

Az.: 2 B 147/11  
3 L 16/11

Ausfertigung



# **SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT**

## **Beschluss**

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn

prozessbevollmächtigt:  
Rechtsanwälte

- Antragsteller -  
- Beschwerdeführer -

gegen

den Freistaat Sachsen  
vertreten durch das Sächsische Staatsministerium  
der Justiz und für Europa  
Hospitalstraße 7, 01097 Dresden

- Antragsgegner -  
- Beschwerdegegner -

beigeladen:  
Herr

wegen

Stellenbesetzung; Antrag nach § 123 VwGO  
hier: Beschwerde

hat der 2. Senat des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts durch den Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts Dr. Grünberg, den Richter am Oberverwaltungsgericht Dehoust und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Hahn

am 16. September 2011

### **beschlossen:**

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Leipzig vom 1. Juni 2011 - 3 L 16/11 - wird zurückgewiesen.

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

Der Streitwert wird unter Abänderung der Streitwertfestsetzung des Verwaltungsgerichts für beide Rechtszüge auf jeweils 5.000,00 € festgesetzt.

### **Gründe**

- 1 Die zulässige Beschwerde des Antragstellers ist nicht begründet.
- 2 Der Antragsteller ist Richter am Finanzgericht (R 2). Er bewarb sich ebenso wie der Beigeladene, der Präsident des Sozialgerichts ..... (R 3) ist, auf die im Juni 2009 ausgeschriebene Stelle eines Vorsitzenden Richters am Finanzgericht (R 3).
- 3 Den gegen die Besetzung der Stelle mit dem Beigeladenen gerichteten Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz hat das Verwaltungsgericht abgelehnt. Es könne offen bleiben, ob im Anschluss an die jüngste Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts davon auszugehen sei, dass es sich bei einer Auswahlentscheidung um einen Verwaltungsakt handle, so dass vorläufiger Rechtsschutz nach § 80a Abs. 2 VwGO zu gewähren sei oder ob ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO statthaft sei. Der Antrag sei in beiden Fällen unbegründet, weil der Antragsteller nicht in seinem Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt sei. Der Antragsgegner habe der Ausschreibung kein fehlerhaftes Anforderungsprofil zugrunde gelegt. Er sei schon nicht gehalten gewesen, in der Ausschreibung ein Anforderungsprofil zu benennen; dies ergebe sich aus der Anlage 1 zur Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums der Justiz über die dienstliche Beurteilung der Richter und

Staatsanwälte einschließlich der Anforderungsprofile für Eingangs- und Beförderungsämtler vom 17. Juni 2008 (VwV Beurteilung Richter und Staatsanwälte), hier: Vorsitzender Richter an einem Obergericht, Besoldungsgruppe R 3. Auch habe weder der Kreis der Bewerber auf Bewerber aus der Finanzgerichtsbarkeit beschränkt werden noch der Antragsgegner in das Anforderungsprofil aufnehmen müssen, dass Bewerber über Kenntnisse des materiellen Steuerrechts verfügen müssten. Bei seiner Einschätzung, dass sowohl der Antragsteller als auch der Beigeladene das Anforderungsprofil erfüllten, habe der Antragsgegner berücksichtigt, dass der Beigeladene das Kriterium einer „in der Regel erfolgreichen Tätigkeit bei dem jeweiligen Obergericht, auch bei einem anderen Obergericht, einem Bundesgericht, dem Verfassungsgerichtshof, einer obersten Landes- oder Bundesbehörde oder bei der Generalstaatsanwaltschaft“ nicht erfülle. Dieses Anforderungsmerkmal stelle kein konstitutives Anforderungsmerkmal dar, weil das Vorliegen dieser Voraussetzung ausdrücklich nur „in der Regel“ vorgesehen sei, so dass Ausnahmen möglich seien. Die hierzu angestellte Erwägung des Antragsgegners, der Beigeladene habe seine Fähigkeit zur Leitung eines Spruchkörpers als Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht bzw. Vizepräsident des Verwaltungsgerichts über viele Jahre erfolgreich unter Beweis gestellt, sei nicht zu beanstanden und rechtfertige eine Ausnahme vom Regelfall; gleiches gelte, soweit der Antragsgegner in diesem Zusammenhang darauf hinweise, dass das Sächsische Finanzgericht selbst Eingangsinstanz sei, und für die weitere Erwägung, dass der Beigeladene in seinen bisherigen Funktionen eine Verwaltungserfahrung und -kompetenz erworben habe, wie er sie bei einer obersten Landes- und Bundesbehörde kaum habe in größerem Umfang erwerben können. Die Auswahlentscheidung sei auch im Übrigen rechtmäßig. Zwar leide die Begründung an einzelnen Ungenauigkeiten, komme jedoch zulässigerweise zu dem Ergebnis, dass der Beigeladene dem Antragsteller im Vergleich der für beide erstellten Anlass- und Regelbeurteilungen im Leistungsvergleich vorgehe bzw. besser beurteilt worden sei. Soweit der Antragsgegner darauf abstelle, der Beigeladene habe in seiner letzten Regelbeurteilung das Prädikat „sehr gut“ erzielt, der Antragsteller hingegen im selben Statusamt lediglich das um eine Stufe niedrigere Prädikat „übertrifft die Anforderungen erheblich“, sei ein direkter Vergleich der Gesamturteile nicht möglich, da die Regelbeurteilungen auf unterschiedlichen Beurteilungsvorschriften beruhten mit ihrerseits verschiedenen Gesamturteilen. Gleichzeitig habe der Antragsgegner aber

berücksichtigt, dass die Regelbeurteilung des Beigeladenen mittlerweile acht Jahre zurückliege und daher zutreffend die aktuellen Anlassbeurteilungen der Bewerber in den Blick genommen und verglichen. Aus den Anlassbeurteilungen des Beigeladenen habe der Antragsgegner dabei den Schluss ziehen dürfen, dass dessen Leistungen - bei zwischenzeitlicher Beförderung in ein Statusamt der Besoldungsgruppe R 3 - ein Gesamturteil von mindestens „übertrifft die Anforderungen erheblich“ rechtfertigten. Die Folgerung des Antraggegners, dass der Beigeladene dem Antragsteller bei gleichem Prädikat in einer höheren Besoldungsgruppe im Leistungsvergleich vorgehe, sei rechtsfehlerfrei. Seine weitere Einschätzung, dass der Beigeladene dem Antragsteller auch wegen seiner größeren Erfahrung und Kompetenz als Vorsitzender eines Spruchkörpers vorgehe, sei ebenfalls nicht zu beanstanden.

- 4 Hiergegen wendet der Antragsteller mit der Beschwerde ein, das Verwaltungsgericht habe „die Relevanz der aus den Grundsätzen zu Art. 33 Abs. 2 GG“ herzuleitenden Anforderungen an die Bestenauswahl verkannt. Das Anforderungsprofil müsse Kenntnisse des materiellen Steuerrechts vorsehen. Hiervon habe der Antragsgegner abgesehen. Soweit das Verwaltungsgericht argumentiere, auf materielle Steuerrechtskenntnisse komme es nicht an, weil der Antragsgegner schon mehrfach Bewerber ohne Steuerrechtskenntnisse zum Vorsitzenden Richter am Finanzgericht ernannt habe, die sich bewährt hätten, könne dieses gerichtlich nicht überprüfte Verhalten des Antragsgegners nicht als rechtmäßig unterstellt werden. Das „Nichtgeltendmachen der Abweichung vom Anforderungsprofil in den bisherigen Verfahren“ sei nicht als Billigung einer rechtswidrigen Praxis des Antragsgegners anzusehen, die es ihm verwehre, sich auf diesen Fehler zu berufen. Er halte deswegen an seiner Auffassung fest, dass das Anforderungsprofil für einen Vorsitzenden Richter am Finanzgericht Kenntnisse im materiellen Steuerrecht erfordere. Die Auswahlentscheidung sei rechtsfehlerhaft, weil der Beigeladene nicht alle Kriterien des Anforderungsprofils erfülle. Dieser habe seine Rechtskenntnisse nicht „bei einer Oberbehörde oder einer obersten Landes- oder Bundesbehörde unter Beweis gestellt“, weshalb er vom Antragsgegner nicht in die auf der zweiten Stufe anzustellenden näheren Auswahlüberlegungen hätte einbezogen werden dürfen. Eine Abweichung von den Regelanforderungsmerkmalen habe das Verwaltungsgericht nicht zu begründen vermocht. Eine solche Abweichung könne sich auf den „Erfolg“ der Tätigkeit bei dem jeweiligen Obergericht, zum anderen auf die Tätigkeitsorte

beziehen, an denen der Bewerber eine besondere Qualifizierung erfahre. Die vom Verwaltungsgericht genannten Aspekte trafen auf keine der beiden Ausnahmemöglichkeiten zu. Wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausführe, seien die Regelbeurteilungen nicht vergleichbar; soweit es dann die Anlassbeurteilung des Beigeladenen auf eine Anlassbeurteilung vom 13. August 2003 rückbeziehe und mit dem Prädikat seiner Regelbeurteilung vergleiche, ziehe es zwei unterschiedliche Beurteilungsarten heran und ersetze die Bewertung des Antragsgegners unzulässigerweise durch eine eigene. Bei den Anlassbeurteilungen sei ein Vorsprung des Beigeladenen nicht erkennbar, insbesondere wenn man auf die erforderlichen materiellen Steuerrechtskenntnisse abstelle. Das Verwaltungsgericht verstoße gegen das rechtliche Gehör, weil es den gerügten Verstoß gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz weder in der Darstellung des Sachverhalts noch in den Gründen würdige.

- 5 Dieses Vorbringen, auf dessen Prüfung der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO grundsätzlich beschränkt ist, rechtfertigt keine Änderung des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses.
- 6 1. In Konkurrentenstreitverfahren der Beamten und Richter ist nach wie vor der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO statthaft. Nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. Beschl. v. 4. August 2011 - 2 B 34/11 - und v. 15. August 2011- 2 B 93/11 -, beide juris) ist die Auswahlentscheidung kein Verwaltungsakt i. S. v. § 35 Satz 1 VwVfG i. V. m. § 1 Satz 1 SächsVwVfZG. Die Auswahlentscheidung hat keine unmittelbaren Rechtswirkungen nach außen. Auch die Mitteilung der getroffenen Auswahlentscheidung sowie der beabsichtigten Ernennung des Konkurrenten an den unterlegenen Bewerber enthält unmittelbar keine Regelung; sie informiert über die verwaltungsintern bereits getroffene Entscheidung sowie deren beabsichtigte künftige Umsetzung.
- 7 2. Der Antrag hat in der Sache keinen Erfolg.
- 8 Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des

Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Der geltend gemachte Anspruch (Anordnungsanspruch) und die Notwendigkeit der vorläufigen Regelung (Anordnungsgrund) sind glaubhaft zu machen (vgl. § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO).

9

Gemessen daran kann sich der Antragsteller nicht auf das Vorliegen eines Anordnungsanspruchs berufen. Er hat nicht glaubhaft gemacht, dass die zugunsten des Beigeladenen getroffene Auswahlentscheidung rechtswidrig ist.

10

a) Die Vergabe eines richterlichen Beförderungsamtes steht im pflichtgemäßen Ermessen des Dienstherrn, der die Auswahl zwischen mehreren Bewerbern gemäß Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 91 Abs. 2 SächsVerf nach den verfassungsrechtlichen Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zu treffen hat.

11

Dabei kann der Dienstherr den Kreis der Bewerber in Rahmen der ihm zustehenden Personal- und Organisationshoheit aufgrund sachlicher Erwägungen einschränken. Hierzu zählt die Vorprägung der Auswahlentscheidung durch das Anforderungsprofil der zu besetzenden Stelle (vgl. BVerfG, Beschl. v. 11. November 1999, ZBR 2000, 377; BVerwG, Urt. v. 28. Oktober 2004, BVerwGE 122, 147; Senatsbeschl. v. 28. Dezember 2010 - 2 B 53/10 -, juris). Mit dem Anforderungsprofil können Mindestanforderungen aufgestellt werden, die ein Bewerber erfüllen muss, um in die nach den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 91 Abs. 2 SächsVerf zu treffende Auswahlentscheidung einbezogen zu werden. Die Einengung des Kreises der nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu vergleichenden Bewerber um ein öffentliches Amt durch die Festlegung eines Anforderungsprofils kann wegen der damit verbundenen teilweisen Vorwegnahme der Auswahlentscheidung nur aufgrund sachlicher, dem Grundsatz der Bestenauslese entsprechender Erwägungen erfolgen; die Einhaltung der der Organisationsgewalt des Dienstherrn gezogenen Schranken unterliegt der gerichtlichen Kontrolle (vgl. BVerfG, Kammerbeschl. v. 26. November 2010, NVwZ 2011, 746, 747; Senatsbeschl. v. 28. Dezember 2010 a. a. O.).

12

Gemessen hieran ist das in Nr. 3 der Anlage 1 zur VwV Beurteilung Richter und Staatsanwälte für das Amt des Vorsitzenden Richters an einem Obergericht

(Besoldungsgruppe R 3), hier des Vorsitzenden Richters am Finanzgericht, festgelegte Anforderungsprofil nicht zu beanstanden.

- 13 Dies gilt, anders als der Antragsteller meint, auch insoweit, als das Anforderungsprofil von einem Bewerber Kenntnisse des formellen und materiellen Steuerrechts nicht ausdrücklich verlangt. Als weitere Grundanforderungen werden im Anforderungsprofil eine erfolgreiche Tätigkeit bei dem jeweiligen Obergericht, auch bei einem anderen Obergericht, einem Bundesgericht, dem Verfassungsgerichtshof, einer obersten Landes- oder Bundesbehörde oder bei der Generalstaatsanwaltschaft sowie als Vorsitzender in der Eingangsinstanz der jeweiligen Gerichtsbarkeit, die beide in der Regel vorliegen müssen, genannt, sowie im Bereich der Fachkompetenz eine besonders ausgeprägte Fähigkeit und Bereitschaft zur vertieften, wissenschaftlichen Ansprüchen genügenden Auseinandersetzung mit Rechtsproblemen, ein besonders ausgeprägtes Verständnis für die praktischen Konsequenzen rechtlicher Lösungsansätze, ausgeprägte Fähigkeit und Bereitschaft, auf die Güte und Stetigkeit der Rechtsprechung des Spruchkörpers einen richtunggebenden Einfluss auszuüben sowie eine ausgeprägte souveräne Verhandlungsführung. Sonach liegt der Schwerpunkt des Anforderungsprofils für das Amt eines Vorsitzenden Richters an einem Obergericht zwar auf der „fachlichen Tätigkeit“ (so Nr. 2 der Anlage 1 zur VwV Beurteilung Richter und Staatsanwälte). Dies bedeutet indes nicht, dass von Bewerbern deshalb auch zwingend einschlägige prozessuale und materielle Rechtskenntnisse der betreffenden Gerichtsbarkeit verlangt und vom Antragsgegner in das Anforderungsprofil aufgenommen werden müssen. Wie dargelegt, steht dem Dienstherrn hinsichtlich der Ausgestaltung des Anforderungsprofils ein weiter Einschätzungsspielraum zur Verfügung. Dieser Spielraum umfasst die Befugnis des Dienstherrn, bei der Besetzung von richterlichen Beförderungsämtern Vorkenntnisse und Vorerfahrungen in der jeweiligen Fachgerichtsbarkeit nicht als unverzichtbares Merkmal des Anforderungsprofils anzusehen und stattdessen abstrakt ein hohes rechtliches und methodisch-fachliches Können zu verlangen, solange er sich hierfür auf sachliche Gründe berufen kann. Dies ist hier der Fall: Wie der Antragsgegner bereits in der Antragserwiderung ausgeführt hat, solle auch im Fall der Besetzung von Beförderungsämtern ein Wechsel zwischen den Gerichtsbarkeiten bzw. ein Laufbahnwechsel zwischen den Gerichten und der Staatsanwaltschaft möglich sein. Gerade um Bewerbern einen derartigen Wechsel zu

ermöglichen, verlange die VwV Beurteilung Richter und Staatsanwälte kein speziell auf die jeweilige Stelle zugeschnittenes Fachwissen. Die in Umsetzung seiner personalplanerischen und justizpolitischen Vorstellungen getroffene Entscheidung des Antragsgegners, durch das so zugeschnittene Anforderungsprofil „Quereinsteigern“ den Zugang zu richterlichen Beförderungsämbtern der verschiedenen Gerichtsbarkeiten zu ermöglichen, ist sachlich gerechtfertigt und daher nicht zu beanstanden.

14

Hinzu kommt, dass von einem Bewerber um das Amt eines Vorsitzenden Richters an einem Obergericht grundsätzlich verlangt und erwartet werden darf und kann, dass er innerhalb angemessen kurzer Zeit in der Lage ist, sich die für das Amt erforderlichen fachspezifischen Rechtskenntnisse zu erarbeiten und sich einen Überblick über die Rechtsprechung des Spruchkörpers zu verschaffen. Von einem solchen Bewerber muss deshalb regelmäßig nicht verlangt werden, dass er bereits über Kenntnisse und Erfahrungen in den Fachbereichen des zu übertragenden Amtes verfügt (vgl. Senatsbeschl. v. 28. Dezember 2010 a. a. O. Rn. 11). Dass für den Beigeladenen etwas anderes gelten könnte, zeigt der Antragsteller nicht auf; dies ist auch sonst nicht ersichtlich.

15

b) Soweit das vom Antragsgegner in Nr. 3 der Anlage 1 zur VwV Beurteilung Richter und Staatsanwälte für das Amt eines Vorsitzenden Richters an einem Obergericht erstellte Anforderungsprofil „in der Regel eine erfolgreiche Tätigkeit bei dem jeweiligem Obergericht, auch bei einem anderen Obergericht, einem Bundesgericht, dem Verfassungsgerichtshof, einer obersten Landes- oder Bundesbehörde oder bei der Generalstaatsanwaltschaft“ voraussetzt, handelt es sich nicht um ein Kriterium, das ein Bewerber zwingend erfüllen muss, wenn ihm das Amt eines Vorsitzenden Richters an einem Obergericht übertragen werden soll.

16

Zu unterscheiden sind Anforderungsprofile, die Mindestanforderungen festschreiben und deshalb „konstitutiv“ für die Einbeziehung in den Leistungsvergleich sind, und solche, die Anforderungen lediglich „deklaratorisch“ beschreiben und für die Einbeziehung in den Leistungsvergleich nicht von Bedeutung sind. Konstitutiv sind nur solche Kriterien, die objektiv überprüfbar sind, insbesondere ohne die ansonsten gebotene Rücksichtnahme auf Wertungsspielräume des Dienstherrn eindeutig und unschwer festzustellen sind. Demgegenüber kennzeichnet ein nicht konstitutives



Anforderungsprofil solche Qualifikationsmerkmale, die entweder ausdrücklich nicht zwingend vorliegen müssen, weil sie beispielsweise nur „erwünscht“ sind oder die ihrer Art nach nicht allein anhand objektiv überprüfbarer Faktoren - bejahend oder verneinend - festgestellt werden können. Letztere Merkmale erschließen sich erst auf der Grundlage eines persönlichkeitsbedingten, das betreffende Element des Eignungs- und Befähigungsprofils näher in den Blick nehmenden Werturteils. Derartige Merkmale, die einen Wertungsspielraum eröffnen und über die der Dienstherr - in der Regel in einer dienstlichen Beurteilung oder vergleichbaren Stellungnahme - zunächst eine nähere Einschätzung treffen muss, können in einem Stellenbesetzungsverfahren erst dann Bedeutung haben, wenn der Bewerber das (zulässigerweise aufgestellte) konstitutive Anforderungsprofil erfüllt und deshalb zur näheren Überprüfung und vergleichenden Gewichtung seiner im Übrigen vorliegenden Eignung in das weitere, eigentliche Auswahlverfahren einzubeziehen ist (vgl. Senatsbeschl. v. 28. Dezember 2010 a. a. O. Rn. 14).

- 17 Gemessen daran stellt das streitige Kriterium einer erfolgreichen Tätigkeit bei dem jeweiligen Obergericht, auch bei einem anderen Obergericht, einem Bundesgericht, dem Verfassungsgerichtshof, einer obersten Landes- oder Bundesbehörde oder bei der Generalstaatsanwaltschaft kein konstitutives Anforderungsmerkmal im vorgenannten Sinne dar. Dafür spricht, dass diese Voraussetzung nach Nr. 3 der Anlage 1 zur VwV Beurteilung Richter und Staatsanwälte ausdrücklich nur „in der Regel“ vorliegen muss. Es handelt sich mithin um ein Regelkriterium, von dessen Einhaltung der Antragsgegner unter Beachtung von Sinn und Zweck des Kriteriums in eng begrenzten Fällen ausnahmsweise absehen kann. Der Senat vermag die Auffassung des Antragstellers, dass sich solche Ausnahmen nur darauf beziehen können, ob die Tätigkeit „erfolgreich“ war, oder darauf, dass die Tätigkeit bei anderen Gerichten oder Behörden als den im Anforderungsmerkmal genannten stattgefunden haben kann, nicht zu teilen. Eine derartige Begrenzung der Ausnahmen legen weder der Wortlaut des Merkmals nahe noch ist sie nach Sinn und Zweck des Merkmals geboten. Die erfolgreiche Tätigkeit an einem Ober- oder Bundesgericht, dem Verfassungsgerichtshof oder einer obersten Landes- oder Bundesbehörde, etwa im Rahmen einer Erprobungsabordnung, dient dem Nachweis, dass der Bewerber zu vertiefter wissenschaftlicher Bearbeitung und Auseinandersetzung mit Rechtsproblemen in der Lage ist. Dadurch soll sichergestellt werden, dass er als

Vorsitzender Richter an einem Obergericht alle organisatorischen sowie rechtlich wissenschaftlichen Anforderungen dieses Amtes erfüllt. Angesichts der, wie dargelegt, besonderen Bedeutung der fachlichen Qualifikation kann der Dienstherr daher regelmäßig eine vorausgegangene erfolgreiche Erprobung an einem der genannten Gerichte oder einer der genannten Behörden verlangen. Die Entscheidung darüber, wann vom Vorliegen dieses Regelkriteriums ausnahmsweise gleichwohl abgesehen werden kann, sowie darüber, ob und gegebenenfalls wie das Kriterium als kompensiert anzusehen ist, erfordert eine wertende Betrachtung des Dienstherrn. Diese Einschätzung lässt sich aber nicht allein anhand objektiv überprüfbarer Fakten - bejahend oder verneinend - vornehmen, sondern bedarf einer vergleichenden Gewichtung etwaiger Ausgleichsmöglichkeiten im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkret zu besetzenden Stelle im Rahmen des weiteren eigentlichen Auswahlverfahrens. Nach alledem hat der Antragsgegner den Beigeladenen zu Recht in den für die Auswahlentscheidung zu berücksichtigenden Bewerberkreis einbezogen.

- 18 c) Sodann hat der Antragsgegner einen von ihm für ausschlaggebend erachteten Leistungs- und Eignungsvorsprung des Beigeladenen unter Berücksichtigung einer Ausnahme von dem Regelerfordernis erfolgreicher Tätigkeit bei einem Ober- oder Bundesgericht, dem Verfassungsgerichtshof oder einer obersten Landes- oder Bundesbehörde rechtsfehlerfrei bejaht.
- 19 Der Antragsgegner hat bei der Ausschreibung entschieden, das hier streitige Amt auf der Grundlage eines Auswahlverfahrens nach den Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG, Art. 91 Abs. 2 SächsVerf zu besetzen. Daran ist er gebunden. Er hat folglich auch zwischen Versetzungs- und Beförderungsbewerbern die Auswahl nach den in den genannten Verfassungsbestimmungen niedergelegten Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zu treffen.
- 20 Die Entscheidung des Dienstherrn darüber, welcher Bewerber der Bestgeeignete für ein Beförderungsamt ist, kann als Akt wertender Erkenntnis des für die Beurteilung zuständigen Organs gerichtlich nur eingeschränkt überprüft werden. Die Auswahl beruht auf der Bewertung der durch Art. 33 Abs. 2 GG, Art. 91 Abs. 2 SächsVerf, § 3 SächsRiG i. V. m. § 9 BeamStG vorgegebenen persönlichen Merkmale, die in Bezug zu dem Anforderungsprofil des jeweiligen Dienstpostens gesetzt werden. Welchen der

zu den Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zu rechnenden Umständen der Dienstherr das größere Gewicht beimisst, bleibt aber seiner Entscheidung überlassen. Auskunft über die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung geben in erster Linie die dienstlichen Beurteilungen, auf die daher vorrangig zur Ermittlung des Leistungsstandards zurückzugreifen ist. Hierbei kommt neben den aktuellen Anlassbeurteilungen den aktuellsten Regelbeurteilungen eine besondere Bedeutung zu (vgl. BVerwG, Urt. v. 18. Juli 2001 - 2 C 41.00 - sowie Beschl. v. 20. Januar 2004 - 2 VR 3.03 -, beide juris; Senatsbeschl. v. 16. Dezember 2008 - 2 B 350/08 - und v. 5. März 2010 - 2 B 2/10 -, juris). Die Anlassbeurteilung enthält eine aktuelle Beurteilung der Befähigung, Leistung und Eignung, so dass durch eine vergleichende Wertung von Anlassbeurteilungen ein zeitnahe und an dem Prinzip der Bestenauslese orientierter Beurteilungsvergleich ermöglicht wird. Allerdings muss dabei berücksichtigt werden, dass gerade Anlassbeurteilungen von anstehenden Personalmaßnahmen beeinflusst sein können. Um die Gefährdung der Objektivität im Auswahlverfahren zumindest graduell zu verringern, ist deshalb neben der Anlassbeurteilung auch die letzte Regelbeurteilung zu berücksichtigen. Denn die Regelbeurteilung ist, gerade wenn sie als Stichtagsbeurteilung erfolgt, in besonderem Maße geeignet, eine Wettbewerbssituation zu klären, da eine gleichmäßige Anwendung des gewählten Beurteilungssystems erfolgt (vgl. SächsOVG, Beschl. v. 11. April 2001, SächsVBl. 2001, 196, 198 f.).

- 21 Inhaltlich müssen in dem Auswahlvermerk Leistung, Eignung und Befähigung auf der Grundlage der dienstlichen Beurteilungen bewertet, d. h. nachvollziehbar begründet und gewichtet werden. Dies setzt voraus, dass die aktuellen Beurteilungen einer wertenden Betrachtung und Gewichtung unterzogen und die wesentlichen Erwägungen im Auswahlvermerk niedergelegt werden (vgl. Senatsbeschl. v. 26. Oktober 2009, SächsVBl. 2010, 43).
- 22 Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe durfte der Antragsgegner bei dem zwischen dem Antragsteller und dem Beigeladenen durchgeführten Leistungsvergleich rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangen, dass beide für das angestrebte Amt geeignet und befähigt sind, dem Beigeladenen aber wegen seiner insgesamt besseren Leistungen ein Vorteil zukommt, der es rechtfertigt, ihm und nicht dem Antragsteller

das Amt eines Vorsitzenden Richters am Finanzgericht beim Sächsischen Finanzgericht zu übertragen.

- 23 Insbesondere ist der der Besetzungsentscheidung zugrunde liegende Auswahlvermerk vom 14. September 2010 nicht zu beanstanden. In dem Vermerk werden nach einer tabellarischen Übersicht über die Werdegänge der Bewerber unter Ziffer I zunächst wesentliche Inhalte der Anlass- und Regelbeurteilungen der Bewerber wiedergegeben. Unter Ziffer II (S. 23 bis 25, 31 bis 33) wird die Auswahlentscheidung begründet. Dabei setzt sich der Antragsgegner auch damit auseinander, dass der Beigeladene das Regelkriterium der erfolgreichen Tätigkeit bei dem jeweiligen Obergericht, einem anderen Obergericht, einem Bundesgericht, dem Verfassungsgerichtshof, einer obersten Landes- oder Bundesbehörde oder der Generalstaatsanwaltschaft nicht erfüllt. Im Anschluss daran unterzieht er die Anlass- und Regelbeurteilungen einer wertenden Betrachtung und Gewichtung, in deren Ergebnis er dem Beigeladenen den Vorzug gibt.
- 24 Das Absehen von der Erfüllung des Regelkriteriums begründet der Antragsgegner nachvollziehbar damit, dass der Beigeladene aufgrund seiner allgemein sehr guten Rechtskenntnisse, seines ausgezeichneten Wissens auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts und seiner zahlreichen rechtswissenschaftlichen Veröffentlichungen nachgewiesen habe, dass er zur vertieften, wissenschaftlichen Ansprüchen genügenden Auseinandersetzung mit Rechtsproblemen in der Lage ist. Außerdem werde ihm bescheinigt, sich sehr schnell vertieft in neue Rechtsgebiete einzuarbeiten und bereits nach kurzer Zeit wissenschaftlich fundierte Entscheidungen treffen zu können. Auch habe der Beigeladene seine Fähigkeit zur Leitung eines erstinstanzlichen Spruchkörpers über viele Jahre erfolgreich unter Beweis gestellt. Unter diesen Umständen sei seine vorherige Erprobung an einem Obergericht nicht zwingend geboten. Dies dürfte im Fall des Beigeladenen nicht zuletzt deshalb gelten, weil der Beigeladene sich als Präsident des Sozialgerichts bereits in einem Amt der Besoldungsgruppe R 3 befindet. Der Senat kann aber offen lassen, ob der Beigeladene das Regelkriterium bereits aufgrund seines Statusamts erfüllt. Jedenfalls sind die im Auswahlvermerk niedergelegten und vorstehend dargelegten Erwägungen des Antragsgegners geeignet, beim Beigeladenen vom Vorliegen einer in der Regel zu fordernden erfolgreichen Tätigkeit bei einem Ober- oder Bundesgericht, dem

Verfassungsgerichtshof oder einer obersten Landes- oder Bundesbehörde ausnahmsweise abzusehen.

- 25 Der Antragsgegner ist auch zutreffend zu der Ansicht gelangt, dass der Beigeladene aufgrund der Anlassbeurteilungen und der letzten Regelbeurteilung im Vergleich zu den übrigen Bewerbern und auch zum Antragsteller die insgesamt besten Leistungen gezeigt habe. Diesen Schluss hat der Antragsgegner zu Recht daraus gezogen, dass der Beigeladene in der ihm im Statusamt R 2 erteilten letzten Regelbeurteilung vom 4. Juni 2002, die den Zeitraum vom 1. Januar 1998 bis zum 31. Dezember 2001 umfasst, mit dem Prädikat „sehr gut“ beurteilt wurde. Demgegenüber endete nicht nur die letzte Regelbeurteilung des Antragstellers vom 3. Februar 2010 mit dem Prädikat „übertrifft die Anforderungen erheblich“, sondern auch die dem Antragsteller ebenfalls im Statusamt R 2 erteilte vorangegangene Regelbeurteilung vom 13. Februar 2003, die sich auf den Zeitraum ab dem 1. September 2001, dem Zeitpunkt seiner Ernennung zum Richter am Finanzgericht und Versetzung an das Sächsische Finanzgericht, bis zum 31. Dezember 2002 bezieht. Beide Regelbeurteilungen, sowohl die des Beigeladenen aus dem Jahr 2002 als auch die des Antragstellers aus dem Jahr 2003, wurden in einem nach R 2 besoldeten Amt (Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht/Richter am Finanzgericht) erstellt, beruhten auf der Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums der Justiz zur Beurteilung von Richtern und Staatsanwälten vom 7. November 2001 und sind daher vergleichbar. Insoweit stellt der Antragsgegner maßgeblich darauf ab, dass der Beigeladene in seiner Regelbeurteilung ein um eine Stufe höheres Prädikat als der Antragsteller erzielt hat. Unter Berücksichtigung dessen, dass die Regelbeurteilung des Beigeladenen acht Jahre zurückliegt, kommt der Antragsgegner sodann unter Heranziehung der aktuellen Anlassbeurteilung vom 13. August 2009, der dort in Bezug genommenen Anlassbeurteilung vom 11. Februar 2009, beide erstellt vom Präsidenten des Sächsischen Landessozialgerichts, sowie der Anlassbeurteilung der damaligen Präsidentin des Verwaltungsgerichts Leipzig vom 1. August 2003, auf die die Anlassbeurteilung vom 11. Februar 2009 Bezug nimmt, zu dem Schluss, dass der Beigeladene - bei zwischenzeitlicher Beförderung in ein Statusamt der Besoldungsgruppe R 3 - seine Kompetenz und sein Leistungsbild auch im derzeitigen Statusamt weiterhin zeigt und keineswegs in seinen Leistungen nachgelassen hat. Diese Einschätzung wird vom Inhalt der Anlassbeurteilungen getragen. Danach hat

der Beigeladene am Sozialgericht ..... von Anfang an seine Flexibilität und sein Vermögen gezeigt, sich schnell in ein neues Rechtsgebiet einarbeiten zu können. Er habe ausgezeichnete Kenntnisse des Verwaltungsrechts einschließlich des Prozessrechts und des Sozialgerichtsgesetzes sowie sehr gute Kenntnisse in vielen Bereichen des Sozialrechts; ferner verfüge er über allgemein sehr gute Rechtskenntnisse. In der aktuellen Anlassbeurteilung vom 13. August 2009 wird dem Beigeladenen zudem bescheinigt, mit der Übernahme einer Kammer im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung seinen Arbeitsanteil in der Rechtsprechung erhöht zu haben. Der Beigeladene sei in der Lage, sich sehr schnell vertiefend in neue Rechtsgebiete einzuarbeiten und schon nach kurzer Zeit wissenschaftlich fundierte Entscheidungen zu treffen. Demgegenüber habe der Antragsteller im selben Statusamt lediglich das um eine Stufe niedrigere Prädikat „übertrifft die Anforderungen erheblich“ erzielt. Deshalb gehe der Beigeladene dem Antragsteller vor.

26

Anders als der Antragsteller meint, haben weder der Antragsgegner noch das Verwaltungsgericht in dem angegriffenen Beschluss unterschiedliche Beurteilungsarten herangezogen. Der Antragsgegner hat vielmehr die letzte Regelbeurteilung des Beigeladenen herangezogen und das dort erzielte Gesamturteil fortgeschrieben und konnte dabei zu dem Schluss kommen, dass der Beigeladene aufgrund der Anlassbeurteilungen auch im höheren Statusamt besser beurteilt wird als der Antragsteller in seiner letzten Regelbeurteilung vom 3. Februar 2010 im niedrigeren Statusamt. Darüber hinaus durfte der Antragsgegner auch darauf abstellen, dass der Beigeladene über einen Zeitraum von mehr als zehn Jahren als Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Erfahrungen im Vorsitz eines mit Berufsrichtern besetzten Spruchkörpers sammeln konnte und dabei prägenden Einfluss auf die Rechtsprechung der von ihm geleiteten Kammern genommen hat.

27

d) Soweit der Antragsteller schließlich unter Hinweis auf seinen erstinstanzlichen Vortrag geltend macht, die Auswahlentscheidung verstoße gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, würde ein solcher Verstoß, läge er vor, der Beschwerde nicht zum Erfolg verhelfen. Der Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot verpflichtet den Arbeitgeber oder Dienstherrn gemäß § 15 AGG zum Schadensersatz. Darum geht es vorliegend aber nicht; der Antragsteller begehrt vom Antragsgegner vielmehr, die Stelle eines Vorsitzenden Richters am Finanzgericht vorläufig nicht zu

besetzten. Im Übrigen hat der Antragsgegner ausweislich der Ausführungen im Auswahlvermerk ersichtlich auf einen Leistungsvergleich zwischen dem Beigeladenen und dem Antragsteller und einen sich hieraus ergebenden Leistungsvorsprung des Beigeladenen abgestellt. Die Vermutung des Antragstellers, dass hierbei auch die Tatsache eine Rolle gespielt haben könnte, dass er mehr als sieben Jahre jünger ist als der Beigeladene, dürfte von daher eher fernliegend sein.

- 28 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Der Beigeladene trägt seine außergerichtlichen Kosten selbst, da er nicht durch eigene Antragstellung ein Kostenrisiko übernommen hat (vgl. § 162 Abs. 3 VwGO).
- 29 Die Streitwertfestsetzung und Abänderung der Festsetzung durch das Verwaltungsgericht beruhen auf § 63 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3, § 47 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1, § 53 Abs. 3 Nr. 1, § 52 Abs. 2 GKG. Dabei ist vom Auffangstreitwert auszugehen, da sich der Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers nicht betragsmäßig beziffern lässt. Eine Orientierung an § 52 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 GKG ist nicht sachgerecht, weil ein Obsiegen des Antragstellers in einem anschließenden Hauptsacheverfahren nicht notwendig bedeuten würde, dass er mit seiner Bewerbung zum Zuge kommt. Vielmehr erhält er lediglich eine neue Chance, in einem ordnungsgemäß durchzuführenden Bewerbungsverfahren ausgewählt zu werden, dessen Erfolgsaussichten offen sind. Da über das Bestehen oder Nichtbestehen des Bewerbungsverfahrensanspruchs in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes regelmäßig mit der Wirkung einer Vorwegnahme der Hauptsache entschieden wird, ist eine Minderung des Wertes auf die Hälfte nicht angezeigt (vgl. Senatsbeschl. v. 5. Juni 2009, SächsVBl. 2009, 218, 220, st. Rspr.; Nr. 1.5 des Streitwertkataloges für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, abgedruckt bei: Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl., Anh § 164 Rn. 14).
- 30 Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:  
Grünberg

Dehoust

Hahn

*Ausgefertigt:*  
*Bautzen, den*  
*Sächsisches Obergerverwaltungsgericht*