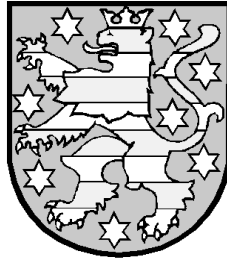

THÜRINGER OBERVERWALTUNGSGERICHT



- 2. Senat -

2 EO 212/13

Verwaltungsgericht Weimar

- 1. Kammer -

1 E 1112/12 We

Beschluss

In dem Verwaltungsstreitverfahren

des Regierungsdirektors Dr. _____ L_____,

P_____, _____ E_____

Antragsteller und Beschwerdeführer

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte Wiese & Kollegen,

Fischmarkt 6, 99084 Erfurt

gegen

den Freistaat Thüringen,

vertreten durch die Chefin der Thüringer Staatskanzlei,

Regierungsstraße 73, 99084 Erfurt

Antragsgegner und Beschwerdegegner

beigeladen:

Regierungsdirektorin _____ S_____,

P_____, _____ E_____

Beigeladene

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 7. Februar 2014 **beschlossen**:

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 28. Februar 2013 wird zurückgewiesen.

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

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auch auf 20.432,49 € festgesetzt.

G r ü n d e

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 28. Februar 2013, deren Prüfung gemäß § 146 Abs. 4 Satz 1 und 6 VwGO auf die dargelegten Gründe beschränkt ist, hat keinen Erfolg.

Das Verwaltungsgericht hat die vom Antragsteller begehrte einstweilige Anordnung zu Recht abgelehnt. Dem Antragsteller mangelt es bereits an der erforderlichen Antragsbefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO in entsprechender Anwendung).

Eine 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 dabei 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. z. B. Beschluss des Senats vom 18. März 2011 - 2 EO 471/09 - ThürVBl 2011, 245 m. w. N.; BVerfG, z. B. Beschluss vom 29. Juli 2003 - 2 BvR 311/03 - NVwZ 2004, 1524; BVerwG, z. B. Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16/09 - NJW 2011, 695).

Kommt der Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren weitgehend die Bedeutung der Entscheidung im Hauptsacheverfahren zu, ist die gerichtliche Überprüfung auch nicht lediglich auf eine summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage beschränkt; vielmehr ist grundsätzlich eine eingehende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Anspruchs auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl geboten (vgl. z. B. Beschluss des Senats vom 25. August 2010 - 2 EO 735/09 -; BVerfG, Beschluss vom 12. Mai 2005 - 1 BvR 569/05 - NVwZ 2005, 927; BVerwG, z. B. Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16/09 - NJW 2011, 695).

Grundlage des Bewerbungsverfahrensanspruchs ist Art. 33 Abs. 2 GG. Danach hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Öffentliche Ämter sind nach Maßgabe des Bestenauslesegrundsatzes zu besetzen. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner ständigen Rechtsprechung (vgl. z. B. BVerfG, Beschluss vom 8. Oktober 2007 - 2 BvR 1846/07 - Juris) hierzu ausgeführt, dass die Geltung dieses Grundsatzes unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistet wird. Die Vorschrift dient zum einen dem öffentlichen Interesse der bestmöglichen Besetzung des öffentlichen Dienstes. Dessen fachliches Niveau und rechtliche Integrität sollen gerade durch die ungeschmälernte Anwendung des Bestenauslesegrundsatzes gewährleistet werden. Zum anderen trägt Art. 33 Abs. 2 GG dem berechtigten Interesse der Beamten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen dadurch Rechnung, dass er grundrechtsgleiche Rechte auf eine ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl begründet. Der Beamte kann beanspruchen, dass der Dienstherr das ihm bei der zu treffenden Entscheidung zustehende Auswahlmessen unter

Einhaltung etwaiger Verfahrensvorschriften fehlerfrei ausgeübt hat (sog. Bewerbungsverfahrenanspruch; vgl. zu allem auch: z. B. Beschluss des Senats vom 18. März 2011 - 2 EO 471/09 - ThürVBI 2011, 245 m. w. N.; BVerwG, Beschluss vom 27. April 2010 - 1 WB 39/09 - Juris, Urteil vom 16. Oktober 2008 - 2 A 9/07 - BVerwGE 132, 110).

Art. 33 Abs. 2 GG gibt dabei die entscheidenden Maßstäbe für die Bewerberauswahl zur Besetzung von öffentlichen Ämtern abschließend vor. Die von Art. 33 Abs. 2 GG erfassten Auswahlentscheidungen können grundsätzlich nur auf Gesichtspunkte gestützt werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffen. Anderen Umständen darf nur Bedeutung beigemessen werden, wenn ihnen ebenfalls Verfassungsrang eingeräumt ist oder sich aus dem Vergleich anhand von unmittelbar leistungsbezogenen Kriterien kein Vorsprung von Bewerbern ergibt.

Aus Art. 33 Abs. 2 GG i. V. m. Art. 19 Abs. 4 GG folgt die Möglichkeit des unterlegenen Bewerbers, in einem gerichtlichen Verfahren überprüfen zu lassen, ob er durch die Auswahlentscheidung in seinem subjektiv-öffentlichen Recht auf fehlerfreie Auswahl verletzt worden ist. Die gerichtliche Prüfung ist dabei wegen der dem Dienstherrn eingeräumten Beurteilungsermächtigung für seine Einschätzung der fachlichen Leistung, Befähigung und Eignung beschränkt. Das Gericht ist nur befugt zu prüfen, ob der Dienstherr den gesetzlichen Rahmen und die anzuwendenden Rechtsbegriffe zutreffend gewürdigt hat, ob er von einem richtigen Sachverhalt ausgegangen ist, ob er allgemein gültige Wertmaßstäbe beachtet hat und ob er schließlich sich nicht von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen. Dem Dienstherrn bleibt es unbenommen, welchen der zur Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zuzurechnenden Umständen er das größere Gewicht beimisst. Die Auswahlkriterien als solche sind allerdings durch die Verfassung vorgegeben. Der Dienstherr ist insoweit verpflichtet, alle entscheidungserheblichen Tatsachen festzustellen, zu gewichten und seiner Entscheidung zugrunde zu legen (vgl. z. B. Beschluss des Senats vom 25. August 2010 - 2 EO 735/09 -; BVerwG, Urteil vom 22. September 1988 - 2 C 35/86 - Juris).

Hiervon ausgehend mangelt es bereits an der analog § 42 Abs. 2 VwGO erforderlichen Antragsbefugnis des Antragstellers. Denn die Antragsbefugnis setzt voraus, dass die Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts zumindest als möglich er-

scheint. Daran fehlt es hier. Eine Verletzung des aus Art. 33 Abs. 2 GG resultierenden Bewerbungsverfahrensanspruchs ist ausgeschlossen. Dieser Anspruch hat - wie ausgeführt - zum Inhalt, dass der Dienstherr *über die Bewerbung* eines Beamten ermessens- und beurteilungsfehlerfrei entscheidet. Von einer Bewerbung kann nur in dem Fall abgesehen werden, in dem der Dienstherr ausnahmsweise ohne vorangegangene Ausschreibung eine Stelle, d. h. ein Amt im statusrechtlichen Sinne oder einen höherwertigen Dienstposten, nach dem Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG besetzen will. Letzteres ist hier aber nicht geschehen, weil der streitgegenständliche Beförderungsdienstposten Leiterin/Leiter des Referats 21 „Innen; Justiz; Kommunaler Finanzausgleich; Verkündungswesen“ im April 2012 in der Thüringer Staatskanzlei ausgeschrieben wurde. Auf diese ausgeschriebene Stelle hat sich der Antragsteller innerhalb der bis zum 20. April 2012 gesetzten Bewerbungsfrist nicht beworben.

Zwar handelt es sich bei der Bewerbungsfrist nicht um eine Ausschlussfrist. Der Antragsteller hat eine Bewerbung aber auch nicht bis zur Besetzungsentscheidung des Antragsgegners am 8. Mai 2012 abgegeben. Vielmehr hat er erst am 12. Juni 2012 seine Beförderung zum nächstmöglichen Termin verlangt, sich am 12. September 2012 gegen die zugunsten der Beigeladenen getroffene Entscheidung im Wege des Widerspruchs gewandt und sich in der Beschwerde vorsorglich ausdrücklich um den Dienstposten des Leiters des Referats 21 beworben. Der Dienstherr war nicht verpflichtet, den Antragsteller nachträglich in das Stellenbesetzungsverfahren einzubeziehen. Ein Bewerber hat trotz Ablaufs der Bewerbungsfrist nur dann einen aus dem Bewerbungsverfahrensanspruch folgenden Anspruch auf Einbeziehung in ein laufendes Stellenbesetzungsverfahren, wenn dies zu keiner nennenswerten Verzögerung des Verfahrens führt (vgl. BVerwG, Urteil vom 29. November 2012 - 2 C 6/11 - NVwZ 2013, 955). Auf die zu erwartende Verzögerung kann sich der Dienstherr regelmäßig berufen, wenn das Verfahren - wie hier - das Stadium der Entscheidungsreife erreicht hat und es bei Einbeziehung des neuen Bewerbers wiederholt werden müsste (vgl. BVerwG, Beschluss vom 30. April 2012 - 2 VR 6/11 - Juris). Die Besetzungsentscheidung ist am 8. Mai 2012 ergangen, der Personalrat im Rahmen der vertrauensvollen Zusammenarbeit über die Personalangelegenheit informiert und die Leitung des Referats 21 der ausgewählten Beigeladenen mit Personalverfügung vom 9. Mai 2012 übertragen worden. Gründe, die ausnahmsweise eine andere Bewertung rechtfertigen, zeigt die Beschwerde nicht auf. Insbesondere folgt aus der

Fürsorgepflicht des Dienstherrn (Art. 33 Abs. 5 GG, § 45 BeamtStG) kein weitergehender Anspruch auf Einbeziehung in ein Stellenbesetzungsverfahren als aus dem Bewerbungsverfahrensanspruch nach Art. 33 Abs. 2 GG selbst. Dem Antragsteller wäre es im Übrigen ungeachtet dessen, dass er die Leitung des Referats 13 innehatte, unbenommen geblieben, sich auf die ausgeschriebene Stelle der Leiterin/des Leiters des Referats 21 zu bewerben.

Die Beschwerde verkennt zudem, dass die Vergabe eines Beförderungsdienstpostens in Streit steht, d. h. sich die Besetzung des Dienstpostens Referatsleitung 21 als vorweggenommene Beförderungsentscheidung (§§ 10, 11 ThürLbVO) darstellt. Der Antragsgegner beabsichtigt offenbar, die Beigeladene auf dem Dienstposten dauerhaft zu verwenden und sie bei Vorliegen der laufbahnrechtlichen Voraussetzungen zu befördern. Nichts anderes ergibt sich aus der vom Antragsteller angeführten Formulierung in der hausinternen Verfügung vom 20. Juni 2012 (Bl. 6 ff. der Heftung „Beförderungen in der TSK zum 1.10.2012“). Die Formulierung „auf welchem Dienstposten? Nach was für einem Auswahlverfahren? auf welcher Stelle?“ betrifft - wie die handschriftliche Markierung unzweifelhaft zeigt - eine Beförderung nach Besoldungsgruppe B 6. Die Hausvorlage vom 17. Juli 2011 (gemeint: 2012, vgl. Bl. 25 ff. der Heftung „Beförderungen in der TSK zum 1.10.2012“) macht deutlich, dass eine vorweggenommene Beförderungsentscheidung nach §§ 10, 11 ThürLbVO für die Besetzung der Leitung des Referats 21 getroffen wurde. Auf die vom Antragsteller als Rangliste bezeichnete Tabelle über den Personalbestand der Beamtinnen und Beamten der TSK im mittleren, gehobenen und höheren Dienst vom 11. Juli 2012 (Bl. 8 ff. der Heftung „Beförderungen in der TSK zum 1.10.2012“) und ihre rechtliche Einordnung kam es deshalb insofern nicht an.

Es erscheint daher ausgeschlossen, dass der Antragsgegner bei der Vergabe des Beförderungsdienstpostens Referatsleitung 21 ein subjektives öffentliches Recht des Antragstellers, insbesondere den aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Bewerbungsverfahrensanspruch, verletzt haben könnte.

Keine andere Beurteilung der Sach- und Rechtslage folgt aus dem Vortrag des Antragstellers, dass er selbst nach einem vorhergehenden Bewerbungs- und Auswahlverfahren die Leitung des Referats 13 „Organisation, Innerer Dienst, IT“ vom 1. November 2008 bis zum 3. Juni 2012 und damit einen Beförderungsdienstposten innegehabt habe. Die Beschwerde erschöpft sich in dem bloßen Hinweis darauf; sie

legt aber nicht substantiiert dar, was aus diesem Umstand für das vorliegende Verfahren folgen soll. Nichts anderes ergibt sich, wenn das Beschwerdevorbringen dahin zu deuten sein sollte, dass der Antragsteller meint, aufgrund dieses Umstands einen Beförderungsanspruch zu haben, den er durch die Planstellenzuweisung der TSK im Jahr 2012 als beeinträchtigt ansieht. Abgesehen davon, dass ein Beförderungsanspruch wegen des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache grundsätzlich nicht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren verfolgt werden kann, verhält sich die Beschwerdebegründung nicht dazu, dass der Dienstposten der Leitung des Referats 13 bei seiner Übertragung an den Antragsteller ausweislich der hausinternen Verfügung vom 15. Oktober 2008 (PA Teil B Bl. 15) mit einer freien Planstelle nach A 16 haushaltsrechtlich untersetzt war, dass die für eine Beförderung nötige Bewährungs- bzw. Erprobungszeit, die nach § 10 Abs. 1 Satz 2 ThürLbVO nur mindestens sechs Monate und regelmäßig nicht mehr als ein Jahr beträgt, spätestens im Jahr 2010 abgelaufen gewesen ist, und auch nicht dazu, ob und wie die Eignung des Antragstellers nach § 10 ThürLbVO festgestellt worden ist.

Mangels Antragsbefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO kommt es auf das weitere Beschwerdevorbringen zur vermeintlichen Begründetheit des Antrags nicht mehr entscheidungserheblich an. Insbesondere ist nicht zu klären, ob das Auswahlverfahren und die dienstliche Beurteilung der Beigeladenen rechtswidrig sind, wenn sie einen sog. bündelbewerteten Dienstposten betreffen und dieser der sog. Topfwirtschaft unterliegt.

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

Der Streitwert für eine Konkurrenz um einen Beförderungsdienstposten ist auf Grundlage des § 63 Abs. 2 i. V. m. §§ 47, 53 Abs. 3 Nr. 1 sowie § 52 Abs. 1, Abs. 5 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 GKG in der bis zum 31. Juli 2013 geltenden Fassung festzusetzen; insoweit nimmt der Senat Bezug auf die Begründung der erstinstanzlichen Streitwertfestsetzung (vgl. auch Beschluss des Senats vom 10. Januar 2012 - 2 EO 293/11 -; anders bei reiner Dienstpostenkonkurrenz, Beschluss des Senats vom 20. Juli 2012 - 2 EO 361/12).

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