



## **Obervorwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen**

**OVG: 2 B 73/19**

(VG: 6 V 2918/18)

### **Beschluss**

**In der Verwaltungsrechtssache**

Antragsteller und Beschwerdeführer,

Proz.-Bev.:

**gegen**

die Freie Hansestadt Bremen, vertreten durch das Landesinstitut A.

Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin,

Prozessbevollmächtigter:

**beigeladen:**

hat das Obervorwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 2. Senat - durch die Richterinnen Meyer, Dr. Jörgensen und Dr. Steinfatt am 14. Mai 2019 beschlossen:

**Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen – 6. Kammer – vom 28.02.2019 wird zurückgewiesen.**

**Der Antragsteller trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen, die dieser selbst trägt.**

**Der Streitwert wird auf 15.018,15 Euro festgesetzt.**

**G r ü n d e**

**I.** Der Antragsteller begehrte die vorläufige Freihaltung einer Referatsleiterstelle.

Die Antragsgegnerin schrieb im Oktober 2018 die Stelle einer Referatsleiterin / eines Referatsleiters im Referat „Zentrale Dienste“ beim Landesinstitut A. (Bes.Gr. A 13) aus. Darauf bewarben sich der Antragsteller, der Beigeladene und ein weiterer Bewerber.

Der 1961 geborene Antragsteller begann am 01.08.1992 bei der Antragsgegnerin eine Ausbildung zum Verwaltungsfachangestellten. Mit Wirkung zum 01.08.1995 wurde er in das Beamtenverhältnis auf Probe berufen und am 10.06.1998 zum Beamten auf Lebenszeit ernannt. Zuletzt wurde er mit Wirkung zum 01.10.2008 zum Verwaltungsoberinspektor (Bes.Gr. A 10) befördert. Seit dem 05.05.2010 war er bis zur Vorlage des Ergebnisses einer amtsärztlichen Untersuchung vom Dienst freigestellt. Hintergrund war eine Auseinandersetzung über eine Raumluftbelastung im Landesinstitut A. . Nachdem das Verwaltungsgericht Bremen mit Urteil vom 27.01.2015 die Freistellungsmittelung aufgehoben und die Antragsgegnerin verpflichtet hatte, dem Antragsteller einen amtsangemessenen Dienstposten zuzuweisen, wurde er zum 02.09.2015 an das S. zentrum B. mit dem Ziel der Versetzung abgeordnet. Die Abordnung endete am 31.01.2017, ohne dass es zu einer Versetzung kam. Seitdem übt der Antragsteller erneut keinen Dienst aus. Für die Tätigkeit am S. zentrum B. liegt eine dienstliche Beurteilung vom 08.06.2017 (Beurteilungszeitraum 07.09.2015 bis 31.01.2017) mit der Gesamtnote 3 „Entspricht voll den Anforderungen“ vor. Davor wurde der Antragsteller zuletzt am 31.07.2008 vor seiner letzten Beförderung beurteilt.

Der 1970 geborene Beigeladene begann am 01.08.1996 bei der Antragsgegnerin eine Ausbildung zum Verwaltungsfachangestellten. Mit Wirkung zum 01.08.1999 wurde er in das Beamtenverhältnis auf Probe berufen und am 01.10.2002 zum Beamten auf Lebenszeit ernannt. Zuletzt wurde er am 01.01.2011 zum Verwaltungsoberinspektor (Bes.Gr. A 10) und am 01.01.2013 zum Verwaltungsamtmann (Bes.Gr. A 11) befördert. Für den Beigeladenen liegt eine Beurteilung für den Zeitraum vom 01.02.2016 bis 28.02.2018 mit der Gesamtnote 4 „Übertrifft die Anforderungen“ vor.

Mit Bescheid vom 14.11.2018 teilte das Landesinstitut A. dem Antragsteller mit, dass er nicht in die Vorauswahl für die ausgeschriebene Stelle aufgenommen worden sei, da er die nach der Ausschreibung zwingend zu erfüllende Voraussetzung „Leitungserfahrung in Organisationseinheiten“ nicht erfülle. Über den dagegen eingelegten Widerspruch wurde noch nicht entschieden.

Im Auswahlvermerk vom 04.12.2018 wird zum Antragsteller u.a. festgehalten: „Dienstliche Beurteilung ohne die Beurteilung *Führungsverhalten* (...) die in der Ausschreibung formulierte „Leitungserfahrung in Organisationseinheiten“ wird nicht nachgewiesen. Auch die geforderten Erfahrungen im Personalcontrolling und im Personalmanagement können mit den eingereichten Unterlagen nicht nachgewiesen werden. Herr C. ist nicht zum Verfahren zugelassen worden und kann bei der weiteren Auswahl nicht berücksichtigt werden.“

Der Antragsteller suchte am 29.11.2018 beim Verwaltungsgericht um vorläufigen Rechtschutz nach und beantragte, der Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO zu untersagen, die ausgeschriebene Stelle zu besetzen, solange nicht über seine Bewerbung bestandskräftig entschieden ist.

Das Verwaltungsgericht lehnte den Antrag mit Beschluss vom 28.02.2019 ab. Es könne dahin gestellt bleiben, ob die Nichtberücksichtigung des Antragstellers aufgrund fehlender Leitungserfahrung dessen Bewerbungsverfahrensanspruch verletze. Denn seine Auswahl erscheine bei wertender und realistischer Betrachtung ausgeschlossen. Ob seine letzte Beurteilung rechtsfehlerfrei herangezogen werden könne, könne dahinstehen, denn selbst bei einer fiktiven Fortschreibung der Leistungen des Antragstellers bei Neuerstellung einer dienstlichen Beurteilung sei das Erreichen eines Leistungsgleichstandes mit dem Beigeladenen ausgeschlossen. Dabei sei zu berücksichtigen, dass sich der Beigeladene in einem höheren Statusamt befindet und eine um eine Notenstufe bessere Note als der Antragsteller erhalten habe. Eine fiktive Fortschreibung hätte sich an dem Leistungsniveau der in der Beurteilung vom 08.06.2017 beurteilten Leistungen zu orientieren. Diese seien zu berücksichtigen, weil sie ein Jahr des maßgeblichen Beurteilungszeitraums umfassten. Anhaltspunkte für eine Leistungssteigerung beim Antragsteller lägen nicht vor. Selbst aber wenn die Fortschreibung eine Verbesserung der Gesamtnote um eine Note zur Folge hätte, bestehe ein Leistungsvorsprung des Beigeladenen, der sich im höheren Statusamt befindet. Eine Bewertung nach einer fiktiven Nachzeichnung mit der Gesamtnote „5 – hervorragend“ erscheine ausgeschlossen.

Hiergegen wendet sich der Antragsteller mit der Beschwerde.

II. Die Beschwerde des Antragstellers hat keinen Erfolg. Der Antragsteller hat nicht nach § 123 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO glaubhaft gemacht, dass die zu seinen Ungunsten getroffene Auswahlentscheidung seinen aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Anspruch auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung verletzt.

1. Es kann dahinstehen, ob die Auffassung des Verwaltungsgerichts zutrifft, die fiktive Fortschreibung müsse sich an dem Leistungsniveau der Beurteilung vom 08.06.2017 orientieren; die dort beurteilten Leistungen seien zu berücksichtigen, weil sie ein Jahr des maßgeblichen Beurteilungszeitraums umfassten. Diese Sichtweise lässt möglicherweise außer Acht, dass der Antragsteller auf Grund der rechtswidrigen Freistellung sein Fachwissen und –können nicht in vergleichbarer Weise weiterentwickeln konnte wie ein im Dienst befindlicher Beamter (vgl. zu dieser Problematik NdsOVG, Beschluss vom 16.12.2015 – 5 ME 197/15 –, Rn. 21 ff., juris; BAG, Urteil vom 19.03.2003 – 7 AZR 334/02 –, BAGE 105, 329-337, Rn. 31). Der Antragsteller wird allerdings nicht verlangen können, so gestellt zu werden, als wäre er fortlaufend oder jedenfalls gleichermaßen wie der Beigeladene befördert worden. Es ist nicht ersichtlich, dass er durch die Freistellung gehindert war, sich auf Beförderungsstellen zu bewerben. Der angefochtene Beschluss ist aber im Ergebnis aus den unter 2. genannten Gründen richtig.

2. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, den Antragsteller wegen des Fehlens von „Leistungserfahrung in Organisationseinheiten“ und „Erfahrungen in Personalplanungs-Controlling und im Personalmanagement“ aus dem Bewerberfeld auszuscheiden, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Gemäß Art. 33 Abs. 2 GG sind öffentliche Ämter nach Maßgabe des Grundsatzes der Bestenauslese zu besetzen. 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. 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. Die Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung können vom Dienstherrn für den Aufgabenbereich eines Amtes durch die Festlegung

eines Anforderungsprofils bereits im Vorfeld der Auswahlentscheidung konkretisiert werden und so den Kreis der Bewerber einschränken (BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 09.08.2016 – 2 BvR 1287/16 –, Rn. 76 ff., juris; und Beschluss vom 16.12.2015 – 2 BvR 1958/13 –, BVerfGE 141, 56-81, Rn. 31 ff.).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist eine Einengung des Bewerberfeldes durch ein Anforderungsprofil aufgrund der besonderen Anforderungen eines bestimmten Dienstpostens grundsätzlich aber nicht mit dem sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebenden Grundsatz der Bestenauswahl vereinbar. Denn Bezugspunkt der Auswahlentscheidung nach Art. 33 Abs. 2 GG ist nicht die Funktionsbeschreibung des konkreten Dienstpostens, sondern das angestrebte Statusamt. Nach dem Laufbahnprinzip wird ein Beamter aufgrund seiner Befähigung für eine bestimmte Laufbahn regelmäßig als geeignet angesehen, jedenfalls diejenigen Dienstposten auszufüllen, die seinem Statusamt entsprechen oder dem nächsthöheren Statusamt zugeordnet sind. Es kann grundsätzlich erwartet werden, dass der Beamte imstande ist, sich in die Aufgaben dieser Dienstposten einzuarbeiten (BVerwG, Beschlüsse vom 20.06.2013 – 2 VR 1/13 –, BVerwGE 147, 20-37, Rn. 28; vom 19.12.2014 – 2 VR 1/14 –, Rn. 25, juris). 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. Dienstpostenbezogene Ausnahmeanforderungen können sich insbesondere aus dem Erfordernis bestimmter Fachausbildungen ergeben (BVerwG, Beschlüsse vom 20.06.2013 – 2 VR 1/13 –, a.a.O., Rn. 31 ff.; vom 19.12.2014 – 2 VR 1/14 –, Rn. 26 ff., juris; grundlegend zu den unterschiedlichen Bezugspunkten der Auswahlentscheidung: Beschluss des Senats vom 22.09.2016 – 2 B 123/16 –, Rn. 35 ff., juris).

Gemessen an diesen Maßstäben erweist sich das Abstellen auf die Anforderungen des konkreten Dienstpostens hier als rechtmäßig. Zulässigerweise hat die Antragsgegnerin die Auswahlentscheidung an den geforderten Merkmalen „Leitungserfahrung in Organisationseinheiten“ und „Nachgewiesene Erfahrungen in Personalplanungs-Controlling und im Personalmanagement“ ausgerichtet. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Einrichtung und Gestaltung der Dienstposten dem Dienstherrn aufgrund der ihm zukommenden Organisationsgewalt obliegt. Welche Dienstposten der Dienstherr im Hinblick auf die zu erledigenden öffentlichen Aufgaben einrichtet, welche Zuständigkeiten er diesen zuweist und welche Fachkenntnisse er zur Erfüllung der daraus resultierenden Aufgaben und Funktionen für erforderlich ansieht, ist eine Frage seines Organisationsermessens

(BVerwG, Beschluss vom 12.12.2017 – 2 VR 2/16 –, BVerwGE 161, 59-76, Rn. 40; Urteil vom 16.10.2008 - 2 A 9.07 - BVerwGE 132, 110 Rn. 54 m.w.N.). Die gerichtliche Prüfung, ob die Anforderungen des Dienstpostens besondere Anforderungen an die Qualifikation der Bewerber rechtfertigen, ist daher anhand des dem Dienstposten vom Dienstherrn zugewiesenen Aufgabenbereichs vorzunehmen.

Gemäß der Stellenausschreibung ist das Referat „Zentrale Dienste“ zuständig für alle abteilungsübergreifenden verwaltungsfachlichen Aufgaben des Landesinstituts A. . Dazu gehören die organisatorischen Angelegenheiten des Instituts, Personal- und Haushaltsangelegenheiten, die Inneren Dienste sowie die IT-Administration für das Landesinstitut. Darüber hinaus erfolgt im Referat die Auswahl und Zulassung zum Vorbereitungsdienst für die Lehrämter an öffentlichen Schulen. Als Aufgaben des zukünftigen Stelleninhabers werden in der Ausschreibung u.a. Personalressourcenmanagement, Personaleinsatzplanung der Fachleitungen und Ausbildungsbeauftragten und deren Controlling, Controlling des Lehrereinsatzes in der Lehrerausbildung, Steuerung und Koordinierung der Verwaltungsarbeit und der Verwaltungsabläufe im Institut benannt. Die Antragsgegnerin hat im gerichtlichen Verfahren dargelegt, dass die Leitung des Referats sicherstellen müsse, dass neben den typischen Aufgaben der Zentralen Dienste die Personaleinsatzplanung der Fachleitungen und Ausbildungsbeauftragten und deren Controlling ebenso wie der Personaleinsatz in der Lehrerausbildung und dessen Controlling fortwährend gewährleistet sei. Dies setze entsprechende laufende Abstimmungen mit der zuständigen Senatorin und innerhalb des Landesinstituts voraus. Sie habe die Anforderungen Leitungserfahrung in Organisationseinheiten und Erfahrungen in Personalplanungs-Controlling und im Personalmanagement aufgestellt, nachdem sich herausgestellt habe, dass der Amtsinhaber, der aufgrund einer ein Jahr zuvor erfolgten Ausschreibung ausgewählt worden sei, nicht über Leitungserfahrungen in Organisationseinheiten und Erfahrungen im Personalplanungs-Controlling und im Personalmanagement verfügt habe und sich die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten auch nicht innerhalb angemessener Zeit habe aneignen können und deshalb von dieser Funktion wieder zurückgetreten sei.

Vor diesem Hintergrund ist es nicht sachwidrig, dass die Antragsgegnerin den Nachweis von Leitungserfahrung und Erfahrungen in Personalplanungs-Controlling und im Personalmanagement verlangt. Die Tätigkeiten auf dem im besonderen Maße durch Leitungsaufgaben geprägten Dienstposten unterscheiden sich auch von Tätigkeiten auf Dienstposten, auf denen allein oder ganz überwiegend fachliche Aufgaben wahrgenommen werden. Die Einschätzung der Antragsgegnerin, dass für den Dienstposten nur Bewerber geeignet sind, die Leitungskompetenzen nachgewiesen haben, ist daher nicht zu bean-

standen. Es kann auch nicht ohne Weiteres vorausgesetzt werden, dass ein Bewerber, der grundsätzlich für ein mit der Besoldungsgruppe A 13 bewertetes Amt geeignet ist, in angemessener Zeit die Befähigung erlangt, die geforderten Leitungsaufgaben wahrzunehmen. Die vorliegende Stelle ist für Bewerber geöffnet, die über die Laufbahnbefähigung für das erste Einstiegsamt der Laufbahngruppe 2, Fachrichtung Allgemeine Dienste oder vergleichbarer Abschluss verfügen, so dass es sich bei der Stelle auch nicht für jeden Bewerber um eine dem gleichen Statusamt entsprechende oder dem nächsthöheren Statusamt zugeordnete Stelle handelt. Der Senat hat bereits im Beschluss vom 22.09.2016 (a.a.O.) auf die Gefahren für einen geordneten Dienstbetrieb hingewiesen, wenn die Verwaltung gezwungen wäre, einen Bediensteten mit überdurchschnittlicher Fach-, aber unterdurchschnittlicher Führungseignung aufgrund des besseren Gesamturteils für einen Posten auswählen zu müssen, auf dem ausschließlich Führungstätigkeit zu verrichten sei. Ob in höheren Besoldungsgruppen die Wahrnehmung von Leitungsaufgaben keine Besonderheit darstellt und Leitungs- bzw. Führungskompetenz vorausgesetzt werden kann (vgl. OVG M-V, Beschluss vom 20.01.2017 – 2 M 169/14 –, Rn. 15, juris (Bes.Gr. A 16)), bedarf im vorliegenden Eilverfahren keiner Entscheidung.

Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass, wie der Antragsteller vermutet, die Antragsgegnerin mit der Stellenausschreibung das Ziel verfolgt, gerade ihn aus dem Bewerberkreis auszuschließen.

Die Kriterien „Leitungserfahrung in Organisationseinheiten“ und „Erfahrungen in Personalplanungs-Controlling und im Personalmanagement“ haben konstitutiven Charakter. Konstitutiv sind diejenigen Merkmale, die zwingend zu erfüllen und anhand objektiv überprüfbarer Kriterien eindeutig und unschwer festzustellen sind (OGV NW, Beschluss vom 24.07.2018 – 1 B 612/18 –, Rn. 31, juris; SächsOGV, Beschluss vom 02.09.2016 – 2 B 95/16 –, Rn. 15, juris).

Der Antragsteller hat nicht glaubhaft gemacht, dass er diese Merkmale erfüllt. Er ist nicht, wie er behauptet, Geschäftsführer des Zentrums D. gewesen. Ausweislich der E-Mail des damaligen Direktors des Landesinstituts vom 18.03.2010 an den Prozessbevollmächtigten des Antragstellers handelte es sich bei dessen Einsatz im Zentrum D. um einen fachlichen Einsatz in einem zeitlich befristeten Projekt. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Antragsteller am ersten Tag der Zuweisung am 15.03.2010 tatsächlich von Frau E. mit der Geschäftsführung beauftragt worden ist; dieser Vorgang wird lediglich in einer vom Antragsteller verfassten E-Mail vom 20.05.2010 geschildert. Jedenfalls will der Antragsteller am 05.05.2010, wie er in derselben E-Mail mitteilt, darauf hingewiesen wor-

den sein, dass bei der Arbeitsplatzteinweisung ein Fehler unterlaufen und er lediglich Sachbearbeiter sei. Schließlich legt der Antragsteller für die tatsächliche Wahrnehmung von Geschäftsführeraufgaben auch nichts dar. Die Leitungserfahrung bei der Bundeswehr und der Nebentätigkeit des Antragstellers als Schiffsführer musste die Antragsgegnerin nicht berücksichtigen. Auch die Erfüllung des Merkmals „Erfahrungen in Personalplanungs-Controlling und im Personalmanagement“ hat der Antragsteller nicht glaubhaft gemacht.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO. Die Kosten des Beigeladenen sind nicht erstattungsfähig, da er keinen Antrag gestellt und sich keinem Kostenrisiko ausgesetzt hat (§ 162 Abs. 3 VwGO).

Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 47 Abs. 1, § 40, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1, Satz 4 GKG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 1 und 5, § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez. Meyer

gez. Dr. Jörgensen

gez. Dr. Steinfatt