

Az.: 2 B 95/16
11 L 90/16

beglaubigte
Abschrift



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn

- Antragsteller -
- Beschwerdeführer -

prozessbevollmächtigt:
Rechtsanwälte

gegen

den Freistaat Sachsen
vertreten durch das Sächsische Staatsministerium
für Soziales und Verbraucherschutz
Albertstraße 10, 01097 Dresden

- Antragsgegner -
- Beschwerdegegner -

beigeladen:
Herr

wegen

Stellenbesetzung: 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 Obergerverwaltungsgericht Dr. Henke

am 2. September 2016

beschlossen:

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Dresden vom 18. März 2016 - 11 L 90/16 - wird zurückgewiesen.

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

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

Gründe

- 1 Die zulässige Beschwerde des Antragstellers ist nicht begründet.

- 2
 1. Der 1... geborene Antragsteller wurde mit Wirkung vom 9. Juni 1999 zum Ministerialrat (BesGr B 3) ernannt und ist Leiter des Referats aa „W.....“ im Sächsischen Staatsministerium für Wirtschaft und Arbeit (SMWA). Der 1... geborene Beigeladene wurde mit Wirkung vom 16. September 2013 zum Ministerialrat (BesGr B 2) und mit Wirkung vom 16. September 2015 zum Ministerialrat (BesGr B 3) ernannt; seit dem 1. Dezember 2010 war er Leiter des Referats bb „P.....“ im Sächsischen Staatsministerium für Umwelt und Landwirtschaft (SMUL). Beide bewarben sich - neben zwölf weiteren Kandidaten - um die innerhalb der sächsischen Landesregierung ausgeschriebene Stelle des Leiters der Abteilung c im Sächsischen Staatsministerium für Soziales und Verbraucherschutz (SMS) „P.....“. In der Stellenausschreibung heißt es u. a.: „Von den Bewerberinnen/Bewerbern werden zwingend erwartet: ... - Nachweis der Verwendungsbreite und -tiefe durch Tätigkeiten auf verschiedenen Dienstposten in verschiedenen Geschäfts-/Organisationseinheiten und -ebenen ... - einschlägige Berufserfahrungen in den Bereichen Organisation, Personal und Haushalt mit Leitungserfahrung ...“.

- 3 In den Auswahlvermerken vom 28. und 30. Juli 2015 entschied sich der Antragsgegner für den Beigeladenen. Der Antragsteller erfülle das Kriterium der Verwendungs-breite durch seine Tätigkeiten beim Bundesministerium für Wirtschaft, im SMWA und in der Sächsischen Staatskanzlei (SK) umfänglich. Dem zuzurechnen sei auch seine kurze Tätigkeit im Sächsischen Staatsministerium der Justiz (SMJus). Das Kriterium der Verwendungstiefe sei jedoch nicht erfüllt. Der Antragsteller habe noch zu keiner Zeit seines beruflichen Wirkens außerhalb einer obersten Bundes- bzw. Landesbehörde gearbeitet. Aufgrund der fehlenden Verwendungstiefe werde der Antragsteller im weiteren Auswahlverfahren nicht weiter berücksichtigt. Der Antragsteller wurde am 14. August 2015 über die Entscheidung zugunsten des Beigeladenen informiert.
- 4 Zum 22. Februar 2016 wurde dem Beigeladenen unter gleichzeitiger Versetzung an das SMS die Leitung der Abteilung c übertragen.
- 5 Der am 15. Februar 2016 gegen die Besetzung der Stelle mit dem Beigeladenen gestellte Antrag des Antragstellers auf vorläufigen Rechtsschutz blieb vor dem Verwaltungsgericht ohne Erfolg. Die Vergabe eines Beförderungsamts stehe im pflichtgemäßen Ermessen des Dienstherrn und unterliege Art. 33 Abs. 2 GG, Art. 91 Abs. 2 SächsVerf. Der Dienstherr könne den Bewerberkreis im Rahmen seiner Personal- und Organisationshoheit aufgrund sachlicher Erwägungen einschränken. Hierzu zähle die Vorprägung der Auswahlentscheidung durch das Anforderungsprofil der zu besetzenden Stelle, das Mindestanforderungen für die Einbeziehung in die Auswahlentscheidung aufstellen könne. Die vorausgesetzten Erfahrungen und Kenntnisse der Bewerber von Verwaltungsabläufen in verschiedenen Geschäfts-/Organisationseinheiten und -ebenen seien im Hinblick auf die dem Abteilungsleiter c zugewiesenen und regelmäßig auf den gesamten Geschäftsbereich bezogenen Dienstaufgaben sachlich begründet. Sie beschränkten sich nicht auf den Ministerialbereich, sondern umfassten auch den Haushalt und Aufgaben der Fach- und Rechtsaufsicht über die nachgeordneten Behörden.
- 6 Das Kriterium einschlägiger Berufserfahrungen in den Bereichen Organisation, Personal und Haushalt mit Leitungserfahrung stelle ein im Hinblick auf die Aufgaben

des Dienstpostens zulässigerweise aufgestelltes konstitutives Merkmal dar. Von einem langjährig in der öffentlichen Verwaltung tätigen Juristen könne zwar verlangt und erwartet werden, dass er sich in einzelne Bereiche in angemessener Zeit einarbeite. Wegen ihrer herausgehobenen Bedeutung erfordere die Stelle aber eine andere Beurteilung, weil der Amtsinhaber unmittelbar mit der Amtsübernahme in der Lage sein müsse, seine Aufgaben vollständig wahrzunehmen, eine Einarbeitungszeit verbleibe nicht. Zutreffend habe sich der Antragsgegner darauf berufen, dass der Antragsteller ausweislich seines beruflichen Werdegangs nicht über die geforderten einschlägigen Berufserfahrungen verfüge. Diese Begründung sei geeignet, seine Entscheidung, den Antragsteller vom weiteren Auswahlverfahren auszuschließen, zu tragen. Er habe sie im gerichtlichen Verfahren nachschieben dürfen. Der Antragsgegner berufe sich nach wie vor darauf, dass der Antragsteller zwingende Anforderungen des Anforderungsprofils nicht erfülle und daher schon im Rahmen der Vorauswahl aus dem Verfahren ausgeschieden sei. Mit dem Anforderungsprofil übe der Dienstherr seinen Beurteilungsspielraum für die Gewichtung der leistungsbezogenen Auswahlkriterien vorab aus. Insoweit könnten alle Bewerber im Zeitpunkt der Bewerbung anhand der Stellenausschreibung prüfen, ob sie den Anforderungen der ausgeschriebenen Stelle gerecht würden.

- 7 2. Dagegen richtet sich die Beschwerde des Antragstellers. Die mit der Beschwerde vorgetragenen Einwendungen, auf deren Prüfung der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO grundsätzlich beschränkt ist, führen nicht zu einer Änderung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung.
- 8 a) Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 und 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. Vorliegend ist zwar ein Anordnungsgrund gegeben, weil der vom Antragsgegner ausgeschriebene Dienstposten des Abteilungsleiters c sowohl für den Beigeladenen als auch den Antragsteller einen höherwertigen Dienstposten darstellt, dessen Übertragung die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen für eine spätere Beförderung in ein Amt der Besoldungsgruppe B 5 oder B 6 schafft (vgl. Anlage 1 zum Sächsischen Besoldungsgesetz, Besoldungsordnung B - Ministerialdirigent). Da nur der erfolgreich

Erprobte die Chance auf eine spätere Beförderung hat, wird die Auswahl für Beförderungsämtler vorverlagert auf die Auswahl unter den Bewerbern um den Beförderungsdienstposten; diese Vorwirkung begründet im Falle der Übertragung eines Beförderungsdienstpostens an einen Mitbewerber für den Unterlegenen einen Anordnungsgrund (st. Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, vgl. zuletzt Beschl. v. 19. Dezember 2014 - 2 VR 1.14 -, juris Rn. 17, 18; vgl. auch Senatsbeschl. v. 16. Dezember 2008 - 2 B 254/08 -, juris Rn. 8 und v. 21. Januar 2016 - 2 B 327/15 -, juris Rn. 8). Dem Antragsteller steht jedoch ein Anordnungsanspruch nicht zu; die angegriffene Auswahlentscheidung zugunsten des Beigeladenen ist nicht zu beanstanden.

9 b) Das vom Antragsgegner der Auswahl zugrunde gelegte Anforderungsprofil begegnet jedenfalls insoweit keinen rechtlichen Bedenken, als einschlägige Berufserfahrungen in den Bereichen Organisation, Personal und Haushalt (OPH) mit Leitungserfahrung verlangt werden.

10 Die Vergabe öffentlicher Ämter 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. Die Ermittlung des gemessen an diesen Kriterien am besten geeigneten Bewerbers hat stets in Bezug auf das konkret angestrebte Amt zu erfolgen. Maßgeblich ist insoweit der Aufgabenbereich des Amtes, auf den bezogen die einzelnen Bewerber untereinander zu vergleichen sind und anhand dessen die Auswahlentscheidung vorzunehmen ist (vgl. BVerfG, Beschl. d. 1. Kammer des 2. Senats v. 7. März 2013 - 2 BvR 2582/12 -, juris Rn. 16). Die 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 (vgl. bereits BVerfG, Beschl. der 1. Kammer des 2. Senats vom 4. Oktober 2012 - 2 BvR 1120/12 -, juris Rn. 11 m. w. N.; ebenso Senatsbeschl. v. 27. März 2014 - 2 B 519/13 -, juris Rn. 15). Dabei kann der Dienstherr den Kreis der Bewerber im Rahmen der ihm zustehenden Personal- und Organisationshoheit aufgrund sachlicher Erwägungen einschränken und damit die Auswahlentscheidung durch das

Anforderungsprofil der zu besetzenden Stelle vorprägen (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 (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 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 darf 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.).

- 11 c) Gemessen daran erweist sich das der Ausschreibung der Stelle des Leiters der Abteilung c „P.....“ im SMS zugrunde liegende Anforderungsprofil entgegen der Auffassung des Antragstellers nicht deswegen als sachwidrig, weil als Voraussetzung für die Stelle einschlägige Berufserfahrungen in den Bereichen OPH mit Leitungserfahrung verlangt werden. Das Anforderungsprofil hängt wesentlich von den Aufgaben ab, die auf dem jeweiligen Dienstposten wahrgenommen werden sollen. Gemäß der Stellenausschreibung sind in der Abteilung c die Fachbereiche H..... sowie die Z..... des dem SMS unterstehenden Geschäftsbereichs angesiedelt. Demgemäß gehören zu den Schwerpunkten der Tätigkeit des Abteilungsleiters c neben der Gestaltung der Bundes- und Europaangelegenheiten und Entwicklung strategischer Konzepte zu landespolitischen und Grundsatzangelegenheiten, jeweils unter Berücksichtigung der politischen und juristischen Rahmenbedingungen, das Haushalts- und Förderungsrecht, die Vertretung in allen arbeits- und beamtenrechtlichen Angelegenheiten, Verwaltungsmodernisierung und zentrale Rechtsangelegenheiten, die Zusammenarbeit mit den Beschäftigtenvertretungen sowie die Wahrnehmung der Fach- und

Rechtsaufsicht. Die starke Prägung der Abteilung c durch die Bereiche OPH zeigt sich zudem daran, dass drei der vier Referate der Abteilung jeweils einem dieser Bereiche zugeordnet sind: Referat bbb - Haushalt, Grundsätze der Förderung; Referat bbbb - Personal, Aus- und Fortbildung sowie Referat bbbbbb - Justizariat und Organisation. Von daher erweist sich das im Anforderungsprofil insoweit zwingend geforderte Merkmal einschlägiger Berufserfahrungen in leitender Position als sachgerecht und entspricht dem Grundsatz der Bestenauslese. Denn es stellt die Einbeziehung solcher Bewerber sicher, die über die notwendige Eignung und Befähigung in Bezug auf diese konkreten Aufgabenbereiche verfügen.

- 12 An dieser Auffassung hält der Senat auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Dienstpostenneubesetzung (Beschl. v. 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - und v. 19. Dezember 2014 - 2 VR 1.14 -, beide juris) fest. Das Bundesverwaltungsgericht vertritt darin unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 7. März 2013 (2 BvR 2582/12 a. a. O.) die Ansicht, Bezugspunkt bei der Auswahlentscheidung nach Art. 33 Abs. 2 GG - und damit auch bei der Festlegung des Anforderungsprofils - sei nicht die Funktionsbeschreibung des konkreten Dienstpostens, sondern des angestrebten Statusamts. Nach dem Laufbahnprinzip werde ein Beamter aufgrund seiner Befähigung für eine bestimmte Laufbahn regelmäßig als geeignet angesehen, jedenfalls diejenigen Dienstposten auszufüllen, die seinem Statusamt entsprechen oder dem nächsthöheren Statusamt zugeordnet sind; es könne grundsätzlich erwartet werden, dass der Beamte imstande sei, sich in die Aufgaben dieser Dienstposten einzuarbeiten. Die Erstellung eines Anforderungsprofils für einen konkreten Dienstposten sei nur ausnahmsweise zulässig, wenn die Wahrnehmung der Aufgaben zwingend besondere Kenntnisse oder Fähigkeiten voraussetze, die ein Laufbahnbewerber regelmäßig nicht mitbringe und sich in angemessener Zeit und ohne unzumutbare Beeinträchtigung der Aufgabenwahrnehmung auch nicht verschaffen könne. Diese Voraussetzungen seien vom Dienstherrn darzulegen und unterlägen voller gerichtlicher Kontrolle.
- 13 Diese Ausrichtung der Auswahlentscheidung auf die Anforderungen des statusrechtlichen Amtes stellt eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung dar (vgl. BVerwG, Urt. v. 16. August 2001 - 2 A 3.00 -, juris) und steht im Widerspruch zur Rechtsprechung des Wehrdienstsenats des Bundesverwaltungsgerichts und des

Bundesarbeitsgerichts (vgl. von Roettecken, Anmerkung zu BVerwG, 2. Senat, Beschl. v. 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 -, jurisPR-ArbR 1/2014 Anm. 4 m. w. N.). Sie erscheint im Hinblick auf die zitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts als nicht zwingend, da letztere ausdrücklich das „konkret angestrebte Amt“ und dessen Aufgabenbereich als Bezugspunkt der Auswahlentscheidung benennt (vgl. Senatsbeschl. v. 27. März 2014 - 2 B 519/13 - a. a. O. Rn. 17 ff). Damit dürfte indessen kaum das Statusamt gemeint sein, das gerade nicht durch einen Aufgabenbereich gekennzeichnet ist, sondern die Rechtsstellung des Beamten beschreibt, die durch die Zugehörigkeit zu einer Laufbahn, die besoldungsrechtliche Einstufung und die Amtsbezeichnung charakterisiert wird (vgl. Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis, 8. Aufl., § 3 Rn. 10). Die Formulierung des „konkret angestrebten Amtes“ zielt vielmehr auf das Amt im funktionellen Sinne ab, das zum einen den abstrakten Aufgabenkreis meinen kann, welcher innerhalb einer Behördenorganisation der Rechtsstellung des Beamten entspricht (Amt im abstrakt-funktionellen Sinne), zum anderen den dem Beamten bei der Beschäftigungsbehörde laut Geschäftsverteilung übertragenen Dienstposten (Amt im konkret-funktionellen Sinne). Ausgehend von diesen Rechtsbegriffen knüpft das vorliegend vom Antragsgegner der Stellenausschreibung zugrunde gelegte Anforderungsprofil des Leiters der Abteilung c im SMS ersichtlich an das Amt im konkret-funktionellen Sinne an und entspricht dem vom Bundesverfassungsgericht vorgegebenen rechtlichen Bezugspunkt des „konkret angestrebten Amtes“ (vgl. den im Parallelverfahren einer Mitbewerberin ergangenen Senatsbeschl. v. 21. Januar 2016 - 2 B 327/15 -, juris Rn. 13, 14).

- 14 Auch wenn der Auffassung zu folgen wäre, wonach die Erstellung eines Anforderungsprofils für einen konkreten Dienstposten nur ausnahmsweise zulässig sein soll, wenn die Wahrnehmung der Aufgaben zwingend besondere Kenntnisse oder Fähigkeiten voraussetzt, die ein Laufbahnbewerber regelmäßig nicht mitbringt und sich in angemessener Zeit und ohne unzumutbare Beeinträchtigung der Aufgabenwahrnehmung auch nicht verschaffen kann (vgl. BVerwG, Beschl. v. 19. Dezember 2014 - 2 VR 1.14 - a. a. O. Rn. 26), würde dies der Beschwerde nicht zum Erfolg verhelfen. Die Wahrnehmung der Aufgaben des Abteilungsleiters c im SMS setzt, wie vorstehend dargelegt und schon das Verwaltungsgericht ausgeführt hat (Beschlussabdruck S. 10, 11), angesichts des in besonders starkem Maße durch die

Bereiche OPH geprägten Zuschnitts der Abteilung entsprechende, im bisherigen beruflichen Werdegang in leitender Stellung erworbene berufliche Erfahrungen voraus. Die Vorgabe dieser Eignungs- und Befähigungsvoraussetzungen ist deshalb zur Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung auf diesem Dienstposten und damit zugleich im Interesse der Funktionsfähigkeit der Abteilung unabdingbar.

- 15 d) Das Merkmal der einschlägigen Berufserfahrungen in den Bereichen OPH mit Leitungserfahrung hat, wovon auch der Antragsteller ausgeht, konstitutiven Charakter. 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. Die Nichterfüllung eines - zulässigerweise geforderten - konstitutiven Merkmals gebietet 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 a. a. O.; Senatsbeschl. v. 7. Februar 2013 - 2 B 391/12 -, juris Rn. 10, 11; 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).
- 16 Wie vorstehend dargelegt, handelt es sich bei den für den in Rede stehenden Dienstposten des Abteilungsleiters c im SMS zwingend geforderten Berufserfahrungen in den Bereichen OPH um ein im Rahmen des Anforderungsprofils sachgerechtes und deshalb zulässiges Kriterium, das der Antragsteller ausweislich seines beruflichen Werdegangs indessen nicht erfüllt. Dies hat das Verwaltungsgericht in seinem Beschluss unter Bezugnahme auf den im Auswahlvermerk enthaltenen Werdegang des Antragstellers im Einzelnen dargelegt (Beschlussabdruck S. 13). Dem schließt sich der Senat an, § 122 Abs. 2 Satz 3 VwGO. Zu einer abweichenden Beurteilung besteht auch in Ansehung der Ausführungen des Antragstellers in der Beschwerdebegründung kein Anlass. Soweit der Antragsteller geltend macht, das Verwaltungsgericht habe seine vom 13. September 2010 bis 31. Dezember 2010 dauernde Abordnung an das SMJus, während der er mit der Leitung der Abteilung d

„V.....“ betraut gewesen sei, nicht berücksichtigt, führt auch dies angesichts der Kürze der Wahrnehmung dieser Funktion zu keiner anderen Einschätzung. Kann der Antragsteller aber keine Berufserfahrungen durch eine Tätigkeit in den Bereichen OPH vorweisen kann, erfüllt er das Anforderungsprofil insoweit nicht und kommt es entgegen seiner Auffassung nicht darauf an, ob er sich diese in angemessener Zeit und ohne Beeinträchtigung der Aufgabenwahrnehmung auf dem angestrebten Dienstposten verschaffen könnte.

- 17 e) Zu Recht hat das Verwaltungsgericht ferner angenommen, dass der Antragsgegner seine Entscheidung, den Antragsteller im weiteren Auswahlverfahren nicht mehr zu berücksichtigen, auf dessen fehlende Berufserfahrung in den Bereichen OPH stützen durfte. Ausweislich des Auswahlvermerks hat er den Antragsteller zwar deshalb nicht mehr berücksichtigt, weil er aufgrund fehlender Verwendungstiefe das in der Ausschreibung formulierte Kriterium des Nachweises der Verwendungsbreite und -tiefe durch Tätigkeiten auf verschiedenen Dienstposten in verschiedenen Geschäfts-/Organisationseinheiten und -ebenen nicht (vollständig) erfüllt. Im gerichtlichen Verfahren hat sich der Antragsgegner sodann darauf berufen, dass der Antragsteller darüber hinaus auch deshalb im weiteren Auswahlverfahren nicht hätte berücksichtigt werden dürfen, weil er das Anforderungsprofil der Ausschreibung in einem weiteren Punkt, der zwingend geforderten einschlägigen Berufserfahrungen in den Bereichen OPH mit Leitungserfahrung, nicht erfülle. Dies begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Darin liegt, anders als der Antragsteller meint, insbesondere kein unzulässiges Nachschieben von Gründen. § 114 Satz 2 VwGO schafft die prozessualen Voraussetzungen dafür, dass die Behörde defizitäre Ermessenserwägungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen kann, nicht hingegen, dass sie ihr Ermessen nachträglich erstmals ausübt oder die ihre Ermessensentscheidung tragenden Gründe auswechselt (vgl. BVerwG, Urt. v. 13. November 2011, InfAuslR 2012, 171 Rn. 9). Vorliegend geht es aber nicht um die gerichtliche Nachprüfung der vom Antragsgegner zugunsten des Beigeladenen getroffenen Auswahlentscheidung, hinsichtlich derer der Antragsgegner bei seiner Einschätzung von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung der Bewerber (Art. 33 Abs. 2 GG, Art. 91 Abs. 2 SächsVerf) über einen nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbaren Beurteilungsspielraum verfügt (vgl. BVerwG, Urt. v. 19. März 1998, BVerwGE 106, 263, 266 ff.; Urt. v. 16. August 2001, BVerwGE 115, 58, 60 m. w.

N.). In Bezug auf die insoweit in Ausübung seines Verwendungsermessens und des ihm vorbehaltenen Beurteilungsspielraums angestellten Erwägungen ist ein Nachschieben von Gründen im gerichtlichen Verfahren deshalb unzulässig (vgl. Senatsbeschl. v. 26. Oktober 2009 - 2 B 414/09 - und v. 15. März 2010 - 2 B 516/09 -, beide juris; HessVGH, Beschl. v. 3. Dezember 2015, NVwZ-RR 2016, 546 ff.).

- 18 Hier hat der Antragsgegner seine Entscheidung, den Antragsteller nicht mehr am weiteren Auswahlverfahren zu beteiligen, im Rahmen des der eigentlichen Auswahlentscheidung vorgelagerten Auswahlverfahrens auf Grundlage der in dem von ihm erstellten Anforderungsprofil festgelegten Kriterien - Verwendungsbreite und -tiefe sowie Berufserfahrungen in den Bereichen OPH - getroffen. Beide Merkmale sind konstitutiv; sie müssen nach der Ausschreibung zudem kumulativ vorliegen. Bei der Prüfung des Vorliegens dieser Merkmale bestehen keine Wertungsspielräume des Antragsgegners. Ob der Antragsteller über die genannten Berufserfahrungen und über die ebenfalls vorausgesetzte Verwendungsbreite und -tiefe verfügt oder nicht, kann allein anhand objektiv überprüfbarer Fakten bejahend oder verneinend festgestellt werden. Dies war auch für den Antragsteller aus dem Ausschreibungstext von vornherein ohne weiteres eindeutig und unmissverständlich erkennbar. Unter diesen Umständen war der Antragsgegner aus Rechtsgründen nicht gehindert, seine Entscheidung, den Antragsteller im weiteren Auswahlverfahren nicht mehr zu berücksichtigen, noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren damit zu begründen, dass er - unbeschadet des im Auswahlvermerk herangezogenen Kriteriums der fehlenden Verwendungstiefe - jedenfalls das weitere Kriterium einschlägiger Berufserfahrungen in den Bereichen OPH mit Leitungserfahrung für sich genommen nicht erfüllt.
- 19 f) Unabhängig davon und selbständig tragend hätte die Beschwerde auch dann keinen Erfolg, wenn mit dem Antragsteller davon auszugehen wäre, dass der Antragsgegner seinen Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG, Art. 91 Abs. 2 SächsVerf „durch nachträgliches Nachschieben von Auswählerwägungen“ im gerichtlichen Verfahren verletzt hätte. In diesem Fall dürfte der Antragsgegner den Antragsteller unter Zugrundelegung des Anforderungsprofils rechtsfehlerfrei mit der Begründung vom weiteren Auswahlverfahren ausschließen, dass er das konstitutive Merkmal einschlägiger Berufserfahrungen in den Bereichen OPH nicht erfülle. Von

daher steht bereits jetzt fest, dass das Auswahlverfahren auch bei einer erneuten Entscheidung des Antragsgegners nicht zugunsten des Antragstellers ausgehen könnte.

- 20 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2, § 162 Abs. 3 VwGO. Die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen sind nicht erstattungsfähig, weil dieser keinen Antrag gestellt und sich damit auch keinem Kostenrisiko ausgesetzt hat (§ 154 Abs. 3, § 162 Abs. 3 VwGO).
- 21 Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 2 GKG. Da sich der Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers betragsmäßig nicht beziffern lässt, geht der Senat in ständiger Rechtsprechung vom Auffangwert 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 Konkurrentenstreitigkeiten regelmäßig mit Wirkung einer Vorwegnahme der Hauptsache entschieden wird.
- 22 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

Henke

*Die Übereinstimmung der Abschrift
mit der Urschrift wird beglaubigt.*

*Bautzen, den
Sächsisches Obergerverwaltungsgericht*

*Eule
Justizbeschäftigte*