

Az.: 2 B 357/12  
11 L 102/12

Ausfertigung



# **SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT**

## **Beschluss**

In der Verwaltungsrechtssache

der Frau

- Antragstellerin -  
- Beschwerdeführerin -

prozessbevollmächtigt:

gegen

den Freistaat Sachsen  
vertreten durch das

- Antragsgegner -  
- Beschwerdegegner -

prozessbevollmächtigt:

beigeladen:

wegen

Konkurrentenrechtsstreit; 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 den Richter am Verwaltungsgericht Dr. Tolkmitt

am 6. März 2013

### **beschlossen:**

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Dresden vom 9. Oktober 2012 - 11 L 102/12 - wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 5.000,00 € festgesetzt.

### **Gründe**

1 Die zulässige Beschwerde der Antragstellerin bleibt ohne Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat ihren Antrag, dem Antragsgegner die Besetzung der Stelle des Abteilungsleiters. im S..... vorläufig zu untersagen, zu Recht abgelehnt.

2 1. Die Antragstellerin ist Referatsleiterin (Besoldungsgruppe B 3) beim S..... Sie hatte sich ebenso wie der Beigeladene, der P..... (Besoldungsgruppe B 4) ist, auf die erstmals im Frühjahr 2009 ausgeschriebene Stelle des Abteilungsleiters. im Staatsministerium beworben. Bis zum 14. Oktober 2009 nahm sie kommissarisch die Geschäfte des Abteilungsleiters. wahr. Seit dem 15. Oktober 2009 ist sie mit der kommissarischen Wahrnehmung der Aufgaben des P..... beauftragt. Der Beigeladene nimmt seit diesem Tag kommissarisch die Aufgaben des Abteilungsleiters. wahr.

- 3 Gegen die beabsichtigte Besetzung der Stelle mit dem Beigeladenen suchte die Antragstellerin um vorläufigen Rechtsschutz nach. Mit Beschluss vom 11. November 2010 - 2 B 126/10 - untersagte der Senat dem Antragsgegner, den Dienstposten des Abteilungsleiters. bis zur bestandskräftigen Entscheidung über den Widerspruch der Antragstellerin mit dem Beigeladenen zu besetzen.
- 4 Auf Grundlage für den Zeitraum 1. Juli 2008 bis 30. Juni 2011 erstellter Anlassbeurteilungen wurde im Februar 2012 erneut eine Auswahlentscheidung getroffen, der die Staatsministerin F..... am 29. Februar 2012 zustimmte. Bereits am 22. Februar 2012 war den Bewerbern das Ergebnis der Auswahlentscheidung mitgeteilt worden. Mit Schreiben vom 15. März 2012 wurden diese Mitteilungen aufgehoben, zugleich teilte man das Ergebnis der Auswahlentscheidung nochmals mit.
- 5 Der gegen die Besetzung des Dienstpostens mit dem Beigeladenen gerichtete Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz blieb vor dem Verwaltungsgericht ohne Erfolg. Die Auswahlentscheidung sei durch die zuständige Staatsministerin getroffen worden. Dem als Auswahlentscheidung überschriebenen Auswahlvermerk vom 16. Februar 2012 habe sie am 29. Februar 2012 zugestimmt. Diese Entscheidung sei auch später nicht aufgehoben worden. Die nachfolgenden Bescheide vom 15. März 2012 seien dahin zu verstehen, dass nicht die getroffene Personalentscheidung, sondern lediglich die vorhergehenden Mitteilungen aufgehoben werden sollten. Dies sei aus formalen Gründen geschehen und habe mit der materiellen Auswahlentscheidung nichts zu tun. Der Auswahl des Beigeladenen habe der Antragsgegner ein ordnungsgemäßes Anforderungsprofil zugrunde gelegt. Insbesondere sei nichts dafür erkennbar, dass das Profil auf einen bestimmten Bewerber zugeschnitten sei oder verhindern solle, dass bestimmte Beamte in eine eigentliche Auswahl einzubeziehen wären. Vielmehr sei es sachlich gerechtfertigt, die Vergabe des konkreten Dienstpostens von einer langjährigen Berufs- und Führungserfahrung abhängig zu machen. Auch sei es nicht zu beanstanden, dass Sozialkompetenz sowie ausgeprägte Kooperations-, Vermittlungs- und Konfliktfähigkeit gefordert würden. Der Nachweis der Verwendungsbreite und -tiefe durch Tätigkeit in verschiedenen Geschäfts- und Organisationseinheiten und auf verschiedenen Ebenen sei ebenfalls sachlich begründet. Die Antragstellerin wie auch der Beigeladene erfüllten die Merkmale des

Anforderungsprofils. Beim Beigeladenen sei neben der Tätigkeit in der V..... auch die als Leiter D..... zu berücksichtigen, wo er für den Vollzug gesundheits- und lebensmittelrechtlicher Vorschriften zuständig gewesen sei. Hinzu komme noch die kommissarische Wahrnehmung der Leitung der Abteilung.. Diese sei hier auch zu berücksichtigen. Dienstliche Beurteilungen müssten auf den tatsächlich wahrgenommenen Dienstposten Bezug nehmen; die auf ihm gezeigten Leistungen dürften nicht ausgeblendet werden. Deshalb könne sogar ein rechtswidrig ausgewählter Bewerber auf einem Dienstposten einen Erfahrungsvorsprung sammeln, der bei einer nochmaligen Auswahlentscheidung zu seinen Gunsten zu berücksichtigen sei. Der Antragsgegner habe den Beigeladenen unter Anlegung unmittelbar leistungsbezogener Kriterien zu Recht als leistungsstärker angesehen. Ein Leistungsvorsprung ergebe sich aus den aktuellen Anlassbeurteilungen. Allerdings folge dies nicht schon aus dem Umstand, dass der Beigeladene in einem höheren Statusamt beurteilt worden sei. Der dienstlichen Beurteilung des Inhabers eines höherwertigen Amtes komme gegenüber der gleichlautenden dienstlichen Beurteilung eines Mitbewerbers nicht ausnahmslos ein größeres Gewicht zu. Das gelte insbesondere dann, wenn die jeweils inne gehaltenen Ämter im statusrechtlichen Sinn zueinander nicht in einer Beförderungshierarchie stünden. In diesem Fall ließe sich die Einordnung der Schwierigkeit und des Verantwortungsgrades der wahrgenommenen Aufgaben nicht ohne weiteres anhand der Zuordnung des Amtes in eine Besoldungsgruppe bestimmen. Davon sei hier auszugehen, da beide Bewerber im Beurteilungszeitraum, wenn auch zeitlich versetzt, mit den identischen Dienstaufgaben betraut gewesen seien. Anders als die Antragstellerin meine, seien die zugrunde gelegten Anlassbeurteilungen aktuell gewesen. Es seien im vorliegenden Fall keine besonderen Vorkommnisse oder Umstände dargelegt, die gegen die Aussagekraft der zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung siebeneinhalb Monate alten Anlassbeurteilungen stritten. Da der Beigeladene bei den aktuellen Anlassbeurteilungen bereits mit einem Punkt besser bewertet gewesen sei, habe man nicht zwingend die vorhergehenden Regelbeurteilungen aus dem Jahr 2009 heranziehen müssen. Aus ihnen ergebe sich aber auch nichts anderes. Der Antragsgegner habe schließlich den aktuellen Anlassbeurteilungen auch ohne Rechtsfehler entnehmen können, dass der Beigeladene im Hinblick auf die Leistungs- und Eignungsmerkmale Sozial- und Führungskompetenz sowie Belastbarkeit besser

beurteilt worden sei. Die besondere Bedeutung dieser Merkmale bei der Vergabe des Dienstpostens habe der Antragsgegner deshalb herausstellen dürfen, weil sie bereits in der Stellenausschreibung gefordert worden seien.

- 6 Hiergegen wendet die Antragstellerin mit der Beschwerdebegründung ein, dass die Rechtsprechung gerade davor schützen wolle, dass während des Besetzungsverfahrens der Dienstposten bereits mit dem ausgewählten Bewerber besetzt werde und sich so für diesen ein Erfahrungs- und Leistungsvorsprung ergebe. Entschließe sich der Dienstherr, wie im vorliegenden Fall, ein neues Verfahren einzuleiten, so sei die Besetzung des Dienstpostens insgesamt in den Blick zu nehmen. Betraue er den stetig wieder ausgewählten Bewerber mit der Wahrnehmung der Funktion, könne er sich nicht darauf berufen, sein Kandidat habe dabei herausragende Leistungen gezeigt. Denn dann läge es wegen des notwendigerweise recht langen Verfahrensganges immer in der Hand des Dienstherrn, seinem Kandidaten einen unerreichbaren Vorsprung zu verschaffen. Die Tätigkeit des Beigeladenen als amtierender Abteilungsleiter dürfe deshalb nicht zu dessen Gunsten bewertet werden. Da es hier mit der Besetzung um eine nicht mehr abänderbare Entscheidung gehe, habe die Ministerin der Auswahl vor Mitteilung der entsprechenden Personalentscheidung zustimmen müssen. Das sei nicht geschehen. Ihr sei damit aber nicht mehr die wirkliche Entscheidung überlassen gewesen, da sie intern gebunden gewesen sei, entweder die mitgeteilte Entscheidung zu akzeptieren oder die Folgen einer Rücknahme der Entscheidung tragen zu müssen. Der Beigeladene erfülle nicht die Merkmale des Anforderungsprofils. Er weise keinerlei fachliche Verwendungsbreite nach, da er ausschließlich im Veterinäramt und im engen Fachbereich der L..... tätig gewesen sei und vor dem 15. Oktober 2009 keine außerhalb dieser Anstalt angesiedelten Themen bearbeitet habe. Auch die Aufgabe des Leiters der Anstalt vermittele nicht die geforderte Verwendungsbreite. Im Schwerpunkt habe der Beigeladene immer nur nachgeordnete Zuarbeiten verrichtet, er habe nie übergeordnete Maßstäbe anlegen und mit fachfremden Behörden zusammenarbeiten müssen. Auch habe er keine fachliche Letztverantwortung nach außen oder nach innen getragen. Das Personalentwicklungskonzept für Führungskräfte der Sächsischen Staatsregierung sehe unter Nr. 3.3.1. ausdrücklich die Qualifizierung von Bewerbern für Abteilungsleiterstellen vor. Eine solche Qualifizierung habe sie an der Verwaltungshochschule Speyer absolviert, der Beigeladene hingegen nicht. Schon mit

der Entsendung in diese Qualifikation sei zum Ausdruck gebracht worden, dass sie die persönlichen Voraussetzungen für ein Führungsamt oberhalb der damals bereits ausgeübten Funktion mitbringe. Insoweit übersehe das Verwaltungsgericht auch, dass neben der Beurteilung das Lebens- und Dienstalster von entscheidender Bedeutung sein könne. In der Auswahlentscheidung sei, anders als das Verwaltungsgericht meine, sehr wohl der Umstand berücksichtigt worden, dass der Beigeladene in einem höheren Statusamt beurteilt wurde. Dies stelle einen Ermessensfehler dar. Das gelte auch, soweit besondere anlassbezogene Leistungen des Beigeladenen benannt und bewertet würden, dies aber in Bezug auf ihre Leistungen unterbleibe. Sowohl in ihrer Zeit als Referats- und stellvertretende Abteilungsleiterin wie auch während der Tätigkeit als kommissarische Abteilungsleiterin und amtierende Präsidentin der Landesanstalt habe es Umbrüche, Organisationsänderungen und Eilmaßnahmen gegeben, die sie bestens gemeistert habe. Wenn man schon auf bestimmte Einzelleistungen abstelle, müsste dies auch bei allen Bewerbern gleichermaßen geschehen. Im Übrigen sei nicht zu verstehen, dass eine siebeneinhalb Monate alte Anlassbeurteilung herangezogen und damit darauf verzichtet werde, besonders gelungene dienstliche Leistungen zu würdigen. Dieses Vorgehen stelle sich als unfair dar.

- 7 2. Die Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig.
- 8 Der Beschwerde fehlt insbesondere nicht der notwendige Antrag. Zwar muss nach § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO die Beschwerdebegründung einen bestimmten Antrag enthalten. Nach allgemeiner Auffassung muss dieser aber nicht notwendig ausdrücklich formuliert werden. Es genügt vielmehr, wenn sich der Beschwerdeschrift oder dem Inhalt der Beschwerdebegründung eindeutig entnehmen lässt, in welchem Umfang und mit welchem Ziel die erstinstanzliche Entscheidung angefochten werden soll (vgl. SächsOVG, Beschl. v. 8. Juli 2010 - D 6 B 116/10 -, juris; VGH BW, Beschl. v. 1. Juli 2002, NVwZ 2002, 1388, BayVGH, Beschl. v. 14. März 2003, BayVBl. 2003, 663; OVG Hamburg, Beschl. v. 3. Dezember 2002, NordÖR 2003, 303, 304). Dem wird die eingereichte Beschwerdebegründung gerecht. Ihrem Inhalt nach bestehen keine ernsthaften Zweifel daran, dass die Antragstellerin eine Änderung des angegriffenen Beschlusses des Verwaltungsgerichts und die Verpflichtung des Antragsgegners, die Stelle des Abteilungsleiters. im S..... vorläufig nicht zu besetzen, begehrt. Ein

hiervon abweichendes sachdienliches Rechtsschutzziel wäre im konkreten Fall auch nicht denkbar.

- 9 Die Beschwerde wurde auch innerhalb der Frist des § 147 Abs. 1 Satz 1 VwGO von zwei Wochen erhoben. Die Zustellung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts geschah am 10. Oktober 2012, weshalb mit dem laut Posteingangsstempel des Fachgerichtszentrums Dresden am 24. Oktober 2012 eingegangenen Schriftsatz der Antragstellerin die Beschwerde fristgerecht erhoben wurde.
- 10 3. Die von der Antragstellerin dargelegten Gründe, auf deren Prüfung der Senat nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, führen nicht zu einer Änderung des angegriffenen Beschlusses.
- 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. Hier fehlt es an einem Anordnungsanspruch; die angegriffene Auswahlentscheidung zugunsten des Beigeladenen ist rechtlich nicht zu beanstanden.
- 12 a) Der Anordnungsanspruch ergibt sich nicht aus der behaupteten formellen Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung. Die notwendige Zustimmung der Staatsministerin zur Auswahl des Beigeladenen lag vor.
- 13 Die als Verwaltungsvorschrift einzuordnende Zuständigkeitsregelung für Personalentscheidungen im Sächsischen Staatsministerium F..... vom 26. August 2005 (Az.: 13-0300.00/18) sieht vor, dass die Staatsministerin der Besetzung herausgehobener Dienstposten, insbesondere bei Stellen der Abteilungsleiter, zustimmen muss (Nr. 1 a). Eine solche Zustimmung liegt hier mit der Erklärung der Staatsministerin vom 29. Februar 2012 auch vor. Anders als die Antragstellerin meint, berühren die nachfolgenden Bescheide vom 15. März 2012 weder die getroffene Auswahlentscheidung, noch die hierzu abgegebene Zustimmung der Staatsministerin. Es handelt sich bei diesen Bescheiden ersichtlich nur um Akte der Umsetzung der getroffenen Auswahlentscheidung. Das belegt neben dem Inhalt

der Bescheide nicht zuletzt auch der Umstand, dass es tatsächlich keine neue Auswahlentscheidung gegeben hat und damit auch kein Anlass für eine erneute Beteiligung der Staatsministerin bestand.

- 14 b) Die angegriffene Auswahlentscheidung begegnet auch inhaltlich keinen durchgreifenden Bedenken.
- 15 aa) Der Beigeladene erfüllt die konstitutiven Merkmale des Anforderungsprofils und durfte deshalb in die Auswahlentscheidung einbezogen werden.
- 16 Die Vergabe eines 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 Leistungen zu treffen hat. Dabei kann der Dienstherr den Kreis der Bewerber im Rahmen der ihm zustehenden Personal- und Organisationshoheit 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, PersR 2011, 226). Mit dem Anforderungsprofil können Mindestanforderungen (konstitutive Anforderungen) 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 überhaupt einbezogen zu werden. Eine Einengung des Kreises der nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu vergleichenden Bewerber um ein öffentliches Amt durch die Festlegung eines Anforderungsprofils bedarf allerdings sachlicher Gründe. Soweit diese nicht im Leistungsprinzip der Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 91 Abs. 2 SächsVerf verankert sind, muss es um den Schutz anderer Güter von Verfassungsrang gehen, etwa der Funktionsfähigkeit der Verwaltung (vgl. BVerfG, Beschl. v. 8. Oktober 2007, ZBR 2008, 162, 163; Senatsbeschl. v. 16. Dezember 2008 - 2 B 254/08 -, juris Rn. 7; Senatsbeschl. v. 28. Dezember 2010, PersR 2011, 226; OVG NRW, Beschl. v. 10. März 2009 - 1 B 1518/08 -, juris; NdsOVG, Beschl. v. 17. Februar 2010, ZBR 2010, 270, 272; OVG Hamburg, Beschl. v. 27. April 2010, ZBR 2011, 41, 42).

- 17 Ob ein Merkmal in diesem Sinne konstitutiven Charakter besitzt oder lediglich aus Inhalt und Eigenart des Dienstpostens resultierende Anforderungen (deskriptive Anforderungen) beschreibt, bleibt anhand einer Auslegung des Ausschreibungstextes zu bestimmen, die sich entsprechend § 133 BGB am objektiven Erklärungsgehalt und dem Willen des Dienstherrn zu orientieren hat (vgl. BVerwG, Beschl. v. 25. Oktober 2011, SächsVBl. 2012, 33, 35; BayVGH, Beschl. v. 18. Juni 2012, ZBR 2013, 69; NdsOVG, Beschl. v. 12. März 2004 - 5 ME 390/03 -, juris). Als konstitutiv erweisen sich diejenigen Merkmale, die zwingend vorgegeben und anhand objektiv überprüfbarer Kriterien, insbesondere ohne die ansonsten gebotene Rücksichtnahme auf Wertungsspielräume des Dienstherrn, eindeutig und unschwer festzustellen sind. Deskriptiver Natur sind hingegen solche Merkmale, die entweder nicht zwingend vorliegen müssen (weil sie lediglich vom Dienstherrn erwünscht sind) oder die schon ihrer Art nach nicht allein anhand objektiv überprüfbarer Fakten bejahend oder verneinend festgestellt werden können. Letztere Merkmale erschließen sich erst auf Grundlage eines persönlichkeitsbedingten, das betreffende Element des Eignungs- und Befähigungsprofils näher in den Blick nehmenden Werturteils (vgl. Senatsbeschl. v. 28. Dezember 2010, PersR 2011, 226, 229; Senatsbeschl. v. 15. August 2011 - 2 B 93/11 -, juris; Senatsbeschl. v. 15. November 2011 - 2 B 99/11 -, juris).
- 18 Merkmale, die einen Wertungsspielraum eröffnen und über die der Dienstherr - in der Regel in einer dienstlichen Beurteilung oder vergleichenden Stellungnahme - zunächst eine nähere Einschätzung treffen muss, können in einem Stellenbesetzungsverfahren erst auf der (nachgelagerten) Ebene der eigentlichen Auswahlentscheidung zwischen jenen Bewerbern Bedeutung erlangen, die die geforderten konstitutiven Merkmale erfüllen. Die Nichterfüllung eines - zulässigerweise geforderten - konstitutiven Merkmals gebietet es hingegen dem Dienstherrn, den Bewerber bei der Auswahlentscheidung unberücksichtigt zu lassen. Ob ein Bewerber die konstitutiven Merkmale des Anforderungsprofils erfüllt, unterliegt dabei der vollen gerichtlichen Kontrolle (vgl. BVerwG, Urt. v. 16. August 2001, BVerwGE 115, 58, 61; Beschl. v. 30. Oktober 2009, ZBR 2010, 202; Senatsbeschl. v. 28. Dezember 2010, PersR 2011, 226; Senatsbeschl. v. 15. November 2011 - 2 B 99/11 -, juris; VGH BW, Beschl. v. 7. Dezember 2010, NVwZ-RR 2011, 290; OVG NRW, Beschl. v. 8. Oktober 2010 - 1 B 930/10 -, juris Rn. 26).

- 19 Bei der im konkreten Fall von der Ausschreibung vorausgesetzten Verwendungsbreite und -tiefe aufgrund einer Tätigkeit in verschiedenen Geschäfts-/Organisationseinheiten und auf verschiedenen Ebenen handelt es sich um ein konstitutives Merkmal. Sein Vorliegen lässt sich ohne weiteres anhand des dienstlichen Werdegangs der Bewerber feststellen. Es bedarf hierzu auch keiner wertenden Betrachtung. Vielmehr erlaubt schon die Aufzählung der tatsächlich wahrgenommenen Dienstposten eine Entscheidung, ob die notwendige Verwendungsbreite und -tiefe gegeben ist. Denn gefordert waren mit diesem Merkmal nicht Verwendungen auf verschiedenen Dienstposten, deren spezifische Aufgaben sich qualitativ - in einem vom Ausschreibungstext nicht näher bestimmten Maß - unterschieden, was möglicherweise Spielraum für eine Wertung eröffnet hätte. Es kam allein darauf an, dass die Dienstposten organisatorisch in verschiedenen Einheiten und auf verschiedenen Ebenen der Verwaltung angesiedelt waren. Dahinter steht die typisierende Erwartung, die Wahrnehmung von Dienstposten in verschiedenen organisatorischen Einheiten belege die notwendige Verwendungsbreite und -tiefe.
- 20 Der Beigeladene besitzt auch die notwendige Verwendungsbreite und -tiefe. Das Verwaltungsgericht hat im angefochtenen Beschluss zutreffend dargelegt, dass er zunächst im L..... sowie in D..... als staatlichen Fachbehörden tätig war und hier in verschiedenen Bereichen bereits mit Führungsaufgaben betraut wurde.
- 21 Hinzu kommt die kommissarische Wahrnehmung der Aufgaben des Abteilungsleiters. im Staatsministerium ab dem 15. Oktober 2009, gegen deren Berücksichtigung sich die Antragstellerin ohne Erfolg wendet. Der Umstand, dass zum Zeitpunkt der Übertragung dieses Dienstpostens das Besetzungsverfahren schon begonnen hatte, steht einer Berücksichtigung nicht entgegen. In der Rechtsprechung ist mittlerweile geklärt, dass sich dienstliche Beurteilungen auf den tatsächlich wahrgenommenen Dienstposten beziehen müssen und auf diesem gezeigte Leistungen nicht ausblenden dürfen. Denn die Beurteilung hat den tatsächlich vorhandenen Leistungsstand zu bewerten (vgl. BVerwG, Urt. v. 4. November 2010, BVerwGE 138, 102, 120 und 122; Urt. v. 18. Juli 2001, Buchholz 232.1 § 40 BLV Nr. 22). Macht sich eine erneute Auswahl unter den Bewerbern notwendig, sind deshalb die während des bisherigen Besetzungsverfahrens ausgeübten Tätigkeiten und die damit verbundenen Leistungen

zu berücksichtigen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 11. Mai 2009, PersR 2010, 29 m. w. N.; Beschl. v. 27. September 2011, NVwZ-RR 2012, 71, 72; Urt. v. 4. November 2010, BVerwGE 138, 102, 120 und 122). Folgerichtig befasst sich die der Auswahlentscheidung zu Grunde liegende Anlassbeurteilung des Beigeladenen zum Stichtag 30. Juni 2011 auch mit dessen Tätigkeit als kommissarischer Leiter der Abteilung.. Bei der Frage der Erfüllung des Anforderungsprofils kann dies nicht ausgeblendet werden.

- 22 Allerdings ist die Wahrnehmung der Aufgaben des Abteilungsleiters. durch den Beigeladenen bei der Frage der Erfüllung des Anforderungsprofils wie auch später im Rahmen der Auswahlentscheidung nicht in vollem Umfang zu berücksichtigen. Denn der Senat hatte mit Beschluss vom 11. November 2010 - 2 B 126/10 - dem Begehren der Antragstellerin auf vorläufigen Rechtsschutz entsprochen und dem Antragsgegner untersagt, den Dienstposten des Leiters der Abteilung. mit dem Beigeladenen zu besetzen. Soll der aus Art. 33 Abs. 2 GG hergeleitete Bewerbungsverfahrensanspruch des Beamten gerade durch die Möglichkeit der Einholung vorläufigen Rechtsschutzes abgesichert werden (vgl. BVerwG, Urt. v. 4. November 2010, BVerwGE 138, 102, 110 ff. m. w. N.), setzt dies eine Beachtung gerichtlicher Entscheidungen durch den Dienstherrn voraus. In der Zuwiderhandlung gegen gerichtliche Eilentscheidungen ist deshalb eine Verletzung des Anspruchs zu erblicken, die keine nachteiligen Rechtswirkungen gegenüber demjenigen Bewerber zu entfalten vermag, der im Eilverfahren obsiegt hatte (vgl. BVerwG, Urt. v. 4. November 2010, BVerwGE 138, 102, 112 f.).
- 23 Die nach der Zustellung des Beschlusses vom 11. November 2010 fortgesetzte Verwendung des Beigeladenen auf dem Dienstposten Abteilungsleiter. ist damit im vorliegenden Verfahren nicht geeignet, Merkmale des Anforderungsprofils zu erfüllen. Im Umkehrschluss bedeutet dies allerdings, dass die bis dahin vom Beigeladenen absolvierten Zeiten auf diesem Dienstposten Berücksichtigung finden müssen. Da er mit Wirkung vom 15. Oktober 2009 zur kommissarischen Leitung der Abteilung. abgeordnet worden war, verbleibt jedenfalls ein Zeitraum von gut einem Jahr der Tätigkeit auf diesem Dienstposten. Dieser Zeitraum reicht auch aus, um von einer Verwendung des Beigeladenen auf der Ministerialebene sprechen zu können und diese damit in die Betrachtung der Verwendungsbreite und -tiefe einzubeziehen.

Damit hat sich auch der Hinweis der Antragstellerin auf die ausschließliche Verwendung des Beigeladenen in einem sehr engen fachlichen Bereich erledigt, da auf dem Dienstposten als Abteilungsleiter Aufgaben anstanden, die deutlich über den Zuständigkeitsbereich D..... hinauswiesen.

- 24 Das Verwaltungsgericht hat in diesem Zusammenhang schließlich bereits zutreffend darauf hingewiesen, dass die geforderte Verwendungsbreite und -tiefe auch nicht so zu verstehen war, dass ressortübergreifende Verwendungen erwartet wurden. Zwar geht das Personalentwicklungskonzept für Führungskräfte der Sächsischen Staatsregierung davon aus, dass eine Rotation der Referats- und Abteilungsleiter zwischen den Ressorts unverzichtbar sei und bei der Besetzung von Abteilungsleiterstellen dem vorherigen Einsatz in einem anderen Ressort besondere Bedeutung zukomme (Nr. 3.4). Damit ist aber zum einen schon keine zwingende Anforderung an Beförderungsbewerber formuliert, zum anderen hätte sie im Ausschreibungstext jedenfalls keinen Niederschlag gefunden. Letztlich ist aber dessen Inhalt maßgeblich dafür, welche konkreten Anforderungen an die Bewerber gestellt werden.
- 25 bb) Kam damit ein Ausschluss des Beigeladenen vom weiteren Auswahlverfahren nicht in Betracht, begegnet die Auswahlentscheidung selbst keinen durchgreifenden Bedenken.
- 26 Die Entscheidung des Dienstherrn, welcher der Bewerber der Geeignetste für einen Beförderungsdienstposten ist, unterliegt als Akt wertender Erkenntnis nur einer eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung (vgl. BVerwG, Urt. v. 19. März 1998, BVerwGE 106, 263, 266 ff.; Urt. v. 16. August 2001, BVerwGE 10, 58, 60 m. w. N.). Auf der Ebene der Auswahlentscheidung gewinnen dabei die deskriptiven Elemente des Anforderungsprofils besondere Bedeutung. Sie sind zur näheren Überprüfung bzw. vergleichenden Gewichtung der im Übrigen vorliegenden Eignung der Bewerber in das weitere, eigentliche Auswahlverfahren einzubeziehen (vgl. Senatsbeschl. v. 28. Dezember 2010, PersR 2011, 226, 229 m. w. N.).
- 27 Auskunft über die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung geben in erster Linie die aktuellen dienstlichen Beurteilungen, auf die folglich vorrangig zurückzugreifen

ist (vgl. Senatsbeschl. v. 5. März 2010, SächsVBl. 2010, 264, 265 m. w. N.; Senatsbeschl. v. 15. August 2011 - 2 B 93/11 -, juris; vgl. zuletzt BVerwG, Beschl. v. 22. November 2012 - 2 VR 5.12 -, juris Rn. 25). Der Antragsgegner hat deshalb zutreffend zunächst auf die letzten Anlassbeurteilungen der Antragstellerin und des Beigeladenen für den Zeitraum 1. Juli 2008 bis 30. Juni 2011 zurückgegriffen.

- 28 Entgegen dem Vortrag der Antragstellerin fehlt es diesen Beurteilungen nicht an der notwendigen Aktualität. In der Rechtsprechung wird für Regelbeurteilungen angenommen, dass sie während der folgenden drei Jahre für eine Auswahlentscheidung (oder für deren Vorbereitung) hinreichende Aktualität besitzen, es sei denn, es ergeben sich erhebliche Änderungen in der Verwendung des Beurteilten (vgl. BVerwG, Urt. v. 30. Juni 2011, BVerwGE 140, 83, 88 f. m. w. N.; Beschl. v. 24. Mai 2011, NVwZ-RR 2012, 32, 34 m. w. N.). Anlassbeurteilungen beanspruchen zwar nicht in gleichem Maß zeitliche Geltung, zumal bei einem längeren Zeitablauf häufig Regelbeurteilungen nachfolgen werden, die der Anlassbeurteilung zumindest in Teilen den Aussagewert nehmen (vgl. BVerwG, Urt. v. 18. Juli 2001, Buchholz 232.1 § 40 BLV Nr. 22 m. w. N.). Allerdings lassen sich Anlassbeurteilungen auch nicht beliebig oft erstellen, ohne das im Beamtenrecht angelegte System der Regelbeurteilungen zu entwerten (vgl. OVG Bremen, Urt. v. 23. Januar 2013 - 2 A 308/11 -, juris). Deshalb ist auch die Frage nach der Aktualität von Anlassbeurteilungen davon abhängig zu machen, ob sich wesentliche Änderungen ergeben haben. Solche Änderungen sind hier aber nicht ersichtlich. Die Antragstellerin wie auch der Beigeladene nehmen nach wie vor jene Aufgaben wahr, die ihnen schon im Zeitraum der letzten Anlassbeurteilung übertragen waren. Auch berücksichtigt die Beurteilung der Antragstellerin die Absolvierung des VIII. Führungskollegs in Speyer in den Jahren 2008 und 2009, der aus ihrer Sicht für die Beurteilung ihrer Eignung besondere Bedeutung zukommt. Zwar mag es sein, dass Verdienste der Antragstellerin um die Ausrichtung der Festveranstaltung „2.....“ am 15. Februar 2012 nicht mehr in die Beurteilung einfließen konnten. Es ist allerdings nichts dafür ersichtlich, dass dieses singuläre Ereignis ein solches Gewicht für die Tätigkeit der Antragstellerin gehabt hätte, dass eine erneute Erstellung von Anlassbeurteilungen geboten gewesen wäre.

29 Aus den aktuellen Beurteilungen ergibt sich ein Leistungsvorsprung des Beigeladenen. Er wurde in einem höheren Statusamt beurteilt, hat ein besseres Gesamtergebnis erzielt und besitzt Vorteile in einzelnen Leistungsmerkmalen, denen - gemessen an der Ausschreibung - besondere Bedeutung zukommt.

30 Haben die Bewerber im Beurteilungszeitraum unterschiedliche Statusämter bekleidet, kommt der in einem höheren Statusamt erteilten Beurteilung grundsätzlich ein größeres Gewicht zu als der gleichlautenden Beurteilung eines Mitbewerbers in einem niedrigeren Amt. Dies findet in dem Umstand seine Rechtfertigung, dass der Inhaber eines höherwertigen statusrechtlichen Amtes von vornherein höheren Erwartungen begegnet. Durch die Verleihung eines höheren Amtes wird dieser aus der Gruppe derjenigen herausgehoben, die zuvor mit ihm das gleiche, geringer eingestufte Amt inne hatten. Mit einem höheren Amt sind deshalb regelmäßig auch gesteigerte Anforderungen und ein größeres Maß an Verantwortung verbunden. Dies gilt jedoch nicht ausnahmslos, insbesondere dann nicht, wenn das höhere Statusamt über den Leistungsstand in bestimmten Bereichen keine Aussagen zulässt. Das zu berücksichtigende Gewicht der in einem höheren Statusamt erteilten Beurteilung hängt mithin von den Umständen des Einzelfalls ab (vgl. Senatsbeschl. v. 2. Mai 2012 - 2 B 148/12 -, juris Rn. 23; vgl. BVerfG, Kammerbeschl. v. 20. März 2007 - 2 BvR 2470.06 -, juris Rn. 15 m. w. N., Rn. 17).

31 Dass der Beigeladene in einem höheren Statusamt (Besoldungsgruppe B 4) beurteilt wurde als die Antragstellerin (Besoldungsgruppe B 3), besitzt im konkreten Fall Bedeutung. Zwar ist dem Verwaltungsgericht zuzustimmen, dass zwischen den hier in Rede stehenden Statusämtern keine Beförderungshierarchie in dem Sinne besteht, dass regelmäßig eine Beförderung in das höhere Amt ein Durchlaufen des niederen Amtes voraussetzen würde. Das belegt auch die Regelung zum Verbot der Sprungbeförderung in § 33 Abs. 4 SächsBG i. V. m. § 7 Abs. 1 SächsLVO, die für die Besoldungsordnung B keine Geltung beansprucht. Die Einstufung der Ämter innerhalb der Besoldungsordnung B lässt aber dennoch Rückschlüsse auf die hier relevanten Leistungen des Stelleninhabers zu. Denn die Zuordnung zu den einzelnen Besoldungsgruppen geschieht gerade nach dem Gewicht der Aufgaben des Amtsinhabers, das sich insbesondere in der Zahl der untergebenen Bediensteten, dem konkreten Aufgabenbereich und der damit verbundenen Verantwortung zeigt. Die

Einstufung innerhalb der Besoldungsordnung B ist damit durchaus Ausdruck der Anforderungen an die Stelleninhaber in Bezug auf die Wahrnehmung herausgehobener Verwaltungsaufgaben. Da es im vorliegenden Besetzungsverfahren gerade um diese Fähigkeiten geht, muss dem höheren Statusamt innerhalb der Besoldungsordnung B Bedeutung zukommen. Dass der Beigeladene und die Antragstellerin während des Beurteilungszeitraums zeitlich versetzt dieselben Dienstposten inne hatten, ändert hieran nichts. Denn auch bei einem Vergleich der Leistungen verschiedener Beamter auf demselben Dienstposten unterscheiden sich die Erwartungen je nach dem Statusamt der Betroffenen. Der Antragsgegner hat deshalb zu Recht im Auswahlvermerk auf den Umstand abgestellt, dass der Beigeladene in einem höheren Statusamt beurteilt wurde.

32 Zudem ergibt sich ein Vorsprung des Beigeladenen aus dem Umstand, dass er im Vergleich mit der Antragstellerin im Gesamturteil der letzten Beurteilung einen Punkt mehr erhalten hat.

33 Dieser Leistungsvorsprung lässt sich zwar grundsätzlich durch bestimmte, in der Beurteilung enthaltene Einzelfähigkeiten oder andere leistungsbezogene Kriterien kompensieren, so dass dem mit einem schlechteren Gesamturteil bedachten Bewerber dennoch der Vorzug gegeben werden kann (vgl. Senatsbeschl. v. 15. August 2011 - 2 B 93/11 -, juris). Das Verwaltungsgericht hat allerdings bereits zutreffend herausgearbeitet, dass der Beigeladene gerade in den Befähigungsmerkmalen Sozial- und Führungskompetenz sowie Belastbarkeit besser beurteilt wurde als die Antragstellerin und eben diese Merkmale einen besonderen Bezug zum zu vergebenden Dienstposten besitzen, wie der Inhalt der Stellenausschreibung deutlich macht. Die besondere Heraushebung dieser leistungsbezogenen Kriterien in der Stellenausschreibung begegnet auch keinen Bedenken, da dem Dienstherrn eine weite Gestaltungsfreiheit bei der Entscheidung zukommt, welchen Kriterien er besonderes Gewicht zumisst (vgl. SächsOVG, Beschl. v. 9. Mai 2005 - 3 BS 64/05 -; Beschl. v. 13. September 2006 - 3 BS 111/06 -, juris).

34 Unter welchen Voraussetzungen und mit welchem Gewicht Hilfskriterien wie das Lebens- oder Dienstalder für eine Auswahlentscheidung von Relevanz sein können, mag hier dahinstehen (vgl. SächsOVG, Beschl. v. 17. Dezember 2004, SächsVBl.

2005, 120). Denn auf solche Hilfskriterien darf der Dienstherr die Auswahl nur dann stützen, wenn die Bewerber nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung im Wesentlichen gleich qualifiziert sind, der Vergleich anhand der unmittelbar leistungsbezogenen Kriterien also keinen wesentlichen Vorsprung von Bewerbern ergeben hat (vgl. Sächs-OVG, Beschl. v. 13. September 2006 - 3 BS 111/06 - juris; Beschl. v. 17. Dezember 2004, SächsVBl. 2005, 120; st. Rspr.). Diese Voraussetzung liegt hier gerade nicht vor.

35

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2, § 162 Abs. 3 VwGO. Die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen sind nicht erstattungsfähig, weil dieser im Beschwerdeverfahren keinen Antrag gestellt und sich damit auch keinem Kostenrisiko ausgesetzt hat (vgl. § 154 Abs. 3 VwGO).

36

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1, § 53 Abs. 3 Nr. 1, § 52 Abs. 2 GKG. Da sich der Bewerbungsverfahrensanspruch der Antragstellerin betragsmäßig nicht beziffern lässt, geht der Senat in ständiger Rechtsprechung vom Auffangstreitwert aus (vgl. Beschl. v. 6. Oktober 2009 - 2 B 414/09 -, juris). Eine Halbierung des Wertes ist nicht angezeigt, da in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bei Konkurrentenstreiten regelmäßig mit Wirkung einer Vorwegnahme der Hauptsache entschieden wird.

37

Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:  
Grünberg

Hahn

Tolkmitt

*Ausgefertigt:  
Bautzen, den  
Sächsisches Obergerverwaltungsgericht*

*Pech  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle*

