

Az.: 2 B 93/11
3 L 3/11

Ausfertigung



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

der Frau

prozessbevollmächtigt:
Rechtsanwalt

- Antragstellerin -
- Beschwerdeführerin -

gegen

den Freistaat Sachsen
vertreten durch den Sächsischer Rechnungshof
vertreten durch den Präsidenten
Schongauerstraße 3, 04329 Leipzig

- Antragsgegner -
- Beschwerdegegner -

beigeladen:
Herr

wegen

Besetzung der Stelle eines Grundsatzreferenten der Prüfungsabteilung 2 (B 2)
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 15. August 2011

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Leipzig vom 15. April 2011 - 3 L 3/11 - geändert.

Dem Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, die ausgeschriebene Stelle einer Grundsatzreferentin/eines Grundsatzreferenten der Prüfungsabteilung 2 (Besoldungsgruppe B 2) bis zur bestands- oder rechtskräftigen Entscheidung über den Widerspruch der Antragstellerin mit dem Beigeladenen zu besetzen.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen 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 der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Leipzig vom 15. April 2011 hat Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat den Antrag der Antragstellerin, die ausgeschriebene Stelle eines Grundsatzreferenten der Prüfungsabteilung 2 (Besoldungsgruppe B 2) beim Sächsischen Rechnungshof vorläufig nicht zu besetzen, zu Unrecht abgelehnt.
- 2 Die Antragstellerin ist als Ministerialrätin (Besoldungsgruppe A 16) in der Funktion eines Referatsleiters beim Sächsischen Rechnungshof tätig. Sie bewarb sich ebenso wie der Beigeladene, der ebenfalls als Ministerialrat (Besoldungsgruppe A 16) beim Rechnungshof tätig ist, auf die ausgeschriebene Stelle eines Grundsatzreferenten der Prüfungsabteilung 2 (Besoldungsgruppe B 2). In der Stellenausschreibung werden von den Bewerbern umfassende Kenntnisse der überörtlichen Kommunalprüfung, sichere Kenntnisse der kommunalen Kameralistik und Doppik sowie Bilanzierung und langjährige Führungserfahrungen gefordert. Im Auswahlvermerk wird u. a. festgehalten, dass sowohl die Antragstellerin als auch der Beigeladene über

vergleichbare Führungserfahrungen verfügten. Über die umfassende Kenntnis der überörtlichen Kommunalprüfung und über sichere Kenntnisse der kommunalen Kameralistik und Doppik sowie Bilanzierung verfüge indes nur der Beigeladene. Die Antragstellerin sei zwar in der überörtlichen Kommunalprüfung in den Bereichen Krankenhausbetriebsprüfung, kommunale Bauprüfung zwei Jahre tätig gewesen. Im Übrigen habe sie aber Prüfungen im staatlichen Bereich durchgeführt. Deshalb verfüge nur der Beigeladene über die geforderten umfassenden Kenntnisse der überörtlichen Kommunalprüfung. Er sei seit Beginn seiner Tätigkeit beim Sächsischen Rechnungshof in der überörtlichen Kommunalprüfung tätig gewesen. Auch habe nur der Beigeladene sichere Kenntnisse der kommunalen Kameralistik und Doppik sowie Bilanzierung. Die Antragstellerin habe zwar aufgrund ihrer ausgeübten Tätigkeiten Kenntnisse in allen drei Bereichen; sichere Kenntnisse seien allerdings nicht oder nur im geringen Umfang erforderlich gewesen. Somit sei nur der Beigeladene in den Leistungsvergleich einzubeziehen. Selbst wenn man jedoch von einem beschreibenden Anforderungsprofil ausginge, gehe der Beigeladene der Antragstellerin vor. Um eine sachgerechte Auswahl im Hinblick auf den zu besetzenden Dienstposten zu treffen, sei der Umfang der Erfüllung des Anforderungsprofils als leistungsbezogenes Hilfskriterium heranzuziehen. Vergleiche man die in der Stellenausschreibung geforderten Anforderungen und die letzte Regelbeurteilung, gehe der Beigeladene der Antragstellerin vor. Diese habe zwar in der letzten Regelbeurteilung einen Punkt mehr als der Beigeladene erzielt, erfülle aber die Anforderungen aus der Stellenausschreibung nur in geringerem Umfang.

- 3 Den gegen die Funktionsübertragung und 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 der vorläufige 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 die Antragstellerin nicht in ihrem Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt sei. Die am Anforderungsprofil des Antragsgegners orientierte Auswahlentscheidung begegne insgesamt keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Es könne auch offen bleiben, ob es sich bei

den in der Stellenausschreibung dargelegten Voraussetzungen um ein konstitutives oder nur um ein beschreibendes Anforderungsprofil handele. Selbst wenn man von einem beschreibenden Anforderungsprofil ausgehe, habe der Antragsgegner nachvollziehbar dargelegt, warum er den Beigeladenen ausgewählt habe. Die Kompensation eines Punktes in der Beurteilung sei möglich, soweit sie - wie hier - auf leistungsbezogene Kriterien bezogen sei.

- 4 Dagegen wendet die Antragstellerin in ihrer Beschwerdebegründung unter Verweis auf eine Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (Beschluss vom 22. November 2007 - 3 CE 07.2274 -) ein, ein konstitutives Anforderungsprofil sei nur ausnahmsweise zulässig, wenn der zu besetzende Dienstposten spezielle Eignungsanforderungen stelle, die nicht durch den Inhalt der dienstlichen Beurteilungen umfassend abgedeckt seien. Das sei hier nicht der Fall. Könne die Berücksichtigung des Anforderungsprofils dazu führen, dass einem Bewerber, der dessen Voraussetzungen am Besten erfüllt, bei der Stellenbesetzung selbst dann der Vorzug gegeben werden dürfe, wenn seine Befähigung und dienstlichen Leistungen im Vergleich zu den Mitbewerbern geringfügig schlechter beurteilt worden seien, so verlange die Durchführung des Leistungsgrundsatzes auf der anderen Seite eine klare Objektivierbarkeit dieses Maßstabes. Daran fehle es. Für die Beförderungsstelle des Grundsatzreferenten sei die gesamte Bandbreite dieser Prüfungsabteilung zu berücksichtigen. Auch die Antragstellerin verfüge über umfassende Kenntnisse der überörtlichen Kommunalprüfung, wie vom Anforderungsprofil verlangt. Auch habe sie umfassende und sichere Kenntnisse in der überörtlichen Kommunalprüfung, der kommunalen Kameralistik und Doppik sowie Bilanzierung. Nach einer Arbeitsrichtlinie des Sächsischen Rechnungshofes müsse jeder Referatsleiter im Sächsischen Rechnungshof das Prüfungsvorgehen, die Prüfungsgegenstände und -inhalte, die Prüfungsmethoden sowie ganzheitliche Beurteilung staatlicher und kommunaler Kameralistik und Doppik sowie Bilanzierung beherrschen. Eine signifikante Unterschiedlichkeit kommunaler Haushaltswirtschaft gegenüber staatlicher Haushaltswirtschaft bestehe nicht. Mit diesem ihrem Vortrag habe sich das Verwaltungsgericht nicht auseinandergesetzt. Sie weise die bessere aktuelle Regelbeurteilung auf und sei deshalb nach dem maßgeblichen Leistungsprinzip gegenüber dem Beigeladenen vorzuziehen. Darüber hinaus verfüge sie über die längere Führungserfahrung.

5 1. Der von der Antragstellerin gestellte Eilantrag ist als Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zulässig.

6

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist statthaft; § 123 Abs. 5 VwGO steht ihm nicht entgegen. Danach gelten die Vorschriften der Absätze 1 bis 3 nicht für die Fälle der §§ 80 und 80a VwGO. Hier liegt indes kein Fall der §§ 80 und 80a VwGO vor.

7

Zwar geht das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 4. November 2010 (NVwZ 2011, 358) in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung nunmehr davon aus, dass eine Ernennung des in einem Stellenbesetzungsverfahren erfolgreichen Bewerbers ein Verwaltungsakt mit Drittwirkung ist, der in die Rechte des unterlegenen Bewerbers eingreift und mit der Anfechtungsklage angegriffen werden kann. Da aber regelmäßig der Grundsatz der Ämterstabilität einer Aufhebung der Ernennung auf Klage eines unterlegenen Bewerbers entgegensteht, kann wirksamer Rechtsschutz gegen die Ernennung durch die Anfechtungsklage nicht mehr gewährt werden (BVerwG a. a. O. S. 360 Rn. 27). Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der Bewerbungsverfahrensanspruch des unterlegenen Bewerbers mit der Ernennung nicht untergegangen ist, weil er unter Verstoß gegen das Gebot effektiven Rechtsschutzes daran gehindert worden ist, seine Rechtsschutzmöglichkeiten auszuschöpfen. Dieser Fall liegt hier aber nicht vor.

8

Auch gegen die Auswahlentscheidung ist ein Antrag nach §§ 80, 80a VwGO nicht statthaft, weil die Auswahlentscheidung keinen Verwaltungsakt im Sinne von § 35 Satz 1 VwVfG i. V. m. § 1 Satz 1 SächsVwVfZG darstellt. Die Auswahlentscheidung hat keine unmittelbaren Rechtswirkungen nach außen. Sie stellt den Abschluss einer behördeninternen Willensbildung dar, der aber noch der Umsetzung durch die Ernennung (oder bei der Auswahl für einen Beförderungsdienstposten der Dienstpostenzuweisung) bedarf. Die Ernennung setzt die Auswahlentscheidung rechtsverbindlich um und beendet das Auswahlverfahren (BVerwG a. a. O. S. 360 Rn. 26). Die vorgehende Auswahlentscheidung ist zwar aus Gründen der Gewährung effektiven Rechtsschutzes zu begründen und den Betroffenen bekanntzugeben. Dies ändert aber nichts daran, dass es sich um einen Zwischenakt ohne unmittelbare inhaltliche Rechtsfolgen nach außen handelt. Am Beamtenstatus der Bewerber ändert

die Auswahlentscheidung nichts. Soweit das Bundesverwaltungsgericht in seinem Leitsatz zum Urteil vom 25. August 1988 (BVerwGE 80, 127 = NVwZ 1989, 158) obiter die Meinung vertreten hatte, dass die Mitteilung der Auswahlentscheidung einen Verwaltungsakt darstelle, dürfte hieran nach dem Urteil vom 4. November 2010 (NVwZ 2011, 358), das der Ernennung Verwaltungsaktsqualität beilegt, nicht mehr festzuhalten sein (a. A. NdsOVG, Beschl. v. 8. Juni 2011, NVwZ 2011, 891, das im Ergebnis aber auch davon ausgeht, dass sich der vorläufige Rechtsschutz nach § 123 VwGO richtet; sowie Roetteken, ZBR 2011, 73 ff., der § 80a VwGO für anwendbar hält). Die Mitteilung der getroffenen Auswahlentscheidung sowie der beabsichtigten Ernennung des Konkurrenten enthält unmittelbar keine Regelung; sie informiert über die verwaltungsintern bereits getroffene Entscheidung sowie deren beabsichtigte künftige Umsetzung.

- 9 2. Der Antrag hat auch in der Sache Erfolg.
- 10 Die von der Antragstellerin dargelegten Gründe, auf deren Prüfung der Senat nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO grundsätzlich beschränkt ist, führen zu einer Änderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts.
- 11 Nach § 123 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO ergeht eine einstweilige Anordnung, wenn das Bestehen eines zu sichernden Anspruchs, des sogenannten Anordnungsanspruchs, und die Dringlichkeit einer vorläufigen Entscheidung, der sogenannte Anordnungsgrund, überwiegend wahrscheinlich sind.
- 12 a) Hier besteht ein Anordnungsanspruch der Antragstellerin, weil die Auswahlentscheidung des Antragsgegners zugunsten des Beigeladenen rechtlich zu beanstanden ist.
- 13 Die Vergabe eines richterlichen Beförderungsamtes steht im pflichtgemäßen Ermessen des Dienstherrn, der die Auswahl zwischen mehreren Beförderungsbewerbern 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. Dabei kann der Dienstherr den Kreis der Bewerber im Rahmen der 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.

- 14 Die Gründe für die Einschränkung des Bewerberkreises müssen so gewichtig sein, dass sie vor dem durch Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 91 Abs. 2 SächsVerf gewährleisteten Leistungsgrundsatz Bestand haben. Der Geltungsanspruch dieses Grundsatzes wird durch Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 91 Abs. 2 SächsVerf unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistet. Daher können Belange, die nicht im Leistungsgrundsatz verankert sind, bei der Besetzung öffentlicher Ämter nur Berücksichtigung finden, wenn ihnen ebenfalls Verfassungsrang eingeräumt ist. Ein Bewerber um ein öffentliches Amt kann verlangen, dass der Dienstherr seine Bewerbung nur aus Gründen zurückweist, die durch den Leistungsgrundsatz oder andere verfassungsmäßige Vorgaben - wie Einstellungsaltersgrenzen - gedeckt sind. Soweit es nicht um die Abwendung einer unmittelbar drohenden Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Verwaltung geht, bedarf eine Beschränkung des Leistungsgrundsatzes regelmäßig einer gesetzlichen Grundlage, denn es ist in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers über Modifikationen und Durchbrechung des Leistungsgrundsatzes zu entscheiden (vgl. BVerwG, Urt. v. 25. Februar 2010, BVerwGE 136, 140, 143 Rn. 14 u. Urt. v. 28. Oktober 2004, a. a. O. S. 150; Senatsbeschl. v. 28. Dezember 2010 a. a. O.).
- 15 Die in Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 91 Abs. 2 SächsVerf selbst angelegten Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung können vom Dienstherrn in Bezug auf den Aufgabenbereich eines konkreten Amtes durch die Festlegung eines Anforderungsprofils bereits im Vorfeld der Auswahlentscheidung konkretisiert werden. Hierbei kommt dem Dienstherrn bei der Festlegung des Aufgabenbereichs eines bestimmten Amtes ein mehr oder weniger großer Einschätzungsspielraum zu. 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 jedenfalls 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, K-Beschl. v. 26. November 2010, NVwZ 2011, 746, 747; Senatsbeschl. v. 28. Dezember 2010 a. a. O.).

- 16 Der Begriff der fachlichen Leistung im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 91 Abs. 2 SächsVerf zielt auf die Arbeitsergebnisse des Beamten bei Wahrnehmung seiner dienstlichen Aufgaben, auf Fachwissen und Fachkönnen ab. Mit dem Begriff der Befähigung werden die allgemein für die dienstliche Verwendung bedeutsamen Eigenschaften wie Begabung, Allgemeinwissen, Lebenserfahrung und allgemeine Ausbildung umschrieben. Der Begriff der Eignung im engeren Sinne erfasst Persönlichkeit und charakterliche Eigenschaften. Nur solche Merkmale weisen den von Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 91 Abs. 2 SächsVerf geforderten Leistungsbezug auf, die darüber Aufschluss geben können, in welchem Maße der Beamte den Anforderungen seines Amtes genügt und sich in einem höheren Amt voraussichtlich bewähren wird. Die Gewichtung der einzelnen Gesichtspunkte obliegt der - gerichtlich nur eingeschränkt nachprüfaren - Beurteilung des Dienstherrn (BVerwG, Urt. v. 28. Oktober 2004, a. a. O. S. 150 f.).
- 17 Von Bedeutung für den unmittelbaren Leistungsbezug ist auch, inwieweit die Merkmale vom Bewerber erfüllt werden können, wie z. B. eine Mindestnote in der dienstlichen Beurteilung, und inwieweit er auf die Erfüllung keinen Einfluss hat, wie z. B. auf ein Mindestalter für Beförderungen. Im ersten Fall liegt ein unmittelbar leistungsbezogenes Kriterium vor, im zweiten Fall nicht. Wird nicht nur nach erbrachten Leistungen, Kenntnissen und Befähigung gefragt, sondern eine erfolgreiche Tätigkeit oder Bewährung auf einem Dienstposten vorausgesetzt, ist dieses Kriterium nur dann unmittelbar leistungsbezogen, wenn der Zugang zu dieser Tätigkeit oder zu dem Dienstposten grundsätzlich jedem offensteht und die Tätigkeit oder der Dienstposten nach leistungsbezogenen Kriterien vergeben wurde. Ist dies nicht der Fall, liegt kein unmittelbar leistungsbezogenes Kriterium vor. Dies hat zur Konsequenz, dass die Erfüllung des Kriteriums nur zur Abwendung einer unmittelbar drohenden Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Verwaltung gefordert werden kann.

- 18 Zu unterscheiden sind Anforderungsprofile, die Mindestanforderungen festschreiben und deshalb „konstitutiv“ für die Einbeziehung in den Leistungsvergleich sind, und solche, die Anforderungen lediglich beschreiben („deklaratorische“ Anforderungsprofile) und für die Einbeziehung in den Leistungsvergleich nicht von Bedeutung sind.
- 19 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 nichtkonstitutives, „deklaratorisches“ Anforderungsprofil solche Qualifikationsmerkmale, die entweder ausdrücklich nicht zwingend vorliegen müssen, weil sie beispielsweise nur „erwünscht“ sind oder die schon von ihrer Art 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 Dienstherrn - 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, PersR 2011, 226, 229).
- 20 Gemessen hieran ist das vom Sächsischen Rechnungshof für die Stelle des Grundsatzreferenten der Prüfungsabteilung 2 in der Ausschreibung enthaltene Anforderungsprofil soweit konstitutiv, wie es Kenntnisse der überörtlichen Kommunalprüfung, Kenntnisse der kommunalen Kameralistik Doppik und Bilanzierung sowie Führungserfahrungen verlangt. Insoweit lässt sich die Erfüllung der Merkmale einfach feststellen, ohne dass eine Wertung vorgenommen werden muss. Soweit dagegen die Kenntnisse „umfassend“ oder „sicher“ oder die Führungserfahrung „langjährig“ sein müssen, handelt es sich um deklaratorische,

beschreibende Merkmale. Die Erfüllung dieser Merkmale setzt eine Beurteilung und einen wertenden Vergleich voraus.

- 21 Das hier zu vergebende Amt eines Grundsatzreferenten der Prüfungsabteilung 2 umfasst zum einen die Tätigkeit als Leiter des Referats und zum anderen fachliche Aufgaben der Kommunalprüfung. Da die Referatsleitertätigkeit Leitungsfunktionen beinhaltet, können Führungserfahrungen verlangt werden. Dieses Merkmal ist leistungsbezogen, weil grundsätzlich jeder im Geschäftsbereich des Sächsischen Rechnungshofes die Möglichkeit hat, Führungserfahrungen zu sammeln. Darüber hinaus müssen nach dem Anforderungsprofil Kenntnisse der überörtlichen Kommunalprüfung sowie der kommunalen Kameralistik und Doppik sowie Bilanzierung vorliegen. Solche können indes grundsätzlich nicht gefordert werden. Von einem langjährig in der öffentlichen Verwaltung tätigen Juristen darf und kann grundsätzlich verlangt und erwartet werden, dass er innerhalb angemessener Zeit in Lage ist, sich auch in spezielle Materien, wie das kommunale Prüfungsrecht, einzuarbeiten und sich die für die Leitung eines Referats erforderlichen fachlichen Kenntnisse zu verschaffen. Von einem Bewerber kann deshalb regelmäßig nicht verlangt werden, dass er bereits über Kenntnisse und Erfahrungen in den Fachbereichen des zu übertragenden Amtes verfügt (Senatsbeschl. v. 28. Dezember 2010 a. a. O. S. 228). Dafür, dass hier eine andere Beurteilung geboten ist, weil das verfassungsrechtliche Gebot der Funktionsfähigkeit des Rechnungshofs es erfordert, dass der Leiter des Grundsatzreferats bereits beim Dienstantritt über Kenntnisse der genannten Bereiche verfügt, ist weder etwas dargetan noch sonst erkennbar. Das Anforderungsprofil überschreitet somit das Ermessen des Dienstherrn. Ungeachtet dessen würde das Anforderungsprofil aber auch - seine Wirksamkeit unterstellt und soweit es konstitutiven Charakter hat - sowohl von der Antragstellerin als auch vom Beigeladenen erfüllt. Wie im Auswahlvermerk des Antragsgegners dargelegt, besitzt die Antragstellerin wegen einer zweijährigen Tätigkeit in der überörtlichen Kommunalprüfung in den Bereichen Krankenhausbetriebsprüfung und kommunale Bauprüfung die erforderlichen Kenntnisse. Der Beigeladene ist seit Beginn seiner Tätigkeit beim Rechnungshof in der überörtlichen Kommunalprüfung tätig. Beide Bewerber haben auch Kenntnisse der kommunalen Kameralistik, Doppik sowie Bilanzierung und Führungserfahrungen.

22 Somit sind beide Bewerber in einem Leistungsvergleich einzustellen, wie es der Antragsgegner in seinem Vermerk auch hilfsweise getan hat. Allerdings verkennt der Antragsgegner bei dem durchgeführten Leistungsvergleich, dass die Antragstellerin dem Beigeladenen aufgrund der um einen Punkt besseren Beurteilung vorgeht und Gründe von solcher Art und solchem Gewicht, dass sie ein Abweichen von der in den dienstlichen Beurteilungen getroffenen Urteilen über die Eignung, Leistung und Befähigung berechtigen, nicht vorliegen.

23 Auskunft über die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung geben in erster Linie die aktuellsten dienstlichen Beurteilungen, auf die daher vorrangig zur Ermittlung des Leistungsstandards zurückzugreifen ist (Senatsbeschl. v. 5. März 2010, SächsVBl. 2010, 264, 265 m. w. N.). Zutreffend hat der Sächsische Rechnungshof deshalb bei seiner Auswahlentscheidung zunächst auf die letzten Regelbeurteilungen abgestellt. Diese sind in jeder Hinsicht vergleichbar, da sie im selben Statusamt (Besoldungsgruppe A 16), für denselben Beurteilungszeitraum, für dieselbe Art von Tätigkeit (Referatsleiter) in derselben Behörde (Sächsischer Rechnungshof) erzielt worden und beide vom selben Organ, dem Präsidenten des Rechnungshofs, als Beurteiler erstellt worden sind. Nach diesen Beurteilungen geht indes die Antragstellerin dem Beigeladenen vor, da sie 15 Punkte und der Beigeladene 14 Punkte erzielt hat.

24 Dieser Leistungsvorsprung der Antragstellerin wird nicht durch bestimmte, in der Beurteilung des Beigeladenen enthaltene Einzelfähigkeiten oder andere leistungsbezogene Kriterien überkompensiert, so dass dem Beigeladenen nicht der Vorzug gegeben werden konnte. Insbesondere rechtfertigt das aufgestellte Anforderungsprofil keine Bevorzugung des Beigeladenen. Zwar kann die Berücksichtigung eines rechtmäßig aufgestellten Anforderungsprofils dazu führen, dass einem Bewerber, der dessen Voraussetzungen am Besten erfüllt, bei der Stellenbesetzung selbst dann der Vorzug gegeben werden darf, wenn seine Befähigung und dienstlichen Leistungen im Vergleich zu den Mitbewerbern (geringfügig) schlechter beurteilt worden sind. Voraussetzung ist aber, dass das durch den Leistungsgrundsatz eingeschränkte Organisationsermessen des Dienstherrn nicht verlassen wird. Es muss sich um für den Dienstposten bedeutsame Tatsachen, die objektivierbar und nachvollziehbar sind, handeln (BayVGH, Beschl. v. 19. Januar

2000, DVBl. 2000, 1140, 1142). Grundsätzlich sind diese Tatsachen einer wertenden Betrachtung der dienstlichen Beurteilungen zu entnehmen. Sie können, insbesondere bei der Einstellung, bei der Befähigungsnachweise oft noch nicht vorliegen, aber auch auf andere Weise, wie z. B. in einem Vorstellungsgespräch oder Assessment-Center, erhoben werden. Auch bei Beförderungstellen kommt eine Berücksichtigung sonstiger Merkmale in Betracht, wenn diese für den Dienstposten bedeutsam und nicht ausreichend in der Beurteilung berücksichtigt sind.

- 25 Hier sind indes alle für den Dienstposten des Leiters des Grundsatzreferats bedeutsamen Merkmale bereits in den dienstlichen Beurteilungen enthalten. Beide Bewerber sind bereits Referatsleiter beim Sächsischen Rechnungshof und bewerben sich auf eine - besser besoldete - Referatsleiterstelle. Soweit der Antragsgegner auf das Fachwissen abhebt, verfügen beide Bewerber über gleiches Fachwissen, Fachkönnen und eine vergleichbare Güte des Arbeitsergebnisses (jeweils 15 Punkte); beim fachlichen Interesse geht die Antragstellerin dem Beigeladenen vor (15 gegenüber 14 Punkten). Ein Abstellen nur auf die Kenntnisse der überörtlichen Kommunalprüfung, der kommunalen Kameralistik und Doppik sowie Bilanzierung ist aus den oben genannten Gründen fehlerhaft. Ungeachtet dessen ist der vom Antragsgegner bei dem Beigeladenen festgestellte Vorsprung der Kenntnisse der überörtlichen Kommunalprüfung, der kommunalen Kameralistik und Doppik sowie Bilanzierung auch nicht objektivierbar. Der Antragsgegner schließt auf den Kenntnisvorsprung des Beigeladenen aus dessen länger dauernden Tätigkeit in der überörtlichen Kommunalprüfung und der länger dauernden Befassung mit der kommunalen Kameralistik und Doppik sowie Bilanzierung. Ein solcher Schluss von einer längeren Tätigkeit auf bessere Kenntnisse ist aber nicht zulässig. Zwar mag eine längere Tätigkeit im entsprechenden Gebiet regelmäßig auf größere Kenntnisse hindeuten, zwingend ist dies aber nicht. Vielmehr ist auch denkbar, dass ein besonders leistungstarker und befähigter Bewerber in kürzerer Zeit mehr Kenntnisse in einem Gebiet erwirbt als ein leistungsschwächerer Kandidat in längerer Zeit.
- 26 Die Auswahlentscheidung des Antragsgegners war deshalb fehlerhaft. Es ist nicht auszuschließen, dass bei einer erneuten Entscheidung die Auswahl zugunsten der Antragstellerin erfolgt. Sie ist - wie ausgeführt - für die Stelle geeignet.

- 27 b) Die Antragstellerin hat auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Ohne die erlassene einstweilige Anordnung könnte der Antragsgegner den Beigeladenen zum Ministerialrat der Besoldungsgruppe B 2 ernennen. Eine solche Ernennung des Beigeladenen könnte wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität grundsätzlich nicht rückgängig gemacht werden. Soweit es die Antragstellerin dem Antragsgegner in ihrem Antrag untersagen will, dem Beigeladenen die Funktion des Grundsatzreferenten der Prüfungsabteilung 2 zu übertragen, misst der Senat dem nach der Formulierung des Antrags („und gleichzeitig“) sowie der Ausführungen in der Beschwerdebegründung keine eigenständige Bedeutung bei. Eine solche Auslegung entspricht auch ihrem wohlverstandenen Interesse. Würde sich ihr Antrag nicht nur gegen die bevorstehende Ernennung des Beigeladenen, sondern auch - eigenständig und zusätzlich - gegen die bereits erfolgte Übertragung des Dienstpostens auf den Beigeladenen richten, würde es insoweit am Anordnungsgrund fehlen, weil eine entsprechende Dienstpostenübertragung vom Antragsgegner jederzeit aus sachlichem Grund rückgängig gemacht werden kann (vgl. Senatsbeschl. v. 9. November 2010 - 2 B 262/10 -, juris; st. Rspr.).
- 28 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 und 3 VwGO. Den Beigeladenen waren keine Kosten aufzuerlegen, weil er keine Anträge gestellt hat.
- 29 Die Streitwertfestsetzung und -abänderung der Streitwertfestsetzung durch das Verwaltungsgericht ergeben sich aus § 63 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3, § 47 Abs. 1 Satz 1, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 2 GKG. Auszugehen ist vom Auffangstreitwert, da sich der Bewerbungsverfahrensanspruch betragsmäßig nicht beziffern lässt. Die vom Verwaltungsgericht vorgenommene Orientierung an § 52 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 GKG ist nicht sachgerecht, weil ein Bewerber bei einer stattgebenden Entscheidung im Konkurrentenstreit lediglich eine neue Chance erhält, in einem ordnungsgemäß durchzuführenden Bewerbungsverfahren ausgewählt zu werden. Es ist deshalb vom Auffangregelstreitwert auszugehen, der nicht zu halbieren ist, weil über das Bestehen oder Nichtbestehen des Bewerbungsverfahrensanspruchs im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes regelmäßig mit der Wirkung einer Vorwegnahme der Hauptsache entschieden wird (vgl. Senatsbeschl. v. 5. Juni 2009, SächsVBl. 2009, 218, 220; seitdem st. Rspr., vgl. z. B. Senatsbeschl. v. 26. Oktober 2009, SächsVBl. 2010, 43, 45).

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*