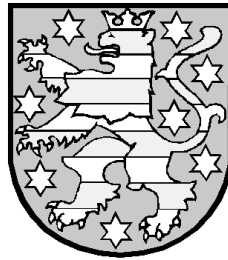

THÜRINGER OBERVERWALTUNGSGERICHT



- 2. Senat -

2 EO 472/12

Verwaltungsgericht Weimar

- 4. Kammer -

4 E 808/12 We

Beschluss

In dem Verwaltungsstreitverfahren

der Leitenden Ministerialrätin _____ E _____,

F _____, _____ E _____

Antragstellerin und Beschwerdegegnerin

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte Bach u. a.,

Domplatz 30, 99084 Erfurt

gegen

den Freistaat Thüringen,

vertreten durch die Thüringer Ministerin für _____,

W _____, _____ E _____

Antragsgegner und Beschwerdeführer

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte Grünert u. a.,

Gerhart-Hauptmann-Straße 26, 99096 Erfurt

beigeladen:

Leitender Ministerialrat _____ W _____,

G _____, _____ E _____

Beigeladener

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte Wiese & Kollegen,

Fischmarkt 6, 99084 Erfurt

wegen

Beförderungen,

hier: Beschwerde nach § 123 VwGO

hat der 2. Senat des Thüringer Oberverwaltungsgerichts durch den Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts Prof. Dr. Schwan, den Richter am Oberverwaltungsgericht Gravert und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Hampel

am 27. November 2012 **beschlossen**:

Die Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 3. Juli 2012 wird zurückgewiesen.

Der Antragsgegner hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen, mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen, die dieser selbst zu tragen hat.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 2.500,00 € festgesetzt.

G r ü n d e

Die Antragstellerin begehrt vorläufigen Rechtsschutz gegen die kommissarische Übertragung des Dienstpostens des Leiters der Abteilung 1 "Zentralabteilung" im Thüringer Ministerium für _____ (TM____) an den Beigeladenen. Mit Beschluss vom 3. Juli 2012 hat das Verwaltungsgericht dem Antragsgegner vorläufig - bis zur endgültigen Stellenbesetzung mit Dienstpostenübertragung - untersagt, den Beigeladenen auf dem Dienstposten des Abteilungsleiters der Abteilung 1 zu verwenden.

Die hiergegen erhobene Beschwerde des Antragsgegners bleibt 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. Mit seinem Beschwerdevorbringen zeigt der Antragsgegner keine Gründe auf, aus denen die Entscheidung des Verwaltungsgerichts keinen Bestand haben kann.

Der Beschluss des Verwaltungsgerichts ist nicht deshalb fehlerhaft, weil ihm die Rechtskraft des im Konkurrentenstreitverfahren (Az. 4 E 1498/10 We) ergangenen

Beschlusses des Verwaltungsgerichts vom 5. April 2011 entgegensteht, soweit mit diesem auch der Antrag der Antragstellerin vom 16. Dezember 2010 abgelehnt wurde, dem Antragsgegner zu untersagen, den Dienstposten der Abteilungsleiterin/des Abteilungsleiters 1 der Zentralabteilung im TM___ zu besetzen. Nichts anderes gilt für den Beschluss des Senats vom 10. Januar 2012 im darauf folgenden Beschwerdeverfahren Az. 2 EO 293/11. Entscheidungen in Verfahren nach § 123 VwGO kommt zwar formelle und - wenn auch eingeschränkt - materielle Rechtskraft entsprechend § 121 VwGO zu (vgl. Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl., § 123 Rn. 131 m. w. N.), nämlich die Bindung des Gerichts an vorgängige gerichtliche Entscheidungen mit der Folge, dass zwischen denselben Beteiligten über denselben Streitgegenstand nicht mehr anders entschieden werden darf, sofern sich die entscheidungserheblichen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse nicht verändert haben. Der Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist aber nicht identisch mit dem Streitgegenstand des Konkurrentenstreitverfahrens 4 E 1498/10 We. Gegenstand des Konkurrentenstreitverfahrens war die Auswahlentscheidung des Antragsgegners vom 19. Oktober 2010 zur Besetzung des Dienstpostens der/des Leiterin/Leiters der Abteilung 1 "Zentralabteilung" und die in diesem Zusammenhang erfolgte Übertragung des Dienstpostens an den Beigeladenen ab dem 15. Dezember 2010 zum Zwecke der Erprobung. Mit Leitungsvorlage vom 24. Februar 2012, die von der Ministerin am 1. März 2012 gebilligt wurde, ist diese Auswahlentscheidung und die damit verbundene Dienstpostenübertragung zur Erprobung aufgehoben und der kommissarischen Übertragung des Dienstpostens auf den Beigeladenen aus organisatorischen Gründen zugestimmt worden. Die Leitungsvorlage wurde mit Personalverfügung vom 16. März 2012 umgesetzt. Danach wurde dem Beigeladenen ab sofort vorübergehend - bis zu einer endgültigen Stellenbesetzung - kommissarisch der Dienstposten des Leiters der Abteilung 1 "Zentralabteilung" zum Zwecke der Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Abteilung übertragen. Hierbei handelt es sich zweifellos um eine neue Personalentscheidung des Antragsgegners. Er hat gegenüber dem Beigeladenen zwei aufeinanderfolgende Umsetzungen (vgl. zum Rechtscharakter einer Dienstpostenübertragung: BVerwG, Urteil vom 22. Mai 1980 - 2 C 30/78 - BVerwGE 60, 144) vorgenommen, die ihrem Wesen nach voneinander zu unterscheiden sind. Während die unter dem 15. Dezember 2010 verfügte Übertragung des Dienstpostens zur Erprobung nach § 10 der Thüringer

Laufbahnverordnung (ThürLbVO) dazu diene, die zuvor getroffene Auswahlentscheidung über die Besteignung zur Besetzung des (Beförderungs-)Dienstpostens des Leiters der Zentralabteilung zu bestätigen und damit die Voraussetzungen für die Verleihung des Beförderungsamtes nach § 11 Abs. 1 Satz 1 ThürLbVO zu schaffen, erfolgte die am 16. März 2012 verfügte kommissarische Übertragung des Dienstpostens des Leiters der Zentralabteilung allein aus organisatorischen Gründen zur Herstellung der Funktionsfähigkeit dieser Abteilung. Zwischen beiden Personalmaßnahmen besteht kein rechtlicher Zusammenhang.

Die von der Antragstellerin begehrte einstweilige Anordnung ist zu Recht vom Verwaltungsgericht erlassen worden. Die Sicherungsanordnung hat zu ergehen, wenn in Bezug auf den Streitgegenstand die Gefahr besteht, dass durch die Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers 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 ist der Antragstellerin gelungen.

Die Antragstellerin hat den für den Erlass einer einstweiligen Anordnung erforderlichen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Beschluss vom 11. Mai 2009 - 2 VR 1/09 - ZBR 2009, 411; Beschluss vom 29. April 2010 - 1 WDS-VR 2/10 - Buchholz 310 § 123 VwGO Nr. 28 und Beschluss vom 27. September 2011 - 2 VR 3/11 - NVwZ-RR 2012, 71; Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16/09 - BVerwGE 138, 102), auf die das Verwaltungsgericht zutreffend verwiesen und der sich der Senat unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung angeschlossen hat (vgl. Beschluss des Senats vom 20. Juli 2012 - 2 EO 361/12), besteht ein Anordnungsgrund gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO für den Erlass einer einstweiligen Anordnung, mit der die vorläufige Besetzung eines Dienstpostens verhindert werden soll, wenn auf dem Dienstposten ein 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.

Vorliegend ist zu befürchten, dass in der Person des Beigeladenen neben dem Bewährungsvorsprung ein beurteilungs- und auswahlrelevanter Erfahrungsvorsprung dadurch entstehen kann, dass ihm der durch Personalverfügung vom 16. März 2012 für ihn höherwertige, nach BesGr B 6 bewertete Dienstposten des Leiters der Zentralabteilung kommissarisch übertragen wurde und er seither auf diesem Dienstposten verwendet wird. 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 - a. a. O.), was vorliegend der Fall ist. Der Erfahrungsvorsprung kann bei einer späteren, neuen Auswahlentscheidung nicht ausgeblendet werden und könnte deshalb zu Ergebnissen führen, die nicht mit dem Grundsatz der Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG) zu vereinbaren sind. Nach der gegenwärtigen Aktenlage, aufgrund deren im einstweiligen Rechtsschutzverfahren zu entscheiden ist, ist davon auszugehen, dass das Besetzungsverfahren mit einer neuen Auswahlentscheidung weitergeführt werden soll. Die von der Ministerin am 1. März 2012 gebilligte Leitungsvorlage ist nach dem maßgeblichen objektiven Erklärungsinhalt (§ 133 BGB analog) dahin zu verstehen, dass das Auswahlverfahren fortgesetzt und eine neue Auswahlentscheidung getroffen werden soll (vgl. zu den Gestaltungsmöglichkeiten nach Erlass einer einstweiligen Anordnung: BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 - a. a. O.). Nach der Hausvorlage ist das Stellenbesetzungsverfahren nicht aufgehoben oder abgebrochen, sondern lediglich die "konkrete Auswahlentscheidung" aufgehoben worden. Dementsprechend teilte der Antragsgegner dem Beigeladenen unter dem 16. März 2012 mit, dass die Auswahlentscheidung vom 19. Oktober 2012 aufgehoben wurde. Soweit nach dem Vorbringen des Prozessbevollmächtigten des Antragsgegners und den weiteren, während des anhängigen Verfahrens ergangenen Mitteilungen vom 26. Juni 2012 an die Antragstellerin und den Beigeladenen der Eindruck entsteht, dass das in der Leitungsvorlage Erklärte und das eigentlich Gewollte des Antragsgegners möglicherweise auseinanderfallen und deshalb die weitere Vorgehensweise ungewiss ist, müssen diese Unklarheiten im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens vor dem Hintergrund seines Sicherungszwecks zu Lasten des Antragsgegners gehen.

Die Antragstellerin hat auch einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Wie aus vorstehenden Erwägungen folgt, kann sich die Antragstellerin auf den Bewerbungsverfahrensanspruch nach Art. 33 Abs. 2 GG berufen. Durch die kommissarische Übertragung des Dienstpostens des Leiters der Zentralabteilung auf den Beigeladenen liegt eine mögliche Beeinträchtigung dieses Anspruchs vor, den die Antragstellerin nicht hinzunehmen hat.

Die Einwände des Antragsgegners überzeugen nicht, soweit er meint, es könne kein auswahlrelevanter Erfahrungsvorsprung entstehen, weil der Beigeladene stellvertretender Leiter der Zentralabteilung sei und er auch in dieser Funktion die Aufgaben der vakanten Stelle des Zentralabteilungsleiters übernehmen müsse; es sei völlig unerheblich, ob er als kommissarischer Abteilungsleiter oder als ständiger Vertreter die Funktion des Zentralabteilungsleiters ausübe. Bei einem geschäftsplanmäßigen Vertreter ist die Vertretungsfunktion zwar eine Funktion des Amtes und wird als solche bei der Amtseinstufung berücksichtigt, aber ihrem Gewicht nach als Nebenfunktion. Sie betrifft die Vertretung in den laufenden Geschäften der Abteilung. Bei einer kommissarischen Übertragung eines höherwertigen Dienstpostens - wie hier - wird dagegen das Verwendungsamt nicht nur als Nebenfunktion, sondern als Hauptfunktion übertragen. Der kommissarisch eingesetzte Dienstposteninhaber führt die Fachabteilung. Er ist für die ordnungsgemäße Führung der Geschäfte innerhalb der Abteilung zuständig; er hat eigenverantwortlich für den ihm zugewiesenen Aufgabenbereich Konzepte zur Umsetzung der politischen Leitlinien und Planungen des Ministers zu entwickeln. Dieser qualitative Unterschied in der Aufgabenverantwortung ist bei der Erstellung einer dienstlichen Beurteilung als Grundlage einer neuen Auswahlentscheidung zu berücksichtigen und kann zu einem beurteilungs- und auswahlrelevanten Erfahrungsvorsprung des Beigeladenen führen. Wie bereits dargestellt, muss sich die Beurteilung auf den tatsächlich wahrgenommenen Dienstposten unter Berücksichtigung der sich aus dem abstrakt-funktionellen Amt ergebenden Anforderungen beziehen.

Der Senat sieht auch keine Situation gegeben, die es erforderlich macht, die Stelle des Zentralabteilungsleiters mit dem Beigeladenen zu besetzen. Zwar steht dem Bewerbungsverfahrensanspruch der Antragstellerin das Interesse des Antragsgegners an der Sicherung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung

und eines funktionierenden Geschäftsbetriebs gegenüber. Allein der Umstand, dass die Nichtbesetzung einer Stelle und die Verteilung der Aufgaben auf andere eine optimale Erfüllung der anfallenden Dienstaufgaben nicht gewährleistet, vermag den Eingriff in den Bewerbungsverfahrensanspruch aber nicht zu rechtfertigen. Vorübergehende Stellenvakanzen müssen durch Maßnahmen überbrückt werden, ohne dass dadurch der Bewerbungsverfahrensanspruch tangiert wird. Der Bewerbungsverfahrensanspruch ist grundsätzlich vorrangig zu beachten; nur bei einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung sind Eingriffe in diesen Anspruch hinzunehmen (vgl. BayVGh, Beschluss vom 12. Oktober 2010 - 3 CE 10.1605 - Juris). Solche schwerwiegenden Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit der Zentralabteilung sind vorliegend nicht ersichtlich. Abgesehen davon, dass der Dienstherr im Rahmen seines Organisationsermessens einzelne Aufgaben vorübergehend verteilen kann, kann er auch einem der (drei) vorhandenen Ministerialdirigenten (lt. Organigramm des TM____ vom 6. August 2012 Leiter der Abteilung 2, 4 und 5) gemäß § 4 Abs. 6 Satz 4 der Gemeinsamen Geschäftsordnung für die Landesregierung sowie für die Ministerien und die Staatskanzlei des Freistaats Thüringen vom 31. August 2000 (GVBl. S. 237, ThürGGO) vorübergehend die Leitung mehrerer Abteilungen übertragen. Der betroffene Ministerialdirigent würde damit - entgegen der Annahme des Antragsgegners - keinen beurteilungs- und auswahlrelevanten Erfahrungsvorsprung gegenüber der Antragstellerin erwerben. Der Dienstposten der Abteilungsleitung ist für einen Ministerialdirigenten (BesGr B 6) kein höherwertiger Dienstposten, sondern entspricht seinem Statusamt. Dass diese Überbrückungsmaßnahmen unmöglich oder unzumutbar sein sollten, ist weder dargetan noch sonst erkennbar.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 154 Abs. 2 VwGO. Es entspricht nicht der Billigkeit, dem Antragsgegner auch die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen aufzuerlegen. Dieser hat im Verfahren weder einen Antrag gestellt noch selbst in der Sache Stellung genommen mit der Folge, dass er sich einem Kostenrisiko nicht ausgesetzt hat (vgl. §§ 154 Abs. 3, 162 Abs. 3 VwGO).

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 63 Abs. 2 i. V. m. §§ 47, 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 1 und 2 GKG; insoweit nimmt der Senat Bezug auf die Begründung der erstinstanzlichen Streitwertfestsetzung.

Hinweis:

Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, §§ 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Prof. Dr. Schwan

Gravert

Hampel