



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 2 A 9.07
2 BvR 2457/04

Verkündet
am 16. Oktober 2008
Hänig
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 16. Oktober 2008
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Herbert,
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Kugele und Dr. Heitz,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Thomsen und
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Burmeister

für Recht erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der Kosten des früheren Beigeladenen, die dieser selbst trägt.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Klägerin, eine Leitende Regierungsdirektorin (BesGr A 16 BBesO), war Leiterin eines Referats in der Abteilung I „Operative Aufklärung“ des Bundesnachrichtendienstes. Sie wendet sich gegen ihre Regelbeurteilung für den Beurteilungszeitraum 1. Oktober 1997 bis 30. September 2000 sowie gegen die Entscheidung der Beklagten, den Dienstposten des Unterabteilungsleiters 46 dem früheren Beigeladenen, einem Soldaten, und nicht ihr zu übertragen.
- 2 Bereits vor der Erstellung der angegriffenen dienstlichen Beurteilung hatte die Klägerin den zuständigen Erstbeurteiler, den damaligen Leiter der Unterabteilung 11, Direktor beim Bundesnachrichtendienst a.D. K., als voreingenommen bezeichnet und die Beklagte erfolglos gebeten, einen anderen Beurteiler zu bestellen. In die Beurteilung ist ein Beurteilungsbeitrag des Leitenden Regierungsdirektors a.D. T. für das Jahr 1998 eingeflossen, den die Klägerin ebenfalls als voreingenommen ablehnte.
- 3 In der dienstlichen Beurteilung waren vom Erstbeurteiler die einzelnen Leistungsmerkmale mit Noten zwischen 2+ und 3 der vierstufigen Notenskala und

der Leistungsbereich insgesamt mit der Gesamtnote 2- bewertet worden. In der frei formulierten Begründung fand sich die Bemerkung: „Die Grundsätze der Mitarbeiterführung beherrscht sie in der Theorie, die praktische Umsetzung war nicht immer problemfrei.“ Der Zweitbeurteiler hat sich der Gesamtnote 2- für die Leistungsmerkmale angeschlossen und in seiner Begründung zum Führungsverhalten der Klägerin ausgeführt: „In der Menschenführung fühlt sich Frau S. einem kooperativen Führungsstil verpflichtet, ohne diesen immer konsequent und mit der notwendigen Vorbildfunktion eines Vorgesetzten in der Position eines Führungsstellenleiters tatsächlich umzusetzen.“ Bei der Befähigungsbeurteilung stufte der Erstbeurteiler die Klägerin in Anwendung der ebenfalls vierstufigen Notenskala bei den meisten Merkmalen in der Stufe C ein, im Übrigen zweimal in der niedrigsten Notenstufe A, dreimal in B und fünfmal in der höchsten Notenstufe D ein. Das zusammenfassende Gesamturteil beider Beurteiler für den Bereich „Befähigung“ lautete auf „2-“.

- 4 Der Leiter des Referats „Qualitätskontrolle“ im Bundesnachrichtendienst, Dr. N., untersuchte, ob Anhaltspunkte für die behauptete Voreingenommenheit des Erstbeurteilers zu erkennen seien, und gelangte zu dem Ergebnis, dass der Unterabteilungsleiter voreingenommen erscheine, wenn er sich so verhalten habe, wie es die Klägerin in ihren zahlreichen Vermerken geschildert habe. Dies zeige sich letztlich darin, dass er versucht habe, die Spannungen im Referat der Klägerin, die durch die Reaktion eines Mitarbeiters auf Kritik der Klägerin entstanden seien, in der Weise zu lösen, dass er nicht selbst tätig geworden sei, sondern die Umsetzung der Klägerin betrieben habe.
- 5 Im Februar 2002 bewarb sich die Klägerin um den nach Besoldungsgruppe B 3 eingestuften Dienstposten des Unterabteilungsleiters „Personalmanagement und Organisationsentwicklung“. Die Beklagte verglich die Eignung der Bewerber, wobei sie bei der Klägerin deren dienstliche Beurteilung für den Beurteilungszeitraum 1. Oktober 1997 bis 30. September 2000 zugrunde legte, und entschied, den Dienstposten dem früheren Beigeladenen zu übertragen.

- 6 Mit Widerspruchsbescheiden vom 25. September 2003 wies die Beklagte die Widersprüche der Klägerin gegen die Weigerung, einen anderen Erstbeurteiler zu bestellen, gegen die dienstliche Beurteilung und gegen ihre Nichtberücksichtigung bei der Dienstpostenvergabe zurück.

- 7 Mit ihrer Klage hat die Klägerin im Wesentlichen vorgetragen: Der Erstbeurteiler, Direktor beim Bundesnachrichtendienst a.D. K., sei voreingenommen gewesen. Er habe sich von einem Mitarbeiter in ihrem Referat, den sie habe kritisieren müssen, einreden lassen, sie sei führungsschwach. Um ihr durch derartige Schmähungen gefährdetes Ansehen in der Unterabteilung zu wahren, habe sie zwei ihr loyal erscheinende Sachgebietsleiter über das Verhalten des Mitarbeiters ins Bild gesetzt. Dazu habe sie den beiden einen Bericht überlassen, den sie zum Verhalten des Mitarbeiters verfasst habe und der für den Abteilungsleiter 1 bestimmt gewesen sei. Einer der beiden Sachgebietsleiter habe dieses Schreiben an den Mitarbeiter weitergegeben. Der Unterabteilungsleiter mache ihr dieses Verhalten zum Vorwurf und ergreife einseitig Partei für den Mitarbeiter. Auch der Verfasser des Beurteilungsbeitrags, Leitender Regierungsdirektor a.D. T., sei voreingenommen gewesen, weil sie sich im Jahre 1996/1997 als damals zuständige Leiterin des Statusreferats Beamte nicht für seine - unzulässige - Beförderung zum Direktor beim Bundesnachrichtendienst eingesetzt habe. Als der Beamte später ihr Vorgesetzter in der Unterabteilung 11 geworden sei, habe er sie gegenüber den Angehörigen ihres Referats desavouiert.

- 8 Die Vergabe des Beförderungsdienstpostens an den früheren Beigeladenen sei rechtswidrig, weil ein Soldat nicht in einer zivilen Behörde zur Erledigung von Verwaltungsaufgaben herangezogen werden dürfe. Bei dem Eignungsvergleich habe die dienstliche Beurteilung nicht herangezogen werden dürfen, solange das Widerspruchs- und anschließend das Klageverfahren anhängig gewesen seien.

9 Die Klägerin hat beantragt,

1. den Bescheid der Beklagten vom 14. April 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25. September 2003 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, über die Bewerbung der Klägerin um den Dienstposten des Unterabteilungsleiters „Personalmanagement/Personalentwicklung“ im Bundesnachrichtendienst unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden,

2. den Widerspruchsbescheid der Beklagten vom 25. September 2003 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, die Beurteilung der Klägerin für den Beurteilungszeitraum 1. Oktober 1997 bis 30. September 2000 aufzuheben und im Rahmen anstehender oder entstehender Dienstpostenkonkurrenzsituationen bezüglich nach Besoldungsgruppe B 3 bewerteter Dienstposten für die Klägerin eine fiktive Laufbahnnachzeichnung entsprechend dem Verfahren bei freigestellten Personalratsmitgliedern im Bundesnachrichtendienst vorzunehmen,

hilfsweise:

die Beklagte unter Aufhebung des Widerspruchsbescheides vom 25. September 2003 zu verurteilen, durch einen anderen als den bisherigen Erstbeurteiler und ohne Berücksichtigung des Beurteilungsbeitrags vom 1. Dezember 1998 eine erneute dienstliche Beurteilung für den Beurteilungszeitraum 1. Oktober 1997 bis 30. September 2000 erstellen zu lassen.

10 Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

11 Der Senat hat Beweis erhoben über die Frage,

ob der bei der dienstlichen Beurteilung der Klägerin für den Beurteilungszeitraum 1. Oktober 1997 bis 30. September 2000 tätig gewesene Erstbeurteiler oder der Verfasser des Beurteilungsbeitrags vom 1. Dezember 1998 Verhaltensweisen an den Tag gelegt haben, die erkennen lassen, dass sie gegenüber der Klägerin voreingenommen waren.

- 12 Dazu hat er die früheren Leiter der Unterabteilung 11, den Direktor beim Bundesnachrichtendienst a.D. K. sowie den Leitenden Regierungsdirektor a.D. T. als Zeugen vernommen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Niederschrift über die Zeugenvernehmung im Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 23. September 2004 verwiesen.
- 13 Durch Urteil vom 23. September 2004 hat der Senat die Klagen abgewiesen und zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:
- 14 Der zu 2. gestellte Hauptantrag bleibe ohne Erfolg, weil die Klägerin keinen Anspruch darauf habe, künftig nicht mehr dienstlich beurteilt zu werden. Dies könne die oberste Dienstbehörde nach § 40 Abs. 2 Bundeslaufbahnverordnung - BLV - zwar ausnahmsweise zulassen; für den von der Klägerin hierfür angeführten Grund, nämlich eine im gesamten Bundesnachrichtendienst verbreitete, jederzeit wirksam werdende Voreingenommenheit ihr gegenüber, bestünden jedoch keine Anhaltspunkte.
- 15 Der zu 2. gestellte Hilfsantrag auf erneute dienstliche Beurteilung für den Beurteilungszeitraum Oktober 1997 bis September 2000 sei ebenfalls unbegründet. Die dienstliche Beurteilung der Klägerin zum 1. Oktober 2000 leide an keinem Rechtsfehler.
- 16 Die Vergabe unterschiedlicher Teilnoten für die Leistungsmerkmale „Arbeitsgüte“ (2+) und „Führung“ (3+) sei kein innerer Widerspruch. Sie erkläre sich dadurch, dass der Klägerin als Referatsleiterin die Personalführung in Bezug auf die Mitarbeiter des Referats und die Wahrnehmung von Fachaufgaben, für die das Referat zuständig sei, nebeneinander oblägen.
- 17 Die dienstliche Beurteilung sei nicht durch Voreingenommenheit des Erstbeurteilers oder des Verfassers des Beurteilungsbeitrags beeinflusst. Weder der ehemalige Direktor beim Bundesnachrichtendienst K. als Erstbeurteiler noch der ehemalige Leitende Regierungsdirektor T. als Verfasser des Beurteilungsbeitrags hätten nach den Feststellungen des Senats während des Beurteilungsverfahrens, im Beurteilungszeitraum oder in der Zeit davor Verhaltensweisen

gezeigt, die eine Voreingenommenheit gegenüber der Klägerin erkennen ließen.

- 18 Der zweite Hauptantrag, die Beklagte zur erneuten Entscheidung über die Bewerbung der Klägerin um den Dienstposten des Unterabteilungsleiters „Personalmanagement/Personalentwicklung“ zu verpflichten, sei gleichfalls unbegründet. Die Entscheidung der Beklagten, den Dienstposten mit dem Beigeladenen und nicht mit der Klägerin zu besetzen, sei rechtmäßig.
- 19 Soweit die Klägerin die Dienstpostenvergabe an den Beigeladenen beanstande, weil dieser Soldat sei, sei die Klage unzulässig. Inwieweit und in welcher Form sich die Beklagte zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgabe nach § 1 Abs. 2 BNDG der Mitarbeit von Soldaten bediene, die aus den Befehlsstrukturen der Streitkräfte ausgegliedert seien, sei eine Organisationsfrage, deren Regelung durch die Beklagte eigene Rechte der Klägerin nicht berühre.
- 20 Bei der Auswahl zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen als Bewerber, deren statusrechtliches Amt dem Range nach niedriger sei als die Besoldungsgruppe, der der zu besetzende Dienstposten zugeordnet sei, habe die Beklagte gemäß Art. 33 Abs. 2 GG und den diese Verfassungsnorm konkretisierenden beamtenrechtlichen Vorschriften allein nach dem Maßstab der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zu verfahren gehabt. Die Einschätzung der Beklagten, dass der Beigeladene besser geeignet sei, sei rechtlich nicht zu beanstanden. Diese Einschätzung könne als Akt wertender Erkenntnis von den Gerichten nur darauf überprüft werden, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten, der richtige Sachverhalt zugrunde gelegt, der Begriff der Eignung und der gesetzlichen Grenzen der Beurteilungsermächtigung zutreffend erfasst worden seien, sachfremde Erwägungen fehlten sowie die allgemeinen Bewertungsmaßstäbe beachtet worden seien. Die Beklagte sei diesen Grundanforderungen gerecht geworden.
- 21 Auf die Verfassungsbeschwerde der Klägerin hat die 1. Kammer des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts das Urteil mit Beschluss vom 2. Oktober 2007 - 2 BvR 2457/04 - aufgehoben und dazu im Wesentlichen ausgeführt:

- 22 Sollte - wie von der Klägerin vorgetragen - die Verwendung eines Soldaten auf dem von ihr angestrebten Beförderungsdienstposten tatsächlich gegen Art. 87a Abs. 2 GG verstoßen, würde die Auswahlentscheidung zugunsten des Mitbewerbers mit Art. 33 Abs. 2 GG nicht zu vereinbaren sein. Denn in diesem Falle würde der ausgewählte Konkurrent die gesetzlich vorgeschriebenen Mindestanforderungen nicht erfüllen. Entgegen der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts stehe dem nicht entgegen, dass Art. 87a GG nicht beruflichen Interessen eines Beamten zu dienen bestimmt sei. Hierauf komme es nicht an, weil sich die subjektive Berechtigung der Klägerin nicht aus Art. 87a GG, sondern aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebe.
- 23 Die Klägerin betreibt ihr ursprüngliches Klageverfahren weiter. Wegen einer unmittelbar bevorstehenden Neustrukturierung des Bundesnachrichtendienstes, in deren Folge der angestrebte Dienstposten entfällt, hat sie die Klage um die Dienstpostenvergabe in eine entsprechende Feststellungsklage geändert. Der Senat hat daraufhin mit Beschluss vom 24. September 2008 den Beiladungsbeschluss aufgehoben.
- 24 Zur Begründung ihrer Klage wiederholt sie ihr bisheriges Vorbringen und nimmt Bezug auf ihren Vortrag im Rahmen der Verfassungsbeschwerde.
- 25 Insbesondere hält sie daran fest, dass der Erstbeurteiler und der Leitende Regierungsdirektor a.D. T. voreingenommen gewesen seien. Dies sei durch die Zeugenvernehmung nicht widerlegt. Herr K. sei auch für die nachfolgende Regelbeurteilung, die Gegenstand des Klageverfahrens BVerwG 2 A 1.08 sei, zuständig gewesen, habe sein bisheriges Verhalten nicht abgelegt und ihr mit der Note 3+ angesichts der im BND bestehenden Noteninflation erneut völliges Versagen attestiert. Sie habe vorher Spitzenbeurteilungen erhalten wie auch jetzt wieder nach ihrer Umsetzung in eine andere Abteilung mit der Regelbeurteilung zum Stichtag 1. April 2007. Die Notwendigkeit der fiktiven Laufbahnnachzeichnung folge aus dem Umstand, dass der Erstbeurteiler, Herr K., der Zweitbeurteiler, Herr M., ebenso wie der seinerzeitige Vizepräsident und der seinerzeitige Präsident des BND inzwischen im Ruhestand seien.

- 26 Zur Dienstpostenvergabe begründet die Klägerin ihr Feststellungsinteresse damit, dass auch bei künftigen Bewerbungen erneut Konkurrenzsituationen mit Soldaten entstehen könnten. Konkret habe sie sich um den Referatsleiterposten „Arbeitsgruppe Personal“, bewertet nach B 3, beworben, der den wegfallenden, vormals streitbefangenen Unterabteilungsleiterposten ersetzen solle. Ihr berechtigtes Feststellungsinteresse ergebe sich auch aus der Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs.
- 27 In der Sache vertritt sie die Auffassung, dass bereits das Anforderungsprofil wegen Verstoßes gegen Art. 87a Abs. 1 und Abs. 2 GG fehlerhaft gewesen sei. Außerdem habe dem früheren Beigeladenen als Soldaten wegen Art. 87a GG die erforderliche Eignung und als Diplomingenieur auch die erforderliche Befähigung für den zu besetzenden Dienstposten gefehlt, der insbesondere Rechtsanwendungen im Personalwesen erfordere und deshalb durch einen Juristen zu besetzen gewesen sei. Da es sich um keinen Dienstposten der militärischen Auslandsaufklärung handele, dürfe nach der Rahmenvereinbarung zwischen dem Bundeskanzleramt und dem Bundesministerium der Verteidigung ein Soldat nicht auf einem solchen Dienstposten verwendet werden. Ein rechtsfehlerfreier Leistungsvergleich zwischen ihr und dem Soldaten sei aufgrund der Unterschiedlichkeit der Beurteilungssysteme nicht möglich gewesen.
- 28 Die Klägerin beantragt,
1. festzustellen, dass der Bescheid der Beklagten vom 14. April 2003 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25. September 2003 rechtswidrig war,
 2. den Widerspruchsbescheid der Beklagten vom 25. September 2003 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, die Regelbeurteilung der Klägerin für den Beurteilungszeitraum 1. Oktober 1997 - 30. September 2000 aufzuheben und im Rahmen anstehender Dienstpostenkonkurrenzsituationen bezüglich nach B 3 bewerteter Dienstposten für die Klägerin eine fiktive Laufbahnnachzeichnung vorzunehmen entsprechend dem im BND durchgeführten Verfahren bei freigestellten Personalratsmitgliedern,

hilfsweise,

die Beklagte unter Aufhebung des Widerspruchsbescheides vom 25. September 2003 zu verurteilen, durch einen anderen als den bisherigen Erstbeurteiler und ohne Berücksichtigung des Beurteilungsbeitrags vom 1. Dezember 1998 eine erneute dienstliche Beurteilung für den Beurteilungszeitraum 1. Oktober 1997 bis 30. September 2000 erstellen zu lassen.

29 Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

30 Sie tritt der Klage entgegen und ist der Auffassung, der gesetzliche Auftrag des Bundesnachrichtendienstes umfasse auch die militärische Auslandsaufklärung, so dass die Verwendung von Soldaten notwendig und zulässig sei. Nach der Rahmenvereinbarung zwischen dem Bundeskanzleramt und dem Bundesministerium der Verteidigung seien die Soldaten ausschließlich dem Präsidenten des Bundesnachrichtendienstes fachlich unterstellt, wenn sie auch disziplinarrechtlich und dienstlich Soldaten blieben. Während der Verwendung im Bundesnachrichtendienst seien die Soldaten daher nicht Bestandteil der „Streitkräfte“ i.S.d. Art. 87a GG. Es liege aber auch kein „Einsatz“ i.S.d. Art. 87a Abs. 2 GG vor, da die Soldaten im Bundesnachrichtendienst nicht als Teil der vollziehenden Gewalt das äußere Gewaltmonopol des Staates verkörperten (vgl. § 2 Abs. 3 BNDG). Kein Mitarbeiter des Bundesnachrichtendienstes habe Exekutivbefugnisse (vgl. §§ 1, 2 BNDG). Die Stellen der Soldaten im Bundesnachrichtendienst seien im Haushaltsgesetz ausgewiesen.

II

31 Die Klage, über die der Senat nach § 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO in erster und letzter Instanz entscheidet, ist unbegründet. Die Klägerin hat weder einen Anspruch darauf, dass die Regelbeurteilung für den Beurteilungszeitraum Oktober 1997 bis September 2000 durch eine fiktive Laufbahnnachzeichnung ersetzt noch dass hierfür eine neue dienstliche Beurteilung erstellt wird, noch war die Ent-

scheidung über ihre Bewerbung um den Dienstposten des Leiters der Unterabteilung „Personalmanagement/Personalentwicklung“ rechtswidrig.

- 32 1. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Ersetzung ihrer Regelbeurteilung durch eine fiktive Laufbahnnachzeichnung.
- 33 Während die Klägerin zur Begründung ursprünglich ausgeführt hat, es bestehe eine im gesamten Bundesnachrichtendienst verbreitete, jederzeit wirksam werdende Voreingenommenheit ihr gegenüber, macht sie nun geltend, dass infolge der Zurrufsetzung der seinerzeit zuständigen Erst- und Zweitbeurteiler und deren Vorgesetzter nicht ersichtlich sei, wer die Beurteilung erstellen könne. Auch mit der geänderten Klagebegründung bleibt der Antrag ohne Erfolg. Allein aus der Tatsache, dass alle seinerzeit am Beurteilungsverfahren Beteiligten und die bei einer unterstellten Voreingenommenheit der Erst- und Zweitbeurteiler in Frage kommenden Ersatzbeurteiler (Vizepräsident und Präsident des BND) nicht mehr im Dienst sind, lässt sich der geltend gemachte Anspruch der Klägerin nicht ableiten. Das gilt selbst dann, wenn die Fehlerhaftigkeit der Beurteilung unterstellt wird.
- 34 Das bloße Ausscheiden eines Beurteilers aus dem Dienst stellt keinen Hinderungsgrund für die Neuerstellung einer Beurteilung dar. Grundsätzlich sind Beurteilungen im Falle ihrer Aufhebung bei der Verhinderung der seinerzeitigen Beurteiler vom nunmehr an deren Stelle getretenen Amtsinhaber oder demjenigen, den die jeweiligen Beurteilungsbestimmungen ersatzweise vorsehen, zu erstellen. Dementsprechend sehen die Bestimmungen über die Beurteilung der Beamten und Angestellten im Bundesnachrichtendienst i.d.F. vom August 2000 (Beurteilungsbestimmungen-BND) in Nummer 8 vor, dass der Unterabteilungsleiter Personal- und Sozialwesen die Beurteilenden bestimmt, sofern infolge besonderer organisatorischer Gegebenheiten oder besonderer Verhältnisse Abweichungen bzw. zusätzliche Regelungen der Zuständigkeiten notwendig sind.
- 35 Der dann zuständige Beurteiler kann sich aller verfügbaren und geeigneten Erkenntnisquellen bedienen. Hierzu ist er in bestimmten Fällen sogar verpflichtet,

etwa wenn der Beamte ihm nicht oder nicht während des gesamten Beurteilungszeitraums unterstellt war. Dann hat er einen Beurteilungsbeitrag des früheren Vorgesetzten einzuholen (vgl. Urteile vom 5. November 1998 - BVerwG 2 A 3.97 - BVerwGE 107, 360 <361 f.> = Buchholz 236.11 § 1a SLV Nr. 5 und vom 21. März 2007 - BVerwG 2 C 2.06 - Buchholz 232.1 § 40 BLV Nr. 27 sowie Beschluss vom 26. Februar 2004 - BVerwG 2 B 41.03 - Buchholz 232.1 § 40 BLV Nr. 24; vgl. auch Beurteilungsbestimmungen-BND Nummern 4, 5 und 18). Es ist deshalb auch grundsätzlich möglich, dass der dann zuständige Beurteiler z.B. Informationen oder schriftliche Stellungnahmen von den aus dem Amt ausgeschiedenen, vormals zuständigen Beurteilern einholt (vgl. Urteile vom 5. November 1998 a.a.O. S. 360 und vom 21. März 2007 a.a.O.). Er muss allerdings diese Beiträge selbstständig würdigen (vgl. Urteil vom 21. März 2007 a.a.O.). Im Streitfall könnte er sogar auf die bereits abgegebenen Beurteilungen als Erkenntnismittel zurückgreifen, sofern er (bei unterstellter Fehlerhaftigkeit der Beurteilung) die vom Senat festgestellten Fehler berücksichtigt.

- 36 Dies begründet sich daraus, dass zur Erfüllung der Funktion der Beurteilung nach Art. 33 Abs. 2 GG, die Grundlage für künftige Auswahlentscheidungen zu bieten, eine möglichst lückenlose Leistungsnachzeichnung gewährleistet sein muss. Dementsprechend sieht § 40 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung über die Laufbahnen der Bundesbeamten (Bundeslaufbahnverordnung - BLV) i.d.F. der Bekanntmachung vom 2. Juli 2002 (BGBl I S. 2459, berichtigt S. 2671), zuletzt geändert durch die Verordnung vom 18. September 2002 (BGBl I S. 3664), vor, dass Eignung und Leistung des Beamten mindestens alle fünf Jahre oder wenn es die dienstlichen oder persönlichen Verhältnisse erfordern, zu beurteilen sind.
- 37 Dies hat weiter zur Folge, dass die oberste Dienstbehörde von der ihr erteilten Befugnis, nach § 40 Abs. 2 BLV Ausnahmen von der regelmäßigen Beurteilung und bei über 50 Jahre alten Beamten auch von der nicht regelmäßigen Beurteilung zuzulassen, nur in wenigen Fällen Gebrauch machen kann. Deshalb ist die fiktive Laufbahnnachzeichnung nur für Beamte vorgesehen, die im Beurteilungszeitraum freigestellt waren, so bei den gemäß § 46 Abs. 3 BPersVG freigestellten Personalratsmitgliedern (vgl. Beschluss vom 7. November 1991 - BVerwG 1 WB 160.90 - BVerwGE 93, 188 <192>, Urteil vom 21. September

2006 - BVerwG 2 C 13.05 - BVerwGE 126, 333 = Buchholz 237.8 § 12 RhPLBG Nr. 1 m.w.N.) oder bei Beamten im Erziehungsurlaub (vgl. die Ausnahmefälle zur Regelbeurteilung in Ziffer 2.3 der Beurteilungsbestimmungen-BND). Abgesehen davon, dass deshalb schon kein das Ermessen des Dienstherrn eröffnender Ausnahmefall i.S.d. § 40 Abs. 2 BLV gegeben ist, ist nicht ersichtlich, woraus sich die für einen Anspruch der Klägerin erforderliche Ermessensreduktion ergeben könnte (vgl. Urteil vom 23. September 2004 - BVerwG 2 A 8.03 - Buchholz 232 § 23 BBG Nr. 43).

- 38 2. Die Klägerin hat auch keinen Anspruch auf erneute dienstliche Beurteilung für den Beurteilungszeitraum Oktober 1997 bis September 2000.
- 39 Der Beamte kann beanspruchen, dass der Dienstherr ihn gerecht, unvoreingenommen und möglichst objektiv beurteilt (stRspr, zuletzt u.a. Urteil vom 23. April 1998 - BVerwG 2 C 16.97 - BVerwGE 106, 318 <319> = Buchholz 232.1 § 40 BLV Nr. 18 m.w.N.). Ist eine dienstliche Beurteilung durch Voreingenommenheit des Beurteilers beeinflusst oder aus einem anderen Grund rechtswidrig, so ist dieser Anspruch nicht erfüllt und der Dienstherr zur erneuten Beurteilung verpflichtet.
- 40 Die dienstliche Beurteilung der Klägerin zum 1. Oktober 2000 leidet an keinem derartigen Rechtsfehler. Insoweit wird auf die Ausführungen im Urteil vom 23. September 2004 verwiesen, an denen der Senat nach nochmaliger Prüfung festhält. Insbesondere ist die dienstliche Beurteilung nicht durch Voreingenommenheit des Erstbeurteilers oder des Verfassers des Beurteilungsbeitrags beeinflusst gewesen. Zur Frage der Voreingenommenheit der Beurteiler K. und T. hat der Senat bereits in der mündlichen Verhandlung vom 23. September 2004 eine Zeugenvernehmung durchgeführt, die im Verhandlungsprotokoll eingehend dokumentiert ist. In seiner Würdigung der Aussagen der Beurteiler hat der Senat in den Urteilsgründen vom 23. September 2004 die Gründe dargelegt, aus denen er die Zeugen für glaubwürdig hält und davon ausgeht, dass die von der Klägerin angegriffene Beurteilung nicht von Voreingenommenheit geprägt gewesen ist. Weder der Direktor beim Bundesnachrichtendienst K. als Erstbeurteiler noch der ehemalige Leitende Regierungsdirektor T. als Verfasser des Beur-

teilungsbeitrags haben nach den Feststellungen des Senats während des Beurteilungsverfahrens, im Beurteilungszeitraum oder in der Zeit davor Verhaltensweisen gezeigt, die eine Voreingenommenheit gegenüber der Klägerin erkennen lassen (vgl. UA S. 8 ff.). Der erkennende Senat hat sich diese Gründe aufgrund erneuter Prüfung zu Eigen gemacht. Angesichts dessen brauchte er weder dem von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 16. Oktober 2008 gestellten Antrag nachzugehen, noch musste er von Amts wegen den Sachverhalt, insbesondere durch Vernehmung von Zeugen, weiter aufklären (§ 86 Abs. 1 VwGO).

- 41 Der Antrag der Klägerin, die Zeugen B., damals Vizepräsident des BND, und Dr. N., damals Qualitätsbeauftragter des BND, dazu zu hören, dass die Zeugen K. und T. bei der Beurteilung der Klägerin voreingenommen gewesen seien, war schon kein Beweisantrag i.S.d. § 86 Abs. 2 VwGO, sondern eine bloße Anregung, weitere Ermittlungen in diese Richtung anzustellen. Nur Tatsachen sind einer Beweisaufnahme zugänglich, nicht aber Wertungsfragen. Ein substantiierter Beweisantrag i.S.d. § 86 Abs. 2 VwGO erfordert neben der Nennung eines bestimmten Beweismittels auch die Behauptung einer bestimmten Tatsache. Dabei muss die Tatsache mit einem gewissen Maß an Bestimmtheit als wahr und mit dem angegebenen Beweismittel als beweisbar behauptet werden. Die Pflicht zur Substanziierung eines Zeugenbeweisantrags bezieht sich deshalb zum einen auf das Beweisthema, also auf die Bestimmtheit der Beweistatsachen und deren Wahrheit, und zum anderen darauf, welche einzelnen Wahrnehmungen der angebotene Zeuge in Bezug auf die Beweistatsachen (oder auf die zu deren Ermittlung dienenden Hilfstatsachen oder Indiztatsachen) selbst gemacht haben soll (stRspr, vgl. Urteile vom 29. August 1963 - BVerwG 8 C 248.63 - Buchholz 310 § 86 Abs. 2 VwGO Nr. 7 und vom 8. Februar 1983 - BVerwG 9 C 598.82 - Buchholz 402.25 § 1 AsylVfG Nr. 2, Beschlüsse vom 29. Juni 2001 - BVerwG 1 B 131.00 - Buchholz 310 § 98 VwGO Nr. 63 und vom 2. November 2007 - BVerwG 7 BN 3.07 - juris). Irgendwelche - strittigen - Tatsachen, aus denen auf eine Voreingenommenheit geschlossen werden könnte und die in das Wissen der Zeugen gestellt werden, hat die Klägerin nicht benannt. Weitere Anträge, insbesondere Beweisanträge, hat sie ausdrücklich nicht gestellt.

- 42 Der Senat sah keinen Anlass, die bereits in der mündlichen Verhandlung vom 23. September 2004 vernommenen Zeugen erneut zu vernehmen. § 96 Abs. 1 VwGO erfordert grundsätzlich keine Wiederholung der Beweisaufnahme, wenn eine bestimmte Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht bereits einmal stattgefunden hat und die Sache nunmehr aufgrund eines Rechtsmittels in der höheren Instanz oder aus anderen Gründen neu verhandelt werden muss. Sind über die frühere Beweisaufnahme ausreichende Mitschriften vorhanden und kommt es auf den unmittelbaren Eindruck, den ein Zeuge macht, nicht an, so genügt in der Regel die Verwertung der Niederschrift über die Beweisaufnahme in der früheren Verhandlung. Unschädlich ist auch, dass die Besetzung des Senats zwischenzeitlich gewechselt hat. Nach §§ 112, 96 VwGO genügt es bei einem Richterwechsel und erneuter mündlicher Verhandlung, dass der Berichtserstatter kurz über das Ergebnis der bisherigen Verhandlung berichtet und die Niederschrift über die Beweisaufnahme verwertet wird (vgl. zum Ganzen: Beschlüsse vom 12. Juni 1973 - BVerwG 6 B 49.72 - Buchholz 310 VwGO § 86 Abs. 1 VwGO Nr. 87 und vom 12. Juli 1985 - BVerwG 9 CB 104.84 - Buchholz 310 § 103 VwGO Nr. 8). Das Verlesen der Niederschrift über die Beweisaufnahme ist hier entbehrlich gewesen, da das Gericht ausschließlich mit Berufsrichtern besetzt ist.
- 43 Maßgebend für die danach im Ermessen des Senats stehende Entscheidung, von einer Wiederholung der Beweisaufnahme abzusehen, war der Umstand, dass die Klägerin auf ausdrückliche Nachfrage des Senats eine erneute Vernehmung der Zeugen nicht beantragt hat. Aus dem Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 23. September 2004 ergeben sich hinreichend klar die sehr umfangreichen und differenzierten Aussagen der Zeugen, so dass es auf den unmittelbaren Eindruck von den Zeugen nicht mehr ankommt. Für den Senat haben sich in seiner jetzigen Besetzung auch unter Berücksichtigung des neueren Vortrags der Klägerin keine weiteren Fragen oder Ungereimtheiten ergeben.
- 44 Anlass zu einer Wiederholung der Beweisaufnahme oder zu einer anderen Würdigung gab insbesondere nicht der Inhalt der Strafanzeige, die die Klägerin gegen die Zeugen K. und T. wegen uneidlicher Falschaussage und Prozessbe-

truges gestellt hat. Diese enthält keine neuen Tatsachen, die beim Gericht begründete Zweifel an der Glaubhaftigkeit der damaligen Aussagen der Zeugen wecken könnten. Vielmehr unterstreicht die Klägerin damit lediglich, dass sie die Aussagen anders würdigt als der erkennende Senat. Ebenso ohne Bedeutung sind die nochmals angebotenen tagebuchartigen Aufzeichnungen der Klägerin. Diese sind vom Senat bereits im Urteil vom 23. September 2004 - BVerwG 2 A 8.03 - berücksichtigt worden. Außerdem vermögen sie zu der Frage der Voreingenommenheit der Zeugen nichts beizutragen, da es sich - wie der Senat dort bereits dargelegt hat - um subjektiv gefärbte Wahrnehmungen der Klägerin handelt. Auch die erneute Beurteilung im oberen Spitzenbereich, die die Klägerin auf ihrem neuen Dienstposten erhalten hat, gibt keinen Anlass zu weiteren Ermittlungen oder einer anderen Würdigung, da die Beurteilung einen anderen Zeitraum und einen anderen Dienstposten betrifft und keine Rückschlüsse auf den hier streitigen Beurteilungszeitraum zulässt.

- 45 3. Der zweite Hauptantrag, festzustellen, dass die Entscheidung der Beklagten über die Bewerbung der Klägerin um den Dienstposten des Unterabteilungsleiters „Personalmanagement/Personalentwicklung“ rechtswidrig war, bleibt gleichfalls ohne Erfolg.
- 46 a) Die Klagänderung ist gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 analog, § 91 Abs. 1 Alt. 2 VwGO zulässig. Das erforderliche Feststellungsinteresse ergibt sich daraus, dass die Möglichkeit einer Wiederholung der Konkurrenzsituation zwischen der Klägerin und einem Soldaten bei der Besetzung einer höherwertigen Planstelle hinreichend wahrscheinlich ist (vgl. ebenso Urteil vom 21. November 1996 - BVerwG 2 A 3.96 - juris).
- 47 Ein darüber hinausgehendes Feststellungsinteresse ist nicht zu erkennen. Die Klägerin verweist zwar auf die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs und hat insoweit auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung mitgeteilt, dass sie beabsichtige, eine Schadensersatzklage zu erheben. Die bloße Möglichkeit eines solchen Anspruchs ist nicht ausreichend. Es muss vielmehr bereits ein entsprechendes Verfahren konkret in die Wege geleitet worden sein (vgl. Urteile vom 9. März 1989 - BVerwG 2 C 4.87 - Buchholz 232 § 23 BBG Nr. 36, vom

25. August 1988 - BVerwG 2 C 62.85 - BVerwGE 80, 127 = Buchholz 237.6 § 8 NdsLBG Nr. 4 m.w.N. und vom 25. August 1988 - BVerwG 2 C 28.85 - juris). Daran fehlt es bislang. Hinzu kommt, dass die Beurteilung rechtmäßig ist.

- 48 b) Der so verstandene Feststellungsantrag ist indes unbegründet.
- 49 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 (vgl. dazu zuletzt BVerfG, Beschluss vom 2. Oktober 2007 - 2 BvR 2457/04 - ZBR 2008, 164 = NVwZ 2008, 194). Der Grundsatz der Bestenauslese ist demnach von der Verfassung verbindlich und vorbehaltlos vorgeschrieben (vgl. Urteil vom 25. November 2004 - BVerwG 2 C 17.03 - BVerwGE 122, 237 <239> = Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 31 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 (Urteil vom 17. August 2005 - BVerwG 2 C 37.04 - BVerwGE 124, 99 <102> = Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 32). 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, Beschluss der 1. Kammer des 2. Senats vom 2. Oktober 2007 a.a.O.; BVerwG, Urteil vom 16. August 2001 - BVerwG 2 A 3.00 - BVerwGE 115, 58 <59 ff.> = Buchholz 232 § 8 BBG Nr. 54). 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 (vgl. Urteil vom 17. August 2005 a.a.O.).
- 50 Der Leistungsgrundsatz gemäß Art. 33 Abs. 2 GG steht der Auswahl eines Bewerbers entgegen, der aus Rechtsgründen gehindert ist, die Aufgaben der zu besetzenden Stelle wahrzunehmen. Einem solchen Bewerber fehlt die erforderliche Eignung i.S.d. Art. 33 Abs. 2 GG. Aus dem aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Anspruch auf eine fehlerfreie Entscheidung über die Bewerbung folgt, dass

inzident auch die Einhaltung objektiver Rechtsnormen geprüft werden muss, soweit diese maßgebend für die Eignung des ausgewählten Konkurrenten sind (vgl. BVerfG, Beschluss vom 2. Oktober 2007 a.a.O.). Dies ist hinsichtlich der Auswahl des früheren Beigeladenen der Fall, weil die ausgeschriebene Stelle mit einem Soldaten besetzt werden darf.

- 51 aa) Die Besetzung des Dienstpostens des Unterabteilungsleiters „Personalmanagement/ Personalentwicklung“ im Bundesnachrichtendienst mit dem früheren Beigeladenen ist von § 8 Abs. 1 der Rahmenvereinbarung zwischen dem Bundesminister der Verteidigung und dem Bundeskanzleramt i.d.F. vom 13. Januar 1998 (RV) gedeckt. In § 8 dieser Vereinbarung sind die beiderseitigen Zuständigkeiten festgelegt. Der Chef des Bundeskanzleramts und der Bundesminister der Verteidigung nehmen die damit begründeten Zuständigkeiten vereinbarungsgemäß wahr. Weder diese Stellen noch der Präsident des Bundesnachrichtendienstes können davon einseitig durch inhaltlich abweichende Verwaltungsvorschriften oder eine abweichende Verwaltungspraxis abrücken. Nach Zweck und Systematik des § 8 RV ist die darin vorgenommene Verteilung der Zuständigkeiten zwischen dem Präsidenten des Bundesnachrichtendienstes und dem Bundesminister der Verteidigung abschließend (vgl. Urteil vom 21. Juni 2007 - BVerwG 2 A 6.06 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 35).
- 52 Nach § 8 Abs. 1 RV werden für die Wahrnehmung der Aufgaben, die der Bundesnachrichtendienst im Zusammenhang mit der militärischen Auslandsaufklärung zu erfüllen hat, auch Soldaten verwendet. Diese Bestimmung hat die Funktion, die Verwendung von Soldaten im Bundesnachrichtendienst auf solche Dienstposten zu begrenzen, deren Aufgaben zumindest einen deutlichen Bezug zur militärischen Auslandsaufklärung aufweisen. Wie der Begriff „im Zusammenhang“ belegt, ist nicht erforderlich, dass die verwendeten Soldaten selbst militärische Aufklärung betreiben.
- 53 Dies ist bei dem Dienstposten des Unterabteilungsleiters „Personalmanagement/Personalentwicklung“ der Fall. Nach dem vom Bundesnachrichtendienst vorgelegten Anforderungsprofil vom 17. März 2003 bündelt die neu geschaffene Unterabteilung alle Personal- und Organisationszuständigkeiten und ist dadurch

neben dem Haushalt der zentrale Steuerungs- und Ressourcenbereich des Bundesnachrichtendienstes. Zu den Aufgaben des Unterabteilungsleiters gehören insbesondere die Planstellenbewirtschaftung, der Personaleinsatz, einschließlich Aus- und Fortbildung, die Personalangelegenheiten der Beamten und der Soldaten sowie die Organisation der Arbeitsabläufe des Bundesnachrichtendienstes. Damit ist der Unterabteilungsleiter u.a. zuständig für die Gewinnung und Aus- und Fortbildung der beim Bundesnachrichtendienst tätigen Soldaten und hat das Personal für den Auslandseinsatz vorzuschlagen. Beides sind Tätigkeitsfelder, die wegen ihrer zentralen Bedeutung für die militärische Auslandsaufklärung die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 RV erfüllen. Dass der Unterabteilungsleiter (BesGr B 3 BBesO) nicht selbst militärische Auslandsaufklärung betreibt, sondern im Wesentlichen Managementaufgaben wahrnimmt, kann entgegen der Auffassung der Klägerin kein Kriterium sein, um die Verwendung von Soldaten im Bundesnachrichtendienst auf die unteren Ebenen zu beschränken und diese von Beförderungsdienstposten auszunehmen. Denn eine solche Beschränkung der Verwendung von Soldaten im Bundesnachrichtendienst lässt sich der Regelung des § 8 Abs. 1 RV nicht entnehmen.

- 54 Wie der Bundesnachrichtendienst seine Stellen zuschneidet, welche Zuständigkeiten er ihnen im Einzelnen zuweist und welche Fachkenntnisse er zur Erfüllung der daraus im Einzelnen resultierenden Aufgaben für erforderlich ansieht, fällt in sein Organisationsermessen, das gerichtlich nur auf sachfremde Erwägungen überprüfbar ist. Der Zuschnitt des Dienstpostens des Unterabteilungsleiters „Personalmanagement/Personalentwicklung“ lässt solche Erwägungen nicht erkennen. Besonderheiten des bisherigen Aufgabenbereichs, z.B. - wie hier - eine stark juristische Ausrichtung, kommt keine das Ermessen des Dienstherrn bei einer Änderung einschränkende Wirkung zu (vgl. Urteil vom 28. November 1991 - BVerwG 2 C 41.89 - BVerwGE 89, 199 <201> = Buchholz 232 § 26 BBG Nr. 34). Ein Beamter, der nicht Inhaber des von der Veränderung betroffenen Dienstpostens ist, hat keinen Anspruch darauf, dass sich der Dienstherr bei der Ausübung seines organisatorischen Ermessens von sachgerechten Gründen leiten lässt. Denn dieses Ermessen ist dem Dienstherrn allein im Interesse einer effektiven Verwaltung, nicht im Interesse seiner Bediensteten eingeräumt (so auch Beschluss vom 8. November 1994 - BVerwG 2 VR 2.94 -).

Dafür, dass die Beklagte den Dienstposten des Unterabteilungsleiters 46 im Zusammenhang mit der hier zu überprüfenden Vergabe durch Veränderung des Anforderungsprofils nur deshalb für Nichtjuristen zugänglich gemacht hat, damit der frühere Beigeladene zum Zuge kommen kann, ist nichts ersichtlich.

55 bb) Die Verwendung von Soldaten im Bundesnachrichtendienst verstößt nicht gegen Art. 87a Abs. 1 Satz 2 GG. Eine darüber hinausgehende gesonderte gesetzliche Grundlage ist nicht erforderlich.

56 (1) Nach Art. 87a Abs. 1 Satz 2 GG müssen sich die zahlenmäßige Stärke und die Grundzüge der Organisation der Streitkräfte aus dem Haushaltsplan ergeben. Diese Vorschrift, die über die allgemeinen haushaltsrechtlichen Anforderungen hinausgeht, begründet eine Grundsatzverantwortlichkeit des Bundestags für die Streitkräfte. Damit wird die parlamentarische Kontrolle durch die dem Haushaltsplan ebenfalls zukommende Steuerungsfunktion ergänzt: Die besonderen Anforderungen an den Haushalt für die Streitkräfte verlangen, dass die Streitkräfteplanung einschließlich der Personalentwicklung und der Organisation parlamentarisch vorgezeichnet wird; insoweit ist für den Bereich der Streitkräfte eine Regierungsaufgabe des Bundestags begründet (vgl. BVerfG, Urteil vom 12. Juli 1994 - 2 BvE 3/92, 5/93, 7/93, 8/93 - BVerfGE 90, 286 <321 ff.>).

57 Insgesamt sind die auf die Streitkräfte bezogenen Regelungen des Grundgesetzes - in den verschiedenen Stufen ihrer Ausformung - stets darauf angelegt, die Bundeswehr in die demokratisch rechtsstaatliche Verfassungsordnung einzufügen und dem Bundestag einen rechtserheblichen Einfluss auf Aufbau und Verwendung der Streitkräfte zu sichern (vgl. BVerfG, Urteil vom 12. Juli 1994 - 2 BvE 3/92, 5/93, 7/93, 8/93 - BVerfGE 90, 286 <321 ff.>). Art. 87a Abs. 1 Satz 2 GG hebt - gemeinsam mit anderen Vorschriften der sogenannten Wehrverfassung des Grundgesetzes - hervor, dass es sich bei der Bundeswehr um ein „Parlamentsheer“ handelt. Damit wird der Bundestag durch das Budgetrecht in die Lage versetzt, einen bestimmenden Einfluss auf Umfang und Aufbau der Streitkräfte zu nehmen. Aus der Aufgabe des Haushaltsplanes, die zahlenmäßige Stärke und die Grundzüge der Organisation der Bundeswehr zu regeln,

folgt, dass sich aus ihm auch ergeben muss, dass ein Teil der für die Verteidigung ausgewiesenen Planstellen an anderer Stelle, nämlich beim Bundesnachrichtendienst, verwendet wird.

- 58 Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen ist Genüge getan. Die Verwendung von Soldaten im Bundesnachrichtendienst ergibt sich entsprechend den Anforderungen in Art. 87a Abs. 1 Satz 2 GG aus dem Bundeshaushaltsplan (vgl. Gesetz über die Feststellung des Bundeshaushaltsplans für das Haushaltsjahr 2008, Haushaltsgesetz 2008 vom 22. Dezember 2007, BGBl I S. 3227). Die Planstellen für Soldaten beim Bundesnachrichtendienst sind in den geheimen Haushaltsblättern, die dem Senat und auch der Klägerin zur Einsicht vorlagen, gesondert ausgewiesen.
- 59 (2) Bei Art. 87a Abs. 1 Satz 2 GG handelt es sich zugleich um einen organisationsrechtlichen Gesetzesvorbehalt. Einen darüber hinausgehenden Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG), aus dem sich das Erfordernis einer weitergehenden gesetzlichen Regelung zur Verwendung von Soldaten beim Bundesnachrichtendienst ergeben könnte, gibt es nicht.
- 60 cc) Die Verwendung von Soldaten im Bundesnachrichtendienst verstößt auch nicht gegen Art. 87a Abs. 2 GG. Danach dürfen die Streitkräfte außer zur Verteidigung nur eingesetzt werden, soweit das Grundgesetz dies ausdrücklich zulässt.
- 61 (1) Diese Vorschrift kam durch das Siebzehnte Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 24. Juni 1968 (BGBl I S. 709), die sogenannte Notstandsverfassung, in das Grundgesetz. Ihr Verständnis erschließt sich aus der Entstehungsgeschichte des Art. 143 GG, dessen Nachfolgeregelung Art. 87a Abs. 2 GG darstellt (vgl. den schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses vom 9. Mai 1968 <BTDrucks V/2873 S. 20> sowie die Äußerungen bei den Beratungen im Rechtsausschuss <Abg. Hirsch, Protokoll der 75. Sitzung vom 13. März 1968, S. 8, sowie Abg. Benda, ebenda S. 4>). Art. 143 GG wurde durch die Wehrrechtsnovelle vom 19. März 1956 (BGBl I S. 111) in das Grundgesetz eingefügt. Sie stellte die Inanspruchnahme der Streitkräfte im Fall des inneren Notstandes

unter den Vorbehalt einer verfassungsändernden Ermächtigungsnorm. Ziel dieser Regelung war es, „in dem Grundgesetz wenigstens ein Mindestmaß an Vorsorge dafür zu treffen, dass diese neue politische Erscheinung im politischen Leben - denn eine bewaffnete Macht ist auch ein politischer Faktor - nicht die freiheitlich demokratische Grundordnung sprengt“ (Adolf Arndt, BTProtokoll, 2. Legislaturperiode, 132. Sitzung vom 6. März 1956, S. 6824 B.).

- 62 Bei der Einfügung der Notstandsverfassung in das Grundgesetz ging es darum, den Verfassungsvorbehalt des Art. 143 GG i.d.F. vom 19. März 1956 (BGBl I S. 111) auszufüllen und im Grundgesetz nunmehr auch die Voraussetzungen zu regeln, unter denen die Streitkräfte im Falle eines inneren Notstandes eingesetzt werden dürfen. Darüber hinaus sollte die Notstandsverfassung weder neue Einsatzmöglichkeiten der Streitkräfte schaffen noch im Grundgesetz bereits zugelassene beschränken. Das wird durch die Motive belegt. So sollte nach dem Bericht des Rechtsausschusses durch Art. 87a Abs. 2 GG verhindert werden, dass „ungeschriebene Zuständigkeiten aus der Natur der Sache“ abgeleitet werden. Nicht dagegen sollten Befugnisse ausgeschlossen werden, „die sich aus einem Wortzusammenhang mit der Verteidigungskompetenz ergeben“ (Bericht des Rechtsausschusses, BTDrucks V/2873 S. 13). Maßgeblich war demnach das Ziel, die Möglichkeiten für einen Einsatz der Bundeswehr im Innern durch das Gebot strikter Texttreue zu begrenzen.
- 63 Daraus folgt, dass Art. 87a Abs. 2 GG nicht nur jeden bewaffneten, sondern jeden innenpolitisch nicht neutralen Einsatz der Bundeswehr verhindern will. Deshalb wurde das Unterscheidungskriterium der Bewaffnung, das noch im Regierungsentwurf vom 31. Januar 1963 zu Art. 87a Abs. 2 GG (BTDrucks IV/891; Art. 115I Abs. 3 GG-Entwurf) enthalten war, nicht in das Grundgesetz aufgenommen. Vielmehr soll allgemein „die Verwendung als Mittel der vollziehenden Gewalt“ beschränkt werden, sofern sie ihrem Zweck nach nicht innenpolitisch neutral ist. „Mit Verteidigung ist hier nur die militärische Verwendung (einschließlich der Ausbildung dafür) gemeint. Die Bestimmung beschränkt nur den ‚Einsatz‘ der Streitkräfte, d.h. ihre Verwendung als Mittel der vollziehenden Gewalt. Verwendungen, die keinen Einsatz in diesem Sinne darstellen, z.B. zur freiwilligen Erntehilfe oder bei repräsentativen Anlässen, werden von dieser Be-

stimmung nicht berührt.“ (Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses vom 9. Mai 1968 <BTDrucks V/2873 S. 13>).

- 64 Bei „Einsätzen“ nach Art. 87a Abs. 2 GG (vgl. auch Art. 87a Abs. 3, 4, Art. 35 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 sowie Art. 24 Abs. 2 GG) geht es um die Inanspruchnahme der Streitkräfte der Bundeswehr als Teil der „vollziehenden Gewalt“ i.S.d. Art. 20 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 3 GG zum Zwecke der Gefahrenabwehr unter Androhung oder Inanspruchnahme hoheitlichen Zwangs. Dies zeigen neben der Entstehungsgeschichte auch die Regelungen des Art. 35 Abs. 2 und 3 GG, die nicht wegen der in Notsituationen erforderlichen technischen Hilfeleistungen der Bundeswehr in das Grundgesetz aufgenommen wurden, sondern um Soldaten der Bundeswehr während dieser Zustände auch prinzipiell genuin polizeiliche Eingriffsmöglichkeiten und Zwangsbefugnisse gegenüber Störern einzuräumen (vgl. Urteil vom 26. September 2006 - BVerwG 2 WD 2.06 - BVerwGE 127, 1 <13> = Buchholz 449 § 10 SG Nr. 55 m.w.N.).
- 65 Einsätze nach Art. 87a Abs. 2 GG sind danach in erster Linie Verwendungen, bei denen hoheitlicher Zwang durch den militärischen Apparat der Bundeswehr eingesetzt wird oder eingesetzt werden kann. Der Verfassungsvorbehalt des Art. 87a Abs. 2 GG erfasst jedenfalls solche Verwendungen, bei denen die Streitkräfte der Bundeswehr hoheitlichen Zwang einsetzen dürfen, wozu die Anwendung von Waffengewalt, Eingriffe in Rechte Dritter und die (bewaffnete) Bewachung von Objekten gehören (vgl. Urteil vom 26. September 2006 a.a.O.). Mit Einsatz ist außer der militärischen Verwendung aber daneben auch jede andere Verwendung gemeint, die sich als Mittel der vollziehenden Gewalt darstellt und die Gefahr birgt, die Bundeswehr zu einem Machtpotential (der Exekutive) im Innern werden zu lassen.
- 66 (2) Die beim Bundesnachrichtendienst verwendeten Soldaten sind zwar Bestandteil der Streitkräfte, sie sind Soldaten der Bundeswehr und behalten ihren dienstlichen Status als Soldaten nach § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Rechtsstellung der Soldaten (Soldatengesetz - SG -). Nach § 8 Abs. 3 Satz 4 und 5 RV bleiben sie truppendienstlich dem Bundesminister der Verteidigung unterstellt. Dies umfasst insbesondere die Disziplinargewalt und sonstige den

Soldatenstatus berührende Angelegenheiten wie Ernennung, Beförderung, Versetzung, Dienstzeitverlängerung und Pensionierung. Ihre Verbindung zur militärischen Organisation der Bundeswehr bleibt damit personalrechtlich bestehen.

- 67 Demgegenüber unterscheiden sie sich von anderen Soldaten der Bundeswehr dadurch, dass sie aus den Befehlsstrukturen der Streitkräfte herausgelöst und in den Geschäftsbereich des Bundesnachrichtendienstes eingegliedert sind, der als nichtmilitärische Dienststelle dem Chef des Bundeskanzleramts untersteht (vgl. Urteil vom 21. Juni 2007 - BVerwG 2 A 6.06 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 35). Über die Verwendung der beim Bundesnachrichtendienst beschäftigten Soldaten entscheidet nach § 8 Abs. 3 Satz 1 RV der Präsident des Bundesnachrichtendienstes im Rahmen der ihm vom Chef des Bundeskanzleramtes erteilten Dienstanweisung. Nach § 8 Abs. 3 Satz 2 RV unterstehen die im Bundesnachrichtendienst tätigen Soldaten dem Präsidenten des Bundesnachrichtendienstes in allgemein dienstlicher Hinsicht und haben seinen Anordnungen nachzukommen.
- 68 Die beim Bundesnachrichtendienst verwendeten Soldaten unterstehen damit nicht mehr der Befehlsgewalt des Bundesministers der Verteidigung, sondern sind aus den Befehlsstrukturen der Streitkräfte i.S.d. Art. 87a GG herausgelöst. Es wird lediglich das spezifische Fachwissen der Soldaten zur Erfüllung der Aufgaben des Bundesnachrichtendienstes genutzt (vgl. schon Urteil vom 17. Oktober 1986 - BVerwG 6 A 1.85 -). Auch aus diesem Grund gehen die Regelungen in § 8 RV über die einer bloßen Verwaltungsvereinbarung hinaus und sind von den beteiligten Stellen strikt zu beachten.
- 69 Dies hat zur Folge, dass die Verwendung von Soldaten beim Bundesnachrichtendienst kein Einsatz i.S.d. Art. 87a Abs. 2 GG ist, weil es an einem hoheitlichen Zwang durch den militärischen Apparat der Bundeswehr mangelt. Die Soldaten beim Bundesnachrichtendienst werden gerade nicht als militärisches Macht- und Drohpotential eingesetzt. Denn der militärische Zusammenhang wird durch diese Herauslösung aus den Befehlsstrukturen jedenfalls hinsichtlich der Frage des Einsatzes der Soldaten als Streitkräfte entscheidend gelöst.

- 70 Auch unterscheidet sich die Tätigkeit des Bundesnachrichtendienstes erheblich von der sonstigen Tätigkeit der Exekutive im Rahmen hoheitlicher Verwaltung. Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG sammelt der Bundesnachrichtendienst zur Gewinnung von Erkenntnissen über das Ausland, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind, die erforderlichen Informationen und wertet sie aus. Es handelt sich mithin beim Bundesnachrichtendienst um einen Auslandsgeheimdienst, dessen Aufgabe in der schlichten Sammlung und Auswertung von Informationen besteht. Zudem begrenzt § 8 Abs. 1 RV die Verwendung der Soldaten auf solche Tätigkeiten, die im Zusammenhang mit der militärischen Auslandsaufklärung stehen. Der Bundesnachrichtendienst ist eine zivile Behörde, bei der die Soldaten nicht den militärischen Apparat der Bundeswehr für die Aufgabe der Behörde, nämlich Informationserhebung und Auswertung, einsetzen können. Ihre Tätigkeit selbst stellt auch keinen hoheitlichen Zwang des militärischen Apparates dar, weil sie keine spezifisch militärischen Machtmittel einsetzen können.
- 71 Aufgrund dieser spezifischen Tätigkeit des Bundesnachrichtendienstes und durch die gleichzeitige Ausgliederung aus den Befehlsstrukturen stellt die Verwendung von Soldaten in diesem eng begrenzten Bereich hoheitlicher Tätigkeit keinen Einsatz (von Teilen) der Streitkräfte als Instrument der Exekutive mit der Gefahr der Herausbildung eines neuen Machtfaktors im Innern dar, den Art. 87a Abs. 2 GG verhindern will.
- 72 dd) Die Verwendung von Soldaten im Bundesnachrichtendienst verstößt auch nicht gegen Art. 65a GG. Nach dieser Vorschrift hat der Bundesminister für Verteidigung die Befehls- und Kommandogewalt über die Streitkräfte. Sie stellt ein Bindeglied zum Einsatzbegriff des Art. 87a Abs. 2 GG dar, da ein Einsatz einen entsprechenden Einsatzbefehl voraussetzt.
- 73 Diese Vorschrift wurde als Art. 65a Abs. 1 GG durch Art. I Nr. 9 des Gesetzes zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 19. März 1956 (BGBl I S. 111) in das Grundgesetz eingefügt. In der Begründung des Rechtsausschusses (BTDrucks II/2150 S. 4) heißt es: „Die eigentliche Befehlsgewalt muss (...) der dem Parlament verantwortlichen Exekutive zukommen. Für den Normalfall soll der Bun-

desminister für Verteidigung die Befehls- und Kommandogewalt ausüben. Die Fassung, ‚Befehls- und Kommandogewalt‘ soll klarstellen, dass alle militärischen Befehls- und Kommandobefugnisse ihre Spitze in der Person des Verteidigungsministers finden, und dass es keine ihm entzogene besondere Kommandogewalt gibt. (...) Im Verteidigungsfall soll die Befehls- und Kommandogewalt auf den Bundeskanzler übergehen, damit für diesen Fall eine Konzentration aller Entscheidungen gewährleistet bleibt.“ Danach ist jede Ausgliederung von Teilen der Befehls- und Kommandogewalt, insbesondere eine Übertragung auf eine dritte Stelle, sofern dies nicht im Lichte einer anderen Verfassungsbestimmung erlaubt ist, unzulässig.

- 74 Eine solche Ausgliederung ist aber durch die Regelungen in § 8 der Rahmenvereinbarung in der Fassung vom 13. Januar 1998 auch nicht geschehen. Die beim Bundesnachrichtendienst verwendeten Soldaten werden nur aus den Befehlsstrukturen der Streitkräfte ausgegliedert. Dies ist aber mit Blick auf die nach Art. 65a GG unzulässige Ausgliederung von Teilen der Befehls- und Kommandogewalt unschädlich. Der Bundesminister der Verteidigung ist jederzeit in der Lage, die im Bundesnachrichtendienst verwendeten Soldaten aufgrund der von der Verwendung im Bundesnachrichtendienst unangetastet bleibenden truppendienstlichen Unterstellung wieder in seine Befehls- und Kommandogewalt zurückzu'kommandieren'.
- 75 ee) Schließlich kann entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht mittels eines Umkehrschlusses aus Art. 87b Abs. 1 GG die Unzulässigkeit der Verwendung von Soldaten auf „Verwaltungsdienstposten“ beim Bundesnachrichtendienst begründet werden. Art. 87b Abs. 1 GG schreibt vor, dass die Aufgaben des Personalwesens unter Deckung des unmittelbaren Sachbedarfs durch Verwaltungsbehörden und damit nicht durch die Streitkräfte selbst erfüllt werden. Aus dieser Herausnahme bestimmter Aufgaben aus dem Tätigkeitsfeld der Streitkräfte und ihrer Zuweisung an Verwaltungsbehörden kann nichts für den Personaleinsatz innerhalb des Bundesnachrichtendienstes gewonnen werden, zumal dieser weder Bundeswehr noch Bundeswehrverwaltung ist.

- 76 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Es entspricht nicht der Billigkeit i.S.d. § 162 Abs. 3 VwGO, die außergerichtlichen Kosten des früheren Beigeladenen für erstattungsfähig zu erklären, da dieser zwar der Klage entgegengetreten war, aber keinen Antrag angekündigt und damit nicht zu erkennen gegeben hatte, dass er sich am Kostenrisiko beteiligt.

Herbert

Prof. Dr. Kugele

Dr. Heitz

Thomsen

Burmeister

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Verfassungsrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

GG Art. 87a Abs. 1 Satz 2, Abs. 2; Art. 65a, 33 Abs. 2

Stichworte:

Dienstpostenkonkurrenz zwischen Beamten und Soldaten; Bundesnachrichtendienst; Verwendung von Soldaten; Einsatz von Soldaten; Streitkräfte; Bundeswehr; Einsatz der Streitkräfte im Innern; Parlamentsheer; Bundeshaushaltsplan; Wehretat; Ausgliederung aus den Befehlsstrukturen; Befehls- und Kommandogewalt; Einsatzbefehl; Rahmenvereinbarung; militärische Auslandsaufklärung.

Leitsätze:

1. Soldaten können im Bundesnachrichtendienst für Aufgaben verwendet werden, die im Zusammenhang mit der militärischen Auslandsaufklärung stehen.
2. Eine solche Verwendung stellt keinen Einsatz im Sinne von Art. 87a Abs. 2 GG dar.

Urteil des 2. Senats vom 16. Oktober 2008 - BVerwG 2 A 9.07