

**Titel:**

**Einstweilige Anordnung, Stellenbesetzung, Dienstliche Beurteilung, Verwendungseignung, Keine Antragsbegründung**

**Normenketten:**

VwGO § 123

GG Art. 33 Abs. 5

LlbG Art. 16 Abs. 1

GG Art. 103 Abs. 1

**Schlagworte:**

Einstweilige Anordnung, Stellenbesetzung, Dienstliche Beurteilung, Verwendungseignung, Keine Antragsbegründung

**Fundstelle:**

BeckRS 2024, 37771

**Tenor**

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen. Die Beigeladene trägt ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

III. Der Streitwert wird auf 22.322,00 EUR festgesetzt.

**Gründe**

I.

1

Der Antragsgegner schrieb am ... Dezember 2023 u.a. eine Stelle als Abteilungsleitung L 2 Bildung und Beratung am Amt für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten (AELF) T. aus. Diese Stelle ist mit A 15 bewertet. In der Ausschreibung ist ausdrücklich darauf hingewiesen, dass für die ausgeschriebenen Abteilungsleitungen das Bewerberfeld auf Beamtinnen und Beamte beschränkt ist, die in der aktuellen periodischen Beurteilung einen entsprechenden Eignungsvermerk erhalten haben.

2

Die Antragstellerin ist als Landwirtschaftsoberrätin (Besoldungsgruppe A 14) beim Antragsgegner an einem AELF als stellvertretende Leiterin eines Sachgebiets tätig. In ihrer periodischen dienstlichen Beurteilung für den Zeitraum ... Mai 2020 bis ... April 2023 erzielte sie das Gesamtergebnis von 12 Punkten, als Verwendungseignung ist „Sachgebietsleiterin an einem AELF“ angegeben.

3

Die Beigeladene ist ebenfalls als Landwirtschaftsoberrätin (Besoldungsgruppe A 14) beim Antragsgegner an einem AELF tätig. Sie ist seit ... März 2022 Sachgebietsleiterin. In ihrer periodischen dienstlichen Beurteilung für den Zeitraum ... Mai 2020 bis ... April 2023 erzielte sie das Gesamtergebnis von 11 Punkten, als Verwendungseignung ist „Abteilungsleiterin an einem AELF“ angegeben.

4

In einem Schreiben an den Personalrat vom ... Januar 2024 ist angegeben, dass beabsichtigt sei, die streitgegenständliche Stelle der Beigeladenen zu übertragen. Unter Aufzählung der Beurteilungslage der Antragstellerin und der Beigeladenen ist darauf hingewiesen, dass lediglich die Beigeladene in ihrer aktuellen periodischen Beurteilung den Eignungsvermerk als Abteilungsleiterin erhalten habe. Die Bewerbung der Antragstellerin sei daher nicht weiter zu betrachten.

5

Der Personalrat stimmte der beabsichtigten Besetzung der Stelle am ... Februar 2024 zu.

**6**

Mit Schreiben vom ... Februar 2024 teilte das Staatsministerium für Ernährung, Landwirtschaft, Forsten und Tourismus (Staatsministerium) der Antragstellerin mit, dass für die Stelle die Beigeladene vorgesehen sei.

**7**

Die Antragstellerin hat am ... Februar 2024 den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt. Mit höchster Wahrscheinlichkeit sei die Auslese am Maßstab vergleichender Qualifikationseinschätzung in fehlerhafter Weise getroffen worden. Zeitnah nach Gewährung von Akteneinsicht sei hierzu weiter vorzutragen.

**8**

Die Antragstellerin hat beantragt,

**9**

dem Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO zu untersagen, die ausgeschriebene Stelle einer Tätigkeit eines Abteilungsleiters L 2 Bildung und Beratung am Amt für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten T. mit einer/m Mitbewerber zu besetzen, solange nicht über die Bewerbung der Antragstellerin bestandskräftig entschieden ist.

**10**

Das Staatsministerium hat am 19. April 2024 die Akten vorgelegt und mit Blick auf die angekündigte Begründung keine weitere Stellungnahme abgegeben wie auch keinen Antrag gestellt.

**11**

Die Akten wurden den Bevollmächtigten der Antragstellerin nach Aktenlage am 22. April 2024 in elektronischer Form übersandt. Es ist keine weitere Äußerung der Antragstellerpartei im Verfahren eingegangen.

**12**

Die ausgewählte Beamtin wurde mit Beschluss vom 19. April 2024 zum Verfahren beigeladen. Sie hat keinen Antrag gestellt oder sich sonst zum Verfahren geäußert.

**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.

Die Antragstellerin hat die hierzu notwendigen Tatsachen glaubhaft zu machen.

**16**

2. Der Anordnungsgrund in Form der besonderen Dringlichkeit der begehrten einstweiligen Anordnung ist gegeben. Das Auswahlverfahren für die streitgegenständliche Stelle ist grundsätzlich abgeschlossen. Eine Ernennung der Beigeladenen steht unmittelbar bevor. Der Bewerbungsverfahrensanspruch der

Antragstellerin als übergangener Bewerberin lässt sich nur vor der Ernennung der ausgewählten Konkurrentin mittels einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO effektiv sichern, da sich der um eine Stellenauswahl geführte Rechtsstreit mit der endgültigen Besetzung der ausgeschriebenen Stelle erledigt (vgl. BVerfG, B.v. 29.7.2003 – 2 BvR 311/03 – NVwZ 2004, 95, juris). Nach herrschender Auffassung in der Rechtsprechung (BVerwG, U.v. 4.11.2010 – 2 C 16/09 – NVwZ 2011, 358, juris) ist mit der endgültigen anderweitigen Besetzung einer Stelle das Besetzungsverfahren grundsätzlich abgeschlossen mit der Folge, dass dem Begehren der Antragstellerin, die Auswahlentscheidung zu ihren Gunsten vorzunehmen, nicht mehr entsprochen werden könnte, weil der Antragsgegner die Ernennung der Beigeladenen in der Regel nicht mehr rückgängig machen könnte.

## 17

3. Die Antragstellerin hat 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 (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, juris; B.v. 2.10.2007 – 2 BvR 2457/04 – NVwZ 2008, 194, juris; BVerwG, U.v. 17.8.2005 – 2 C 36.04 – juris). Bei der Auswahl unter mehreren Bewerbern für eine solche Stelle gilt es daher, den dafür „bestgeeigneten“ Bewerber ausfindig zu machen. Naturgemäß ist bei dieser Prognose auf die Leistungsanforderungen des konkret zu besetzenden Dienstpostens abzustellen, wobei der Dienstherr im Rahmen seines organisatorischen Ermessens bestimmt, welche besonderen Eignungsvoraussetzungen der künftige Amtsinhaber mitbringen muss (Anforderungsprofil) und welchen Gesichtspunkten innerhalb von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung das größere Gewicht zukommen soll (VG München, B.v. 28.8.2006 – M 5 E 06.2324 – juris Rn. 22). Diese Vorgaben dienen zwar vornehmlich dem öffentlichen Interesse an einer bestmöglichen Besetzung, berücksichtigen aber zugleich das berechnete Interesse eines Kandidaten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen. Der Bewerber hat 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, juris; VG München, B.v. 24.10.2012 – M 5 E 12.2637 – juris). Aus der Verletzung dieses Anspruches 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). 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, juris). 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. 29.7.2003 – 2 BvR 311/03 – BayVBI 2004, 17, juris).

## 18

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; vgl. 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).

## 19

Der Dienstherr kann über die Eignung des Bewerberfeldes aber auch in einem gestuften Auswahlverfahren befinden. Bewerber, die die allgemeinen Ernennungsbedingungen oder die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllen oder die aus sonstigen Eignungsgründen für die Ämtervergabe von vornherein nicht in Betracht kommen, können in einer ersten Auswahl ausgeschlossen werden und müssen nicht mehr in den Leistungsvergleich einbezogen werden.

## 20

Bei der Bestimmung des Anforderungsprofils ist der Dienstherr aber an die gesetzlichen Vorgaben gebunden und, soweit – wie hier – eine an Art. 33 Abs. 2 GG zu messende Dienstpostenvergabe in Rede steht, auch zur Einhaltung des Grundsatzes der Bestenauswahl verpflichtet. Hiermit ist eine Einengung des Bewerberfelds anhand der Anforderungen eines bestimmten Dienstpostens grundsätzlich nicht vereinbar. Anderes gilt nur dann, wenn die Wahrnehmung der Aufgaben eines Dienstpostens zwingend besondere Kenntnisse oder Fähigkeiten voraussetzt (BVerwG, B.v. 19.12.2014 – 2 VR 1.14 – juris Rn. 20 ff.; B.v. 20.6.2013 – 2 VR 1.13 – juris Rn. 18 ff.; BayVGh, B.v. 3.7.2019 – 3 CE 19.1118 – juris Rn. 7).

## 21

Die an Art. 33 Abs. 2 GG zu messende Auswahlentscheidung darf daher grundsätzlich nicht anhand der Anforderungen eines konkreten Dienstpostens erfolgen. Zwar entscheidet der Dienstherr über die Einrichtung und nähere Ausgestaltung von Dienstposten innerhalb der ihm zukommenden Organisationsgewalt nach seinen Bedürfnissen. Die Organisationsgewalt ist aber beschränkt und an die Auswahlgrundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG gebunden, wenn mit der Dienstpostenzuweisung Vorwirkungen auf die spätere Vergabe des Amtes im statusrechtlichen Sinn verbunden sind und die hierauf bezogene Auswahlentscheidung damit vorweggenommen oder vorbestimmt wird. In diesen Fällen sind die Vorgaben des Anforderungsprofils den Maßstäben aus Art. 33 Abs. 2 GG unterworfen. Da der Bezugspunkt der Auswahlentscheidung nach Art. 33 Abs. 2 GG nicht die Funktionsbeschreibung des konkreten Dienstpostens, sondern das angestrebte Statusamt ist, ist es mit Art. 33 Abs. 2 GG unvereinbar, einen Bewerber vom Auswahlverfahren auszuschließen, nur weil er den besonderen Anforderungen des aktuell zu besetzenden Dienstpostens nicht entspricht.

## 22

Ausnahmen hiervon sind nur zulässig, wenn die Wahrnehmung der Aufgaben eines Dienstpostens zwingend besondere Kenntnisse oder Fähigkeiten voraussetzt, die ein Laufbahnbewerber regelmäßig nicht mitbringt und sich in angemessener Zeit und ohne unzumutbare Beeinträchtigung der Aufgabenwahrnehmung auch nicht verschaffen kann. Diese Voraussetzungen hat der Dienstherr darzulegen; sie unterliegen voller gerichtlicher Kontrolle (BVerwG, B.v. 19.12.2014 – 2 VR 1.14 – juris Rn. 26; B.v. 20.6.2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 – juris Rn. 18, 31).

## 23

Ein solches konstitutives Anforderungsprofil muss dabei zwingend vor Beginn der Auswahlentscheidung festgelegt und dokumentiert werden, damit die Gründe für diese Entscheidung transparent sind und die Entscheidung nach den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG überprüft werden kann (vgl. BayVGh, B.v. 22.11.2016 – 3 CE 16.1912 – juris Rn. 20 ff.; B.v. 15.2.2016 – 3 CE 15.2405 – juris Rn. 75; B.v. 4.2.2015 – 6 CE 14.2477 – juris Rn. 16; vgl. zum Ganzen auch: VG München, B.v. 31.5.2021 – M 5 E 21.911 – juris Rn. 24 ff.).

## 24

4. Nach diesen Grundsätzen hat die Antragstellerin keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht.

## 25

a) Das Schreiben an den Personalrat vom ... Januar 2024 genügt den formellen rechtlichen Anforderungen an die Darstellung der wesentlichen Auswahlbegründungen. In diesem Schreiben ist daher der Auswahlvermerk zu sehen. Diesbezüglich wird von Antragstellerseite auch nichts vorgetragen.

## 26

b) Die Auswahlentscheidung ist auch materiell-rechtlich nicht zu beanstanden.

## 27

Eine Auswahl der Antragstellerin scheitert bereits daran, dass der Antragstellerin in der aktuellen dienstlichen Beurteilung die Eignung als Abteilungsleiterin nicht zuerkannt wurde. Die Antragstellerin war daher nicht in einen Vergleich der Leistungen einzubeziehen. Die dienstlichen Beurteilungen sind dabei ohne Rechtsfehler als Vergleichsgrundlage herangezogen worden. Sie sind vergleichbar, da sie im selben Beurteilungssystem erstellt sind und denselben Beurteilungszeitraum umfassen.

## 28

Der Dienstherr hat die Verwendungseignung als konstitutives Anforderungsprofil in der Ausschreibung bestimmt. Denn dort ist unter „Allgemeine Angaben zum Bewerbungsverfahren“ Absatz 2 ausdrücklich genannt, dass für die ausgeschriebenen Abteilungsleitungen das Bewerberfeld auf Beamtinnen und Beamte

beschränkt ist, die einen entsprechenden Eignungsvermerk in der aktuellen periodischen Beurteilung erhalten haben. Die Eignung als Abteilungsleiterin ist auch in die Besetzungsentscheidung eingeflossen, da dieses Kriterium in der Auswahlentscheidung aufgelistet ist.

## 29

Die Festlegung einer solchen Anforderung an die Bewerber hält sich im rechtlichen Rahmen. Dem Dienstherrn steht ein organisatorisches Ermessen zu, sodass er in einem Anforderungsprofil bestimmen kann, welche Eignungsvoraussetzungen der zukünftige Stelleninhaber erfüllen muss (BVerwG v. 25.10.2011 – 2 VR 4.11 – juris Rn. 27 ff.; BayVGh v. 18.6.2012 – 3 CE 12.675 – juris Rn. 76 ff.; B.v. 28.5.2015 – 3 CE 15.727 – juris Rn. 29). Er darf, abweichend vom Leistungsgrundsatz, ein konstitutives Anforderungsprofil aufstellen und nur solche Bewerber dem Leistungsvergleich unterziehen, die die auf einer vorgeschalteten Stufe zu prüfenden Anforderungen erfüllen. Das konstitutive – oder auch spezifische, spezielle – Anforderungsprofil zeichnet sich dadurch aus, dass es für die Bestenauslese einen neuen, von den dienstlichen Beurteilungen jedenfalls vom Ausgangspunkt her abgekoppelten Maßstab enthält. Wer ein konstitutives Anforderungsprofil nicht erfüllt, kommt für die Auswahl von vornherein nicht in Betracht, mag er auch besser dienstlich beurteilt sein (VG München, B.v. 28.1.2014 – M 5 E 13.5500 – juris Rn. 20). Eine solche Verengung des Bewerberfeldes ist zulässig, wenn das aufgrund der zur Wahrnehmung der Aufgaben auf diesem Posten zwingend erforderlichen besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten notwendig ist (BVerwG, B.v. 20.6.2013 – 2 VR 1/13 – juris Rn. 31 – ZBR 2013, 376; VG München, B.v. 28.1.2014, a.a.O., Rn. 23). Die Funktion einer Abteilungsleitung an einem AELF stellt eine herausgehobene Führungsposition dar, weshalb rechtlich nichts dagegen zu erinnern ist, dass hierfür nur Bewerber zu berücksichtigen sind, die aufgrund ihrer individuellen Persönlichkeit und ihrer führungsrelevanten Kompetenzen zur ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung auf dem verfahrensgegenständlichen Dienstposten in der Lage sind (vgl. zum Ganzen: VG München, B.v. 31.5.2021 – M 5 E 21.911 – juris Rn. 35 ff.). Das wird etwa aus dem „Anforderungsprofil Abteilungsleiter L2, L3, L4 AELF“ deutlich (Anlage zur Stellenausschreibung), in dem überfachliche wie fachliche Kompetenzen aufgeführt sind, die mit einer entsprechenden „Wichtigkeit“ – durchweg in den drei höchsten Stufen, in der Mehrzahl in der zweithöchsten Stufe – von den Bewerbern erfüllt werden müssen.

## 30

c) Die Antragstellerpartei hat im Rahmen dieses Verfahrens keine weiteren Gründe genannt, warum die Auswahlentscheidung rechtswidrig sein sollte.

## 31

Auch wenn eine Antragsbegründung im Schriftsatz vom 27. Februar 2024 nach der Ermöglichung von Akteneinsicht in Aussicht gestellt worden ist, so ist zu konstatieren, dass die in elektronischer Form vorgelegten Akten der Antragstellerpartei am 22. April 2024 mit einem entsprechenden Zuleitungsschreiben übersandt wurden (Bl. 37/38 der elektronischen Gerichtsakte). Mit Blick auf den Charakter des vorliegenden Verfahrens als eines des vorläufigen Rechtsschutzes war auch unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) ein weiteres Zuwarten auf eine angekündigte Antragsbegründung nicht geboten (BayVGh, B.v. 10.1.2022 – 3 CE 21.2716 – juris Rn. 8 – zwei Wochen). Seit der Übersendung der Akten bzw. des entsprechenden Zuleitungsschreibens sind mittlerweile acht Wochen vergangen, ohne dass sich die Antragstellerpartei – die sachkundig durch einen Fachanwalt für Verwaltungsrecht vertreten ist – dazu geäußert hat. Vor diesem zeitlichen Hintergrund war auch eine gerichtliche Aufforderung an die Antragstellerpartei nicht geboten, den Antrag zu begründen. Denn die Antragstellerpartei trifft die gesetzliche Verpflichtung, die Gründe für den geltend gemachten Anspruch unverzüglich vorzutragen und glaubhaft zu machen (§ 123 Abs. 2 VwGO, § 920 Abs. 2 der Zivilprozessordnung/ZPO).

## 32

5. Die Antragstellerin hat als unterlegene Beteiligte nach § 154 Abs. 1 VwGO die Kosten des Verfahrens zu tragen. Die Beigeladene trägt ihre außergerichtlichen Kosten unter Billigkeitsgesichtspunkten selbst, da sie weder einen Antrag gestellt noch sonst das Verfahren gefördert hat (§ 154 Abs. 3, § 162 Abs. 3 VwGO).

## 33

6. 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. Nach der Auskunft des Antragsgegners würden sich die monatlichen

Bezüge für die Antragstellerin in dem mit der Stelle verbundenen Amt A 15 jährlich auf 89.288,00 EUR belaufen, hiervon ein Viertel (BayVGH, B.v. 3.7.2019 – 3 CE 19.1118 – juris) ergibt 22.322,00 EUR.