

Az.: 2 S 19/96



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluß

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn

- Antragsteller -
- Beschwerdeführer -

prozeßbevollmächtigt:
Rechtsanwälte

gegen

die Bundesrepublik Deutschland
vertreten durch das Bundesministerium des Innern
Graurheindorfer Straße 198, 53117 Bonn

- Antragsgegnerin -
- Beschwerdegegnerin -

Beigeladen:

wegen

Vergabe eines Dienstpostens
hier: Antrag nach § 123 VwGO

hat der 2. Senat des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts durch den Richter am Verwaltungsgericht Sonntag als Berichterstatter gemäß § 87a VwGO

am 20. Mai 1997

beschlossen:

Das Verfahren wird eingestellt. Der Beschluß des Verwaltungsgerichts Leipzig vom 5.12.1995 - 2 S 19/96 - ist mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung unwirksam.

Die Antragsteller und die Antragsgegnerin tragen die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen je zur Hälfte. Der Beigeladenen trägt seine außergerichtlichen Kosten jeweils selbst.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 4.000,- DM festgesetzt.

Gründe

Nachdem die Parteien übereinstimmend den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt haben, war das Verfahren in entsprechender Anwendung des § 92 Abs. 3 Satz 1 VwGO einzustellen. Die vorinstanzliche Entscheidung ist insoweit nach § 173 VwGO i. V. m. einer entsprechenden Anwendung des § 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO unwirksam, was zur Klarstellung auszusprechen war (vgl. BVerwG, Beschl. v. 13.11.1961, BVerwGE 13, 174, 175). Zugleich war gemäß § 161 Abs. 1 VwGO durch Beschluß über die Kosten des Verfahrens zu entscheiden. Diese Entscheidung hatte gemäß § 161 Abs. 2 VwGO nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes zu erfolgen.

In der Regel entspricht es billigem Ermessen, gemäß dem Grundsatz des § 154 Abs. 1 VwGO dem Beteiligten die Verfahrenskosten aufzuerlegen, der ohne die Erledigung in dem Rechtsstreit voraussichtlich unterlegen wäre. Dabei befreit der in § 161 Abs. 2 VwGO zum Ausdruck kommende Grundsatz der Prozeßwirtschaftlichkeit nach Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache das Gericht von dem Gebot, anhand einer eingehenden Prüfung der Sach- und Rechtslage abschließend über den Streitstoff zu entscheiden (vgl. BVerwG, Beschl. v. 27.2.1969, BVerwGE 31, 318, 320). Wirft der in der Hauptsache erledigte Rechtsstreit

schwierige Fragen auf, die den Ausgang des Verfahrens offen erscheinen lassen, gebietet es in der Regel die Billigkeit, den Parteien die Kosten je zur Hälfte aufzuerlegen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 7.1.1974, BVerwGE 46, 215, 218; Beschl. v. 31.5.1979, BVerwGE 63, 234, 237; Kopp, VwGO, 10. Aufl., § 161 RdNr. 31). Der von einigen Senaten des Bundesverwaltungsgerichts vertretenen Auffassung, in einem solchen Fall seien die Kosten nach dem Grundsatz des § 155 Abs. 1 Satz 2 VwGO gegeneinander aufzuheben (vgl. BVerwG, Beschl. v. 30.10.1987, DVBl. 1988, 151; Beschl. v. 28.10.1992, Buchholz 310 § 161 VwGO Nr. 98), vermag sich der hier zur Entscheidung berufene Senat nach Abstimmung des Berichterstatters mit den übrigen Senatsmitgliedern nicht anzuschließen, da die Aufhebung der Kosten zu dem unbilligen Ergebnis führen würde, daß der Rechtsschutzsuchende auch in den Fällen, in denen er sich berechtigterweise durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen hat, seine notwendigen Auslagen einschließlich der Rechtsanwaltskosten selbst tragen müßte. Zwar ist es richtig, daß bei den Behörden vergleichbare Kosten, z. B. Personalkosten der Rechtsabteilungen, anfallen. Jedoch gehören diese dem allgemeinen Verwaltungsaufwand zuzuordnenden Kosten - im Gegensatz zu den Gebühren und Auslagen eines Rechtsanwalts (§ 162 Abs. 2 Satz 1 VwGO) - nicht zu den erstattungsfähigen Kosten im Sinne von § 162 Abs. 1 VwGO. Sie können deshalb selbst bei einem Obsiegen der Verwaltung nicht auf den Unterlegenen abgewälzt werden (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 16.12.1981, NJW 1982, 1115; Günther, DVBl. 1988, 612, 617). Diese vom Gesetz vorgegebene Differenzierung darf auch bei der Kostenentscheidung nach § 161 Abs. 2 VwGO nicht unberücksichtigt bleiben. Zudem belegt die Regelung des § 162 Abs. 2 Satz 2 VwGO, derzufolge das Gericht die Gebühren und Auslagen eines Bevollmächtigten im Vorverfahren für erstattungsfähig zu erklären hat, wenn dessen Zuziehung notwendig war, daß es trotz der im Verwaltungsverfahren - und auch im Verwaltungsprozeß - geltenden Amtsermittlungspflicht (§ 24 Abs. 1 Satz 1 VwVfG, § 86 Abs. 1 Satz 1 VwGO) ratsam und gerechtfertigt sein kann, sich als Rechtsschutzsuchender anwaltlicher Hilfe zu bedienen. Dieser gesetzgeberischen Wertung liefe es zuwider, wenn nach Erledigung des im Ergebnis offenen Rechtsstreits derjenige, der sich notwendigerweise im Verwaltungsprozeß durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen hat, die damit verbundenen Kosten allein zu tragen hätte. Beachtung muß schließlich künftig auch die Novellierung des Verwaltungsprozeßrechts durch das Sechste Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze vom 1.11.1996 (BGBl. I S. 1626), insbesondere die Einführung der allgemeinen Zulassungsberufung (§§ 124, 124a VwGO) und der Zulassungsbeschwerde (§ 146 Abs. 4 bis

6 VwGO), finden. Dadurch hat das erstinstanzliche Verfahren für die Beantwortung der im Rechtsstreit anstehenden Sach- und Rechtsfragen an Bedeutung gewonnen, mit der Folge, daß dem juristischen Laie nicht zuletzt wegen der neuen Möglichkeiten der Heilung von Verfahrens- und Formfehlern (§§ 87 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7, 94 Satz 2 VwGO) sowie des Nachschiebens von Ermessenserwägungen (§ 114 Satz 2 VwGO) während des gerichtlichen Verfahrens in der Regel die Zuziehung eines rechtlichen Beistands zuzubilligen sein wird. Für das zweitinstanzliche Verfahren kommt hinzu, daß der Rechtsschutzsuchende durch die geänderte Vertretungsregelung des § 67 VwGO - von einigen Ausnahmen abgesehen - gezwungen ist, sich durch einen Rechtsanwalt oder Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule als Bevollmächtigten vertreten zu lassen, währenddessen juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden - insoweit kostenbegünstigt - zur Vertretung auf Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt sowie Diplomjuristen im höheren Dienst zurückgreifen können.

Im vorliegenden Fall waren die Erfolgsaussichten des statthaften (vgl. SächsOVG, Beschl. v. 15.12.1993 - 2 S 343/93 -) und auch im übrigen zulässigen Antrages des Antragstellers, der Antragsgegnerin zur Sicherung seines Rechtes auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung (sog. Bewerbungsverfahrensanspruch; vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 19.11.1996 - 4 S 2785/96 -) im Wege einer einstweiligen Anordnung aufzugeben, den Dienstposten eines Hundertschaftsführers der (Besoldungsgruppe A 11/12 BBesO) solange nicht mit einem Mitbewerber zu besetzen, bis über den vom ihm geltend gemachten Anspruch auf Übertragung dieses Dienstpostens endgültig entschieden wurde (vgl. hierzu auch BVerfG, Beschl. v. 19.9.1989, DVBl. 1989, 1247, 1248), und den ausgewählten Konkurrenten vorläufig von der kommissarischen Führung der Hundertschaft zu entbinden, wegen der im Raum stehenden schwierigen Rechtsfragen offen, so daß es der Billigkeit entsprach, die in diesem Umfang entstandenen Kosten gleichmäßig auf die Parteien zu verteilen.

Zwar ist anerkannt, daß in Fällen, in denen Versetzungsbewerber - wie der Antragsteller - und Beförderungsbewerber - wie der Beigeladene - sich um denselben Dienstposten bewerben, die Bewerber grundsätzlich keinen Anspruch auf eine Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung haben. Vielmehr folgt aus der Organisationsfreiheit ein Wahlrecht des Dienstherrn zwischen Umsetzung, Versetzung und Beförderung (BVerwG, Beschl. v.

26.1.1994, BVerwGE 95, 73, 84). Die Ausübung dieses Rechts steht im pflichtgemäßen Ermessen der für den Dienstherrn handelnden Behörden. Umstritten ist aber die auch hier entscheidungserhebliche und bislang höchststrichterlich noch nicht geklärte Frage, ob durch eine Ausschreibung eine Bindung dieses Ermessens zu Gunsten einer Bestenauslese eintritt und ob sowie unter welchen Voraussetzungen die Behörden nach erfolgter Ausschreibung davon wieder Abstand nehmen können (vgl. einerseits VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 29.11.1991, NVwZ-RR 1993, 93 f.; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 26.4.1991, NVwZ-RR 1992, 369 f.; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 23.5.1984, DÖD 1985, 48; andererseits HessVGH, Beschl. v. 6.7.1989, ZBR 1990, 24; Beschl. v. 26.11.1992, NVwZ 1993, 282 f.; NdsOVG, Beschl. v. 18.6.1993, DVBl. 1993, 959 ; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 18.6.1986, BVerfGE 73, 280, 296 f.). Diese Frage muß nach Erledigung der Hauptsache ebenso offenbleiben wie die bei dem gegebenenfalls zu berücksichtigenden Gebot der Bestenauslese bedeutsame Frage, ob die Antragsgegnerin im Hinblick auf die im Beschwerdeverfahren vorgelegten Unterlagen zur Wertigkeit des derzeitigen Dienstpostens des Antragstellers, die Anlaß für eine in diesem Verfahrensstadium nicht mehr zulässige weitere Sachaufklärung (vgl. BVerwG, Beschl. v. 7.1.1974, BVerwGE 46, 215, 218) geboten hätten, eine ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung getroffen hat.

Da der Beigeladene bereits seit dem 10.7.1995 auf der Grundlage einer Abordnung die mit dem umstrittenen Dienstposten verbundenen Aufgaben wahrgenommen hat und die Antragsgegnerin ausweislich des im Beschwerdeverfahren vorgelegten Schreibens des

beabsichtigt hatte, ihm den Dienstposten endgültig zu übertragen, bestand - entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin - ein Anordnungsgrund im Sinne von § 123 Abs. 1 VwGO (vgl. SächsOVG, Beschl. v. 15.12.1993, aaO), so daß der Ausgang des Rechtsstreits auch insoweit offen war.

Dieser Einschätzung steht nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats auch nicht entgegen, daß die Hauptsache durch die vom Antragsteller begehrte vorläufige Rückgängigmachung der (kommissarischen) Besetzung der Stelle teilweise vorweggenommen wird (vgl. Beschl. v. 15.12.1993, aaO; VG Kassel, Beschl. v. 18.9.1995 - 8 G 2418/95 (2); a. A. VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 19.11.1996, aaO; vgl. auch OVG Bremen, Beschl. v. 20.5.1987, ZBR 1988, 65, 66).

Schließlich hat der Antragsteller auch zu Recht auf anwaltliche Hilfe zurückgegriffen. Denn in Anbetracht der die Kostenteilung begründenden schwierigen Sach- und Rechtslage, konnte es ihm vom Standpunkt einer verständigen, nicht rechtskundigen Partei nicht zugemutet werden, den Rechtsstreit ohne Zuziehung eines Rechtsanwaltes zu führen. Die Antragsgegnerin muß deshalb (u. a.) auch die Hälfte der dem Antragsteller entstandenen Anwaltskosten tragen.

Es entsprach nicht der Billigkeit, den Parteien nach § 162 Abs. 3 VwGO die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen aufzuerlegen, da dieser sich mangels Antragstellung keinem Kostenrisiko ausgesetzt (§ 154 Abs. 3 VwGO) und das Verfahren auch nicht wesentlich gefördert hat.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 25 Abs. 2 Satz 1, 20 Abs. 3 sowie § 13 Abs. 1 Satz 2 GKG. Da sich das für die Festsetzung des Streitwertes maßgebliche Interesse des Antragstellers an der Sicherung des von ihm geltend gemachten Anspruches auf Versetzung - wie die Versetzung selbst (vgl. Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit Fassung 1996, NVwZ 1996, 563, Abschn. II Nr. 8.3) - nicht in Geldeswert bemessen läßt, ist der Auffangstreitwert zugrunde zu legen.

Dieser Beschluß ist unanfechtbar, § 152 Abs. 1 VwGO, § 25 Abs. 3 Satz 2 GKG.

gez.:
Sonntag