probezeit stattfanden, wovon jedenfalls einer (der im Verwendungsbereich 5.3.1) nach BesGr. A 10 - 12 BBesO bewertet wurde. Selbst wenn man zu dem Ergebnis kommen sollte, dass der Einsatz im Verwendungsbereich 2.1. wegen der teilweisen Überschneidung der Einsatzzeiten zur Verwendung in einem anderen Verwendungsbereich insgesamt keine zwei Jahre gedauert hat und nicht zusammenhängend war, verfügt die Antragstellerin jedenfalls über die geforderten drei unterschiedlichen Verwendungen.

#### **62**

Der Auswahlentscheidungsvermerk vom 23.11.2020 ist im Vergleich zu der tabellarischen Übersicht der Verwendungsbereiche der Antragstellerin nicht schlüssig. Die Angaben in dem Auswahlvermerk zu den Verwendungszeiten der Antragstellerin in den einzelnen Verwendungsbereichen unterscheiden sich in nicht nachvollziehbarer Weise von den Angaben in der tabellarischen Auflistung der Einsatzzeiten der Antragstellerin. Der Einsatz der Antragstellerin im Verwendungsbereich 2.1 der Anlage zu Ziffer 9.1.2.3 PEK wird nicht aufgeführt, die aufgelistete Einsatzdauer im Verwendungsbereich 4.1 unterscheidet sich maßgeblich von den Angaben in der tabellarischen Übersicht.

#### **63**

Die Antragsgegnerin hat im Rahmen des Verfahrens nichts dazu vorgebracht, woraus sich die Schlüssigkeit dieser Abweichungen ergeben würde.

#### **64**

Selbst, wenn die Antragsgegnerin zu dem Ergebnis gekommen ist, dass die Antragstellerin nicht über drei unterschiedliche Verwendungen von mindestens zwei Jahren nach Abschluss der laufbahnrechtlichen Probezeit verfügt, hätte sie in einem weiteren Schritt zunächst prüfen müssen, ob nicht aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls ausnahmsweise auch eine Verwendung von nicht ganz zwei Jahren nach Abschluss der Probezeit geeignet ist, das konstitutive Anforderungsprofil c) zu erfüllen. Auch Ziffer 9.1.2.3. PEK fordert - wie auch die "Anmerkungen" der Stellenausschreibung - nur, dass eine Verwendung "in der Regel jeweils mindestens zwei Jahre" umfassen soll. Ausnahmen müssten dienstlich begründet sein. Die Antragstellerin setzt sich nicht damit auseinander, weshalb im vorliegenden Fall zwingend an dem 2-Jahreszeitraum festgehalten wird.

#### **65**

Die Antragstellerin hätte daher nicht vorzeitig bei der Bewerberauswahl ausgeschieden werden dürfen, weil sie das konstitutive Anforderungsmerkmal c) nicht erfüllt hat. Schon dies verletzt die Antragstellerin in ihrem Recht.

#### **66**

3.3.3. Auf die Frage, ob es sich bei dem konstitutiven Anforderungsprofil c) in der Stellenbeschreibung überhaupt um ein zulässiges Anforderungsprofil handelt, kommt es daher - weil die Antragstellerin dieses Anforderungsmerkmal erfüllt - nicht mehr streitentscheidend an (dagegen VG Kassel, U. v. 26.2.2020 - 1 K 124/19.KS - juris Rn. 46 ff., das bereits die Forderung von zwei Verwendungen in unterschiedlichen Bereichen nach Abschluss der laufbahnrechtlichen Probezeit im PEK als konstitutives Anforderungsmerkmal für unzulässig hält; a.A. BayVGh, B. v. 25.8.2017 - 6 CE 17.1550 - juris Rn. 13 ff.).

#### **67**

Dass die Antragstellerin die Kriterien d), e) und f) des konstitutiven Anforderungsprofils nicht erfüllt, drängt sich nicht auf.

**68**

Demgegenüber erschließt sich für die Kammer nicht ohne weiteres, wodurch der Beigeladene das konstitutive Kriterium d) erfüllt.

**69**

3.4. Schließlich erscheint die Auswahl der Antragstellerin bei rechtsfehlerfreiem Verlauf des Bewerbungsverfahren entgegen der Ausführungen seitens der Beigeladenen ernsthaft möglich.

**70**

Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist ein Anordnungsanspruch nur dann nicht gegeben, wenn es sich bei dem Antragsteller um einen sog. "chancenlosen Bewerber" handelt. Dies ist dann der Fall, wenn die Vergabe des Dienstpostens an den Antragsteller bei einer erneuten Auswahlentscheidung nicht ernstlich möglich scheint (vgl. dazu BVerwG, B.v. 21.12.2016 - 2 VR 1.16 - juris Rn. 43 m.w.N).

**71**

Die festgestellten Tatsachen bieten hier aber keine ausreichende Grundlage für den Schluss, dass eine Auswahl der Antragstellerin auch bei ordnungsgemäßem Auswahlverfahren nicht ernsthaft möglich gewesen wäre, vielmehr wurde eine "Chance" glaubhaft gemacht.

**72**

Maßgebend für den Leistungsvergleich zwischen der Antragstellerin und dem Beigeladenen sind in erster Linie die abschließenden Gesamturteile dienstlicher Beurteilungen, die durch eine Würdigung, Gewichtung und Abwägung der einzelnen leistungsbezogenen Aspekte zu bilden sind. Sind Bewerber mit dem gleichen Gesamturteil bewertet worden (wie die Antragstellerin und der Beigeladene), muss der Dienstherr zunächst die Beurteilungen unter Anlegung gleicher Maßstäbe umfassend inhaltlich auswerten und Differenzierungen in der Bewertung einzelner Leistungskriterien oder in der verbalen Gesamtwürdigung zur Kenntnis nehmen. Ergibt der Vergleich der Gesamturteile, dass mehrere Bewerber als im Wesentlichen gleich geeignet einzustufen sind, kann der Dienstherr auf einzelne Gesichtspunkte abstellen, wobei er deren besondere Bedeutung begründen muss. Die Entscheidung des Dienstherrn, welches Gewicht er den einzelnen Gesichtspunkten für das abschließende Gesamturteil und für die Auswahl zwischen im Wesentlichen gleich geeigneten Bewerbern beimisst, unterliegt nur einer eingeschränkten gerichtlichen Nachprüfung. Jedoch muss er die dienstlichen Beurteilungen heranziehen, um festzustellen, ob und inwieweit die einzelnen Bewerber mit gleichem Gesamturteil diese Anforderungen erfüllen. Weitere Erkenntnisquellen können nur ergänzend herangezogen werden. Hat sich der Dienstherr vorab in der Stellenausschreibung durch die Vorgabe der beim künftigen Dienstposteninhaber erwünschten Kenntnisse und Fähigkeiten festgelegt, ist diese Entscheidung für das weitere Auswahlverfahren bindend. Der Dienstherr muss diesen Kriterien besondere Bedeutung zumessen, wenn die Bewerber im Wesentlichen gleich beurteilt sind (vgl. dazu ausführlich BVerwG, B.v. 19.12.2014 - 2 VR 1.14 - juris Rn. 22).

**73**

Hat der Dienstherr Richtlinien über die Erstellung dienstlicher Beurteilungen erlassen, sind die Beurteiler aufgrund des Gleichheitssatzes hinsichtlich des anzuwendenden Verfahrens und der anzulegenden Maßstäbe an diese Richtlinien gebunden.

**74**

Vorliegend haben sowohl die Antragstellerin als auch der Beigeladene in der letzten Regelbeurteilung dieselbe Gesamtpunktzahl erreicht. Auch bei den Einzelkriterien liegen die Antragstellerin und der Beigeladene dicht beieinander. Es obliegt daher zunächst der Antragsgegnerin, die Beurteilungen unter Anlegung gleicher Maßstäbe umfassend inhaltlich auszuwerten und Differenzierungen in der Bewertung einzelner Leistungskriterien oder in der verbalen Gesamtwürdigung vorzunehmen. Ergibt sich auch danach kein Leistungsvorsprung einer der Bewerber, sind die Vorbeurteilung einer entsprechenden Würdigung zu unterziehen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Vorbeurteilungen der Antragstellerin und des Beigeladenen nicht ohne weiteres miteinander vergleichbar sein werden, weil der Beigeladene zum maßgeblichen Zeitpunkt der Vorbeurteilung noch ein Statusamt nach A 11 innehatte, die Antragstellerin hingegen bereits eins nach A 12. Wo genau sich die in der Stellenausschreibung genannten fakultativen Anforderungen in den dienstlichen Beurteilungen wiederfinden, sodass von einem eindeutigen Vorsprung des Beigeladenen auszugehen wäre, erschließt sich nicht. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Auswahl der Antragstellerin ernsthaft möglich.

**75**

Nachdem die Antragstellerin damit sowohl einen Anordnungsgrund als auch einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht hat, war dem Antrag stattzugeben.

**76**

4. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 154 Abs. 1 VwGO. Da der Beigeladene keinen Antrag gestellt und somit kein Kostenrisiko auf sich genommen hat, trägt er seine außergerichtlichen Kosten selbst (§§ 162 Abs. 3, 154 Abs. 3 VwGO).

**77**

5. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 bis 4 GKG. Der Streitwert beträgt danach 1/4 der für ein Kalenderjahr zu zahlenden Bezüge des von der Antragstellerin angestrebten Amtes, ausgenommen nicht ruhegehaltfähige Zulagen (vgl. BayVGh, B.v. 18.4.2018 - 3 CE 18.618 - juris Rn. 10). Bezügebestandteile, die vom Familienstand oder von Unterhaltsverpflichtungen abhängig sind, bleiben außer Betracht (§ 52 Abs. 6 Satz 3 GKG). Maßgeblich ist der Zeitpunkt des Antragseingangs (§ 40 GKG). Zur Abschaffung der Ruhegehaltfähigkeit der Polizeizulage vgl. BVerwG, U.v. 25.8.2011 - 2 C 22/10 - juris. Damit ergibt sich ein Streitwert in Höhe von 17.193,57 Euro (angestrebte Besoldungsgruppe A13 - Stufe 8, 5.731,19 Euro x 12 = 68.774,28 Euro x 1/4 = 17.193,577 Euro).