

---

# THÜRINGER OBERVERWALTUNGSGERICHT



## - 2. Senat -

2 EO 838/12

Verwaltungsgericht Weimar

- 4. Kammer -

4 E 1019/12 We

## Beschluss

In dem Verwaltungsstreitverfahren

des Richters am Sozialgericht \_\_\_\_\_ G\_\_\_\_\_,  
W\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ E\_\_\_\_\_

**Antragsteller und Beschwerdeführer**

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte Bach u. a.,  
Domplatz 30, 99084 Erfurt

**gegen**

den Freistaat Thüringen,  
vertreten durch den Thüringer Justizminister,  
Werner-Seelenbinder-Straße 5, 99096 Erfurt

**Antragsgegner und Beschwerdegegner**

**beigeladen:**

Richter am Landessozialgericht \_\_\_\_\_ H\_\_\_\_\_,  
A\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ E\_\_\_\_\_

**Beigeladener**

**wegen**

Beförderung,  
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 14. November 2013 **beschlossen** :

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Weimar vom 7. November 2012 geändert und dem Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, die im Justizministerialblatt Nr. 1/2012 vom 10. April 2012 ausgeschriebene Stelle eines/r Richters/in am Landessozialgericht mit dem Beigeladenen zu besetzen und ihn hierauf zu ernennen, solange nicht über die Bewerbung des Antragstellers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden worden ist. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

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

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 20.257,31 € festgesetzt.

### **G r ü n d e**

Der Antragsteller begehrt einstweiligen Rechtsschutz gegen die beabsichtigte Ernennung des Beigeladenen zum Richter am Thüringer Landessozialgericht (Besoldungsgruppe R 2 ThürBesG).

Der im Jahr \_\_\_\_ geborene Antragsteller wurde im Jahr 2000 zum Regierungsrat zur Anstellung ernannt und in der Thüringer Finanzverwaltung eingesetzt. Nach seiner Ernennung zum Regierungsrat wurde er von 2004 bis 2006 als wissenschaftlicher Mitarbeiter an den Bundesfinanzhof abgeordnet. Im Anschluss daran wurde er zum Richter kraft Auftrags ernannt und ihm ein Dienstleistungsauftrag am Sozialgericht

---

Nordhausen erteilt. Durch Urkunde vom 4. Juni 2008 wurde er unter Berufung in das Richterverhältnis auf Lebenszeit zum Richter am Sozialgericht (Besoldungsgruppe R 1 ThürBesG) ernannt und in eine Planstelle am Sozialgericht Nordhausen eingewiesen. Vom 1. Juli 2008 bis zum 30. Juni 2010 wurde er an das Landessozialgericht abgeordnet.

Der Beigeladene ist Richter im hessischen Landesdienst. Er war von 2001 bis 2004 an das Bundesverfassungsgericht abgeordnet. Er ist gegenwärtig Richter am Hessischen Landessozialgericht (Besoldungsgruppe R 2) und dort seit Oktober 2007 tätig. Seit Januar 2012 ist er an das Thüringer Landessozialgericht abgeordnet. Der Antragsgegner erteilte ihm auf der Grundlage der Abordnung „mit dem Ziel der Versetzung“ durch Bescheid vom 7. März 2013 eine Umzugskostenzusage.

Der Antragsgegner entschied auf Grund schriftlicher, vom Justizminister gezeichneter Verfügung vom 23. Februar 2012, eine Stelle als Richter/in am Landessozialgericht bei dem Thüringer Landessozialgericht (Besoldungsgruppe R 2 ThürBesG) auszuschreiben und die Ausschreibung auf Versetzungsbewerber zu beschränken. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass am Landessozialgericht mindestens eine Richterstelle fehle. Des Weiteren sei im Hinblick auf das inzwischen in Kraft getretene Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren bei einer größeren Zahl von Hauptsacheverfahren zu vermuten, dass eine unangemessene Verzögerung eingetreten sei. Es müsse besondere Aufmerksamkeit der Abarbeitung der angehäuften Bestände am Landessozialgericht und damit insbesondere den Verfahren gewidmet werden, die eine unangemessene Verzögerung vermuten ließen. Um dem Personalmehrbedarf begegnen zu können, sei der Gewinnung qualifizierten Personals für die Sozialgerichtsbarkeit gegenüber der Personalförderung der Vorzug zu geben.

Der Antragsgegner schrieb sodann im Justizministerialblatt für Thüringen Nr. 1/2012 vom 10. April 2012 eine Planstelle als Richter/in am Landessozialgericht bei dem Thüringer Landessozialgericht aus. Im weiteren Ausschreibungstext heißt es, die Ausschreibung richte sich ausschließlich an Versetzungsbewerber/innen und erfolge aus personalplanerischen Gründen. Hierauf bewarben sich der Antragsteller und der Beigeladene. Durch den vom Leiter des Personalreferats vorbereiteten und vom Justizminister gezeichneten Auswahlvermerk vom 30. Juli 2012 entschied der Antragsgegner, die ausgeschriebene Stelle mit dem Beigeladenen zu besetzen. Zur Begrün-

---

dung wurde ausgeführt, dass die Stelle wegen des Personalmehrbedarfs am Landessozialgericht und weil die richterliche Arbeitskraft an den Gerichten erster Instanz nicht vermindert werden dürfte, für die Besetzung im Wege der Beförderung nicht geeignet sei. Die Beschränkung des Bewerberkreises auf Besetzungsbewerber sei aus organisatorischen Gründen zwingend erforderlich. Der Antragsteller gehöre nicht zu dem in der Ausschreibung angesprochenen Bewerberkreis. Anders verhalte es sich bei dem Beigeladenen, der bereits das Amt eines Richters am Landessozialgericht innehat und das Anforderungsprofil in vollem Umfang erfülle.

Mit Schreiben vom 6. August 2012, zugestellt am 8. August 2012, teilte der Antragsgegner dem Antragsteller mit, dass beabsichtigt sei, die ausgeschriebene Stelle mit dem Beigeladenen zu besetzen. Mit Telefax vom 14. August 2012 erhob der Antragsteller Widerspruch.

Den am 20. August 2012 gestellten Eilantrag hat das Verwaltungsgericht durch Beschluss vom 7. November 2012 abgelehnt. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Auswahlentscheidung den Anspruch des Antragstellers auf rechtsfehlerfreie Berücksichtigung bei der Bewerberauswahl aus Art. 33 Abs. 2 GG nicht verletze. Der Antragsgegner habe eine Organisationsgrundentscheidung getroffen und die Ausschreibung auf Richter der Besoldungsgruppe R 2 beschränkt. Diese Entscheidung sei sachlich gerechtfertigt. Der Antragsgegner berufe sich auf den am Landessozialgericht bestehenden Personalbedarf. Hinweise auf eine manipulative Beeinflussung des Bewerberkreises lägen nicht vor. Auf Grund der vorgelagerten Organisationsgrundentscheidung sei die Auswahlentscheidung nicht am Leistungsprinzip des Art. 33 Abs. 2 GG zu messen.

Der Antragsteller hat gegen den am 15. November 2012 zugestellten Beschluss am 29. November 2012 Beschwerde eingelegt und sie am 12. Dezember 2012 begründet. Er macht geltend, entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts sei die Organisationsentscheidung nicht hinreichend dokumentiert. Der Antragsgegner und ihm folgend das Verwaltungsgericht stützten sich hauptsächlich darauf, dass nach dem Inkrafttreten des Gesetzes über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren mit einer größeren Zahl von Verzögerungsrügen zu rechnen sei, die eine Abarbeitung durch erfahrene Richter erfordere. Es werde jedoch nicht begründet, warum eine Abarbeitung von unzweifelhaft in der Sozialgerichtsbarkeit bestehenden Rückständen nur durch erfahrene Richter erfolgen könne, nicht jedoch durch in ausrei-

---

chendem Maß vorhandenes qualifiziertes Beförderungspersonal. So sei es noch in der Ausschreibung rund ein Jahr davor gewesen, welche sich ausschließlich an Bedienstete des Freistaats gerichtet habe. Schon zu diesem Zeitpunkt sei das Inkrafttreten des § 198 GVG bekannt und weithin absehbar gewesen. Der Antragsgegner habe nicht dokumentiert, dass am Landessozialgericht überhaupt eine Verzögerungsrüge angebracht worden sei. Dass mit Inkrafttreten des Gesetzes über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren eine unangemessene Verfahrensverzögerung eintrete, werde lediglich vermutet, aber nicht stichhaltig begründet. Die Behauptung, dem Personalbedarf könne nur durch Gewinnung qualifizierten Personals begegnet werden, weshalb Versetzungsbewerbungen der Vorzug zu geben sei, stelle eine Behauptung ohne belastbaren Hintergrund dar. Die Beschränkung des Bewerberkreises erfordere besondere Gründe, die von solchem Gewicht sein müssten, dass bei ihrer Nichtbeachtung die Funktionsfähigkeit der Verwaltung erheblich beeinträchtigt wäre. Dies sei bei einem verstärkten Personalbedarf nicht der Fall. Der Antragsgegner habe sich nicht mit Ausgleichsmaßnahmen auseinandergesetzt, nämlich der Einbeziehung von Beförderungsbewerbern, wie sie noch im Jahr 2011 erfolgt und hervorragend gelungen sei. Es werde klar, dass eine Beschränkung ausschließlich auf Versetzungsbewerber zur Deckung des Personalbedarfs keinerlei Rechtfertigung finde.

Der vom Antragsgegner in der letzten Ausschreibung vom April 2012 ersichtliche Sinneswandel, eine Beschränkung des Bewerberkreises auf sog. Versetzungsbewerber vorzunehmen, könne seinen Grund darin haben, dass der Beigeladene sich bereits 2011 beworben habe, um gemeinsam mit seiner umgezogenen Partnerin den Lebensmittelpunkt im Freistaat Thüringen zu begründen. Dem Beigeladenen dürfte bekannt gewesen sein, dass eine für ihn vorgesehene Stelle in Kürze ausgeschrieben werde und dass er als Versetzungsbewerber ausgewählt werden würde.

Der Inhalt der Ausschreibung müsse auch haushaltsrechtlichen Bedenken begegnen. Denn nach den Festlegungen in der Koalitionsvereinbarung bestehe die Abrede, dass die erforderlichen personalwirtschaftlichen Maßnahmen getroffen werden sollten, damit eine zügige Abarbeitung der Verfahren in der Sozialgerichtsbarkeit sichergestellt würden. Hierzu habe das Arbeitsprogramm der Landesregierung ausgewiesen, dass die Aufstockung durch zusätzliche Richterstellen an den Sozialgerichten durch Umsetzungen und Abordnungen innerhalb der Justiz erfolgen solle.

---

Der Antragsteller beantragt,

den Beschluss des Verwaltungsgerichts Weimar vom 7. November 2012 zu ändern und dem Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu untersagen, die im Justizministerialblatt vom 10. April 2012 ausgeschriebene Stelle eines/r Richters/in am Landessozialgericht mit dem Beigeladenen zu besetzen und ihn hierauf zu ernennen, solange nicht über die Bewerbung des Antragstellers im Rahmen eines erneut durchzuführenden Auswahlverfahrens bestandskräftig entschieden worden ist.

Der Antragsgegner beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er verteidigt den angegriffenen Beschluss. Die Organisationsgrundentscheidung sei nicht zu beanstanden. Die personalplanerischen Erwägungen in den Vermerken vom 23. Februar 2012 und vom 30. Juli 2012 stellten überzeugende und gewichtige sachliche Gründe dar, die die Konkretisierung der Ausschreibung auf Versetzungsbewerber unbeschadet der Maßstäbe des Leistungsgrundsatzes aus Art. 33 Abs. 2 GG rechtfertigten. Die vom Antragsteller angeführten haushaltsrechtlichen Erwägungen oblägen ausschließlich dem Antragsgegner als Dienstherrn. Die Ausführungen des Antragstellers seien im Ansatz methodisch verfehlt. Der Antragsteller verlange zu Unrecht, dass für die Organisationsgrundentscheidung besondere Gründe von solchem Gewicht vorlägen, bei deren Nichtbeachtung die Funktionsfähigkeit der Verwaltung erheblich beeinträchtigt wäre. Mit den organisationsrechtlichen Erwägungen in den Vermerken vom 23. Februar 2012 und vom 30. Juli 2012 setze sich der Antragsteller nicht in der gebotenen Weise auseinander. Die vom Antragsteller vorgeworfene Protektion sei haltlos und in keiner Weise belegt. Die Personalentscheidung sei auch nicht auf die Lebensplanung des Beigeladenen gestützt worden. Das vom Antragsteller für sich in Anspruch genommene Arbeitsprogramm der Landesregierung gebe inhaltlich für den vorliegenden Fall nichts her.

Der Beigeladene hat keinen Antrag gestellt und inhaltlich nicht zur Sache Stellung genommen.

---

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Gerichtsakte (2 Bände) und Beiakten (4 Heftungen Personalakten und Verwaltungsvorgänge) Bezug genommen; sie waren Gegenstand der Beratung.

## II.

Die Beschwerde hat mit den vorgebrachten Gründen Erfolg. Der Antragsteller hat aus den dargelegten Beschwerdegründen (§ 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO) einen Anspruch darauf, dass dem Antragsgegner vorläufig bis zur erneuten Entscheidung über seine Bewerbung untersagt wird, den Beigeladenen auf dem Dienstposten des Richters am Landessozialgericht zu ernennen und in die entsprechende Planstelle einzuweisen.

Die vom 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 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).

Im Interesse der Gewährung effektiven Rechtsschutzes gilt im Rahmen der beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren ein herabgestufter Prüfungsmaßstab. Ein Anordnungsanspruch ist dann gegeben, wenn nach dem im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung erkennbaren Sach- und Streitstand nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden kann, dass die vom Dienstherrn getroffene Auswahlentscheidung zu Lasten des Antragstellers rechtsfehlerhaft ist, weil dessen Bewerbungsverfahrensanspruch keine hinreichende Beachtung gefunden hat. Zugleich müssen die Aussichten des Betroffenen, in einem neuen rechtmäßigen Verfahren ausgewählt zu werden, zumindest offen sein (vgl. BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - NJW 2011, S. 695; Beschlüsse vom 20. Januar 2004 - 2 VR 3.03 - Buchholz 310 § 123 VwGO Nr. 23 und vom 21. August 2003 - 2 C 14.02 - BVerwGE 118, 370). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Die Auswahlentscheidung des Antragsgegners, die hier - mangels Auswahl - eine bloße Besetzungsentscheidung ist, verletzt den Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers.

---

Der Antragsteller kann einen Anordnungsanspruch allerdings nur dann auf den Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG stützen, wenn sich der Antragsgegner auf Grundlage einer Organisationsgrundentscheidung dazu entschlossen hat, ein Auswahlverfahren durchzuführen und damit den Schutzbereich der grundgesetzlichen Anforderungen nach Art. 33 Abs. 2 GG zu eröffnen. Der Antragsgegner hat im vorliegenden Fall sein Organisationsermessen dahin ausgeübt, nur eine auf Versetzungsbewerber beschränkte Ausschreibung und damit einhergehende Auswahl zuzulassen. Allerdings hat sich der Antragsgegner für diese Beschränkung im maßgeblichen Zeitpunkt, d. h. vor der Auswahl- bzw. Besetzungsentscheidung, auf keinen ausreichenden sachlichen Grund berufen.

Das Verwaltungsgericht hat seiner Entscheidung zunächst den zutreffenden rechtlichen Maßstab zugrundegelegt. Wie der Senat im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entschieden hat (Beschluss vom 16. Dezember 2008 - 2 EO 228/08 -, Juris, Rn. 49 f. m. zahlr. Nw.), gewährt Art. 33 Abs. 2 GG zwar jedem Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Dies begründet jedoch kein Recht auf die Einrichtung und Besetzung von Stellen. Die Zahl der im öffentlichen Dienst besetzbaren Stellen wird allein von der Organisationsgewalt der öffentlich-rechtlichen Körperschaften bestimmt. Dies hat auch zur Folge, dass Art. 33 Abs. 2 GG keinen unbedingten Anspruch auf Übernahme in den öffentlichen Dienst gewährt. Die Organisations- und haushaltsrechtlichen Vorentscheidungen, die überhaupt zur Existenz eines verfügbaren öffentlich-rechtlichen Amtes führen, sind demnach nicht Gegenstand, sondern Voraussetzung für die Gewährleistungen des Art. 33 Abs. 2 GG. Dies bedeutet, dass der Schutzbereich der Norm erst auf der Grundlage einer im Rahmen der Organisationsgewalt zur Verfügung gestellten und für die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben gewidmeten Stelle eröffnet ist. Dabei finden die Entscheidungen der Träger der staatlichen Organisationsgewalt ihre leitenden Orientierungsdaten einerseits in den legitimen Verwaltungsaufgaben und andererseits in den verfügbaren Finanzmitteln. Aus der Organisationsfreiheit des Dienstherrn folgt sein Recht, zwischen Umsetzung, Versetzung und Beförderung zu wählen. Die Ausübung dieses Rechts steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen (vgl. BVerwG, Urteil vom 25. November 2004 - 2 C 17/03 - Juris, Rn. 15). Diese Spruchpraxis hat das Bundesverfassungsgericht gebilligt (vgl. BVerfG, 1. Kammer des Zweiten Senats, Beschluss vom 28. Februar 2007 - 2 BvR 2494/06 - Juris;



---

3. Kammer des Zweiten Senats, Beschluss vom 11. November 1999 - 2 BvR 1992/99 - Juris). Die Organisationsgrundentscheidung kann damit auf Grund sachlicher Erwägungen ohne Beschränkung auf verfassungsrechtliche Belange getroffen werden. Die dem Dienstherrn zustehende Organisations- und Personalhoheit berechtigt ihn, bei der Besetzung eines freien Dienstpostens vor der Auswahlentscheidung nach einem im Wesentlichen personalwirtschaftlich bestimmten Ermessen festzulegen, ob der Dienstposten im Wege einer förderlichen Besetzung, mittels einer Versetzung ohne derartige Förderung oder durch Dienstpostenwechsel besetzt werden soll. Welches Modell er seiner Entscheidung über die Besetzung eines freien Dienstpostens zugrundelegt, hat der Dienstherr spätestens vor der Auswahlentscheidung festzulegen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 21. Oktober 2010 - 1 WB 18/10 - Juris, Rn. 29; Beschluss vom 25. März 2010 - 1 WB 37/09 - Juris, Rn. 26).

Etwas anderes gilt erst dann, wenn der Dienstherr eine Auswahlentscheidung innerhalb des von ihm angesprochenen Bewerberkreises zu treffen hat. Die Auswahlmaßnahmen, beginnend von der Erstellung des Anforderungsprofils bis hin zur eigentlichen Auswahlentscheidung, dürfen dann grundsätzlich nur auf Gesichtspunkte gestützt werden, die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber unmittelbar betreffen. Belange, die im Leistungsgrundsatz nicht verankert sind, können bei der Bewerberauswahl zur Besetzung öffentlicher Ämter nur Berücksichtigung finden, wenn ihnen außerhalb von Art. 33 Abs. 2 GG Verfassungsrang eingeräumt ist. In diesem Fall bedarf es zudem einer gesetzlichen Grundlage, die ihrerseits dem Zweck des Art. 33 Abs. 2 GG Rechnung tragen muss, soweit es nicht um die Abwendung einer unmittelbar drohenden Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Verwaltung geht (BVerwG, Urteil vom 17. August 2005 - 2 C 37/04 - Juris, Rn. 18).

Ob der Dienstherr die Organisationsgrundentscheidung im Rahmen seines grundsätzlich weiten, aber pflichtgemäßen personalwirtschaftlichen Ermessens auf Grund sachlicher Erwägungen getroffen hat, unterliegt in diesen großzügig gesteckten Grenzen der gerichtlichen Nachprüfung. Anderenfalls wäre ein unterlegener Bewerber rechtsschutzlos, wenn ihm die Berücksichtigung in einer Auswahlentscheidung, die den Maßstäben des Art. 33 Abs. 2 GG verpflichtet ist, zu Unrecht verschlossen bliebe.

---

Auf der Grundlage der im Beschwerdeverfahren zu Tage getretenen Gesichtspunkte kann sich der Senat nicht der Würdigung des Verwaltungsgerichts anschließen, dass die Organisationsgrundentscheidung des Antragsgegners ermessensfehlerfrei ist. Den Verwaltungsakten ist nämlich nicht zu entnehmen, dass für die Organisationsgrundentscheidung des Antragsgegners ausreichende sachliche Gründe vorlagen. Dabei ist, wie oben ausgeführt, maßgeblich auf diejenige Sachlage abzustellen, die der Dienstherr der Organisationsgrundentscheidung und vor der Auswahlentscheidung zugrundegelegt und ggf. schriftlich festgehalten hat.

Die Organisationsgrundentscheidung unterliegt nicht unmittelbar der Dokumentationspflicht, die die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitigkeiten um Beförderungsämtler aus Art. 33 Abs. 2 GG i. V. m. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG hergeleitet (vgl. BVerfG, 1. Kammer des Zweiten Senats vom 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 - NVwZ 2007, 1178) und die das Bundesverwaltungsgericht auch für Auswahlentscheidungen, die eine höherwertige Verwendung betreffen, anerkannt hat. Die Pflicht, die wesentlichen Auswählerwägungen schriftlich niederzulegen, bezieht sich auf die Auswahlentscheidung selbst, bei der dem zuständigen Vorgesetzten bzw. der personalbearbeitenden Stelle ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Eignung des Beamten für die fragliche Verwendung zukommt; die Dokumentationspflicht stellt insofern zugleich ein Korrektiv zu dem gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbareren Beurteilungsspielraum dar. Um eine solche wertende Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe aber geht es bei der Organisationsgrundentscheidung nicht.

Unabhängig davon ist jedoch unter dem Blickwinkel der verfahrensbegleitenden Absicherung der Einhaltung der Maßstäbe des Art. 33 Abs. 2 GG auch für die Organisationsgrundentscheidung ein Nachweis zu fordern, der verhindert, dass die Grundlagen der Auswahlentscheidung nachträglich zu Lasten einzelner Bewerber verändert werden; denn mit der Festlegung des Modells, nach dem die Auswahl erfolgen soll, wird zugleich eine (Vor-)Entscheidung über den Auswahlmaßstab getroffen. Allerdings dürfen die Anforderungen an die diesbezügliche Dokumentation nicht überspannt werden. Zu berücksichtigen ist insbesondere, dass Personalauswahlentscheidungen teilweise ohne vorherige Ausschreibung des Dienstpostens erfolgen. Ein Nachweis muss deshalb grundsätzlich auch in anderer Form, wie zum Beispiel durch einen entsprechenden Vermerk in den Akten des Auswahlverfahrens, geführt

---

werden können, solange er die Funktion, eine nachträgliche Veränderung der Auswahlgrundlagen zu verhindern, erfüllt (vgl. BVerwG, Beschluss vom 25. März 2010 - 1 WB 37/09 - Juris, Rn. 31 ff., zum Protokoll einer Auswahlkonferenz, aus dessen beigefügter tabellarischer Übersicht inzident hervorging, dass der Bewerberkreis zuvor festgelegt worden war).

Ist nach dieser Rechtsprechung der Nachweis im Grundsatz an keine besondere Form gebunden, so wird es vom Einzelfall abhängig gemacht werden müssen, ob die Begrenzung des Bewerberkreises über die Festlegung hinaus eine mehr oder weniger ausführliche Erläuterung erfordert. Das bedarf jedoch hier keiner abschließenden Klärung. Denn jedenfalls ist eine Erläuterung der personalwirtschaftlichen Erwägungen um so mehr vonnöten, je weniger die Organisationsgrundentscheidung aus sich selbst heraus nachvollziehbar und auf sachliche Gesichtspunkte zurückzuführen ist. Anders gewendet: Je weniger sachliche Gründe für die Organisationsgrundentscheidung offenkundig sind, desto mehr bedarf es einer Erläuterung, inwiefern die Ausübung des personalwirtschaftlichen Ermessens auf sachbezogenen Gründen beruht.

Die Gesichtspunkte, die hier der Organisationsgrundentscheidung zu entnehmen sind, reichen als sachliche Gründe für die Beschränkung der Auswahlmethode zur Dienstpostenbesetzung nicht aus. In der Verfügung vom 23. Februar 2012 wurde ausgeführt, dass am Landessozialgericht mindestens eine Richterstelle fehle; des Weiteren sei im Hinblick auf das in Kraft getretene Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren bei einer größeren Zahl von Hauptsacheverfahren zu vermuten, dass eine unangemessene Verfahrensverzögerung eingetreten sei; es müsse besondere Aufmerksamkeit der Abarbeitung der angehäuften Bestände am Landessozialgericht und damit insbesondere den Verfahren gewidmet werden, die eine unangemessene Verzögerung vermuten ließen. Um dem Personalmehrbedarf begegnen zu können, sei der Gewinnung qualifizierten Personals für die Sozialgerichtsbarkeit gegenüber der Personalförderung der Vorzug zu geben.

Diese Ausführungen können nur begründen, warum eine Stelle als Richter/in am Landessozialgericht zur Besetzung ausgeschrieben wird. Sie erklären jedoch nicht, warum der Dienstherr von vornherein lediglich Versetzungsbewerber zum Bewerberkreis zulassen wollte. Dies ist vor dem Hintergrund der Besetzung früherer Stellen auch nicht offenkundig. Insbesondere Gesetzesänderungen wie die Gesetze zur Reform des Arbeitsmarkts, namentlich das Vierte Gesetz für moderne Dienstleistungen

---

am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2954) und das Siebente Gesetz zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes vom 9. Dezember 2004 (BGBl. I S. 3302), die zum 1. Januar 2005 in Kraft traten, haben in den vergangenen Jahren zu einem hohen Anstieg der Verfahrenszahlen in der Sozialgerichtsbarkeit geführt. Um den erheblich gestiegenen Personalbedarf zu decken, wurden außer einer erheblichen personellen Verstärkung der Sozialgerichte erster Instanz auch beim Landessozialgericht - einschließlich der streitbefangenen - insgesamt sieben Stellen für Richter/innen am Landessozialgericht ausgeschrieben. Dies waren: im Justizministerialblatt Nr. 5/2006 eine Stelle, wobei sich die Ausschreibung nach dem ausdrücklichen Wortlaut ausschließlich an Beförderungsbewerber richtete; im Justizministerialblatt Nr. 5/2007 drei Stellen ausschließlich für Beförderungsbewerber; im Justizministerialblatt Nr. 1/2009 eine Stelle ausschließlich für Beförderungsbewerber; im Justizministerialblatt Nr. 1/2011 eine Stelle sowohl für Beförderungs- als auch Versetzungsbewerber, allerdings nur solche, die bereits ein Richteramt in Thüringen innehaben.

Angesichts dessen ist nicht ersichtlich, warum ausschließlich und erstmalig im Justizministerialblatt Nr. 1/2012 eine Stelle zur Besetzung nur für Versetzungsbewerber vorgesehen wurde. Dies ist auch nicht mit dem Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren vom 4. November 2011 zu erklären, das durch einen erwarteten Gesetzentwurf (BR-Drucks. 540/10 vom 4. September 2010) eingebracht und am 3. Dezember 2011 in Kraft trat. Bereits die von 2006 bis 2011 ausgeschrieben Stellen als Richter/innen am Landessozialgericht waren einem stark gestiegenen Geschäftsanfall und der drohenden Zunahme von Verfahrenslaufzeiten geschuldet. Dabei ist zu berücksichtigen, dass diese Stellen als Richter/innen am Landessozialgericht zu einem Zeitpunkt auch bzw. sogar *ausschließlich* für Beförderungsbewerber ausgeschrieben wurden, als der Personalbedarf bei den Sozialgerichten erster Instanz ebenfalls besonders groß war. Nach der im Verfahren eingeholten Auskunft des Antragsgegners waren von den sechs bereits ernannten Richterinnen und Richtern zwei in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, einer in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die übrigen mit hin an den erstinstanzlichen Sozialgerichten tätig (davon ein/e Beamter/in als Richter/in kraft Auftrags).

---

Im Auswahlvermerk vom 30. Juli 2012 wird als weitere Begründung ausgeführt, dass die nunmehr zu besetzende Stelle für die Besetzung im Wege der Beförderung nicht geeignet sei, weil die richterliche Arbeitskraft an den Gerichten erster Instanz nicht vermindert werden dürfe. Diese Erklärung mag, wie ausgeführt, im Hinblick auf die vorangegangenen Besetzungen trotz hohen Personalbedarfs in erster Instanz, fraglich scheinen. Andererseits ist es denkbar, dass der Dienstherr auf Grund des ihm zukommenden weiten Organisationsermessens seine Personalbewirtschaftungsgrundsätze ändern kann, namentlich wenn er zu der Einschätzung gelangt sein sollte, dass ein weiterer Abzug von erfahrenen Richtern aus der ersten Instanz untunlich erscheint. Ob dies als hinreichende sachliche Erwägung anzuerkennen wäre, kann hier allerdings dahinstehen, weil dieser weitere Grund, obschon die Organisationsgrundsatzentscheidung bereits eine Begründung enthielt, erstmals in der Auswahl- bzw. Besetzungsentscheidung, also *nach* der beschränkten Ausschreibung, benannt wird und für die Festlegung des Bewerberkreises - weil die zuerst genannte Begründung nicht trägt - eigenständige Bedeutung hat.

Nicht tragfähig wäre auch - jedenfalls in dieser zielgerichteten Form - die später genannte Erwägung, dass möglicherweise eine große Zahl von Entschädigungsklagen wegen überlanger Verfahrensdauer zu erwarten sei und die Bearbeitung dieser Art von Klageverfahren einen erfahrenen, in langjähriger zweitinstanzlicher Spruchrichtertätigkeit gereifte Richterpersönlichkeit erfordere. Abgesehen davon, dass auch diese Begründung erst nach der Festlegung des Bewerberkreises gegeben wurde, obliegt es dem Präsidium des Gerichts, sowohl die Richter als auch die Geschäfte auf die Senate des Landessozialgerichts zu verteilen. Der Dienstherr hat somit keinen Einfluss darauf, ob ein ernannter Richter für Verfahren der genannten Art zuständig würde oder ob er einem Senat mit anderen Sachgebieten zugewiesen und ein anderer, bereits ernannter und erfahrener Richter am Landessozialgericht mit der Bearbeitung von Entschädigungsverfahren gemäß § 198 GVG betraut würde.

Keiner Erwähnung mehr bedarf, ob - wie der Antragsteller geltend macht - die Zusage der Umzugskostenvergütung an den Beigeladenen auf Grund der Verfügung vom 27. März 2012 belegt, dass von Anfang an festgestanden habe, die Planstelle mit dem Beigeladenen zu besetzen. Wie der Senat zur insofern vergleichbaren Problematik bei der Festlegung eines Anforderungsprofils entschieden hat, ist es dem Dienstherrn grundsätzlich verwehrt, persönliche oder fachliche Anforderungen maß-

---

geblich mit Blick darauf festzulegen, dass einzelne Bewerber bei der nachfolgenden Auswahl nach den Grundsätzen der Bestenauslese (Eignung, Befähigung und fachliche Leistung) von vornherein ungerechtfertigt bevorzugt - und andere Bewerber dadurch zwangsläufig benachteiligt - werden, wenn dies in der Weise geschieht, dass ohne sachlichen Grund das Anforderungsprofil exakt an dem Eignungs- bzw. Befähigungsprofil des betreffenden Bewerbers orientiert wird. Jedoch deutet nicht jede Annäherung der Festlegung des Anforderungsprofils an bestimmte besondere Befähigungen, Erfahrungen usw., die nur einzelne Bewerber aus dem potentiellen Bewerberfeld aufweisen, auf eine unzulässige Manipulation hin. Das gilt selbst dann, wenn im Auswahlverfahren letztlich ein Bewerber erfolgreich ist, den der Dienstherr bereits zu Beginn des Stellenbesetzungsverfahrens im Blick hatte, weil er über ein Persönlichkeits- und Befähigungsprofil verfügt, welches - nach der hierfür grundsätzlich maßgeblichen Einschätzung des Dienstherrn - eine optimale Aufgabenerfüllung auf dem betreffenden Dienstposten erwarten lässt (vgl. dazu näher Beschluss des Senats vom 10. Januar 2012 - 2 EO 293/11 - Juris, Rn. 43).

Nach den vorstehenden Ausführungen erweist sich die Auswahl- bzw. Besetzungsentscheidung als fehlerhaft, weil der Antragsgegner Beförderungsbewerber noch vor der Auswahlentscheidung und dem dort vorzunehmenden Leistungsvergleich ohne zureichenden Grund vom Stellenbesetzungsverfahren ausgeschlossen hat. Hierdurch ist der Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers verletzt, weil sich nicht ausschließen lässt, dass er bei einer erneuten Auswahlentscheidung zum Zuge käme. Dem Senat ist es angesichts des dem Dienstherrn zustehenden Beurteilungs- und Ermessensspielraums verwehrt, hinsichtlich der Frage, ob die Auswahl des unterlegenen Antragstellers als möglich erscheint, eine Prognose über eine neu zu treffende Auswahlentscheidung abzugeben und der gerichtlichen Entscheidung zu Grunde zu legen. Hierfür ist allein der Dienstherr zuständig (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. September 2002 - 2 BvR 857/02 - NVwZ 2003, 200; BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - NJW 2011, 695). Die Voraussage, dass das mit einem Eilantrag letztlich verfolgte Ziel unerreichbar sei, weil für den Dienstherrn keinerlei Raum mehr bestehe, das Auswahlermessen zugunsten des Antragstellers auszuüben, ist nur in zweifelsfreien Ausnahmefällen denkbar (vgl. dazu Beschluss des Senats vom 19. Dezember 2011 - 2 EO 94/09 - n. v.; OVG NW, Beschluss vom 10. März 2009 - 1 B 1518/08 - Juris). Ein solcher Fall ist hier nicht gegeben. Dies gilt

---

auch dann, falls der Antragsgegner ein erneutes Auswahlverfahren durchführen sollte.

Der Antrag hat hingegen keinen Erfolg, soweit er über den tenorisierten Umfang hinaus darauf gerichtet ist, die Ernennung des Beigeladenen zu unterlassen, solange nicht über die Bewerbung des Antragstellers im Rahmen eines erneut durchzuführenden Auswahlverfahrens bestandskräftig entschieden wurde. Der Antragsteller kann zunächst nur verlangen, dass sein Bewerbungsverfahrensanspruch in dem laufenden Besetzungsverfahren beachtet wird. Sowohl im Falle einer erneuten Auswahlentscheidung im laufenden Verfahren als auch bei einem erneuten Auswahlverfahren hätte der Antragsteller die Möglichkeit, seine Rechte aus Art. 33 Abs. 2 GG durch ein erneutes Eilverfahren zu sichern. Im Übrigen muss der Dienstherr mit der Ernennung des Ausgewählten nicht bis zur Bestandskraft der Auswahlentscheidung zuwarten; es genügt, dass er die sich aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, Art. 33 Abs. 2 GG ergebenden Mitteilungs- und Wartepflichten erfüllt und kein einstweiliger Rechtsschutz beantragt wird (vgl. BVerfG, Beschluss vom 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 - Juris; BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - NJW 2011, S. 695).

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 154 Abs. 1 VwGO. Soweit die tenorierte Anordnung hinter dem gestellten Antrag zurückbleibt, schlägt sich dieses geringfügige Unterliegen nicht in einer Kostenquotelung nieder (§ 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO). Es entspricht nicht der Billigkeit, dem Antragsgegner auch die außergerichtlichen Kosten des - im Übrigen auf seiner Seite streitenden - Beigeladenen aufzuerlegen. Dieser hat im Verfahren weder einen Antrag gestellt noch selbst in der Sache Stellung genommen (vgl. §§ 154 Abs. 3, 162 Abs. 3 VwGO).

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 63 Abs. 2 i. V. m. § 47, 53 Abs. 2 Nr. 1 sowie § 52 Abs. 1, Abs. 5 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 GKG; insoweit nimmt der Senat Bezug auf die Begründung der erstinstanzlichen Streitwertfestsetzung im angegriffenen Beschluss des Verwaltungsgerichts.

---

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