

**Titel:**

**Besetzung einer Referatsleiterstelle vor Entscheidung über eine Bewerbung einer Mitbewerberin**

**Normenketten:**

VwGO § 123

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

BayBG Art 20 Abs. 1

**Leitsätze:**

1. Eine Ausblendung des Bewährungsvorsprunges erfolgt durch das Gericht nicht von Amts wegen, sondern allenfalls nur bei Inanspruchnahme dieser Option durch den Dienstherrn, indem er dem unterlegenen Bewerbern zusagt, einen eventuellen Bewährungs- oder Erfahrungsvorsprung des ausgewählten Bewerbers in einem weiteren Auswahlverfahren auszublenden, sollte sich die erste Auswahlentscheidung als rechtswidrig erweisen. (Rn. 18) (redaktioneller Leitsatz)
2. Allein aus dem in Art. 33 Abs. 2 GG enthaltenen Recht auf „gleichen Zugang“ zu jedem öffentlichen Amt ergibt sich nach dem Leistungsgrundsatz keine Pflicht zur Ausschreibung von Beamten-Beförderungsstellen. (Rn. 28) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Einstweilige Anordnung, Stellenbesetzung, Ausschreibungspflicht (verneint), einstweilige Anordnung, Ausschreibungspflicht, kommissarische Dienstpostenbesetzung, Beurteilung, Ausblendung, Bewährungsvorsprung, Amt, höherwertig, Auswahlentscheidung

**Tenor**

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen. Der Beigeladene trägt seine außergerichtlichen Kosten selbst.
- III. Der Streitwert wird auf 26.316,39 EUR festgesetzt.

**Gründe**

I.

1

Die Antragstellerin (geboren 1968) steht als Regierungsdirektorin (Besoldungsgruppe A 15) in Diensten des Antragsgegners. Die konkrete Dienstverrichtung erfolgt im Bayerischen Staatsministerium für ... .. (im folgenden „Ministerium“).

2

Per E-Mail an alle Bediensteten des Ministeriums informierte das Ministerium über den Ministerialerlass vom ... August 2021 Geschäftszeichen Z.1M ..., in welchem der Staatsminister unter anderem verfügte:

3

„Die Geschäftsverteilung wird wie folgt geändert:

1. Änderung im Bereich des Leistungsstabs:

...

- 1.3 Referat LS.1 ...

Regierungsdirektor K. wird mit der Wahrnehmung der Leitung des Referats LS.1 beauftragt (\*.9.2021)“

4

Die Entscheidung über die Besetzung der Leitung des Referats LS. 1 ist ohne Ausschreibung erfolgt.

5

Der Beigeladene steht als Regierungsdirektor (Besoldungsgruppe A 15) in Diensten des Antragsgegners.

6

Mit Schreiben der Antragstellerpartei vom ... August 2021 wurde der Antragsgegner aufgefordert, von der Beauftragung eines Bewerbers mit der Wahrnehmung der Leitung des Referats LS. 1 für Dauer des gerichtlichen Verfahrens Abstand zu nehmen.

7

Mit Schriftsatz vom 26. August 2021, eingegangen bei Gericht am selben Tag, hat die Antragstellerin beim Verwaltungsgericht München einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt und beantragt,

8

Dem Antragsgegner wird vorläufig untersagt, die Stelle der Leitung des Referats LS.1 im Staatsministerium für ... mit einem anderen Bewerber zu besetzen, bevor nicht über die Bewerbung der Antragstellerin bestandskräftig entschieden worden ist.

9

Die Leitung des Referats LS.1 stelle sowohl für den ausgewählten Bewerber wie auch für die Antragstellerin ein Beförderungsdienstposten dar. Die Antragstellerin habe ein Interesse an der Übernahme einer Referatsleitung und habe dies in der Vergangenheit ausdrücklich gegenüber dem Ministerium bekundet. Auch wenn der Antragsgegner die verfahrensgegenständliche Stelle nicht ausgeschrieben habe, entbinde ihn dies nicht von der Verpflichtung dafür Sorge zu tragen, dass bei der Stellenbesetzung dem Leistungsprinzip Rechnung getragen werde. Ein Anordnungsgrund würde vorliegen, da mit der förmlichen Übertragung des Dienstpostens an den Mitbewerber die Übertragung nach den Grundsätzen der Ämterstabilität nicht rückgängig gemacht werden könne.

10

Mit Schriftsatz vom 14. September 2021 hat der Antragsgegner beantragt,

11

den Eilantrag abzulehnen.

12

Grundsätzlich würde das Ministerium eine Referatsleitungsstelle ausschreiben. Eine Ausschreibung würde dann nicht erfolgen, wenn eine Stelle betroffen sei, die ein besonderes Vertrauensverhältnis zur politischen Spitze des Hauses erfordere. Hiervon betroffen seien alle Referate des Leitungsstabes, da diese direkt dem Staatsminister unterstellt seien, ohne dass die üblichen Hierarchiestufen einer Abteilungsleitung und des Amtschefs zwischengeschaltet seien. Das Referat LS.1 gehöre zum Leitungsstab und sei unmittelbar dem Staatsminister unterstellt. Der Staatsminister habe entschieden, diese Funktion kommissarisch mit dem Beigeladenen zu besetzen. Durch die Beauftragung des Beigeladenen mit der Leitung des Referats LS.1 sei keine endgültige Stellenbesetzung erfolgt, sodass das Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin bereits zweifelhaft sei. Zudem würde keine allgemeine Ausschreibungspflicht bestehen. Die Auswahlentscheidung sei rechtmäßig. Der Leistungsgrundsatz sei beachtet worden. Selbst wenn die Leitung des Referats LS.1 ausgeschrieben worden wäre, wäre die Antragstellerin nicht zum Zuge gekommen, da der ausgewählte Bewerber im Gesamturteil der aktuellen periodischen Beurteilung 15 Punkte erzielt habe. Die Antragstellerin habe in ihrer aktuellen periodischen Beurteilung im gleichen Statusamt im Gesamturteil nur 14 Punkte erzielt.

13

Bezüglich weiterer Einzelheiten wird auf die Gerichts- und vorgelegten Behördenakten verwiesen.

II.

14

Der zulässige Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist unbegründet.

15

1. Gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) kann das Gericht 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. Nach Satz 2 des § 123 Abs. 1 VwGO sind einstweilige Anordnungen auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung - vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen - notwendig erscheint, um insbesondere wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern. § 123 Abs. 1 VwGO setzt daher sowohl einen Anordnungsgrund, das heißt ein Bedürfnis für die Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes in Form der Gefährdung eines eigenen Individualinteresses, als auch einen Anordnungsanspruch voraus, das heißt die bei summarischer Überprüfung der Sach- und Rechtslage hinreichende Aussicht auf Erfolg oder zumindest auf einen Teilerfolg des geltend gemachten Begehrens in der Hauptsache. Der Antragsteller hat die hierzu notwendigen Tatsachen glaubhaft zu machen.

## 16

2. Die Antragstellerin hat einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht, da der ausgeschriebene Dienstposten mit dem Beigeladenen besetzt werden soll. Mit der endgültigen anderweitigen Besetzung einer Stelle und der Beförderung des ausgewählten Bewerbers ist eine durch Ausschreibung eingeleitete Stellenbesetzung beendet, sodass dem Begehren der Antragstellerin, ihr die streitgegenständliche Stelle zu übertragen, nicht mehr entsprochen werden kann, da die Stellenbesetzung nach einer Beförderung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Der um eine Beförderungsauswahl geführte Rechtsstreit erledigt sich deshalb mit der endgültigen Besetzung der ausgeschriebenen Stelle (BVerwG, B.v. 15.5.2017 - 2 B 74/16 - juris Rn 6; U.v. 4.11.2010 - 2 C 16/09 - BVerwGE 138, 102, juris Rn. 27).

## 17

Die streitgegenständliche Stelle, welche eine Beförderungsmöglichkeit nach A 16 / B 2 vorsieht, stellt für die Antragstellerin und den Beigeladenen ein höherwertiges Statusamt dar. Unabhängig davon, ob das entsprechende statusrechtliche Amt gleichzeitig mit der Übertragung der streitgegenständlichen Stelle übertragen wird oder ob - wie bei der streitgegenständlichen Stelle - die Übertragung des höherwertigen Dienstpostens die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen für eine spätere Beförderung schafft (BVerwG, B.v. 21.12.2016 - 2 VR 1.16 - BVerwGE 157, 168, juris Rn. 12 f.), liegt ein Anordnungsgrund vor, sodass das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes grundsätzlich die Funktion des Hauptsacheverfahrens übernimmt (BayVGh, B.v. 4.2.2015 - 6 CE 14.2477 - NVwZ 2015, 604 Rn. 11 m.w.N.).

## 18

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aufgrund der vorläufigen kommissarischen Dienstpostenbesetzung durch den Beigeladenen. Zwar eröffnet die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, B.v. 12.12.2017 - 2 VR 2.16 - BVerwGE 161, 59, juris Rn. 21 ff.) im Falle, dass sich die Auswahlentscheidung im gerichtlichen Verfahren als rechtswidrig erweist, bei einer weiteren Auswahlentscheidung die Möglichkeit, die aktuelle dienstliche Beurteilung des ursprünglich ausgewählten und mit der Wahrnehmung des Dienstpostens beauftragten Bewerbers insoweit auszublenden, als sie die Erfüllung der spezifisch höherwertigen Aufgaben des Dienstpostens betrifft (BVerwG, B.v. 12.12.2017, a.a.O., Rn. 22). Eine Ausblendung des Bewährungsvorsprunges erfolgt jedoch durch das Gericht nicht von Amts wegen, sondern allenfalls nur bei Inanspruchnahme dieser Option durch den Dienstherrn, indem er dem unterlegenen Bewerber zusagt, einen eventuellen Bewährungs- oder Erfahrungsvorsprung des ausgewählten Bewerbers in einem weiteren Auswahlverfahren auszublenden, sollte sich die erste Auswahlentscheidung als rechtswidrig erweisen (BVerwG, B.v. 12.12.2017, a.a.O., Rn. 28; BayVGh, B.v. 29.10.2018 - 6 CE 18.1868 - juris Rn. 11). Von dieser Möglichkeit, die Vorwirkung der vorläufigen Dienstpostenbesetzung auf die nachfolgende Ämtervergabe zu vermeiden, hat der Antragsgegner keinen Gebrauch gemacht.

## 19

3. Die Antragstellerin hat jedoch keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht.

## 20

a) Einen Rechtsanspruch auf Übertragung der streitgegenständlichen Stelle hat die Antragstellerin grundsätzlich nicht. Ein solcher lässt sich nach herrschender Rechtsprechung nicht aus der Fürsorgepflicht ableiten, die sich auf das vom Beamten bekleidete Amt beschränkt und somit amtsbezogen ist.

## 21

Die Antragstellerin hat aber einen Bewerbungsverfahrensanspruch, das heißt einen Anspruch darauf, dass der Dienstherr den Dienstposten unter Berücksichtigung des in Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland/Grundgesetz (GG), Art. 94 Abs. 2 Satz 2 Verfassung für den Freistaat Bayern (BV) normierten Leistungsgrundsatzes vergibt und seine Auswahlentscheidung nur auf Gesichtspunkte

stützt, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffen (vgl. BVerfG, B.v. 26.11.2010 - 2 BvR 2435/10 - NVwZ 2011, 746; B.v. 2.10.2007 - 2 BvR 2457/04 - NVwZ 2008, 194; BVerwG, U.v. 17.8.2005 - 2 C 36.04 - juris).

## 22

Die Ermittlung des - gemessen an den Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung - am besten geeigneten Bewerbers hat stets in Bezug auf das konkret angestrebte Amt zu erfolgen. Maßgeblich ist insoweit der Aufgabenbereich des Amtes, auf den bezogen die einzelnen Bewerber untereinander zu vergleichen sind und anhand dessen die Auswahlentscheidung vorzunehmen ist (BayVGh, B.v. 3.7.2019 - 3 CE 19.1118 - juris Rn. 6).

## 23

Diese Vorgaben dienen zwar vornehmlich dem öffentlichen Interesse an einer bestmöglichen Besetzung, berücksichtigen aber zugleich das berechnigte Interesse eines Kandidaten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen. Die Bewerber haben daher einen Anspruch auf rechtsfehlerfreie Auswahl (BVerwG, U.v. 25.8.1988 - 2 C 28/85 - juris; BayVGh, B.v. 25.5.2011 - 3 CE 11.605 - BayVBI 2011, 565; VG München, B.v. 24.10.2012 - M 5 E 12.2637 - juris).

## 24

Aus der Verletzung dieses Anspruchs folgt zwar regelmäßig nicht ein Anspruch auf Einstellung oder Beförderung. Vielmehr ist es im Hinblick auf den Beurteilungs- und Ermessensspielraum des Dienstherrn bei der Auswahlentscheidung grundsätzlich nicht Aufgabe des Gerichts, den besser geeigneten Bewerber zu bestimmen und eine eigene Prognose der Erfolgsaussichten der Bewerbung vorzunehmen (vgl. BayVGh, B.v. 5.1.2012 - 7 CE 11.1432 - juris).

## 25

Der unterlegene Bewerber kann aber eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung beanspruchen, wenn seine Auswahl möglich erscheint (BVerfG, B.v. 26.11.2010 - 2 BvR 2435/10 - NVwZ 2011, 746). Aufgrund der Verfahrensabhängigkeit des sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebenden subjektiven Rechts und der Garantie von Art. 19 Abs. 4 GG sind die Verwaltungsgerichte bei der Auslegung und Anwendung des § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO in beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitigkeiten gehalten, den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes im Eilverfahren besonders Rechnung zu tragen (vgl. BVerfG, B.v. 29.6.2003 - 2 BvR 311/03 - NVwZ 2004, 95).

## 26

b) Die streitgegenständliche Auswahlentscheidung entspricht diesen Grundsätzen.

## 27

Die Auswahlentscheidung genügt den formellen rechtlichen Anforderungen und ist auch materiell-rechtlich nicht zu beanstanden.

## 28

aa) Der Antragsgegner musste die streitgegenständliche Stelle nicht ausschreiben. Nach gefestigter verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung lässt sich unmittelbar aus Art. 33 Abs. 2 GG keine allgemeine Ausschreibungspflicht herleiten (vgl. BVerwG, U.v. 16.10.1975 - II C 43.73 - BVerwGE 49, 232, juris Rn. 48; B.v. 13.10.1978 - 6 P 6.78 - BVerwGE 56, 324, juris Rn. 12 ff.; B.v. 22.4.1992 - 1 WB 134/91 - PersV 1992, 453, juris Rn. 5; BayVGh, B.v. 19.1.2009 - 15 CE 08.3184 - ZBR 2009, 393, juris Rn. 11; OVG RhPf, B.v. 29.3.2018 - 2 B 10272/18 - DVBI 2018, 1291, juris Rn. 14; OVG NW, U.v. 17.6.2019 - 6 A 1134/17 - juris Rn. 76; BayVGh, B.v. 2.2.2021 - 3 ZB 20.615 - juris Rn. 17). Art. 33 Abs. 2 GG lässt das Verfahren offen, mittels dessen der materielle Grundsatz der Bestenauslese umgesetzt wird; das Grundgesetz überlässt die Bestimmung der für die Auslese geeigneten Mittel dem Gesetzgeber. Insbesondere ergibt sich aus dem in Art. 33 Abs. 2 GG enthaltenen Recht auf „gleichen Zugang“ zu jedem öffentlichen Amt nach dem Leistungsgrundsatz keine Pflicht zur Ausschreibung von Beamten-Beförderungsstellen (BVerwG, B.v. 22.4.1992 - 1 WB 134.91 - PersV 1992, 453, juris Rn. 5).

## 29

Eine allgemeine Ausschreibungspflicht folgt darüber hinaus nicht aus der einfachgesetzlichen Regelung des Art. 20 Abs. 1 des Bayerischen Beamtengesetzes (BayBG). Danach sind Bewerber und Bewerberinnen durch Stellenausschreibungen (nur dann) zu ermitteln, wenn dies im besonderen dienstlichen Interesse liegt. Für die Besetzung von Beförderungsstellen allgemein bieten in der Regel die dienstlichen

Beurteilungen ein geeignetes Auswahlkriterium. Interne Stellenausschreibungen machen dann im Einzelfall Sinn, wenn die Behörde Informationen braucht, welche Beamten überhaupt an einem bestimmten Dienstposten interessiert sind (vgl. Gesetzesbegründung zu Art. 20 Abs. 1 BayBG, LT-Drs. 16/3200, S. 601). Die Stellenausschreibung stellt für den Dienstherrn damit nur eines von mehreren Mitteln dar, geeignete Personen für bestimmte Dienstposten zu finden und auszuwählen und stellt ein fakultatives organisationsrechtliches Instrument des Dienstherrn dar (zum Ganzen: BayVGh, B.v. 2.2.2021 - 3 ZB 20.615 - juris Rn. 18).

### 30

bb) Ungeachtet dessen, würde sich unter Beachtung der Leistungsgrundsätze, ein Leistungsvorsprung zu Gunsten des ausgewählten Bewerbers ergeben.

### 31

Feststellungen über Eignung, Befähigung und fachliche Leistung von Bewerbern um eine Beförderungsstelle sind in erster Linie auf die aktuellen dienstlichen Beurteilungen zu stützen, denn sie bilden den gegenwärtigen bzw. zeitnah zurückliegenden Stand ab und können somit am besten als Grundlage für die Prognose dafür dienen, welcher der Konkurrenten die Anforderungen der zu besetzenden Stelle voraussichtlich am besten erfüllen wird (BVerwG, B.v. 27.9.2011 - 2 VR 3/11 - NVwZ-RR 2012, 71, juris; vergleiche zum Ganzen auch: BayVGh, B.v. 18.6.2012 - 3 CE 12.675 - BayVBI 2013, 335, juris; VG München, B.v. 26.10.2012 - M 5 E 12.3882 - juris; B.v. 24.10.2012 - M 5 E 12.2637 - juris).

### 32

Hierbei ist darauf zu achten, dass die dem Vergleich der Konkurrenten zugrunde gelegten Beurteilungen untereinander vergleichbar sind. Um dem Gedanken der Bestenauslese bei der Auswahlentscheidung Rechnung zu tragen, müssen darüber hinaus - jedenfalls in aller Regel - auch das gewählte Beurteilungssystem gleich sein und die bei der Beurteilung zur Anwendung kommenden Beurteilungsrichtlinien, -merkmale und -maßstäbe wie Punkteskalen gleichmäßig auf sämtliche Beamte angewendet werden, die bei beamtenrechtlichen Entscheidungen über ihre Verwendung und ihr dienstliches Fortkommen miteinander in Wettbewerb treten können (BVerwG, U.v. 2.3.2000 - 2 C 7.99 - NVwZ-RR 2000, 621, juris). Ihre wesentliche Aussagekraft erhalten dienstliche Beurteilungen nämlich erst in Relation zu den Bewertungen in anderen dienstlichen Beurteilungen. Um zu der erforderlichen objektiven Bewertung des einzelnen Beamten zu gelangen und um die Vergleichbarkeit der beurteilten Beamten zu gewährleisten, muss so weit wie möglich gleichmäßig verfahren werden. Die Beurteiler müssen ihrer Bewertung denselben Begriffsinhalt der Noten (Punktwerte) zugrunde legen und diese mit demselben Aussagegehalt verwenden. Das gilt insbesondere für das die Beurteilungen abschließende Gesamturteil (BVerwG, U.v. 27.2.2003 - 2 C 16.02 - NVwZ 2003, 1397; BayVGh, B.v. 14.8.2014 - 3 CE 14.377 - juris Rn. 26; B.v. 6.11.2007 - 3 CE 07.2163 - juris Rn. 41 f.).

### 33

Maßgeblich für diesen Vergleich ist primär das abschließende Gesamturteil der Beurteilung, dass durch Würdigung, Gewichtung und Abwägung der einzelnen leistungsbezogenen Gesichtspunkte zu bilden ist (BVerwG, B.v. 22.11.2012 - 2 VR 5/12 - RiA 2013, 116, juris Rn. 25).

### 34

Die dienstlichen Beurteilungen der Antragstellerin und des ausgewählten Bewerbers sind vergleichbar. Beide periodische Beurteilungen umfassen den Beurteilungszeitraum vom \*. April 2018 bis ... März 2021 und wurden im Statusamt A 15 erzielt. Der ausgewählte Bewerber erzielte im Gesamtprädikat 15 Punkte. Die Antragstellerin erzielte im Gesamtprädikat 14 Punkte, sodass sich ein Leistungsvorsprung zugunsten des Beigeladenen ergibt. Es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass diese Bewertung rechtsfehlerhaft sei und sich auf das Ergebnis der streitgegenständlichen Besetzungsentscheidung auswirken könnte.

### 35

4. Die Antragstellerin hat als unterlegene Beteiligte nach § 154 Abs. 1 VwGO die Kosten des Verfahrens zu tragen. Der Beigeladene trägt seine außergerichtlichen Kosten selbst, da er weder einen Antrag gestellt noch sonst das Verfahren wesentlich gefördert hat (Schübel-Pfister in Eyermann, VwGO, 15. Auflage 2019, § 162 Rn. 41).

### 36

5. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 bis 4 Gerichtskostengesetz (GKG) - ein Viertel der für ein Kalenderjahr zu zahlenden Bezüge mit Ausnahme nicht ruhegehaltsfähiger Zulagen, da der streitgegenständliche Dienstposten für die Antragstellerin ein Beförderungsdienstposten darstellen würde. Die Jahresbezüge für die Antragstellerin in dem mit der Stelle verbundenen Amt A 16 würden sich (laut Mitteilung des Antragsgegners) auf 105.265,56 EUR belaufen, hiervon ein Viertel (BayVGH, B.v. 5.11.2019 - 3 CE 19.1896 - juris Rn. 32; B.v. 3.7.2019 - 3 CE 19.1118 - juris Rn. 26).