
THÜRINGER OBERVERWALTUNGSGERICHT



- 2. Senat -

2 EO 880/16

Verwaltungsgericht Meiningen

- 1. Kammer -

1 E 380/16 Me

Beschluss

In dem Verwaltungsstreitverfahren

des Steueroberinspektors _____ K_____,
O_____, _____ O_____

Antragsteller und Beschwerdeführer

bevollmächtigt:

Büttner & Markert

Rechtsanwälte,

Roßmarkt 1 - 3, 97638 Mellrichstadt

gegen

den Freistaat Thüringen,

vertreten durch den Präsidenten der Thüringer Landesfinanzdirektion,

Ludwig-Erhard-Ring 1, 99099 Erfurt

Antragsgegner und Beschwerdegegner

beigeladen:

1. Steueroberinspektorin _____ S_____,

S_____, _____ R_____

2. Steueroberinspektorin _____ L_____,

E_____, _____ F_____

3. Steueroberinspektorin _____ E_____,

R_____, _____ S_____

4. Steueroberinspektor _____ K_____,

T_____, _____ S_____

Beigeladene

zu 1. bevollmächtigt:

Rechtsanwälte Bach u. a.,

Domplatz 30, 99084 Erfurt

wegen

Beförderungen,

hier: Beschwerde nach § 123 VwGO

hat der 2. Senat des Thüringer Oberverwaltungsgerichts durch die Vorsitzende Richterin am Oberverwaltungsgericht Hampel, den Richter am Oberverwaltungsgericht Gravert und den Richter am Oberverwaltungsgericht Best

am 30. November 2017 **beschlossen**:

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 20. Oktober 2016 wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen, einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 1., jedoch mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 2. bis 4., die diese selbst zu tragen haben.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 2.500,- € festgesetzt.

G r ü n d e

Der Antragsteller begehrt vorläufigen Rechtsschutz gegen die Besetzung eines Dienstpostens.

Das Verwaltungsgericht hat den einstweiligen Rechtsschutzantrag durch Beschluss vom 20. Oktober 2016 mit der Begründung abgelehnt, dass bei der Besetzung eines höherwertigen Dienstpostens ohne Vergabe eines höheren Statusamts für den Erlass einer einstweiligen Anordnung der nach § 123 Abs. 1 VwGO erforderliche Anordnungsgrund regelmäßig nicht mehr gegeben sei, weil der Dienstherr nach der neuen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Beschluss vom 10. Mai 2016 - 2 VR 2.15) den Erfahrungs- oder Bewährungsvorsprung, den sich der Dienstposteninhaber in dem ihm übertragenen Funktionsamt verschaffen könne, im Verhältnis zu seinem Konkurrenten auszublenden habe, wenn sich im Hauptsacheverfahren die Auswahlentscheidung als rechtswidrig erweise, und die Dienstpostenbesetzung vom Dienstherrn in Ausübung seiner Organisationsgewalt jederzeit geändert

werden könne. Der Beschluss wurde dem Bevollmächtigten des Antragstellers am 28. Oktober 2016 zugestellt.

Die am 11. November 2016 eingelegte und am 25. November 2016 begründete Beschwerde des Antragstellers ist zulässig, bleibt jedoch ohne Erfolg. Die innerhalb der Monatsfrist des § 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO geltend gemachten Gründe, auf deren Prüfung der Senat nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, rechtfertigen nicht die Änderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts.

Die von dem Antragsteller begehrte einstweilige Anordnung ist zu erlassen, wenn in Bezug auf den Streitgegenstand die Gefahr besteht, dass durch die Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines seiner Rechte vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (§ 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Der Anordnungsgrund und der Anordnungsanspruch sind glaubhaft zu machen (§ 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO in entsprechender Anwendung). Dies hat der Antragsteller nicht getan. Er kann nicht geltend machen, dass ihm ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstehen, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre. Ein derartiger Anordnungsgrund liegt zur Zeit nicht vor.

Für den Erlass einer einstweiligen Anordnung, mit der nicht die Vergabe eines statusrechtlichen Amtes, sondern lediglich die Besetzung eines Dienstpostens verhindert werden soll, ist ein Anordnungsgrund gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO zu bejahen, wenn die Auswahl für die Besetzung des Beförderungsdienstpostens die Auswahlentscheidung für eine nachfolgende Vergabe eines Amtes im statusrechtlichen Sinne vorverlagert (vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1/13 - Juris, Rn. 11 ff.; Beschlüsse des Senats vom 10. Januar 2012 - 2 EO 293/11 - Juris, Rn. 38 f.; vom 12. September 2013 - 2 EO 412/13 - Juris, Rn. 21). Bei der streitgegenständlichen Dienstpostenvergabe handelt es sich jedoch nicht um eine vorweggenommene Beförderungsauswahl.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts besteht ein Anordnungsgrund ferner dann, wenn auf dem Dienstposten ein (Bewährungs- oder) Erfahrungsvorsprung erlangt werden kann, der bei einer erneuten Auswahlentscheidung zu Gunsten des Dienstposteninhabers zu berücksichtigen wäre. Da sich dienstliche Beurteilungen - als Grundlage einer neuen Auswahlentscheidung - auf den tatsächlich

wahrgenommenen Dienstposten unter Berücksichtigung der sich aus dem abstrakt-funktionellen Amt ergebenden Anforderungen beziehen müssen, können die auf dem Dienstposten gezeigten Leistungen nicht ausgeblendet werden (vgl. BVerwG, Beschluss vom 11. Mai 2009 - 2 VR 1/09 - Juris, Rn. 4; Beschluss vom 27. September 2011 - 2 VR 3/11 - Juris, Rn. 17; Beschluss des Senats vom 20. Juli 2012 - 2 EO 361/12 - Abdruck S. 4 f.; Beschluss vom 27. November 2012 - 2 EO 472/12 - Abdruck S. 4 f.). Ein solcher Erfahrungsvorsprung ist in der Regel anzunehmen, wenn die Zeit der eigenverantwortlichen Aufgabenerfüllung auf dem höherwertigen Dienstposten mehr als sechs Monate betragen wird (vgl. BVerwG, Beschluss vom 29. April 2010 - 1 WDS-VR 2/10 - Juris, Rn. 21).

Allerdings hat der Antragsgegner im Schriftsatz vom 10. März 2017 zugesagt, im Falle der Rechtswidrigkeit des Auswahlverfahrens bei einem ggf. notwendig werdenden erneuten Auswahlverfahren zur Vergabe des streitgegenständlichen Dienstpostens die spezifisch höherwertige Aufgabenwahrnehmung auf dem streitgegenständlichen Dienstposten durch die Beigeladenen auszublenden und den daraus resultierenden etwaigen Erfahrungs- bzw. Bewährungsvorsprung der ausgewählten Beamten unberücksichtigt zu lassen. Diese Zusage gelte nur für das jeweilige streitbefangene Amt im konkret-funktionellen Sinne, das Gegenstand dieses Antragsverfahrens und eines ggf. nachfolgenden Klageverfahrens sei. Im Schriftsatz vom 19. April 2017 hat er weiter erklärt, dass bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Eil- und ggf. Hauptsacheverfahrens der streitgegenständliche Dienstposten den Beigeladenen nicht endgültig übertragen werde und keine Beförderung auf der Grundlage der gegenwärtig geltenden Beförderungsgrundsätze erfolge. Sollte sich die Auswahlentscheidung über den Dienstposten als rechtswidrig herausstellen, werde bei einer erneuten Auswahlentscheidung hierzu ein ggf. erfolgter Bewährungs- und Erfahrungsvorsprung nicht berücksichtigt. Gegenwärtig werde eine Änderung der geltenden Beförderungsgrundsätze vorbereitet, nach der das Innehaben eines Beförderungsdienstpostens nicht mehr Voraussetzung für die Einbeziehung in die Auswahlentscheidung sei, so dass die Dienstpostenvergabe keine Vorauswahl mehr für die Vergabe des späteren Statusamts sei. Die Nichtberücksichtigung des Bewährungs- und Erfahrungsvorsprungs beziehe sich nur auf das Verhältnis zwischen dem Antragsteller und den Beigeladenen und ausschließlich auf den streitgegenständlichen Dienstposten.

Auf Grund dieser Zusage ist der Anordnungsgrund für den Antrag entfallen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts stellt die „kommissarische“ Übertragung eines Dienstpostens an einen Mitbewerber im laufenden Auswahlverfahren eine Maßnahme dar, die geeignet ist, diesem Vorteile zu verschaffen. Durch eine Übertragung höherwertiger Aufgaben, der kein den Maßgaben aus Art. 33 Abs. 2 GG entsprechendes Auswahlverfahren voranging oder diesen Maßstäben nicht genügt, erhält ein Bewerber eine Bewährungschance, die andere Bewerber nicht haben. Unbeschadet des Umstands, dass der Beamte auch für die tatsächlich erbrachte Leistung auf einem rechtswidrig erlangten Dienstposten eine dienstliche Beurteilung erhalten muss, dürfen die dort gezeigten Leistungen dem rechtswidrig überangegangenen Beamten - dem die Chance auf eine entsprechende Bewährung vorenthalten worden ist - nicht entgegengehalten werden. Wie bei den ausdrücklich in § 33 Abs. 3 Bundeslaufbahnverordnung (entspricht im Wesentlichen § 34 Abs. 2 Thüringer Laufbahngesetz) benannten Fällen kann auch bei der rechtswidrigen Dienstposteninhaberschaft eine aktuelle dienstliche Beurteilung, die für die Auswahlentscheidung herangezogen werden könnte, nicht erstellt werden. Im Falle der rechtswidrigen Dienstpostenbesetzung ergibt sich das Fehlen einer verwertbaren aktuellen Beurteilung dabei aus rechtlichen Gründen. In dieser Konkurrentensituation kann die - tatsächlich erbrachte - aktuelle dienstliche Leistung nicht verwertet werden. Die fiktive Fortschreibung der letzten dienstlichen Beurteilung kann aber durch eine Ausblendung der aus der Höherwertigkeit des Dienstpostens folgenden Tätigkeiten erfolgen. Durch das Ausblenden der höherwertigen Aufgabenwahrnehmung wird eine Vorwirkung auf künftige Auswahlentscheidungen für die Vergabe von Statusämtern vermieden (vgl. BVerwG, Beschluss vom 10. Mai 2016 - 2 VR 2/15 - Juris, Rn. 26 ff.). Im Beschluss vom 21. Dezember 2016 (2 VR 1.16 - Juris, Rn. 14) hat das Bundesverwaltungsgericht weiter erkannt, dass der Dienstherr von der Möglichkeit Gebrauch machen kann, die Vorwirkung der vorläufigen Dienstpostenbesetzung auf die nachfolgende Vergabe von Statusämtern zu vermeiden. Er kann allgemein durch Beurteilungsrichtlinien, durch entsprechende Festlegungen in der Stellenausschreibung oder konkret durch Zusagen gegenüber dem Antragsteller im einstweiligen Rechtsschutzverfahren sicherstellen, dass der etwaige (Erfahrungs- oder) Bewährungsvorsprung des Ausgewählten im Falle der Rechtswidrigkeit der Dienstpostenvergabe bei einer nachfolgenden Auswahlentscheidung zur Vergabe des Statusamts durch eine Ausblendung der spezifisch höherwertigen Aufgabenwahrnehmung unberücksichtigt bliebe. Der Senat schließt sich dieser Rechtsprechung an, der auch die

obergerichtliche Praxis überwiegend gefolgt ist (Anordnungsgrund verneinend: VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 27. Juli 2016 - 4 S 1083/16 - Juris, Rn. 10 ff.; BayVGH, Beschluss vom 3. November 2016 - 3 CE 16.1812 - Juris, Rn. 5; Beschluss vom 9. Januar 2017 - 6 CE 16.2310 - Juris, Rn. 13 ff.; OVG B-BRB., Beschluss vom 5. Januar 2017 - OVG 4 S 40.16 - Juris, Rn. 6; HessVGH, Beschluss vom 28. April 2017 - 1 B 947/17 - Juris, Rn. 16 f.; OVG Saarland, Beschluss vom 9. September 2016 - 1 B 60/16 - Juris, Rn. 23 ff.; OVG LSA, Beschluss vom 2. August 2016 - 1 M 94/16 - Juris, Rn. 3; Sächs. OVG, Beschluss vom 8. November 2016 - 2 B 260/16 - Juris, Rn. 9 f.; a. A.: OVG Nds., Beschluss vom 3. Januar 2017 - 5 ME 157/16 - Juris, Rn. 19 ff.; OVG Rh.-Pf., Beschluss vom 16. März 2017 - 10 B 11626/16 - Juris, Rn. 3 ff.; abwartend: OVG Rh.-Pf., Beschluss vom 5. Mai 2017 - 2 B 10279/17 - Juris, Rn. 21 ff.; OVG NW, Beschluss vom 21. Juni 2016 - 1 B 201/16 - Juris, Rn. 47; Beschluss vom 14. Juli 2016 - 6 B 653/16 - Juris, Rn. 13).

Nach diesen Maßstäben kann der Antragsteller sich nicht (mehr) auf einen Anordnungsgrund berufen. Durch die Zusage des Antragsgegners, im Falle der Rechtswidrigkeit des Auswahlverfahrens die spezifisch höherwertige Aufgabenwahrnehmung auf dem streitgegenständlichen Dienstposten durch die Beigeladenen auszublenden und einen etwaigen Erfahrungs- bzw. Bewährungsvorsprung unberücksichtigt zu lassen, hat der Antragsteller in Bezug auf den streitbefangenen Dienstposten keinen Nachteil mehr zu besorgen. Er muss auch nicht befürchten, dass er bei einem erneuten Auswahlverfahren nicht in den Kreis der Bewerber aufgenommen würde. Denn der Antragsgegner hat insoweit zugesagt, dass bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Eil- und ggf. Hauptsacheverfahrens die streitgegenständlichen Dienstposten den Beigeladenen nicht endgültig übertragen werden und keine Beförderung auf der Grundlage der (zum Zeitpunkt der Zusage) geltenden, in Änderung begriffenen Beförderungsgrundsätze erfolge.

Ein Anordnungsgrund ergibt sich auch nicht, soweit der Antragsteller beanstandet, dass der Antragsgegner die gegebene Zusage sogleich relativiert und nicht generell erklärt habe, einen etwaigen Erfahrungs- und Bewährungsvorsprung bei allen künftigen Beurteilungen und Auswahlentscheidungen auszublenden. Der Antragsteller kann nicht schon in diesem Verfahren, dessen Streitgegenstand nur der streitbefangene Dienstposten (Amt im konkret-funktionellen Sinne) ist, beanspruchen, die Be-

setzung vorläufig zu untersagen, um höchstvorsorglich mutmaßliche Nachteile in anderen, künftigen Besetzungsverfahren um andere Dienstposten zu verhindern. Damit würde der Antragsteller nicht nur vorläufigen, sondern *vorbeugenden* vorläufigen Rechtsschutz in Anspruch nehmen, der nur in eng begrenzten Ausnahmefällen in Betracht kommt. Dessen bedarf es nicht, weil der Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers durch die rechtzeitige Information vom Ausgang eines Auswahlverfahrens hinreichend geschützt wird (vgl. Beschluss des Senats vom 19. Juni 2012 - 2 EO 86/12 - Abdruck S. 5 f.). Ungeachtet dessen, dass der Antragsgegner seine Beförderungsgrundsätze inzwischen durch Erlass vom 28. Juni 2017 tatsächlich geändert hat, könnte der Antragsteller in einem sich ggf. anschließenden Rechtsschutzverfahren rügen, zu Unrecht nicht in den engeren Kreis der Bewerber aufgenommen worden zu sein; ebenso könnte ein möglicherweise rechtswidrig erlangter Bewährungs- und Erfahrungsvorsprung der Beigeladenen berücksichtigt bzw. geprüft werden. Abgesehen davon ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt offen und nicht abzusehen, ob diese Konkurrenzsituation eintritt.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 154 Abs. 2 VwGO. Es entspricht der Billigkeit, dem Antragsteller auch die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 1. aufzuerlegen. Diese hat im Beschwerdeverfahren einen Antrag gestellt und sich einem Kostenrisiko ausgesetzt (vgl. §§ 154 Abs. 3, 162 Abs. 3 VwGO); die Beigeladenen zu 2. bis 4. haben dies hingegen nicht getan.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 63 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 47, § 52 Abs. 1 und 2, § 53 Abs. 2 Nr. 1 GKG und entspricht der Festsetzung des Verwaltungsgerichts.

Hinweis:

Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG in entsprechender Anwendung).

Hampel

Gravert

Best