

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Fachpresse: ja

Recht des öffentlichen Dienstes einschließlich des
Beamten Disziplinarrechts und des Dienstrechts der Soldaten
sowie des Rechts der Wehrpflichtigen und der
Zivildienstpflichtigen

Rechtsquelle/n:

GG Art. 33 Abs. 2, Art. 87b Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 2
VwGO §§ 65, 132 Abs. 2 Nr. 1 und 2, § 133 Abs. 3, § 142 Abs. 1

Titelzeile:

Besetzung eines Wechseldienstpostens nur mit Soldaten

Stichworte:

Beamter; Wechseldienstposten; militärischer Dienstposten;
Auswahlentscheidung; Besetzung mit Beamten oder Soldaten; Organisations-
und Dienstpostenplan; Organisationsermessen des Dienstherrn; vorgelagerte
Organisationsentscheidung; Einrichtung des Dienstpostens; Eigenschaft als
Beamter oder Soldat; Eignungsmerkmal; Anforderungsprofil; Streitkräfte;
Bundeswehrverwaltung; Trennungsgrundsatz; Trennungsgebot; Beiladung;
Aufhebung Revisionsinstanz.

Leitsätze:

1. Die Entscheidung des Dienstherrn, einen sog. Wechseldienstposten nur zur
Besetzung mit einem Soldaten vorzusehen, gehört zum Bereich des
Organisationsermessens des Dienstherrn, das der Auswahlentscheidung unter in
Betracht kommenden Bewerbern vorgelagert ist.

2. Dem sog. Trennungsgrundsatz des Art. 87b Abs. 1 Satz 1 und 2 GG kommt
keine subjektiv-rechtliche Bedeutung zu.

3. Die Aufhebung einer Beiladung ist auch in der Revisionsinstanz möglich (§ 142
Abs. 1, § 65 VwGO), wenn eine Beeinträchtigung der rechtlichen Interessen des
(ursprünglichen) Beigeladenen durch den Ausgang des Rechtsstreits nunmehr
ausgeschlossen ist (hier: in einem Konkurrentenstreitverfahren durch Eintritt in
den Ruhestand).

Beschluss des 2. Senats vom 27. April 2016 - BVerwG 2 B 104.15

- I. VG München vom 21. August 2014
Az: VG M 21 K 13.2359
- II. VGH München vom 5. August 2015
Az: VGH 6 BV 14.2122



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 2 B 104.15
VGH 6 BV 14.2122

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 27. April 2016
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hartung und Dr. Günther

beschlossen:

Die durch Beschluss des Verwaltungsgerichts München
vom 16. Juni 2014 erfolgte Beiladung wird aufgehoben.

Die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung
der Revision in dem Urteil des Bayerischen Verwaltungs-
gerichtshofs vom 5. August 2015 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens
mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beige-
ladenen.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 23 142,81 €
festgesetzt.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Beiladung ist aufzuheben, weil der Beigeladene am 1. Oktober 2015 in den Ruhestand getreten und eine Beeinträchtigung seiner rechtlichen Interessen im Rahmen der streitgegenständlichen Dienstpostenbesetzung damit ausgeschlossen ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 18. Juli 2012 - 8 C 4.11 - ZOV 2012, 354 Rn. 33; Eyermann/Kraft, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 142 Rn. 12 a.E.).

II

- 2 Die auf die Zulassungsgründe der grundsätzlichen Bedeutung (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) und der Divergenz (§ 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) gestützte Beschwerde ist unbegründet.

- 3 1. Der Kläger steht als Leitender Regierungsdirektor (Besoldungsgruppe A 16 BBesO) im Dienst der Beklagten. Am 1. Oktober 2012 bewarb er sich um den Dienstposten des Leiters des Kompetenzzentrums Baumanagement M. beim Bundesamt für Infrastruktur, Umweltschutz und Dienstleistungen der Bundeswehr (BAIUDBw), bei dem er tätig ist. Im Organisations- und Dienstpostenplan ist dieser Dienstposten mit der Objektbezeichnung "InfrastrStOffz SK", der Besoldungsgruppe B 3 BBesO, dem Dienstgrad "Oberst", der Laufbahngruppe "Offiziere" und dem Status "Soldaten" ausgewiesen. Die Beklagte teilte dem Kläger mit, dass der Dienstposten entsprechend dem Organisations- und Dienstpostenplan an einen Soldaten vergeben werden soll. Den gegen die Besetzung des Dienstpostens mit einem Mitbewerber gerichteten Eilantrag des Klägers lehnte das Verwaltungsgericht ab. Der Beigeladene wurde daraufhin auf den Dienstposten versetzt und mit Wirkung vom 1. Oktober 2013 in eine Planstelle der Besoldungsgruppe B 3 BBesO eingewiesen.

- 4 Das Verwaltungsgericht hat auf die Klage des Klägers hin die Beklagte verpflichtet, über die Bewerbung des Klägers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden. Auf die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten hat der Verwaltungsgerichtshof die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat er im Wesentlichen ausgeführt: Der Kläger habe keinen Anspruch auf Neuentscheidung aus Art. 33 Abs. 2 GG. Dem stehe entgegen, dass nach dem Organisations- und Dienstpostenplan die Stelle nur mit einem Soldaten besetzt werden dürfe. Die Schaffung und Besetzung von Stellen des öffentlichen Dienstes diene grundsätzlich allein dem öffentlichen Interesse. Es stehe im organisatorischen Ermessen des Dienstherrn, wie er einen Dienstposten zuschneiden wolle und welche Anforderungen demgemäß der Bewerberauswahl zu Grunde zu legen seien. Dieses sei nur auf sachfremde Erwägungen gerichtlich überprüfbar. Die Einrichtung des strittigen Dienstpostens als militäri-

scher Dienstposten stelle eine derartige der Stellenbesetzung vorgelagerte Organisationsentscheidung des Dienstherrn dar. Sie betreffe als allgemeine Ernennungsvoraussetzung die Art und Wertigkeit des zu vergebenden statusrechtlichen (Beförderungs-)Amtes, nicht jedoch spezielle Anforderungen bei der Bewerberauswahl aufgrund des konkreten Dienstpostens. Die Eigenschaft als Soldat oder Beamter sei grundsätzlich kein Gesichtspunkt, der unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffe. Deshalb sei nicht die Rechtsprechung zu den Anforderungen an ein sog. konstitutives Anforderungsprofil heranzuziehen. Sachfremde Erwägungen seien nicht erkennbar. Die 2012 gegründeten, bundesweit sieben regionalen, zivil/militärisch besetzten Kompetenzzentren hätten u.a. Aufgabenanteile und Dienstpostenstrukturen aufgenommen, die zuvor militärisch durch die Infrastrukturstäbe der Streitkräfte erfüllt worden seien. Mit der Verwendung des Beigeladenen liege auch kein Verstoß gegen Art. 87b Abs. 1 Satz 1 und 2 GG vor. Diese Vorschrift fordere die funktionelle Trennung von Streitkräften und Bundeswehrverwaltung. Dieses Trennungsprinzip verlange jedoch keine organisatorisch-räumliche und statusrechtliche Trennung des Personals. Soldaten und Beamte könnten in gemischt zivil-militärischen Strukturen eingesetzt werden. Entscheidend sei nicht der Status, sondern die jeweils bestehende Aufgabenzuweisung und die entsprechenden Weisungsrechte. Die Verwendung von Soldaten in der Bundeswehrverwaltung sei kein Einsatz im Sinne des Art. 87a Abs. 2 GG; ihnen komme innerhalb der Bundeswehrverwaltung auch keine Befehlsgewalt, sondern nur das beamtenrechtliche Weisungsrecht zu. Soweit vertreten werde, dass exponierte Führungspositionen nicht dem militärischen Personal vorbehalten werden dürften, sei dies hier ohne Belang, weil die im Streit stehende Position mehreren hierarchischen Ebenen untergeordnet und die weit überwiegende Mehrheit der Referatsleiterstellen wie auch die Mehrheit der Leitungen der übrigen Kompetenzzentren zivil ausgestaltet sei.

- 5 2. Eine Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO, wenn sie eine Frage des revisiblen Rechts von allgemeiner, über den Einzelfall hinausreichender Bedeutung aufwirft, die im konkreten Fall entscheidungserheblich ist (stRspr, vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 24. Januar 2011 - 2 B 2.11 - NVwZ-RR 2011, 329 Rn. 5 und vom 9. April 2014 - 2 B 107.13 -

Buchholz 310 § 132 Abs. 2 Ziff. 2 VwGO Nr. 20 Rn. 9). Dabei erfordert die gemäß § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO dem Beschwerdeführer obliegende Darlegungspflicht, innerhalb der Beschwerdefrist mindestens eine in diesem Sinne grundsätzliche Frage konkret zu bezeichnen und einen Hinweis auf den Grund zu geben, der die Annahme der grundsätzlichen Bedeutung rechtfertigen soll (stRspr, vgl. BVerwG, Beschluss vom 10. November 1992 - 2 B 137.92 - Buchholz 310 § 133 <n.F.> VwGO Nr. 6 S. 7 f.).

- 6 Diesen Darlegungsanforderungen wird die Beschwerdebegründung teilweise nicht gerecht. Den insgesamt elf aufgeworfenen Fragen kommt im Übrigen keine grundsätzliche Bedeutung in diesem Sinne zu.
- 7 a) Der Frage, ob die Eigenschaft, Beamter oder Soldat zu sein, eine Eigenschaft sei, die außerhalb des Schutzbereichs von Art. 33 Abs. 2 GG liege, kommt bei wörtlichem Verständnis schon deswegen keine grundsätzliche Bedeutung zu, weil Art. 33 Abs. 2 GG keinerlei Schutzfunktion in diese Richtung entfaltet und es mithin nicht auf die Beantwortung der Frage in einem Revisionsverfahren ankäme. Art. 33 Abs. 2 GG gewährleistet den gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt, nicht aber die Eigenschaft Soldat oder Beamter zu sein.
- 8 Sollte bei rechtsschutzfreundlicher Auslegung die Frage dahingehend zu verstehen sein, ob die Eigenschaft, Beamter oder Soldat zu sein, einer Einbeziehung in eine anhand der Kriterien der Bestenauslese des Art. 33 Abs. 2 GG zu treffende Auswahlentscheidung entgegen stehen könne, so sind die geschilderten Darlegungsanforderungen nicht erfüllt. Der Kläger verweist schlicht auf die Ausführungen des Verwaltungsgerichts. Die erforderliche Auseinandersetzung mit der angegriffenen Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs kann hierin naturgemäß nicht enthalten sein, weil sie Letzterem zeitlich vorgelagert ist. Des Weiteren genügt es nicht den Darlegungsanforderungen, Passagen aus den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen höchstrichterlichen Entscheidungen zu zitieren und mit der Anmerkung zu versehen, diese beträfen die hier relevante Frage nicht konkret (so etwa S. 13 oben der Beschwerdebegründungs-

schrift). Dies stellt keine argumentative Auseinandersetzung mit der angegriffenen Entscheidung dar.

- 9 Soweit sich der Kläger auf Rechtssätze in einem Beschluss vom 4. Februar 2015 mit dem Aktenzeichen 6 CE 14.2477 bezieht, genügt er auch insoweit nicht den Darlegungsanforderungen. Hieraus kann der geltend gemachte Widerspruch zu höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht hergeleitet werden. Denn anders als vom Kläger angenommen, handelt es sich bei dem besagten Beschluss nicht um eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, sondern des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (NVwZ 2015, 604).
- 10 Der aufgeworfenen Frage kommt zudem keine grundsätzliche Bedeutung zu, weil sie in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt ist. Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung (BVerfG, Kammerbeschluss vom 2. Oktober 2007 - 2 BvR 2457/04 - NVwZ 2008, 194). Der Grundsatz der Bestenauslese ist demnach von der Verfassung verbindlich und vorbehaltlos vorgeschrieben (BVerwG, Urteil vom 25. November 2004 - 2 C 17.03 - BVerwGE 122, 237 <239> m.w.N.). Daher können Belange, die nicht im Leistungsgrundsatz verankert sind, bei der Besetzung öffentlicher Ämter nur Berücksichtigung finden, wenn ihnen ebenfalls Verfassungsrang eingeräumt ist (BVerwG, Urteil vom 17. August 2005 - 2 C 37.04 - BVerwGE 124, 99 <102>). Diese Verbindlichkeit des in Art. 33 Abs. 2 GG angeordneten Maßstabs gilt auch für die Auswahlentscheidung um einen Beförderungsdienstposten, wenn der ausgewählte Bewerber nach praktischer Bewährung auf dem Dienstposten ohne nochmalige Auswahl befördert werden soll (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 2. Oktober 2007 - 2 BvR 2457/04 - NVwZ 2008, 194; BVerwG, Urteil vom 16. August 2001 - 2 A 3.00 - BVerwGE 115, 58 <59 ff.>). Dem Bewerber um ein Beförderungsamt oder einen Beförderungsdienstposten vermittelt Art. 33 Abs. 2 GG daher einen subjektiven Anspruch, dass über seine Bewerbung in fehlerfreier Weise entschieden und sie nur aus Gründen zurückgewiesen wird, die durch den Leistungsgrundsatz gedeckt sind (BVerwG, Urteil vom 16. Oktober 2008 - 2 A 9.07 - BVerwGE 132, 110 Rn. 49).

- 11 Diese Grundsätze gelten jedoch nur in einem Auswahlverfahren, das aufgrund einer im Rahmen der Organisationsgewalt des Dienstherrn zur Verfügung gestellten und für die Wahrnehmung bestimmter öffentlicher Aufgaben gewidmeten Stelle durchgeführt wird (vgl. BVerwG, Beschluss vom 23. Dezember 2015 - 2 B 40.14 - Rn. 17, dort zur Zuordnung eines Dienstpostens zu einer Teilstreitkraft der Bundeswehr <zur Veröffentlichung in der Entscheidungssammlung Buchholz bestimmt>). Die Zurverfügungstellung der jeweiligen Stelle ist dem Auswahlverfahren vorgelagert; sie ist nicht Anknüpfungspunkt des Grundsatzes der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG. Die einer Stellenbesetzung vorgelagerten Fragen, ob und ggf. wie viele Stellen (Ämter) mit welcher Wertigkeit geschaffen werden, unterfällt der Organisationsgewalt des Dienstherrn (BVerwG, Urteile vom 28. Oktober 2004 - 2 C 23.03 - BVerwGE 122, 147 <153>, vom 16. Oktober 2008 - 2 A 9.07 - BVerwGE 132, 110 Rn. 54 und vom 30. Juni 2011 - 2 C 19.10 - BVerwGE 140, 83 Rn. 27 f.). In Ausübung seines Organisationsermessens hat der Dienstherr insbesondere Zahl und Art der Stellen im öffentlichen Dienst zu bestimmen (BVerfG, Beschluss vom 25. November 2011 - 2 BvR 2305/11 - NVwZ 2012, 368 Rn. 13; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 19. Januar 2015 - 4 S 43.14 - LKV 2015, 137 Rn. 6). Die Ausübung der Organisationsgewalt, vor allem die Feststellung des Stellen- bzw. Amtsbedarfs, wird nicht durch subjektive Rechtspositionen von Soldaten oder Beamten eingeschränkt (BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2012 - 2 C 11.11 - BVerwGE 145, 237 Rn. 20 m.w.N.). Diese organisations- und haushaltsrechtlichen Vorentscheidungen, die erst zur Existenz eines verfügbaren öffentlichen Amtes führen, sind nicht Gegenstand, sondern Voraussetzung der Gewährleistungen des Art. 33 Abs. 2 GG (BVerwG, Beschluss vom 23. Dezember 2015 - 2 B 40.14 - Rn. 17 m.w.N.).
- 12 Diese Grundsätze gelten auch für die Entscheidung des Dienstherrn, ob ein bestimmter Dienstposten (Leiter des Kompetenzzentrums) mit einem Soldaten (Oberst, Besoldungsgruppe B 3 BBesO) oder mit einem Beamten (Direktor bei einer wehrtechnischen Dienststelle, Besoldungsgruppe B 3 BBesO) besetzt werden soll. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Verwaltungsgerichtshofs hat die Beklagte den streitbefangenen Dienstposten durch den Organisati-

ons- und Dienstpostenplan ausschließlich für einen Soldaten und konkret für das Amt des Oberst (B 3 BBesO) vorgesehen. Hierbei handelt es sich um eine der eigentlichen Auswahlentscheidung vorgelagerte Schaffung einer für ein bestimmtes Amt im statusrechtlichen Sinne innerhalb der Gruppe der Soldaten vorgesehenen Stelle.

- 13 b) Die Fragen 2 und 3, welche dahin gehen, ob die Zuordnung von Dienstposten innerhalb der Bundeswehrverwaltung (hier: zu der Großgruppe der Soldaten unter Ausschluss der Großgruppe der Beamten) zu dem Bereich gehört, den der Dienstherr über das Anforderungsprofil festlegen darf, und ob aus der Formulierung eines Anforderungsprofils ein objektives Verbot folgt, dass die Berufung des Klägers auf Art. 33 Abs. 2 GG ausschließt, haben keine grundsätzliche Bedeutung, weil es auf ihre Beantwortung nicht ankommt. Zu Recht hat der Verwaltungsgerichtshof ausgeführt, dass die von der Beklagten als Voraussetzung für die Stellenbesetzung angesehene Eigenschaft als Soldat der Stellenbesetzung vorgelagert und nicht Teil eines Anforderungsprofils ist (ebenso BVerfG, Beschluss vom 25. November 2011 - 2 BvR 2305/11 - NVwZ 2012, 368 Rn. 20 zur Angestellten- oder Beamteneigenschaft im Hinblick auf Art. 33 Abs. 4 GG). Mit der Zuordnung des Dienstpostens zur Gruppe der Soldaten hat die Beklagte überhaupt erst ein verfügbares öffentliches Amt geschaffen, das nicht Gegenstand, sondern Voraussetzung der Gewährleistungen des Art. 33 Abs. 2 GG ist (vgl. BVerwG, Beschluss vom 23. Dezember 2015 - 2 B 40.14 - Rn. 17). Der Grundsatz der Bestenauslese kann deshalb nur innerhalb dieser Zuordnung, also innerhalb der Gruppe der Soldaten Geltung beanspruchen.
- 14 c) Die vierte Frage, ob die ausschließliche Zuordnung von Dienstposten innerhalb der Bundeswehrverwaltung (hier: zu der Großgruppe der Soldaten unter Ausschluss der Großgruppe der Beamten) ein Vorgang ist, der im allgemeinen Organisationsermessen des Dienstherrn liegt, oder ob Art. 87b GG das freie organisatorische Ermessen des Dienstherrn hinsichtlich der verbindlichen Zuordnung eines Dienstpostens für einen Soldaten einschränkt, ist nicht entscheidungsrelevant. Die aufgezeigte Alternative stellt sich nicht. Nach den Ausführungen zu Rn. 11 unterliegt die Zuordnung des Dienstpostens dem Organisationsermessen des Dienstherrn. Dabei ist der Dienstherr an gesetzliche und erst

recht verfassungsrechtliche Vorgaben, zu denen auch Art. 87b GG gehört, gemäß Art. 20 Abs. 3 GG gebunden (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 2. Oktober 2007 - 2 BvR 2457/04 - BVerfGK 12, 265 <270>).

- 15 d) Mit der Frage 5 sieht der Kläger eine grundsätzliche Bedeutung in der Frage, ob es mit dem Willkürprinzip vereinbar ist (unterstellt es würde kein strengerer Grundsatz gelten), wenn der Dienstherr bei sieben identischen Dienstposten die absolute Notwendigkeit, einen Dienstposten mit einem Soldaten zu besetzen, mit Argumenten begründet, die bei den anderen sechs Dienstposten auch vorliegen und dort nicht zu einem entsprechenden, zumindest nicht immer zwingenden, Vorrang führte. Die allgemeine Bedeutung dieser Frage hat der Kläger nicht dargelegt. Insoweit bezieht er sich allein auf "im Jahr 2012 neu eingerichtete und zahlreich ausgeworfene Wechseldienstposten". Allein die Existenz von Wechseldienstposten lässt aber noch nicht darauf schließen, dass auch hier jeweils eine Zuordnung zu einer der Gruppen der Beamten oder der Soldaten erfolgt. Der Kläger räumt in seiner Frage selbst ein, dass bei den angesprochenen anderen Dienstposten kein entsprechender Vorrang gelten müsse.
- 16 Angesichts der tatsächlichen Feststellungen des Verwaltungsgerichtshofs kann zudem ein Verstoß gegen das Willkürverbot nicht festgestellt werden. Danach haben die insgesamt sieben Kompetenzzentren auch Aufgaben übernommen, die zuvor militärisch durch die Infrastrukturstäbe der Streitkräfte erfüllt wurden. Auch werden vier der sieben Kompetenzzentren von Beamten geleitet.
- 17 e) Die sechste vom Kläger für grundsätzlich erachtete Frage lautet:
- "Unterstellt man, die Qualifizierung von Stellen ausschließlich für Soldaten sei dem allgemeinen Organisationsermessen des Dienstherrn unterworfen, ist es dann willkürlich, wenn Dienstposten innerhalb der Bundeswehrverwaltung ausschließlich Soldaten vorbehalten bleiben, obwohl die Soldaten, die auf diese Dienstposten gesetzt werden, außerhalb ihres Soldatenverbands ausgegliedert werden?"

- 18 Mit der Frage macht der Kläger geltend, dass es wegen der Eingliederung der Soldaten in die Bundeswehrverwaltung nicht auf ihre Gruppenzugehörigkeit zu den Soldaten, sondern allein auf die Einbringung soldatischen Wissens und soldatischer Erfahrungen ankommen könne. Dieses könnten aber auch Beamte haben.
- 19 Der so aufgeworfenen Frage kommt keine grundsätzliche Bedeutung zu, weil sich ihre Beantwortung klar aus dem Gesetz ergibt. Das Willkürverbot findet seine Grundlage im Rechtsstaatsgebot des Art. 20 Abs. 3 GG sowie grundrechtlich im Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG (BVerfG, Urteil vom 27. Mai 1992 - 2 BvF 1/88 - BVerfGE 86, 148 <250, 251>; Beschluss vom 18. April 1996 - 1 BvR 1452/90 u.a. - BVerfGE 94, 12 <34>). Im konkreten Zusammenhang wäre das Willkürverbot verletzt, wenn der Dienstherr bei der Zuordnung von Stellen sachfremde Erwägungen anstellen würde. Davon kann allerdings bei der Zuordnung von Stellen zur Gruppe der Soldaten dann nicht ausgegangen werden, wenn es - wie hier - erkennbar darum geht, soldatische Kompetenz in eine Stelle einzubringen. Unabhängig von der Frage, ob auch ein Beamter soldatisches Wissen und soldatische Erfahrungen haben kann, ist es jedenfalls nicht willkürlich, Stellen mit entsprechenden Anforderungen von vornherein Soldaten vorzubehalten.
- 20 f) Die siebte vom Kläger für grundsätzlich gehaltene Frage, ob es mit dem Willkürprinzip vereinbar ist, wenn der Dienstherr die in dem Organisations- und Dienstpostenplan vorgesehene Wechselbezüglichkeit durch eine interne Verwaltungsentscheidung, die weder der Behörde gegenüber noch der Öffentlichkeit gegenüber begründet wird, auf eine zwangsweise Reduzierung der Besetzung mit einem Soldaten, d.h. die Umwandlung eines Wechseldienstpostens auf einen zwingend militärischen Dienstposten beschränkt, ist nicht entscheidungserheblich. Denn nach den tatsächlichen Feststellungen des Verwaltungsgerichtshofs hat der Dienstherr die im Organisations- und Dienstpostenplan enthaltene Wechselbezüglichkeit nicht durch einen weiteren internen Akt beschränkt. Vielmehr ergibt sich die Zuordnung zur Gruppe der Soldaten, konkret zum Amt des Oberst (Besoldungsgruppe B 3 BBesO) aus dem Organisations-

und Dienstpostenplan selbst. Die allgemeine Bedeutung dieser Frage ist zudem nicht hinreichend dargelegt.

- 21 g) Die achte Frage, ob es mit Art. 87b GG vereinbar ist, Dienstposten der Bundeswehrverwaltung, die mit Statusämtern der Verwaltung verknüpft sind, ausschließlich Soldaten zuzuweisen, ist ebenfalls nicht entscheidungserheblich. Der Kläger geht davon aus, dass die streitbefangene Stelle im Haushaltsplan dem höheren allgemeinen Verwaltungsdienst zugeordnet ist. Dies trifft so nicht zu. Für den Bereich der Bundeswehrverwaltung sieht der Bundeshaushaltsplan vielmehr 20 sog. Wechselstellen der Besoldungsgruppe B 3 BBesO vor, die "mit fachlich ausgebildeten Soldatinnen und Soldaten besetzt werden" dürfen (vgl. Anlage zu § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Feststellung des Bundeshaushaltsplans für das Haushaltsjahr 2014 <Haushaltsgesetz 2014> vom 15. Juli 2014, BGBl. I S. 914, Einzelplan 14, Kapitel 1404, Haushaltsvermerk zu Titel 422 01, Nr. 3, S. 154, sowie Anlage zu § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Feststellung des Bundeshaushaltsplans für das Haushaltsjahr 2015 <Haushaltsgesetz 2015> vom 23. Dezember 2014 - BGBl. I S. 2442, Einzelplan 14, Kapitel 1404, Haushaltsvermerk zu Titel 422 01, Nr. 3, S. 156). Eine normative Festlegung, die den konkreten Dienstposten einem Beamten zuweist, ist von der Beschwerde nicht dargelegt und auch sonst nicht ersichtlich.
- 22 h) Des Weiteren wirft der Kläger die für grundsätzlich erachtete Frage (Nr. 9) auf, ob es mit Art. 87b GG bzw. mit dem aus ihm folgenden Trennungsgebot vereinbar ist, Wechseldienstposten auszuweisen. Auf diese Frage kommt es im vorliegenden Rechtsstreit nicht an, weil dem aus Art. 87b Abs. 1 Satz 1 und 2 GG folgenden Trennungsgebot kein subjektiv-rechtlicher Charakter zukommt. Wie zu Frage 1 bereits aufgeführt (s.o. Rn. 11) ist die Zuordnung der streitbefangenen Stelle zur Gruppe der Soldaten der Auswahlentscheidung vorgelagert und damit außerhalb des Schutzbereichs des Art. 33 Abs. 2 GG (vgl. BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2012 - 2 C 11.11 - BVerwGE 145, 237 Rn. 20), der hier allein subjektive Rechte des Klägers vermitteln könnte. Diese Zuordnung unterliegt auch nicht als objektive Norm der inzidenten gerichtlichen Kontrolle. Auch diese kann nur greifen, wenn im Rahmen des Anwendungsbereichs von Art. 33 Abs. 2 GG mit der Auswahl eines anderen Kandidaten gegen objektives

Recht verstoßen wird (BVerwG, Urteil vom 16. Oktober 2008 - 2 A 9.07 - BVerwGE 132, 110 Rn. 50). Die weitere höchstrichterliche Rechtsprechung, welche sich mit der gerichtlichen Kontrolle etwa des Zuschnitts eines Dienstpostens befasst, betrifft jeweils nur die Überprüfung des Anforderungsprofils eines Dienstpostens, nicht aber die Frage der Zurverfügungstellung der ihm zugrunde liegenden Stelle (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 2. Oktober 2007 - 2 BvR 2457/04 - BVerfGK, 12, 265 <270>; BVerwG, Urteil vom 28. Oktober 2004 - 2 C 23.03 - BVerwGE 122, 147 <153>, Beschlüsse vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 25 und vom 19. Dezember 2014 - 2 VR 1.14 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 65 Rn. 24).

- 23 i) Die Fragen 10 und 11 betreffen ebenfalls die Frage der Einhaltung der Vorgaben des Art. 87b GG, die hier nach dem zu h) Ausgeführten nicht von Bedeutung ist.
- 24 3. Die von dem Kläger geltend gemachte Divergenz liegt ebenfalls nicht vor.
- 25 Der Zulassungsgrund der Divergenz gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO ist gegeben, wenn die Beschwerde einen inhaltlich bestimmten, die angefochtene Entscheidung tragenden abstrakten Rechtssatz benennt, mit dem die Vorinstanz einem in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aufgestellten ebensolchen, die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts tragenden Rechtssatz in Anwendung derselben Rechtsvorschrift widersprochen hat (vgl. BVerwG, Beschluss vom 9. April 2014 - 2 B 107.13 - Buchholz 310 § 132 Abs. 2 Ziff. 2 VwGO Nr. 20 Rn. 3 m.w.N.). Dies zeigt die Beschwerdebegründung nicht auf.
- 26 Der Kläger sieht eine dreifache Abweichung zum Beschluss des BVerwG vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - (BVerwGE 147, 20).
- 27 a) Die auf S. 36 der Zulassungsbegründung geltend gemachte Abweichung betrifft die Passage der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs (Rn. 23 des Urteilsabdrucks), in der er ausführt, die Einrichtung und nähere Ausgestaltung von Dienstposten dürfe vom Dienstherrn nach seinen organisatorischen Be-

dürfnissen und Möglichkeiten vorgenommen werden. Dies versteht der Kläger so, dass der Verwaltungsgerichtshof damit habe zum Ausdruck bringen wollen, "die Eigenschaft als Soldat oder als Beamter sei ein Gesichtspunkt, der in die Freiheit des Dienstherrn, das Anforderungsprofil zu formulieren", falle. Der Verwaltungsgerichtshof hat demgegenüber in Rn. 24 des Urteilsabdrucks deutlich gemacht, dass er die Eigenschaft als Beamter oder Soldat gerade nicht zum Anforderungsprofil zählt, sondern als der Stellenbesetzung vorgelagerte Organisationsentscheidung. Eine Divergenz zu der genannten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, die sich ihrerseits mit Anforderungsprofilen befasst, kann daher nicht bestehen.

- 28 b) Eine Divergenz besteht auch nicht in der zuletzt genannten Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs, die Eigenschaft als Soldat oder als Beamter sei kein Gesichtspunkt, bei dem die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu den Anforderungen an ein Anforderungsprofil heranzuziehen sei. In dieser Aussage sieht der Kläger eine Abweichung zu Rn. 25 der genannten Entscheidung. Die von ihm zitierte Passage in Rn. 25 des Beschlusses des Bundesverwaltungsgerichts gehört systematisch zu den Ausführungen zum dortigen Gliederungspunkt bb), welche in Rn. 24 beginnen. Wie dort einleitend deutlich wird, befassen sie sich ausschließlich mit den Anforderungen an die Aufstellung eines Anforderungsprofils. Eine Divergenz ist von daher schon ausgeschlossen, weil der Verwaltungsgerichtshof gerade nicht davon ausgeht, dass im konkreten Fall die Eigenschaft, Soldat oder Beamter zu sein, zum Anforderungsprofil gehört (s.o. Rn. 11). Im Übrigen befasste sich die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts mit der Zulässigkeit, Bewerber durch die konkrete Dienstpostenbeschreibung von dem Zugang eines ihnen an sich offen stehenden Statusamtes fernzuhalten (Rn. 28). Dem Verwaltungsgerichtshof lag demgegenüber eine Fallkonstellation zu Grunde, in der nicht die Dienstpostenbeschreibung, sondern die Zuordnung der Stelle zur Gruppe der Soldaten den Kläger ausschloss und in der der Kläger die Voraussetzungen für das in der Folge der Dienstpostenvergabe nach dem Organisations- und Dienstpostenplan zu besetzende Statusamt (Oberst) nicht erfüllte.

- 29 c) Die letzte, ab S. 38 der Beschwerdebegründung geltend gemachte Abweichung ist schon nicht hinreichend dargelegt. Es fehlt die Benennung eines konkreten Rechtssatzes des Verwaltungsgerichtshofs, in dem die Abweichung zum Ausdruck kommen soll. Die verallgemeinerte Aussage, der Verwaltungsgerichtshof knüpfe die Auswahlentscheidung an die Anforderung des konkreten Dienstpostens an, genügt den Darlegungsanforderungen nicht. Im Übrigen trifft die Aussage nicht zu, weil der Verwaltungsgerichtshof wie unter Rn. 28 aufgezeigt gerade nicht davon ausging, die Eigenschaft als Soldat gehöre zu den Anforderungen des Dienstpostens.
- 30 4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 und 3, § 162 Abs. 3 VwGO. Die Festsetzung des Streitwerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 40, § 47 Abs. 1 und 3, § 52 Abs. 6 Satz 4 und Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 GKG n.F sowie Ziffer 10.3 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013.

Domgörgen

Dr. Hartung

Dr. Günther