

Az.: 2 B 200/11
1 L 177/11

Ausfertigung



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn

- Antragsteller -
- Beschwerdegegner -

prozessbevollmächtigt:
Rechtsanwalt

gegen

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

- Antragsgegner -
- Beschwerdeführer -

beigeladen:
Frau

wegen

Konkurrentenstreits um die Stelle eines Richters/einer Richterin am Amtsgericht;
Antrag nach § 123 VwGO
hier: Beschwerde

hat der 2. Senat des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts durch den Vizepräsidenten des Obergerverwaltungsgerichts Dr. Grünberg, die Richterin am Obergerverwaltungsgericht Hahn und die Richterin am Verwaltungsgericht Moehl

am 30. Dezember 2011

beschlossen:

Die Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 1. August 2011 - 1 L 177/11 - wird zurückgewiesen.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst trägt.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 5.000 € festgesetzt.

Gründe

- 1 Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Das Verwaltungsgericht hat dem Antragsgegner im Ergebnis zu Recht im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, die ausgeschriebene Stelle mit der Beigeladenen zu besetzen. Zwar ist die Auswahlentscheidung nicht unter Heranziehung der Grundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG zu treffen. Die aufgrund sozialer und personalwirtschaftlicher Kriterien erfolgte Auswahl ist indes ermessensfehlerhaft erfolgt.
- 2 1. In der Sache geht es um einen Konkurrentenstreit. Die begehrte Stelle ist die einer Richterin/eines Richters am Amtsgericht (R1). Die Beigeladene ist Staatsanwältin (R1); der Antragsteller ist ebenfalls Staatsanwalt (R1).
- 3 Die Stelle wurde im Justizministerialblatt 3/2011 ausgeschrieben. Fünf Bewerbungen gingen hierzu ein. Die Beigeladene wurde aus personalwirtschaftlichen Gründen ausgesucht (Besetzungsvorschlag vom 10. Mai 2011). Zum einen sei am Amtsgericht eine unausgewogene Altersstruktur zu verzeichnen. Zwölf Richter, also 60%, seien in den Jahren 1961 bis 1963 geboren. Deshalb werde von der Auswahl der lebensältesten Bewerberin, die 1962 geboren sei, abgesehen. Die Beigeladene ginge als zweitälteste Bewerberin daher den übrigen Bewerbern vor. Außerdem sei sie unter Berücksichtigung ihrer Tätigkeit als Notarassessorin am längsten als Volljuristin tätig.

- 4 Der Antragsteller hat hiergegen einstweiligen Rechtsschutz beim Verwaltungsgericht Chemnitz gesucht. Er trägt vor, dass das Auswahlmessen rechtswidrig ausgeübt worden sei. Soziale Kriterien, insbesondere der Arbeitsweg, seien nicht berücksichtigt worden. Dabei werde nicht verkannt, dass bei der ausgeschriebenen Stelle nicht Art. 33 Abs. 2 GG zu berücksichtigen sei. Zwischen ihm und der Beigeladenen bestehe hinsichtlich des Lebensalters nur ein Unterschied von drei Monaten. Er habe hingegen ein höheres Dienstalter als die Beigeladene. Diese habe auch keine längere juristische Tätigkeit vorzuweisen, da Zeiten des Mutterschutzes nicht einberechnet werden dürften.
- 5 2. Das Verwaltungsgericht Chemnitz hat dem Antrag stattgegeben. Nach Art. 33 Abs. 2 GG habe jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Dabei beziehe sich der Amtsbegriff des Art. 33 Abs. 2 GG nur auf das Statusamt. Bewerber um eine Stelle, auf die sie ohne Statusänderung umgesetzt oder versetzt werden sollen, hätten daher grundsätzlich keinen Anspruch auf eine Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Entscheide sich somit ein Dienstherr im Rahmen seines Organisationsermessens dazu, eine Stelle durch vorhandene Bewerber zu besetzen, und sei damit kein beruflicher Aufstieg und keine Statusänderung verbunden, sei er nicht an die Maßstäbe des Art. 33 Abs. 2 GG gebunden.
- 6 Die beabsichtigte Maßnahme sei indes für die Bewerber mit einem Statuswechsel verbunden. Das statusrechtliche Amt werde durch das Besoldungsrecht, die einschlägigen Fachgesetze, die Laufbahnordnungen und ergänzend durch das Haushaltsrecht geprägt. Zwar seien Staatsanwälte und Richter als Organe der Rechtspflege weitgehend gleichgestellt und ein Wechsel aufgrund der statusrechtlichen Regelungen in § 122 DRiG leicht möglich. Zum Staatsanwalt könne so auch nur berufen werden, wer die Befähigung zum Richteramt besitze. Auch stehe dem richterlichen Dienst die staatsanwaltliche Tätigkeit gleich, § 10 Abs. 1, § 122 Abs. 2 DRiG. Eine weitere Verklammerung ergebe sich aus § 12 Abs. 1 und § 13, § 41 DRiG. Sowohl Richter als auch Staatsanwälte seien dem Legalitätsprinzip verpflichtet. Besoldungsrechtliche Unterschiede bestünden auch nicht. Gleichwohl bestünden nicht nur Unterschiede in den das Statusamt mit prägenden Amtsbezeichnungen, sondern dienstrechtlich vor allem darin, dass die Richter gänzlich aus der Beamtenschaft

herausgelöst seien und in einem eigenständigen öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stünden. Deshalb scheide ein Wechsel vom Beamten- in das Richter Verhältnis durch Versetzung aus. Vielmehr bedürfe es nach § 17 Abs. 2 Nr. 1 DRiG stets einer Ernennung. Es sei somit die ausgeschriebene Stelle aufgrund einer Bestenauslese zu besetzen. Die Erfolgsaussichten des Antragstellers, hierbei berücksichtigt zu werden, seien aufgrund der in der letzten Regelbeurteilung erteilten Prädikate offen.

7 3. Mit seiner hiergegen eingelegten Beschwerde trägt der Antragsgegner vor, dass er nicht gehalten gewesen sei, eine Auswahl unter Leistungsgesichtspunkten zu treffen. Außerdem wäre der Antragsteller auch unter Leistungsgesichtspunkten nicht auszuwählen gewesen, weil er - bei gleichem Prädikat in der letzten Regelbeurteilung - hinter die Beigeladene zurücktreten müsste, da die im Auswahlvermerk genannten Kriterien hierfür als Hilfskriterien auch herangezogen werden müssten.

8 4. Die zulässige Beschwerde hat keinen Erfolg. Zwar hat der Antragsgegner zulässigerweise das Auswahlverfahren ohne eine Bestenauslese durchgeführt. Jedoch erweist sich die Auswahlentscheidung aus anderen Gründen als fehlerhaft.

9 a) Gemäß Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Der Leistungsgrundsatz wird durch Art. 33 Abs. 2 GG unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistet (BVerfG, Kammerbeschl. v. 2. April 1996 - 2 BvR 169/93 - NVwZ 1997, 54, 55). Die Vorschrift dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes; dessen fachliches Niveau und rechtliche Integrität sollen gewährleistet werden. Zum andern trägt Art. 33 Abs. 2 GG dem berechtigten Interesse des Beamten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen dadurch Rechnung, dass er ein grundrechtsgleiches Recht auf rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl begründet (sog. Bewerbungsverfahrensanspruch; siehe zum Vorstehenden: BVerwG, Urt. v. 25. November 2004 - 2 C 17/03 -, juris Rn. 13 f.).

10

Art. 33 Abs. 2 GG enthält keine Einschränkungen, die den Geltungsbereich des Leistungsgrundsatzes relativieren. Belange, die nicht im Leistungsgrundsatz verankert

sind, können deshalb als immanente Grundrechtsschranke bei der Besetzung öffentlicher Ämter nur Berücksichtigung finden, wenn ihnen ebenfalls Verfassungsrang eingeräumt ist. Soweit es nicht um die Abwendung einer unmittelbar drohenden Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Verwaltung geht, also nur um den optimierenden Ausgleich mit anderen verfassungsgeschützten Interessen, bedarf es zudem einer gesetzlichen Grundlage. Diese muss ihrerseits dem Zweck des Art. 33 Abs. 2 GG Rechnung tragen, d.h. ernsthaften Gefährdungen der Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes vorbeugen (so BVerwG, Urteil vom 25. November 2004 a. a. O., m. w. N.; vgl. auch Beschl. des Senats v. 28. Dezember 2010 - 2 B 53/10 -, juris Rn. 10).

- 11 Entscheidet sich der Dienstherr, eine Stelle nicht unbeschränkt auszuschreiben, sondern im Wege der Versetzung oder Umsetzung zu besetzen, ist das hiernach durchzuführende Auswahlverfahren nicht an den Maßstäben des Art. 33 Abs. 2 GG zu messen. Dem Dienstherrn kommt eine Organisationsfreiheit zu, wie er offene Stellen besetzen will. Dabei hat er nach pflichtgemäßem Ermessen das Recht, zwischen Umsetzung, Versetzung oder Beförderung zu wählen. Entscheidet er sich, eine offene Stelle durch vorhandene Bewerber zu besetzen, und ist damit kein beruflicher Aufstieg von Bewerbern aus niedrigeren Besoldungsgruppen und keine Statusveränderung verbunden, ist er nicht gehalten, diese Maßnahme an den Maßstäben des Art. 33 Abs. 2 GG auszurichten. Mit Ausnahme statusrechtlicher Veränderungen im Hinblick auf das vom Beamten innegehaltene Amt ist Art. 33 Abs. 2 GG bei entsprechenden dienstlichen Maßnahmen grundsätzlich nicht anwendbar (so BVerfG, Beschl. v. 28. November 2007 - 2 BvR 1431/07 -, juris Rn. 10 m. w. N.).
- 12 Der Inhalt des statusrechtlichen Amtes ergibt sich zum einen aus § 18 BBesG. Diese Vorschrift besagt, dass die Funktionen der Beamten nach den mit ihnen verbundenen Anforderungen sachgerecht zu bewerten und Ämtern zuzuordnen und dass die Ämter nach ihrer Wertigkeit unter Berücksichtigung der gemeinsamen Belange aller Dienstherrn den Besoldungsgruppen zuzuordnen sind. Zum anderen ergibt er sich aus den einschlägigen Fachgesetzen, den Laufbahnordnungen sowie ergänzend aus dem Haushaltsrecht durch die Einrichtung von Planstellen. Auch traditionelle Leitbilder können zur inhaltlichen Konkretisierung beitragen. Die rechtliche Bewertung der Dienstposten, d.h. ihre Zuordnung zu statusrechtlichen Ämtern einer bestimmten

Besoldungsgruppe, liegt im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben des Besoldungs- und des Haushaltsrechts in der organisatorischen Gestaltungsfreiheit des Dienstherrn. Mit dem statusrechtlichen Amt und dessen Zuordnung zu einer bestimmten Besoldungsgruppe in Relation zu anderen Ämtern sowie der laufbahnrechtlichen Einordnung werden abstrakt Inhalt, Bedeutung, Umfang und Verantwortung und damit die Wertigkeit des Amtes zum Ausdruck gebracht (so BVerwG, Urt. v. 3. März 2005 - 2 C 11/04 -, juris Rn. 26).

- 13 b) Der Antragsgegner hat zulässigerweise bei der Zuweisung der streitgegenständlichen Stelle eines Richters am Amtsgericht davon abgesehen, diese nach Durchführung einer Bestenauslese zu vergeben, sondern vielmehr auf organisatorische Belange abgestellt.
- 14 Mit der Ausschreibung der streitgegenständlichen Stelle im Justizministerialblatt hat der Antragsgegner zunächst nicht kundgetan, dass diese nach den Maßstäben des Art. 33 Abs. 2 GG vergeben werden soll. Zwar wird eine Ausschreibung in vielen Fällen vor dem Hintergrund erfolgen, dass eine Bestenauslese aus den Bewerbern erfolgen soll. Im Bereich des Antragsgegners ist indes durch das von ihm erlassene Personalentwicklungskonzept vom 17. November 2006, das den Beteiligten im Intranet des Sächsischen Staatsministeriums der Justiz und für Europa zugänglich gemacht wurde, klar gestellt worden, dass die ausgeschriebenen Stellen von Richtern im Eingangsamt nicht im Wege einer Bestenauslese, sondern aus personalwirtschaftlichen Gründen vergeben werden. Dies ist auch den Beteiligten bekannt.
- 15 c) Der Antragsgegner konnte nach den oben dargelegten Maßstäben von einer Bestenauslese absehen, weil mit der Zuweisung des Amtes eines Richters am Amtsgericht an einen Staatsanwalt kein Statuswechsel verbunden ist.
- 16 Die Ämter eines Staatsanwaltes und eines Richters am Amtsgericht sind beide nach der Besoldungsgruppe R1 besoldet (§ 17 Abs. 1 SächsBesG, Anl. III BBesG). Haushaltsrechtlich sind keine Unterschiede erkennbar. Auch laufbahnrechtlich werden nach § 41 SächsLVO Staatsanwälte und Richter gleich behandelt, soweit das Deutsche Richtergesetz nichts anderes bestimmt. Die Regelungen dieses Fachgesetzes betreffen

in erster Linie den Status der Berufsrichter und nicht den der Staatsanwälte, für die als Beamte grundsätzlich die beamtenrechtlichen Regelungen gelten (Schmidt-Räntsch, DRiG, 4. Aufl., Einleitung Rn. 11). Daraus bestätigt sich zunächst der vom Verwaltungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegte Ansatz, dass mit einer Ernennung eines Staatsanwalts zum Richter ein Statuswechsel verbunden ist. Indes zeigt sich aus der vom Gesetz- und Verordnungsgeber vorgenommenen Gleichstellung der Richter mit den Staatsanwälten, dass ein Wechsel zwischen Staatsanwaltschaft und Richterschaft erleichtert werden soll (Schmidt-Räntsch, DRiG, a. a. O., § 122 Rn. 3). Zudem gelten zentrale Vorschriften des Richterrechts auch für Staatsanwälte (etwa die Befähigung zum Richteramt nach § 122 Abs. 1, §§ 5 bis 7 DRiG; die Zuständigkeit der Richterdienstgerichte auch für Disziplinarverfahren gegen Staatsanwälte nach § 122 Abs. 4 DRiG; die Anrechnung der staatsanwaltlichen auf die richterliche Tätigkeit nach § 122 Abs. 2 DRiG; das Verbot der Erstellung von Rechtsgutachten o. ä. nach § 122 Abs. 3, § 41 DRiG). Auch der Dienst als Assessor wird einheitlich im Proberichterverhältnis durchgeführt (§ 12 DRiG); die Proberichter können dann den Gerichten oder den Staatsanwaltschaften zugewiesen werden, § 13 DRiG. Hieraus ist ersichtlich, dass in der Probezeit eine einheitliche Behandlung von Richtern und Staatsanwälten erfolgt, die sich von anderen Beamten unterscheidet. Die weitere Verwendung auf Lebenszeit ist im Anschluss - unabhängig von einer Bestenauslese (vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 28. Februar 2007 - 2 BvR 2494/06 -, juris Rn. 13) - als Richter oder Staatsanwalt auf Lebenszeit möglich. Auch hier zeigt sich die Gleichwertigkeit in statusrechtlicher Hinsicht. Dieses Ergebnis wird untermauert durch die besoldungsrechtliche Herausnahme der Staatsanwälte aus der Beamtenbesoldung und Eingliederung in die R-Besoldung; dies nicht nur für das Eingangsamt, sondern auch für Beförderungsämter. Nicht nur besoldungsrechtlich, sondern eben auch laufbahnrechtlich gehen die Vorschriften von einer Gleichwertigkeit der richterlichen und der staatsanwaltlichen Tätigkeit aus. Insofern liegt es nahe, dass auch eine Gleichstellung im Hinblick auf den mit der jeweiligen Tätigkeit verbundenen Status gewollt ist.

- 17 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem vom Verwaltungsgericht tragend seiner Entscheidung zugrunde gelegten zutreffenden Gedanken, dass es nach § 17 Abs. 1 Nr. 2 DRiG für die Übertragung eines richterlichen Amtes an einen Staatsanwalt

zwingend einer Ernennung bedarf. Zum einen ist auch bei einem Statuswechsel eines Proberichters zum Lebenszeitrichter nicht zwingend eine Bestenauslese erforderlich (vgl. BVerfG, Beschl. v. 28. Februar 2007 a. a. O.). Der in Art. 33 Abs. 2 GG enthaltene Leistungsgrundsatz kann durch andere verfassungsrechtlich verankerte Grundsätze eine Einschränkung erfahren (Beschl. des Senats v. 28. Dezember 2010 a. a. O. Rn. 10). Insoweit können hier das Anliegen einer gleichmäßigen Ausstattung und Funktionsfähigkeit der Justiz und das Sozialstaatsprinzip für eine Einschränkung des Leistungsgrundsatzes streiten. Zum anderen ist aber entscheidend darauf abzustellen, dass sich insbesondere aus den traditionellen Leitbildern ergibt, dass bei einem Wechsel vom Staatsanwalt zum Richter nicht von einem Statuswechsel auszugehen ist. Wie schon dargelegt, sehen die rechtlichen Regelungen, aber auch die Praxis einen Wechsel zwischen diesen Ämtern vor. Die Durchlässigkeit und Gleichartigkeit erweist sich nicht nur bei der Zuweisung von Eingangsämtern, sondern auch bei Beförderungsämtern, bei denen nach Kenntnis des Senats aus Konkurrentenstreitigkeiten, insbesondere im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit und der Staatsanwaltschaften, in vielen Fällen Bewerber aus dem richterlichen und dem staatsanwaltlichen Bereich kommen und auch Berücksichtigung finden.

- 18 d) Die Auswahlentscheidung ist somit nicht an den Maßstäben des Art. 33 Abs. 2 GG auszurichten. Der Antragsgegner konnte vielmehr im Rahmen seiner Personal- und Organisationshoheit auf soziale und personalwirtschaftliche Gründe abstellen (Sächs-OVG, Beschl. v. 28. Juni 2007 - 3 BS 301/06 -; Beschl. v. 18. Februar 2008 - 2 BS 426/07); er hat im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens eine Auswahlentscheidung zu treffen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 28. November 2007 a. a. O.; Beschl. des Senats v. 18. Februar 2008 a. a. O.). Allerdings halten die vom Antragsgegner herangezogenen Gründe diesem Maßstab nicht stand. Beide vom Antragsgegner seiner Auswahlentscheidung zugrunde gelegten Erwägungen stellen sich als ermessenfehlerhaft dar.

- 19 Der Antragsgegner hat ausweislich des Auswahlvermerks vom 10. Mai 2011 zunächst auf das Lebensalter der Beigeladenen abgestellt. Es sei erforderlich, die Gruppe der in den Jahren 1961 bis 1963 geborenen Richter beim Amtsgericht nicht noch zu verstärken. Zu dieser Gruppe gehört die am 4. März 1973 geborene Beigeladene nicht - ebenso wenig wie der Antragsteller, der am 6. Juni 1973 geboren ist. Der Senat kann

zunächst offen lassen, ob das Auswahlkriterium des Lebensalters mit § 7 Abs. 1 , § 10 Abs. 1 AGG im Einklang steht; die Herstellung einer ausgeglichenen Altersstruktur an einem Gericht könnte insoweit ein legitimes Ziel im Sinne von § 10 Abs. 1 Satz 1 AGG darstellen. Indes erfüllt auch der Antragsteller dieses Kriterium. Er unterscheidet sich von der Beigeladenen hinsichtlich seines Lebensalters um drei Monate und zwei Tage. Auf diesen Unterschied entscheidend abzustellen, ist im Hinblick auf die im Allgemeinen Gleichbehandlungssatz getroffene Wertung jedenfalls nicht legitim.

- 20 Zusätzlich hat der Antragsgegner bei seiner Auswahlentscheidung auf die Dauer der Tätigkeit der Beigeladenen als Volljuristin abgestellt. Mit diesem Kriterium wird jedoch kein sozialer oder personalwirtschaftlicher Belang angesprochen. Es handelt sich vielmehr um eine Eigenschaft der Beigeladenen, die bei einer Auswahl aufgrund von Leistung, Befähigung und Eignung nach Art. 33 Abs. 2 GG relevant wäre. Eine Bestenauswahl sollte jedoch in dem vorliegenden Verfahren gerade nicht betrieben werden. Insoweit verlässt der Antragsgegner mit dem Abstellen auf eine längere juristische Erfahrung der Beigeladenen den Maßstab, den er sich selbst gesetzt hat.
- 21 Die Auswahl ist schließlich offen. Der Antragsteller erfüllt das vom Antragsgegner seiner Entscheidung zugrunde gelegte Kriterium des Lebensalters (s. o.). Ob andere Gründe für oder gegen eine Auswahl des Antragstellers sprechen, hat der Antragsgegner im Rahmen einer Ermessensentscheidung festzustellen.
- 22 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 und § 162 Abs. 3 VwGO.
- 23 Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 3 Nr. 1, § 52 Abs. 2 GKG. Sie folgt der Entscheidung des Verwaltungsgerichts, gegen die die Beteiligten keine Einwände erhoben haben.
- 24 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:
Grünberg

Hahn

Moehl

*Ausgefertigt:
Bautzen, den*

Sächsisches Obergerverwaltungsgericht

Pech

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle