

**Titel:**

**Keine Konkurrenz bei der Bewerbung von einem Beamten auf eine im Angestelltenverhältnis zu besetzende Führungsposition bei der Bundesagentur für Arbeit**

**Normenketten:**

GG Art. 12, Art. 19 Abs. 4, Art. 33 Abs. 2, Abs. 4

SGB III § 387 Abs. 3–6, § 389 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 2

VwGO § 123

BBG § 4 Abs. 1 S. 1, § 8 Abs. 1 S. 1, § 24

BLV § 4 Abs. 2, Abs. 3

BHO § 88 Abs. 2

BPersVG § 78 Abs. 1 Nr. 12, Abs. 4 Nr. 2

**Leitsatz:**

**Der Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG erstreckt sich insbesondere nicht auf die Frage, ob eine Stellenbesetzung im Beamtenverhältnis oder im Angestelltenverhältnis erfolgt. (Rn. 44 – 51) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Eilantrag auf Unterlassen Stellenbesetzung, Keine Ausschreibungspflicht nach §§ 8, 4 BLV aufgrund Beschluss nach § 4 Abs. 3 BLV, Vorrangige Stellenbesetzung im Angestelltenverhältnis bei Stellen nach § 389 SGB III, Organisationsgewalt des Dienstherrn dahingehend, ob eine Stelle im Angestellten- oder im Beamtenverhältnis besetzt werden soll, Eilantrag, Unterlassen, Stellenbesetzung, Ausschreibung, Ausschreibungspflicht, Angestelltenverhältnis, Beamtenverhältnis, Angestellter, Beamter, Bundesagentur für Arbeit, Organisationsgewalt, Organisationsermessen, Dienstherr, Organisationsentscheidung, Geschäftsführer, Beförderung, Konkurrentenmitteilung, Auswahlverfahren, Bewerbungsverfahrensanspruch, Konkurrenz

**Rechtsmittelinstanz:**

VGH München, Beschluss vom 12.01.2022 – 6 CE 21.2833

**Fundstelle:**

BeckRS 2021, 44461

**Tenor**

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Der Streitwert wird auf 31.238,28 Euro festgesetzt.

**Gründe**

I.

1

Der Antragsteller begehrt die einstweilige Untersagung, dass die Antragsgegnerin die ab dem

2

1. Oktober 2021 vakante Stelle „Geschäftsführer Controlling/Finanzen/Statistik/Einkauf/Infrastruktur in der Zentrale“ besetzt.

3

Der Antragsteller ist Beamter bei der Antragsgegnerin in der Besoldungsgruppe B3.

4

Er ist seit dem Jahr 2014 in-sich-beurlaubt und besetzt bei der Antragsgegnerin die Funktion des Geschäftsführers Controlling/Finanzen in der Zentrale im Angestelltenverhältnis. Dieses Angestelltenverhältnis war bis zum 30. September 2021 befristet. Der Antragsteller erhielt eine Vergütung nach AT III. Grundsätzlich ist die Stelle mit B6 bewertet.

## 5

Gemäß § 4 Abs. 7 Satz 2 der Dienstvereinbarung der Antragsgegnerin vom 11. Juli 2007 zur näheren Ausgestaltung der Beurlaubung der Beamtinnen und Beamten der Bundesagentur für Arbeit nach § 387 Abs. 3 bis 6 SGB III (In-sich-Beurlaubung) ist eine Beförderung über das vor der Beurlaubung übertragene statusrechtliche Amt hinaus aus Gründen der Kostenneutralität ausgeschlossen, wenn die Beurlaubung durch Ablauf oder auf Wunsch des Beamten endet.

## 6

Mit Beschluss vom 24. Juni 2010 beschloss der Vorstand der Antragsgegnerin Dienstposten der AT-Ebenen II und III grundsätzlich intern nicht auszuschreiben. Anlass zu diesem Beschluss seien die aktuelle Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und die Hinweise des Bundesrechnungshofes in dessen Abschlussbericht über die Prüfung der Einführung und Umsetzung des AT-Konzepts in der Bundesagentur für Arbeit vom 6. Mai 2010.

## 7

Mit Antrag vom 22. April 2018 beantragte der Antragsteller den Widerruf seiner In-sich-Beurlaubung und Fortsetzung des ruhenden Lebenszeitbeamtenverhältnisses. Die Antragsgegnerin lehnte dies mit Entscheidung vom 18. Dezember 2018 und Widerspruchsbescheid vom 16. April 2019 ab. Eine hiergegen gerichtete Klage ist Gegenstand des Verfahrens des Antragstellers ... Unter dem Aktenzeichen ... beantragte der Antragsteller die Zwischenfeststellung, dass die Dienstvereinbarung vom 11. Juli 2007 nichtig, hilfsweise rechtswidrig ist und nicht auf das Beamtenverhältnis des Antragstellers angewendet werden darf, soweit § 4 Abs. 7 Satz 2 der Dienstvereinbarung nach Beendigung der Beurlaubung eine beamtenrechtliche Beförderung über das vor der Beurlaubung übertragene statusrechtliche hinaus ausschließt.

## 8

Mit Schreiben vom 14. April 2021 an Frau ... (Vorstand Ressourcen) und vom 15. April 2021 an Herrn ... (Vorsitzender des Vorstands) bewarb sich der Antragsteller um die Funktion des Geschäftsführers Controlling/Finanzen in der Zentrale. Zudem bat er für den Fall der Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung um Information rechtzeitig vor Einweisung des ausgewählten Bewerbers, damit er die Möglichkeit der Anordnung einer verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Stellenbesetzungssperre wahrnehmen könne. Der Antragsteller konstatierte darin, dass er einen weiteren Anstellungsvertrag nicht unterzeichnen werde. Bis zum Eintritt in seinen Ruhestand wolle er seine Laufbahn im Beamtenverhältnis fortsetzen.

## 9

Die Antragsgegnerin bestellte Frau ... ab dem 1. Oktober 2021 vorübergehend zur neuen Geschäftsführerin für den Bereich Controlling und Finanzen.

## 10

Mit Schriftsatz vom 14. Mai 2021, eingegangen bei Gericht am selben Tag, beantragt der Antragsteller im vorliegenden einstweiligen Rechtsschutzverfahren, der Antragsgegnerin einstweilig zu untersagen, die ab dem 1. Oktober 2021 vakante Stelle „Geschäftsführer Controlling/Finanzen/Statistik/Einkauf/Infrastruktur in der Zentrale“ zu besetzen bis über die Ablehnung der Bewerbung des Antragstellers vom 14. April 2021/15. April 2021 mittels Konkurrentenmitteilung entschieden werde.

## 11

Zur Begründung führt der Antragsteller im Wesentlichen aus, dass zu befürchten sei, dass die Antragsgegnerin die Stelle weder ausschreibe noch ein Auswahlverfahren gemäß Art. 33 Abs. 2 GG durchführen werde. Es sei davon auszugehen, dass eine sogenannte Konkurrentenmitteilung an den Antragsteller nicht ergehen werde und die Stelle Dritten außerhalb eines rechtsstaatlich geregelten Verfahrens übertragen werde.

## 12

Mit Ablauf des 30. September 2021 habe der befristete Anstellungsvertrag des Antragstellers mit der Antragsgegnerin über die streitgegenständliche Funktion geendet. Das Vorstandsmitglied Frau ... habe dem

Antragsteller nach Eingang dessen Bewerbungsschreibens mitgeteilt, dass der Anstellungsvertrag nicht verlängert werde und eine Vergabe der Stelle im Beamtenverhältnis nicht in Betracht komme. Dem Antragsteller sei bedeutet worden, dass ihm unter keinen Umständen die Stelle, in welcher Rechtsform auch immer, übertragen werde.

### 13

Eine interne oder externe Ausschreibung der streitgegenständlichen Stelle sei bis heute nicht erfolgt. Die Stelle könne nicht unbesetzt bleiben.

### 14

Der Antragsteller habe einen Rechtsanspruch auf effizienten Rechtsschutz gemäß Art. 19 Abs. 4 GG, seinen Bewerbungsverfahrensanspruch nach Maßgabe des Leistungsprinzips des Art. 33 Abs. 2 GG sowie des sonstigen positiven Rechts gerichtlich überprüfen lassen zu können. Die Sicherung dieses „Könnens“ sei Ziel des Antrags. Die Mitteilung durch ein Mitglied des Vorstands, dass der Antragsteller die Stelle nicht erhalten werde, sei keine Auswahlentscheidung. Sollte man die Aussage des Vorstandsmitglieds als Aussage im Rahmen eines ordnungsgemäß durchgeführten Auswahlverfahrens verstehen, so läge ein Standardfall eines Konkurrentenstreits vor.

### 15

Der Antragsteller besitze ein Rechtsschutzbedürfnis. Die Antragsgegnerin habe bereits jetzt dem Antragsteller informell mitgeteilt, dass diesem die streitgegenständliche Stelle ab dem 1. Oktober 2021 nicht übertragen werde. Das Rechtsschutzbedürfnis ergebe sich auch unter dem Aspekt der Wiederholungsfahrgefahr, als bereits der Bundesrechnungshof im Jahr 2010 offenbar erfolglos die fehlende Ausschreibung der AT-Stellen als rechtswidrig kritisiert habe, sowie aus den Obliegenheiten des § 839 Abs. 3 BGB.

### 16

Die fehlende interne oder externe Ausschreibung der Stelle sei rechtswidrig und verletze den Anspruch des Antragstellers auf effizienten Rechtsschutz aus Art. 33 Abs. 2 GG. Laut § 8 Abs. 1 Satz 1 BBG seien zu besetzende Stellen auszuschreiben. Gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 BLV seien zu besetzende Stellen außer in Fällen des Abs. 2 auszuschreiben. Diese Ausnahmetatbestände des Abs. 2 griffen nicht. An eine Ermessensausübung nach § 4 Abs. 3 BLV seien sehr strenge Anforderungen zu stellen. Der Verzicht auf eine Ausschreibung erfordere die Zustimmung des Personalrats, § 75 Abs. 3 Nr. 14 BPersVG. Diese Zustimmung fehle vorliegend und der Antragsteller könne sich hierauf berufen. Da im Bereich des außertariflichen Angestelltenverhältnisses oder im Bereich der beamtenrechtlichen B-Besoldung Frauen bei der Antragsgegnerin unterrepräsentiert seien, sollten die freien Arbeitsplätze ausgeschrieben werden, vgl. § 6 Abs. 2 BGlG. Die Antragsgegnerin möge entsprechende Daten zur Verfügung stellen.

### 17

Bereits mit Bericht des Bundesrechnungshofs an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestags vom 6. Mai 2010 werde die fehlende Ausschreibung nachhaltig kritisiert und zumindest eine interne Ausschreibung gefordert.

### 18

Aufgrund Besetzung der Stelle des Antragstellers mit der Konkurrentin Frau ... ab 1. Oktober sei diese beizuladen. Der vorliegende Rechtsstreit habe sich zu einem Standardkonkurrentenstreit entwickelt.

### 19

Die Antragsgegnerin sei der irrigen und verfassungswidrigen Ansicht, dass sie im Rahmen ihres Organisationsermessens aussuchen könne, ob sie Beamte von der Besetzung einer Stelle, für die sie die Laufbahnbefähigung besäßen, ausschließen könnte, weil sie Beamte seien. Die Verweigerung der Antragsgegnerin, den Antragsteller in den Kreis der Bewerber aufzunehmen und eine Auswahlentscheidung nach Maßgabe des Art. 33 Abs. 2 GG zu treffen, berühre den Antragsteller unmittelbar in seiner Berufsausübung. Die Ausübung des Organisationsermessens durch einen Dienstherrn sei keine Regelung im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG. Der Gesetzgeber verbiete gerade nicht, dass die Funktionen des § 389 SGB III von Beamten ausgeübt würden. Es sei nicht möglich, aus dieser Regelung abzuleiten, dass Bestandsbeamte, zu deren Laufbahnbefähigung auch Funktionen des § 389 SGB III gehörten, ausgeschlossen seien, wenn sie aktive Beamte bleiben wollten.

### 20

Ebenfalls liege ein Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG vor. Dem Antragsteller werde ein Bewerbungsverfahrensanspruch abgesprochen. Es liege außerhalb des Organisationsermessens der Antragsgegnerin, Beamte von der Bewerbung auf Stellen abzuhalten, die nach dem Gesetz auch von Beamten wahrgenommen werden könnten. Bei Anerkennung eines Organisationsermessens, dass für Beamte die Funktionen des § 389 SGB III im aktiven Beamtenverhältnis nicht zur Verfügung stünden, würde man der Antragsgegnerin die Berechtigung zum Ausspruch eines funktionellen Berufsverbots für Beamte zu billigen. Dies wäre eine Missachtung des Laufbahnprinzips.

## 21

Die Verweigerung der Akteneinsicht in die Dokumentation des Auswahlvorgangs und in die Akte der Auswahlentscheidung verletze den Antragsteller in seinem Recht aus Art. 19 Abs. 4 i.V.m. Art. 33 Abs. 2 und Art. 33 Abs. 5 GG.

## 22

Der Antragsteller beantragt,

Der Antragsgegnerin wird einstweilen untersagt, die ab 1. Oktober 2021 vakante Stelle „Geschäftsführer Controlling/Finanzen/Statistik/Einkauf/Infrastruktur in der Zentrale“ zu besetzen, bis dem Antragsteller eine Ablehnung seiner Bewerbung gemäß Bewerbungsschreiben vom 14. April 2021 und 15. April 2021 um vorgenannte Stelle in der dafür vorgesehenen Form (Konkurrentenmitteilung) mitgeteilt und ihm die Möglichkeit des effektiven Rechtsschutzes gegen seine Nichtberücksichtigung im Auswahlverfahren um die Geschäftsführerstelle „Controlling/Finanzen/Statistik/Einkauf/Infrastruktur in der Zentrale“ gewährt wurde.

## 23

Mit Schriftsatz vom 18. Mai 2021 beantragt die Antragsgegnerin, den Antrag abzulehnen.

## 24

Zur Erwidering trägt die Antragsgegnerin im Wesentlichen vor, dass der Antragsteller keinen Verfügungsanspruch besitze. Der Antragsteller stehe nicht in Konkurrenz mit Mitbewerbern, die einen Anspruch auf eine sogenannte Konkurrentenklage rechtfertigen würde. Der Gesetzgeber habe die Möglichkeit der sogenannten In-Sich-Beurlaubung für den Geschäftsbereich der Antragsgegnerin ausdrücklich in § 387 Abs. 3 SGB III vorgesehen und geregelt. Zweck dieser Regelung sei es, einen Personalaustausch zu ermöglichen. Ferner habe der Gesetzgeber ausdrücklich festgelegt, dass ein späterer Wechsel zwischen Beamten- und Anstellungsverhältnis auf der gleichen Ebene ausgeschlossen sei (vgl. BT-Drs. 17/6277, S. 87 zu Nr. 12). Hieraus folge, dass ein Beamter gerade keinen Anspruch auf Nachbeförderung im Hinblick auf sein Anstellungsverhältnis habe. Der Antragsteller habe keinen Anspruch darauf, dass die Antragsgegnerin diese Funktion an den Antragsteller als Beamten überträgt und ihn in ein Statusamt B6 einweise. Ebenso wenig könne der Antragsteller verlangen, dass diese die Stelle Geschäftsführer nach allgemeinen Grundsätzen ausschreibe. Gemäß § 389 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB III sei die Funktion einer Geschäftsführerin oder eines Geschäftsführers bei der Antragsgegnerin vorrangig in einem befristeten außertariflichen Arbeitsverhältnis obersten Führungskräften zu übertragen. Die Praxis der Antragsgegnerin entspreche dem gesetzgeberischen Willen. Aus der BLV folge keine Verpflichtung der Antragsgegnerin, die Position auszuschreiben. Aus § 4 Abs. 2 und 3 BLV folge, dass von einer Stellenausschreibung abgewichen werden könne. Die Antragsgegnerin habe mit Vorstandsbeschluss vom 24. Juni 2010 ausdrücklich von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und aufgrund der besonderen Nähe der Funktionen der Vergütungsgruppen AT II und AT III zum Vorstand festgelegt, dass diese grundsätzlich nicht intern ausgeschrieben würden. Dabei stütze die Antragsgegnerin ihren Beschluss ausdrücklich auf § 4 Abs. 3 Nr. 1 BLV unter Berücksichtigung des in § 4 Abs. 2 Nr. 1 BLV formulierten Rechtsgedankens.

## 25

Auch der vom Antragsteller zitierte Bericht des Bundesrechnungshofs vom 6. Mai 2010 führe zu keinem anderen Ergebnis. Zum einen beziehe sich dieser Prüfungsbericht auf die vorherige Rechtslage. Die vorliegend maßgebliche Fassung des § 389 SGB III sei zum 28.12.2011 in Kraft getreten. Die vorhergehende Fassung, welche der Bundesrechnungshof im Prüfungsbericht kritisiert habe, sei wesentlich weiter gefasst gewesen. Es sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bei Verabschiedung des § 389 SGB III i.d.F. seit 28.12.2011 die Vorbehalte des Bundesrechnungshofs gekannt habe.

## 26

Die Abgabe einer Bewerbung des Antragstellers auf diese Stelle führe nicht dazu, dass die Antragsgegnerin ein entsprechendes Verfahren durchzuführen habe. Ansonsten hätte es jede Beamtin oder Beamter in der Hand, durch eine Initiativbewerbung den Willen des Gesetzgebers zu konterkarieren.

**27**

Es bestehe daher keine Konkurrenzsituation zwischen dem Antragsteller und Frau ... Die Übertragung der Position der Geschäftsführerin Controlling und Finanzen in der Zentrale der Antragsgegnerin an Frau ... ab dem 1. Oktober 2021 sei nur vorübergehend und nicht auf Dauer erfolgt.

**28**

Wegen der weiteren Einzelheiten wird Bezug genommen auf die beigezogene Behördenakte sowie die Gerichtsakten.

II.

**29**

Der zulässige Antrag nach § 123 VwGO ist unbegründet.

**30**

Der Antragsteller hat keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht.

**31**

1. Der Antragsteller besitzt auch zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung noch ein Rechtsschutzbedürfnis für seinen Antrag. Eine Erledigung zum 1. Oktober 2021 ist nicht eingetreten. Wenngleich das ehemalige Angestelltenverhältnis des Antragstellers zur Antragsgegnerin zum 30. September 2021 beendet worden sein mag aufgrund Befristung, so ändert dies nichts daran, dass die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 1. Juni 2021 zugesagt hat, bis zur Entscheidung des Gerichts im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes keine dauerhafte Besetzung der Position der Geschäftsführerin/des Geschäftsführers Controlling und Finanzen in der Zentrale der Antragsgegnerin vorzunehmen.

**32**

Die lediglich vorübergehende Besetzung der streitgegenständlichen Stelle bei der Antragsgegnerin durch Frau ... ab dem 1. Oktober 2021 ist zudem nur vorübergehend und nicht auf Dauer, wie die Antragsgegnerin erneut im Schriftsatz vom 20. Juli 2021 klarstellt.

**33**

2. Der Antragsteller hat keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht, sodass sein Antrag nach § 123 VwGO unbegründet ist.

**34**

Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht auf Antrag auch schon vor Klageerhebung eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (sogenannte Sicherungsanordnung). Dabei ist stets zwischen dem Anordnungsgrund, der insbesondere die Eilbedürftigkeit der vorläufigen Sicherung begründet, und dem Anordnungsanspruch, der mit dem materiellen Anspruch identisch ist, zu unterscheiden. Das Vorliegen beider ist glaubhaft zu machen,

**35**

§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO, wobei die Kammer in Fällen, wie dem vorliegenden, wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG stets eine tatsächliche und rechtliche umfassende Überprüfung des Verwaltungsvorgangs vornimmt. Das Verfahren darf grundsätzlich nach Prüfungsmaßstab, Prüfungsumfang und Prüfungstiefe nicht hinter einem Hauptsacheverfahren zurückbleiben (vgl. BVerwG, U. v. 4.11.2010 - 2 C 16/09 - juris Rn. 32).

**36**

Der Antragsteller hat jedenfalls keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht.

**37**

2.1 Eine Verletzung des Art. 33 Abs. 2 GG aufgrund unterlassener Konkurrentenmitteilung liegt nicht vor.

**38**

Der Antragsteller ist nicht deshalb in seinen Rechten aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzt, weil die Antragsgegnerin es unterlassen hat, eine Konkurrentenmitteilung zu versenden bzw. ein Auswahlverfahren um die Stelle des Geschäftsführers in der Zentrale der Antragsgegnerin durchzuführen.

**39**

Der Antragsteller hat keinen Anspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG auf Erhalt einer Konkurrentenmitteilung, da zwischen ihm und Frau ... kein Konkurrenzverhältnis besteht. Das Vorgehen der Antragsgegnerin verletzt daher nicht seinen Bewerbungsverfahrensanspruch.

**40**

Hierbei ist entscheidend, dass der Antragsteller die streitgegenständliche Stelle in jedem Fall als Beamter und zusätzlich in der Besoldungsgruppe B6 übertragen bekommen möchte. In seinen Bewerbungsschreiben vom 14. April und 15. April 2021 hat der Antragsteller klargestellt, dass er die Stelle nur in einem Beamten-, nicht in einem Angestelltenverhältnis übertragen bekommen möchte.

**41**

Wie eine Stelle zu besetzen ist, steht grundsätzlich im Organisationsermessen des Dienstherrn, das dem Schutzbereich des Art. 33 GG vorgeschaltet ist. Eine willkürliche oder unsachliche Ausübung dieses Organisationsermessens ist vorliegend nicht erkennbar.

**42**

2.1.1 Die streitgegenständliche Stelle betrifft ein Arbeitsverhältnis oberster Führungskräfte im Sinne des § 389 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB III.

**43**

Gemäß § 389 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB III wird die Funktion einer Geschäftsführerin oder eines Geschäftsführers bei der Zentrale der Bundesagentur für Arbeit vorrangig in einem befristeten außertariflichen Arbeitsverhältnis oberster Führungskräfte (Anstellungsverhältnis) übertragen. Dabei darf gemäß § 389 Abs. 1 Satz 2 SGB III die Dauer des Anstellungsverhältnisses fünf Jahre nicht überschreiten, wobei es gemäß Satz 3 wiederholt begründet werden kann. Gemäß § 389 Abs. 1 Satz 6 SGB III gilt bei Übertragung im Beamtenverhältnis § 24 Abs. 1 bis 4 und 6 des Bundesbeamtengesetzes. Nach § 389 Abs. 2 SGB III kehren Beamte, die ein Anstellungsverhältnis begründen, grundsätzlich nach Beendigung dieses Anstellungsverhältnisses in das ihnen vor der Beurlaubung nach § 387 Abs. 3 SGB III zuletzt übertragene Amt zurück. Aus der Systematik der § 389 Abs. 1 und § 387 SGB III sowie der zugehörigen Gesetzesbegründung (BT-Drs. 17/6277, S. 87) ergibt sich, dass der Gesetzgeber grundsätzlich diese Stellen oberster Führungskräfte, wie vorliegend das des Geschäftsführers bei der Antragsgegnerin in der Zentrale, vorrangig im Angestelltenverhältnis, gegebenenfalls unter Inanspruchnahme einer In-sich-Beurlaubung eines Beamten, besetzen möchte. Zwar ist auch die Besetzung mit einem Beamten im Beamtenverhältnis nicht ausgeschlossen, § 389 Abs. 1 Satz 6 SGB III. Dies soll gemäß den gesetzlichen Vorgaben und der gesetzlichen Systematik jedoch nur nachrangig der Fall sein.

**44**

Es entspricht damit zunächst den gesetzlichen Vorgaben, wenn die Antragsgegnerin die streitgegenständliche Stelle im Grundsatz im Angestelltenverhältnis, und nicht im Beamtenverhältnis besetzen möchte.

**45**

2.1.2 Eine Verletzung des Rechts des Antragstellers aus Art. 33 Abs. 2 GG aufgrund unterlassener Konkurrentenmitteilung ist vorliegend nicht gegeben, da der Antragsteller, weil er die Stelle im Beamtenverhältnis übertragen bekommen möchte, in keinem Konkurrenzverhältnis zu Frau ... steht. Die Handhabung der Antragsgegnerin um die Besetzung der Stelle ist von ihrem, dem Art. 33 Abs. 2 GG vorgeschalteten, Organisationsermessen gedeckt.

**46**

Dem Schutzbereich des Art. 33 Abs. 2 GG ist ein von diesem abzugrenzender Bereich der allein öffentlichen Interessen dienenden Organisationshoheit des Dienstherrn vorgelagert. Diese Organisationshoheit ist mit einem weiten Gestaltungs-, Beurteilungs- und Ermessensspielraum verbunden; Betroffenen steht keine subjektiv-rechtliche Rechtsposition zu, kraft der sie auf dem Organisationsermessen des Dienstherrn beruhende Entscheidungen zur gerichtlichen Überprüfung stellen könnten. Zu diesem

Bereich gehört auch die Entscheidung des Dienstherrn, ob er einen Bediensteten im Tarifangestellten- oder Beamtenverhältnis an sich binden möchte.

#### **47**

Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung bestimmt allein die jeweils zuständige öffentlich-rechtliche Körperschaft im Rahmen ihrer Organisationsgewalt Zahl und Art der Arbeitsplätze im Öffentlichen Dienst. Die Ausbringung von Planstellen im Haushaltsplan durch den Haushaltsgesetzgeber erfolgt gemäß dessen organisatorischer Gestaltungsfreiheit nach den Bedürfnissen der Verwaltung. Die gleiche Dispositionsfreiheit kommt beim exekutiven Vollzug des Haushalts - im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben des Haushalts- und Besoldungsrechts - dem Dienstherrn bei der Stellenbewirtschaftung zu (vgl. BVerwG, U. v. 25.4.1996 - 2 C 21/95 - BVerwGE 101,112; U. v. 10.12.2020 - 2 A 2/20 - juris Rn. 13 und 14).

#### **48**

Der Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG erstreckt sich insbesondere nicht auf die Frage, ob eine Stellenbesetzung im Beamtenverhältnis oder im Angestelltenverhältnis erfolgt (vgl. BVerfG, B. v. 25.11.2011 - 2 BvR 2305/11 - juris Rn. 20).

#### **49**

Dieses aus dem Organisationsrecht des Dienstherrn erwachsende organisations- und verwaltungspolitische Ermessen bei der haushaltsrechtlichen Ausbringung und Bewirtschaftung von Planstellen des öffentlichen Dienstes ist ein anderes als das bei einer Stellenbesetzung zu beachtende „Auswahlermessen“. Es ist dem Anwendungs- und Schutzbereich des Art. 33 Abs. 2 GG vorgelagert. Denn die Bereitstellung und Ausgestaltung von Stellen und deren Bewirtschaftung dienen grundsätzlich allein dem öffentlichen Interesse an einer bestmöglichen Erfüllung der öffentlichen Aufgaben. Hierdurch nimmt der Dienstherr keine Verpflichtung für seine Bediensteten wahr.

#### **50**

Aus Art. 33 Abs. 4 GG ergibt sich nichts Anderes. Zwar sieht diese Verfassungsbestimmung vor, dass die ständige Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben in der Regel Beamten übertragen wird. Sie verbietet jedoch nicht generell, dafür auch Angestellte bzw. Tarifbeschäftigte einzusetzen (BVerfG, B. v. 2.3.1993 - 1 BvR 1213/85 - BVerfGE 88,103). Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG begründet vor allem keine Individualrechte. Er enthält lediglich eine objektivrechtliche Verfassungsregelung und dient nicht dem Schutz oder den Interessen des Einzelnen. Die Vorschrift garantiert lediglich institutionell das Strukturprinzip, dass hoheitliche Befugnisse in der Regel durch Beamte wahrgenommen werden.

#### **51**

Ein Beamter hat grundsätzlich auch keinen Anspruch auf rechtsfehlerfreie (ermessensfehlerfreie) Ausübung des Organisationsermessens. Es fehlt insoweit an der dafür notwendigen subjektiv-rechtlichen Rechtsgrundlage. Demgemäß hat ein Tarifbeschäftigter keinen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über seinen Antrag auf Umwandlung seines Dienstpostens in eine Beamtenstelle und anschließende Übernahme in ein Beamtenverhältnis (vgl. BVerwG, U. v. 10.12.2020 - 2 A 2/20 - juris Rn. 16 und 17).

#### **52**

Nach den genannten höchstrichterlichen Vorgaben hat die Antragsgegnerin daher im vorliegenden Fall die von ihrer Organisationsgewalt gedeckte Möglichkeit, die streitgegenständliche Stelle des Geschäftsführers/der Geschäftsführerin im Angestelltenverhältnis zu besetzen. Diese Entscheidung der Antragsgegnerin betrifft einen Bereich, der dem Art. 33 Abs. 2 GG vorgelagert ist, sodass diese Entscheidung, sofern sie auf sachlichen Gründen beruht (vergleiche nachfolgend Ziffer 2.1.3), den Antragsteller, der ausdrücklich klargestellt hat, dass er die streitgegenständliche Stelle nur in einem Beamtenverhältnis übernehmen möchte, nicht in seinen Rechten aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzt. Der Antragsteller nimmt sich selbst aus der Konkurrenz mit Frau ... heraus, da diese die Stelle in einem Angestelltenverhältnis übernehmen soll. Es geht im vorliegenden Fall gerade nicht um eine rechtmäßige Ausübung eines Auswahlermessens oder um die Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs des Antragstellers, da es zu diesem „zweiten Schritt“ noch gar nicht gekommen ist. Mit seiner ausdrücklichen Bewerbung um die streitgegenständliche Stelle und ausschließliche Übernahme im Beamtenverhältnis in der Besoldungsgruppe B6 stellt der Antragsteller sich selbst außerhalb der Konkurrenz und erfüllt damit nicht die Voraussetzungen für die Bewerbung um eine solche Stelle.

## 53

Anders wäre der Fall wohl im Grundsatz nur gelagert, wäre der Antragsteller bereit gewesen, die Stelle auch im Angestelltenverhältnis anzutreten. Dies hat der Antragsteller jedoch ausdrücklich in seiner Bewerbung ausgeschlossen. Es ist dem Antragsteller nicht möglich, durch eine Initiativbewerbung, in welcher er die Übernahme der streitgegenständlichen Stelle im Beamtenverhältnis in der Besoldungsgruppe B6 wünscht, ein eigenes Auswahlverfahren zu schaffen und sich in Konkurrenz zu anderen möglichen Stellenbesetzern zu setzen, wobei dies eben dem ausdrücklichen Willen der Antragsgegnerin als Dienstherrn widerspricht, die rechtmäßigerweise die Stelle im Angestelltenverhältnis besetzen möchte.

## 54

Im vorliegenden Fall besteht im Hinblick auf die streitgegenständliche Stelle zudem die Besonderheit, dass der Gesetzgeber ausdrücklich in § 389 Abs. 1 SGB III vorgesehen hat, dass solche Stellen vorrangig im Angestelltenverhältnis und nur nachrangig im Beamtenverhältnis zu besetzen sind. Dies bedeutet für die Antragsgegnerin, dass sie diese gesetzgeberische Wertung im Grundsatz zu befolgen hat und nur als Ausnahme bzw. mit einer besonderen Rechtfertigung die Besetzung im Beamtenverhältnis vornehmen kann. Es ist daher zusätzlich zum oben Gesagten zu beachten, dass die Antragsgegnerin in ihrem Organisationsermessen dahingehend nach dem gesetzlichen System vorgeprägt ist und ihr Ermessen entsprechend ein Angestelltenverhältnis bevorzugend ausüben muss, wenn nicht entsprechende sachliche Gründe für eine Abweichung gegeben sind und damit eine Besetzung im Beamtenverhältnis möglich ist.

## 55

2.1.3 Die Ausübung der Organisationsgewalt der Antragsgegnerin dahingehend, die streitgegenständliche Stelle im Angestelltenverhältnis zu besetzen, ist auch von sachlichen Gründen getragen.

## 56

Zunächst ist die Antragsgegnerin, wie bereits dargelegt, von der gesetzgeberischen Wertung präjudiziert, dass die Stelle vorrangig in einem Angestelltenverhältnis besetzt werden soll. Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. ... S. 87) sollen entsprechende Stellen im Angestelltenverhältnis und befristet vergeben werden. Dies ist nach Auffassung des Gesetzgebers vor allem deshalb möglich, da solche Tätigkeiten weniger hoheitlicher Art sind. Zudem wird ein häufiger und auch rascher Personalwechsel auf diesen Stellen ermöglicht, was insbesondere vor dem Hintergrund notwendig sei, da solche Stellen mit einer engen Zusammenarbeit mit dem Vorstand der Antragsgegnerin verbunden sind, so dass die Zusammenarbeit mit dem Vorstand von einer besonderen Loyalität und einem besonderen Vertrauen geprägt seien. Zudem ermögliche die Besetzung vorrangig im Angestelltenverhältnis, dass auch potenzielle Führungskräfte von außerhalb der Antragsgegnerin und damit vom freien Arbeitsmarkt rekrutiert werden können.

## 57

Unsachliche oder gar willkürliche Gründe für die Besetzung der streitgegenständlichen Stelle im Angestelltenverhältnis sind auch anderweitig nicht ersichtlich. Der Antragsteller hat damit keinen Anspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG auf Grund unterlassener Konkurrentenmitteilung oder unterlassenem Auswahlverfahren.

## 58

2.2. Der Antragsteller ist zudem nicht deshalb in seinen Rechten aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzt, da die Antragsgegnerin eine Ausschreibung der streitgegenständlichen Stelle unterlassen hat.

## 59

Die Antragsgegnerin war hierzu nicht verpflichtet.

## 60

2.2.1 Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 BBG und § 4 Abs. 1 Satz 1 BLV sind zu besetzende Stellen grundsätzlich auszuschreiben. Gesetzliche Ausnahmen von der Pflicht zur Stellenausschreibung sieht § 4 Abs. 2 BLV vor. Zudem kann gemäß § 4 Abs. 3 Nr. 1 BLV von einer Stellenausschreibung abgesehen werden, allgemein oder in Einzelfällen, wenn Gründe der Personalplanung oder des Personaleinsatzes entgegenstehen und es sich nicht um Einstellungen handelt.

## 61

2.2.2 Im vorliegenden Fall war die streitgegenständliche Stelle auf Grund einer Ausnahme nicht auszuschreiben gemäß § 4 Abs. 3 Nr. 1 BLV in Verbindung mit dem entsprechenden Beschluss des Vorstands der Antragsgegnerin vom 24. Juni 2010.

#### **62**

Der entsprechende Beschluss des Vorstandes der Antragsgegnerin sieht vor, dass Dienstposten der AT-Ebenen II und III grundsätzlich nicht ausgeschrieben werden.

#### **63**

Der Beschluss stützt sich hierbei ausdrücklich auf § 4 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 BLV. In dem Beschluss führt die Antragsgegnerin aus, dass gemäß § 4 Abs. 2 Nr.1 BLV die Pflicht zur Stellenausschreibung u.a. nicht für bestimmte Leitungspositionen in den Bundesministerien und im Deutschen Bundestag gelte. In entsprechender Anwendung des in § 4 Abs. 1 Nr.1 BLV formulierten Rechtsgedankens des besonderen Vertrauensverhältnisses werde wegen der unmittelbaren Nachordnung der mit den AT-Ebenen nach II und III bewerteten Dienstposten zur Vorstandsebene der Antragsgegnerin grundsätzlich keine interne Ausschreibung dieser Stellen vorgenommen. Die Potenzialerkennung erfolge in diesen Fällen auf der Grundlage des in der Antragsgegnerin fortlaufend praktizierten Leistungs- und Entwicklungsdialoges. Darüber hinaus stellt der Beschluss klar, dass dieser Verzicht auf die Ausschreibung nur für eine Besetzung mit internen Kräften gilt. Sofern die Stelle mit externen Kräften besetzt werden soll, ist eine öffentliche Ausschreibung notwendig.

#### **64**

Die Einschränkung der grundsätzlichen Ausschreibungspflicht ist demnach sehr beschränkt und damit verhältnismäßig. Darüber hinaus ist der Beschluss von dem dem Gesetz zu Grunde liegenden Gedanken getragen, dass es bei diesen Stellen der obersten Führungskräfte um besondere Arbeitsverhältnisse bzw. Beamtenverhältnisse geht, die in einem besonderen Vertrauens- und Loyalitätsverhältnis zum Vorstand der Antragsgegnerin stehen. Darüber hinaus wird in dem genannten Beschluss auch ausdrücklich klargestellt, dass eine solche Einschränkung der Ausschreibungspflicht grundsätzlich nur für solch hohe Positionen gelten kann, wie sie der Gesetzgeber vergleichbar in § 4 Abs. 2 Nr. 1 BLV normiert hat.

#### **65**

Damit hat die Antragsgegnerin rechtmäßig die grundsätzliche Ausschreibungspflicht für solche Stellen wie die streitgegenständliche eingeschränkt. Die Stelle war demnach nicht auszuschreiben.

#### **66**

2.2.3 Der Vorstandsbeschluss ist auch nicht auf Grund der Erwägungen in dem Bericht des Bundesrechnungshofes an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestags nach § 88 Abs. 2 BHO vom 6. Mai 2010 rechtswidrig.

#### **67**

Der diesbezügliche Vortrag des Antragstellers greift nicht durch. Vielmehr hatte der Vorstand der Antragsgegnerin in dem benannten Beschluss den Bericht des Bundesrechnungshofs vom 6. Mai 2010 vor Augen und hat dessen Kritik auch aufgenommen und entsprechende Änderungen im Vergleich zu früheren Regelungen bei der Antragsgegnerin vorgenommen.

#### **68**

Dass die nunmehr aktuelle Regelung des Ausschlusses der Ausschreibungspflicht in Form des Beschlusses des Vorstandes vom 24. Juni 2010 der aktuellen Rechtslage widerspricht, ist bereits nach dem oben Gesagten nicht der Fall.

#### **69**

Entgegen dem antragstellerseitigen Vortrag war die Zustimmung des Personalrates zu dem Vorstandsbeschluss bzw. dem Unterlassen der Ausschreibung der streitgegenständlichen Stelle nicht notwendig.

#### **70**

Gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 12 BPersVG (entspricht § 75 Abs. 3 Nr. 14 BPersVG a.F.) bestimmt der Personalrat mit in Angelegenheiten bei Absehen von der Ausschreibung von Dienstposten, die besetzt werden sollen. Nach den Vorgaben des § 78 Abs. 4 Nr. 2 gilt Abs. 1 des § 78 nicht für Beamtenstellen von der Besoldungsgruppe A16 an aufwärts und entsprechende Arbeitnehmerstellen. Da die streitgegenständliche

Stelle mit AT III vergütet bzw. B6 bewertet ist, greift demnach die Ausnahme des § 78 Abs. 4 BPersVG, so dass eine Mitbestimmung des Personalrats vorliegend nicht notwendig war.

#### **71**

Nach alledem hat die Antragsgegnerin die streitgegenständliche Stelle zu Recht nicht ausgeschrieben.

#### **72**

Darüber hinaus ist fraglich, ob sich der Antragsteller überhaupt auf eine Verletzung der Ausschreibungspflicht vorliegend berufen könnte. Die Pflicht zur Ausschreibung schützt vor allem diejenigen, und verletzt auch diejenigen in ihren Rechten, die sich auf Grund Unterlassen der Ausschreibung nicht auf diese Stelle bewerben konnten. Dies ist aber gerade beim Antragsteller nicht der Fall, der sich initiativ auf diese Stelle beworben hat.

#### **73**

2.3 Auf die im Verfahren beim Bayerischen Verwaltungsgericht Ansbach, Az.: ... streitgegenständliche Dienstvereinbarung der Antragsgegnerin vom 11. Juli 2007, die wohl eine Beförderung des Antragstellers von derzeit B3 auf B6 im Beamtenverhältnis nach Beendigung der Beurlaubung ausschließt, kommt es vorliegend nicht mehr an. Der Antragsteller besitzt bereits keinen Anordnungsanspruch, da er sich nicht in einem Konkurrenzverhältnis zu Frau ... stellt. Ob demnach überhaupt theoretisch eine Beförderung von AT III auf B6 im Anschluss an eine In-sich-Beurlaubung möglich ist, ist vorliegend streitunerheblich.

#### **74**

2.4 Auf Grund des oben Gesagten muss auch eine Verletzung des Antragstellers in Art. 12 GG ausscheiden.

#### **75**

Da der Antragsteller, wie bereits beschrieben, in keinem Konkurrenzverhältnis zu Frau ... steht, ist er auch nicht auf Grund unterlassener Beiladung und weiter verfahrensrechtlicher Verfügungen in seinem Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG verletzt.

#### **76**

3. Der Antrag war nach alledem abzulehnen.

#### **77**

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 1, 161 Abs. 1 VwGO.

#### **78**

Die Streitwertfestsetzung ergibt sich vorliegend aus § 53 Abs. 2 Nr. 1 GKG i.V.m. § 52 Abs. 1 GKG i.V.m. Ziffer 10 und Ziffer 1.5 des Streitwertkatalogs der Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 i.V.m. § 52 Abs. 6 GKG.

#### **79**

Gemäß Beschluss des BayVGH vom 24. Oktober 2017 (Az.: 6 C 17.1429) ist der Streitwert in einem beamtenrechtlichen Konkurrenteneilverfahren, das auf die vorläufige Freihaltung der zu besetzenden Beförderungsstelle durch Erlass einer einstweiligen Anordnung gerichtet ist, nach § 52 Abs. 6 Satz 4 GKG zu bemessen und beträgt, wie bei einer auf Neuverbescheidung des Beförderungsbegehrens gerichteten Hauptsacheklage,  $\frac{1}{4}$  der für ein Kalenderjahr in dem angestrebten Amt zu zahlenden Bezüge nach Maßgabe von § 52 Abs. 6 Sätze 1 bis 3 GKG.

#### **80**

Wie oben festgestellt, befindet sich der Antragsteller vorliegend nicht in einem Konkurrenteneilverfahren, so dass diese Rechtsprechung nicht direkt angewendet werden kann. Jedoch ist vorliegend die Situation vergleichbar, da jedenfalls das Begehren und auch der Antrag des Antragstellers dahin gehen, die zu besetzende Stelle freizuhalten.

#### **81**

Der Antragsteller begehrt die streitgegenständliche Stelle mit einer Besoldung von B6, so dass sich der vorliegend festgesetzte Streitwert aus einem Viertel der jährlichen Besoldung von B6 ergibt.