



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluß

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn

- Antragsteller -
- Beschwerdeführer -

prozeßbevollmächtigt:
Rechtsanwälte

gegen

den Freistaat Sachsen,
vertreten durch das Sächsische Staatsministerium
für Kultus,
Archivstraße 1, 01097 Dresden

- Antragsgegner -
- Beschwerdegegner -

beigeladen:

wegen

Stellenbesetzung;
hier: Antrag nach § 123 VwGO

hat der 2. Senat des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts
durch den Vorsitzenden Richter am Obergerverwaltungsgericht
Dr. Pietsch, die Vorsitzende Richterin am Verwaltungsgericht
Dr. Semler und den Richter am Obergerverwaltungsgericht Dr.
Schenk aufgrund der mündlichen Verhandlung

vom 15. Dezember 1993

beschlossen:

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluß des Verwaltungsgerichts Dresden - 2. Kammer - vom 15. September 1993 (2 K 871/93) geändert.

Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, die Übertragung der Referatsleiterstelle III/3 im Sächsischen Staatsministerium für Kultus an die Beigeladene rückgängig zu machen und die Stelle bis zur Entscheidung der Hauptsache oder dem Abschluß eines neu durchzuführenden Auswahlverfahrens nicht mit einem andern Bewerber als dem Antragsteller zu besetzen.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des gesamten Verfahrens. Außergerichtliche Kosten der Beigeladenen werden nicht erstattet.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 25.000,- DM festgesetzt.

Gründe:

I.

Der Antragsteller war in Niedersachsen Realschulrektor (BesGr A 15) und ist mit Wirkung vom 11.2.1992 in das Sächsische Staatsministerium für Kultus versetzt worden. Dort wurde er "im Wege einer Unterbesetzung" am 12.2.1992 in die Planstelle eines Ministerialrates (BesGr A 16) eingewiesen, ihm wurde die kommissarische Leitung des Referats III/2 (Grund- und Förderschulen) übertragen. Der Antragsteller hat den beamtenrechtlichen Status eines Regierungsschuldirektors (BesGr A 15). Im Januar 1993 wurde für das Referat III/2 ein anderer Referatsleiter bestellt. Der Antragsteller ist seitdem in diesem Referat als Referent tätig.

Der Antragsteller erstrebt die erneute Übertragung einer Referatsleiterstelle und eine Beförderung zum Ministerialrat.

Im Sächsischen Staatsministerium für Kultus war in der ersten Hälfte des Jahres 1993 nur noch eine Referatsleiterstelle (III/3 - Mittelschulen) unbesetzt. Sie ist am 2.8.1993 kommissarisch mit der Beigeladenen, die sich in der

BesGr A 13 befindet, besetzt worden. Nachdem der Antragsteller erfahren hatte, daß die Absicht bestand, diese Stelle anderweitig zu besetzen, suchte er am 11.6.1993 beim Verwaltungsgericht um vorläufigen Rechtsschutz mit dem Ziel nach, dem Antragsgegner die Besetzung zu untersagen. Er hat vorgetragen: ihm sei bei seiner Versetzung die Beförderung zum Ministerialrat mündlich zugesichert worden. Der Antragsgegner habe sich auch dementsprechend verhalten, indem er den Antragsteller in eine Planstelle der BesGr A 16 eingewiesen habe. Da im Kultusministerium keine weitere Referatsleiterstelle vorhanden sei, würde eine Beförderung des Antragstellers durch endgültige Besetzung der Referatsleiterstelle III/3 mit der Beigeladenen und durch deren Beförderung endgültig vereitelt. Mit der kommissarischen Besetzung der Stelle sei schon eine Entscheidung zu seinen Ungunsten getroffen worden, ohne daß man ihm die Gründe dafür mitgeteilt habe. Die Entscheidung sei ermessensfehlerhaft, weil die Beigeladene über weniger Erfahrungen verfüge als er und sich noch in der Eingangsbesoldungsgruppe befinde.

Der Antragsteller hat beantragt,

dem Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu untersagen, die Beförderungsstelle des Referatsleiters der Abt. Allgemeinbildende Schulen, Referat Mittelschulen (Abt. III/3) im Sächsischen Staatsministerium für Kultus zu besetzen.

hilfsweise

den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, dem Antragsteller die kommissarische Leitung der Beförderungsstelle des Referatsleiters der Abt. Allgemeinbildende Schulen, Referat Mittelschulen (Abt. III/3) im Sächsischen Staatsministerium für Kultus bis zur endgültigen Besetzung zu übertragen.

Der Antragsgegner hat beantragt,

die Anträge abzulehnen.

Er hat vorgetragen: dem Antragsteller sei eine Beförderung nicht rechtsverbindlich zugesichert worden. Von der Leitung des Referats III/2 habe er wegen Mängeln in bezug auf die

fachspezifischen Eigenheiten und wegen despektierlicher Äußerungen über die Personalpolitik des Ministeriums anlässlich einer Besprechung mit Schulräten und Schulleitern entbunden werden müssen.

Die Beigeladene hat keine Anträge gestellt.

Das Verwaltungsgericht hat mit Beschluß vom 15.9.1993 den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz abgelehnt. Den Hauptantrag hat es für unbegründet gehalten, weil es jedenfalls an einem Anordnungsgrund fehle. Der Antragsgegner beabsichtige derzeit nicht, der Beigeladenen oder einem Dritten eine Ernennungsurkunde auszuhändigen. Das Bewerbungsverfahren sei überhaupt noch nicht durchgeführt worden. Es fehle mithin an einer konkreten Gefahr, daß ein Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers vereitelt werden könnte. Der Antragsgegner sei verpflichtet, dem Antragsteller rechtzeitig Mitteilung vom Ausgang eines Bewerbungsverfahrens zu machen, wenn ein solches stattgefunden habe. Der Antragsteller könne dann wieder um vorläufigen Rechtsschutz nachsuchen. Für den Hilfsantrag könne der Antragsteller einen solchen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft machen. Die Besetzung eines Dienstpostens sei eine Umsetzung und somit kein Verwaltungsakt. Daher könne diese Maßnahme auch nicht gerichtlich aufgehoben werden; dem Antragsgegner könne nicht aufgegeben werden, die Beigeladene rückumzusetzen und an ihrer Stelle den Antragsteller mit der Referatsleitung zu beauftragen, denn insoweit handele es sich um eine Ermessensentscheidung, und eine Ermessensreduzierung auf Null sei nicht ersichtlich. Die Rechtswidrigkeit der vom Antragsgegner getroffenen Maßnahme könne in einem solchen Falle nur im Hauptsacheverfahren durch Bescheidungsurteil, nicht aber durch einstweilige Anordnung festgestellt werden.

Gegen diesen seinem Prozeßbevollmächtigten am 23.9.1993 zugestellten Beschluß richtet sich die am 5.10.1993 bei Gericht eingegangene Beschwerde des Antragstellers. Er trägt vor: Die Sachlage habe sich seit der Entscheidung des

Verwaltungsgerichts insofern geändert, als sich die seinerzeit vom Antragsgegner abgegebene Zusicherung, die Beigeladene nicht zu befördern, als falsch erwiesen habe. Das ergebe sich aus dem Schreiben des Antragsgegners an den Antragsteller vom 1.10.1993, in dem es u.a. heißt, man habe sich "nach Abwägung aller für die Besetzung der ausgeschriebenen Stelle in Betracht zu ziehenden Gesichtspunkte für eine andere Bewerberin entschieden." Der Inhalt dieses Schreibens entspreche nicht den Anforderungen, die an die Mitteilungspflicht des Dienstherrn über den Ausgang eines Bewerbungsverfahrens zu stellen seien, weil das Schreiben weder eine Begründung noch den Namen der ausgewählten Bewerberin enthalte. Es könne dem Antragsgegner nur darum gehen, das Bewerbungsverfahren mit einer Beförderung der Beigeladenen kurzfristig abzuschließen und dem Antragsteller die Rechtsschutzmöglichkeiten abzuschneiden. Folglich bestehe ein Anordnungsgrund. Ein Anordnungsanspruch sei gegeben, weil der Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers in mehrfacher Hinsicht verletzt worden sei. Die Personalvertretung sei nicht beteiligt worden. Dem Antragsteller sei keine Einsicht in die vollständigen Personalakten gewährt worden. Die von ihm eingesehenen Akten enthielten keinen Hinweis darauf, warum ihm seinerzeit die Referatsleiterstelle III/2 entzogen worden sei. Eine dienstliche Beurteilung von Juli 1992 sei ihm unbekannt. Eine weitere Beurteilung vom 18.2.1993 sei aus den Personalakten entfernt worden. In dieser Beurteilung sei ihm die Eignung als leitender Beamter bescheinigt worden. Materiell werde sein Bewerbungsverfahrensanspruch dadurch verletzt, daß ihm eine Beamtin mit wesentlich kürzerer Berufserfahrung, die sich in der Eingangsbesoldungsgruppe befinde, vorgezogen werde. Es bestehe auch ein Anordnungsanspruch hinsichtlich der Dienstpostenübertragung, weil durch einen Bewährungsvorsprung der Beigeladenen seine Chancen in einem Auswahlverfahren gemindert würden. Insoweit sei das Ermessen des Antragsgegners sogar auf Null reduziert, weil der Erfahrungsvorsprung des Antragstellers keine andere Entscheidung zulasse als die Besetzung des Dienstpostens mit ihm.

Der Antragsteller beantragt,

den angefochtenen Beschluß zu ändern und den Antragsgegner zu verpflichten, die Besetzung der Referatsleiterstelle III/3 mit der Beigeladenen rückgängig zu machen und bis zur Entscheidung der Hauptsache oder dem Abschluß eines neu durchzuführenden Auswahlverfahrens die Stelle nicht mit einem anderen Bewerber als dem Antragsteller zu besetzen.

Der Antragsgegner beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er trägt vor: es sei derzeit weiterhin nicht beabsichtigt, einem Dritten eine Ernennungsurkunde auszuhändigen. Der Dienstposten sei lediglich im Vorfeld einer Beförderung besetzt worden. Eine endgültige Entscheidung sei damit nicht getroffen. Zu der Behauptung des Antragstellers, eine Beurteilung vom Juli 1992 sei ihm unbekannt und die Beurteilung vom 18.2.1993 sei aus den Personalakten entfernt worden, sei zu sagen, daß am 30.11.1993 eine Beurteilung gemäß dem Entwurf einer Sächsischen Beurteilungsverordnung angefertigt und dem Antragsteller bekanntgegeben worden sei. Bei den bisherigen Beurteilungen habe es sich mangels einer solchen Verordnung nicht um Beurteilungen im Sinne des Beamtengesetzes gehandelt. Ein Anordnungsgrund bestehe nicht, da die Übertragung eines höherwertigen Dienstpostens keine Beförderung sei und eine Beförderungsentscheidung in absehbarer Zeit nicht getroffen werde. Ebenso wenig bestehe ein Anordnungsanspruch; der Bewerbungsverfahrenanspruch des Antragstellers sei weder formell noch materiell verletzt worden. Die Dienstpostenbesetzung unterliege nicht der Mitbestimmung der Personalvertretung, da die Beigeladene nur mit der kommissarischen Wahrnehmung betraut worden sei. Eine zweite Personalakte des Antragstellers existiere nicht. Die despektierlichen Äußerungen des Antragstellers über die Personalpolitik des Antragsgegners seien von den Teilnehmern der Besprechung schriftlich bestätigt worden. Die Beigeladene verfüge über langjährige Erfahrungen und sei für den Dienstposten geeignet. Sie sei zu DDR-Zeiten Fachlehrerin und Fachberaterin gewesen. Eine höherwertige Tätigkeit sei ihr

nicht übertragen worden, da sie sich nicht hinreichend mit dem System identifiziert habe. Nach Gründung des Freistaates Sachsen habe die Beigeladene im Ministerium vorbildliche Aufbauarbeit geleistet. Insgesamt sei sie für den streitigen Dienstposten geeigneter als der Antragsteller. Der Antragsteller sei jedenfalls charakterlich ungeeignet.

Die Beigeladene stellt keinen Antrag.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten und der Verwaltungsvorgänge Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde ist begründet. Der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz hat in der im Beschwerdeverfahren geänderten Fassung Erfolg. Der Antragsteller hat klargelegt, daß es ihm gegenwärtig nicht um die (statusrechtliche) Beförderung der Beigeladenen geht, sondern darum, daß der Dienstposten III/3, um den er sich auch beworben hatte, mit der Beigeladenen besetzt worden ist.

Die Besetzung eines Dienstpostens ist kein Verwaltungsakt, sondern ein Realakt. Es ist aber anerkannt, daß dieser Realakt gegenüber anderen Bewerbern Drittwirkung hat und daher auch Gegenstand eines Verfahrens nach § 123 VwGO sein kann. Der Realakt verändert die für den Anspruch auf Behandlung nach dem Leistungsprinzip erhebliche Sachlage: der Beförderungsdienstposten kann nicht mehr ohne Wegumsetzung des Begünstigten und in der Regel Neuausschreibung wiederum vergeben werden (vgl. dazu und zum folgenden Günther, Einstweiliger Rechtsschutz im Vorfeld der Beförderung, NVwZ 1986, 697 ff). Im Rahmen eines Verfahrens nach § 123 VwGO kommt es daher auch in Betracht, der Behörde aufzugeben, eine bereits erfolgte Dienstpostenbesetzung rückgängig zu machen und den Dienstposten vorerst offenzuhalten. Denn die Entscheidung der Behörde ist anders als im Falle einer (statusrechtlichen) Beförderung korrigierbar. Umsetzungen sind prinzipiell

nicht bestandsfest; der erfolgreiche Bewerber weiß von der Instabilität der Auswahl oder muß von ihr wissen (Günther aaO Seite 705).

Da der Antragsteller jetzt nicht mehr beantragt, den Antragsgegner zu verpflichten, den Dienstposten ihm zu übertragen, bedarf es keiner Entscheidung, ob das Ermessen des Antragsgegners insoweit auf Null reduziert wäre, was das Verwaltungsgericht verneint hat. Es geht nur noch darum, ob ein Anordnungsanspruch auf Rückgängigmachung der Dienstpostenbesetzung und vorläufige Freihaltung des Dienstpostens besteht. Ein solcher Anspruch ist glaubhaft gemacht, wenn mit erheblicher Wahrscheinlichkeit das Auswahlverfahren als von Fehlern behaftet gilt und bei korrektem Vorgehen der Antragsteller möglicherweise erfolgreich gewesen wäre. Letzteres ist bei glaubhaft gemachten formellen oder materiellen Fehlern nur dann nicht der Fall, wenn dieser Bewerber aus Rechtsgründen nicht in Betracht kommt oder sonst keine andere als die zugunsten des Konkurrenten getroffene Entscheidung hätte ergehen dürfen. Bei Wertungen, die im Ermessen oder Beurteilungsspielraum stehen, ist potentielle Kausalität eines Verfahrensfehlers in der Regel zu bejahen (Günther aaO Seite 703). Rechtliche Hindernisse für eine Vergabe des Dienstpostens an den Antragsteller sind nicht ersichtlich. Die vom Antragsgegner vorgenommene Dienstpostenbesetzung war jedenfalls deshalb fehlerhaft, weil die Personalvertretung nicht beteiligt worden ist.

Gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 3 SächsPersVG hat die Personalvertretung in Personalangelegenheiten der Beamten bei Übertragung einer höher oder niedriger zu bewertenden Tätigkeit mitzubestimmen. Über Zweck und Zeitdauer der Übertragung sagt die Vorschrift nichts. Es ist aber anerkannt, daß es sich nicht nur um die vorübergehende oder vertretungsweise Übertragung der Tätigkeit handeln darf (BVerwG, Beschluß vom 21.9.1984 - ZBR 85, 58). Das kann z.B. der Fall sein, wenn ein Posten unbesetzt ist und die Behörde noch keine Überlegungen darüber angestellt hat, mit wem er besetzt werden soll, und

wenn sie daher einen Beamten mit der vorläufigen Wahrnehmung betraut. Damit ist der vorliegende Fall aber nicht vergleichbar. Vielmehr handelt es sich, wie der Antragsgegner selbst in seiner Beschwerdeerwiderung ausführt, um eine Dienstpostenbesetzung "im Vorfeld der Beförderung". In einem solchen Falle ist aber die Maßnahme nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zustimmungspflichtig (vgl. Beschlüsse vom 28.4.1967 - ZBR 1976, 274, 377). In diesen Entscheidungen, in denen es um die Besetzung von Schulleiterstellen ging, wird u.a. ausgeführt: Die vorläufige Bestellung von Lehrern zu Schulleitern stellt eine Vorentscheidung in bezug auf die spätere Beförderung dar. Sie soll die fachliche Eignung des Beamten feststellen und ist.....auf die endgültige Bestellung dieses Beamten zum Schulleiter gerichtet. Damit wird mit der vorläufigen Bestellung bereits die mit der endgültigen Bestellung verbundene Beförderung vorbereitet. Sie stellt die erste entscheidende Stufe der sich in zwei Vorgängen vollziehenden Beförderung dar. Zwar hängt die endgültige Bestellung von der Bewährung des Beamten ab. Da aber die Dienststelle alle übrigen für eine Beförderung maßgebenden Voraussetzungen geprüft hat - anderenfalls hätte sie von einer vorläufigen Bestellung absehen müssen - stellt die vorläufige Bestellung eine für die Beförderung entscheidende Maßnahme dar, die zu ihrer Endgültigkeit in der Regel nur noch der Bewährung durch den Beamten bedarf. Der Dienstherr verlagert in einem solchen Falle einen Teil der bei der Beförderung zu treffenden Entscheidungen vor; er spaltet sie praktisch in zwei Vorgänge auf, die vorläufige Bestellung und die eigentliche Beförderung. Stellt man nun diesem Verfahren den Sinn und Zweck der Beteiligung des Personalrates bei Beförderungen gegenüber, so wird deutlich, daß der Personalrat bei dieser Vorentscheidung beteiligt werden muß, weil er anderenfalls die ihm gestellte Aufgabe nicht wahrnehmen kann.

Um eine damit vergleichbare Konstellation handelt es sich hier. Der Antragsgegner hat den Dienstposten mit der

Beigeladenen besetzt, weil er beabsichtigt, ihr bei Bewährung den Posten endgültig zu übertragen und sie ent-

sprechend zu befördern. Daran ändert die Bezeichnung "kommissarisch " nichts, sie besagt lediglich, daß es sich noch nicht um die endgültige Übertragung handelt, sondern daß die Übertragung unter dem Vorbehalt der Bewährung steht.

Die Zustimmung der Personalvertretung kann nicht nachgeholt werden, da sie vor Einleitung der Maßnahme erfolgen muß (Lorenzen/Haas/Schmitt BPersVG § 69 Rn. 4). Sie ist allerdings während der Dauer eines Widerspruchsverfahrens nachholbar (aaO 4a). Da das aber bis zu der vorliegenden Senatsentscheidung nicht geschehen ist, muß jedenfalls in diesem vorläufigen Rechtsschutzverfahren von der Fehlerhaftigkeit der Dienstpostenbesetzung ausgegangen werden.

Im übrigen ist für den Fall, daß der Antragsgegner ein neues Auswahlverfahren einleiten will, folgendes anzumerken:

Der Antragsgegner hat seine Mitteilung am 1.10.1993 an den Antragsteller entgegen § 39 Abs. 1 VwVfG nicht mit einer Begründung versehen. Das mag in Bewerbungsverfahren zwar üblich sein, führt aber gleichwohl dazu, daß die ergangene Entscheidung fehlerhaft ist. Insoweit bedarf es keiner näheren Untersuchung, ob dieser Mitteilung, weil die Dienstpostenbesetzung selbst kein Verwaltungsakt ist, Verwaltungsakteigenschaft zukommt. Da die Dienstpostenbesetzung hier im Vorfeld einer Beförderung erfolgte, müssen auch insoweit die zur Beteiligung der Personalvertretung aufgestellten Überlegungen Platz greifen, was zur Folge hat, daß § 39 VwVfG jedenfalls entsprechend anzuwenden ist.

Die danach vorgeschriebene Begründung kann gemäß § 45 Abs. 2 VwVfG bis zur Klageerhebung nachgeholt werden. Der vom Antragsgegner in der mündlichen Verhandlung überreichte Schriftsatz vom 13.12.1993 enthält zwar Darlegungen darüber, warum der Antragsgegner die Beigeladene als besonders geeignet für den Posten des Referatsleiters III/3 ansieht.

Gleichwohl läßt er noch keine vollständige gerichtliche Überprüfung der getroffenen Ermessensentscheidung zu, was sich aus folgenden Erwägungen ergibt: Der vorliegende Fall unterscheidet sich von einer Vielzahl "normaler" Bewerbsfälle dadurch, daß der Antragsteller als Inhaber eines statusrechtlichen Amtes der BesGr A 15 - weitere Bewerber mit dieser Besoldungsgruppe sind nicht vorhanden - an sich für den in Rede stehenden A-16-Dienstposten wenn nicht in erster Linie, so aber jedenfalls deutlicher als die Beigeladene, die sich noch in der Eingangsbesoldungsgruppe befindet, in Betracht kommt. Der VGH Kassel hat mit Beschluß vom 27.3.1986 (NVwZ 1986, 766) die Besetzung eines B 3-Dienstpostens mit einem Bewerber der Besoldungsgruppe A 13 zu Lasten eines Mitbewerbers mit der Besoldungsgruppe A 15 für ermessensfehlerhaft erklärt und dazu u.a. ausgeführt: Beamte, die längere Berufserfahrung in ihrer Laufbahn aufzuweisen hätten, seien für höherwertige Aufgaben regelmäßig besser geeignet als Berufsanfänger. Die Beurteilung der Eignung beruhe auf einer wesentlich sichereren Grundlage, wenn sie aufgrund der Tätigkeit und der Bewährung eines Beamten in einem niedrigeren Amt vorgenommen werde. Das müsse umso mehr gelten, wenn eine Dienstpostenvergabe mit dem Überspringen mehrerer Ämter verbunden sei. Diese Anforderungen entsprächen nicht nur herkömmlichem Laufbahnrecht, sondern auch der Lebenserfahrung und dem Leistungsprinzip. Eine vorausschauende Eignungsbeurteilung sei nur für das nächsthöhere Amt mit der erforderlichen Sicherheit möglich. Spitzenämter könnten in der Regel nur von Beamten erfolgreich wahrgenommen werden, die über eine längere Berufserfahrung verfügten und sich bereits mehrere Jahre in den Aufgaben ihrer Laufbahn bewährt hätten. Sprungbeförderungen bzw. die entsprechende Übertragung von Dienstposten seien daher grundsätzlich unzulässig. Es sei ungewöhnlich, wenn einem Bewerber der BesGr A 15 ein Bewerber der BesGr A 13 vorgezogen werde.

Diese Erwägungen müssen auch im vorliegenden Falle gelten, wo zwar nicht wie in Hessen 4, aber immerhin 2 Besoldungsgruppen übersprungen werden sollen, sofern dem nicht § 33

Abs. 4 SächsBG entgegensteht. Eine derart ungewöhnliche Maßnahme kann einer Ermessensprüfung nur standhalten, wenn Gründe von erheblichem Gewicht dafür sprechen, sich zu Lasten eines Bewerbers der BesGr A 15 für einen Bewerber der BesGr A 13 zu entscheiden.

Der Antragsgegner hat in seinem Schriftsatz vom 13.12.1993 im einzelnen begründet, warum er die Beigeladene für besonders geeignet ansieht. Diese Gründe erscheinen zwar nicht von vornherein als ermessensfehlerhaft. Insbesondere kann es bei der zu treffenden Auswahlentscheidung durchaus bedeutsam sein, daß die Beigeladene mit einer Beamtin der BesGr A 13 in den alten Bundesländern insofern nicht vergleichbar ist, als sie über langjährige Berufserfahrungen verfügt und erst jetzt Beamtin werden konnte, weil es in der DDR keine Beamtenverhältnisse gab und weil sie, wie der Antragsgegner vorträgt, in der DDR aus politischen Gründen auch keine höherwertige Beschäftigung im Angestelltenverhältnis bekommen hat. Da es vorliegend aber um eine Auswahlentscheidung geht, genügt es nicht, die Eignung nur eines Bewerbers festzustellen, sondern es bedarf darüberhinaus der Feststellung, warum dieser Bewerber besser geeignet ist als ein anderer Bewerber. Das gilt umso mehr, wenn der andere Bewerber - wie im vorliegenden Falle - in laufbahnrechtlicher Hinsicht der dem ausgeschriebenen Dienstposten zugeordneten Besoldungsgruppe schon erheblich nähergekommen ist als der ausgewählte Bewerber und ebenfalls über langjährige Erfahrungen verfügt. Solche vom Gericht nachvollziehbare Feststellungen sind aber bisher nicht getroffen worden.

Daß sich der Antragsteller auf seinem früheren Referatsleiterposten III/2 nicht bewährt hat, muß seiner Eignung für den Posten III/3 noch nicht zwingend entgegenstehen. Der Antragsteller hat das in der mündlichen Verhandlung damit erklärt, daß er auf Grund seiner bisherigen Tätigkeit mit dem Förderschulwesen, insbesondere den damit zusammenhängenden personellen Schülerproblemen, keine Erfahrung habe. Diese Erklärung erscheint zumindest als plausibel, zumal sie mit der Darlegung des Antragsgegners in Einklang steht,

wonach der Antragsteller wegen "fachspezifischer" Mängel abgelöst werden mußte. Auch in der "Zwischeneinschätzung" vom 20.7.1993 wird auf diesen Gesichtspunkt abgestellt; das Schriftstück bezieht sich nur auf die Referatsleiterstelle III/2.

In der dienstlichen Beurteilung vom 18.2.1992 hieß es u.a., der Antragsteller sei "sehr geeignet, mit einer leitenden Aufgabe in unserem Hause betraut zu werden."

Demgegenüber führte derselbe Abteilungsleiter in der Beurteilung vom 30.11.1993 (also nach der bereits getroffenen

Entscheidung über die Dienstpostenvergabe) aus, der Antragsteller sei für den Posten eines Referatsleiters nicht geeignet. Der vorhergehende Text läßt aber nicht klar erkennen, worauf dieses Urteil beruht, insbesondere aus welchem Grunde sich inzwischen herausgestellt hatte, daß der Antragsteller entgegen der vorher getroffenen Feststellung für den Posten eines Referatsleiters schlechthin nicht geeignet sei.

Der Senat vermag nicht nachzuvollziehen, warum es sich bei den genannten Äußerungen nicht um "dienstliche Beurteilungen im Sinne des Beamtenrechts" handeln soll. Die Äußerungen sind von dem zuständigen Dienstvorgesetzten als Grundlage beamtenrechtlicher Entscheidungen abgegeben worden. Anderenfalls lägen überhaupt keine Beurteilungsgrundlagen für die hier streitige Maßnahme vor.

Der Antragsgegner macht nunmehr geltend, daß der Antragsteller aus charakterlichen Gründen ungeeignet sei. Insoweit verweist er auf einen Vorfall vom 11.2.1993, wo der Antragsteller anlässlich einer Tagung der Arbeitsgruppe "Hauptschulabschluß" gegenüber mehreren Schulleitern "im Zustand höchster psychischer Erregung" geäußert haben soll, er würde "am liebsten mit einer Makarow einige im Ministerium abknallen." Der Antragsteller ist zu diesem Vorfall am 12.3.1993 anlässlich einer Aussprache gehört worden und hat diese Äußerung

nicht bestätigt. Weitere Ermittlungen oder Anhörungen sind nicht erfolgt.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat der Antragsteller bestritten, die Äußerung in dieser Form, insbesondere in bezug auf Mitarbeiter des Ministeriums gemacht zu haben. In der Anhörung am 12.3.1993 habe er sich nicht geäußert, weil man die Anwesenheit seines Rechtsanwalts nicht gestattet habe. Sollte der Antragsgegner daran festhalten wollen, daß sich der Antragsteller durch diese Äußerung für die Stelle eines Referatsleiters als charakterlich ungeeignet erwiesen habe, so werden zunächst in einem Disziplinarverfahren, zumindest in einem geordneten Verwaltungsverfahren unter Beachtung des § 14 Abs. 4 VwVfG, Inhalt und Begleitumstände der Äußerung überprüfbar festzustellen sein. Die schriftliche Mitteilung eines Besprechungsteilnehmers vom 17.3.1993 genügt dafür nicht. Sie wurde "auf Anfrage" gemacht, wobei nicht aktenkundig ist, wer angefragt hat und was Anlaß der Anfrage war. Gegebenenfalls wären die genannten Teilnehmer förmlich anzuhören und dem Antragsteller gegenüberzustellen.

Da der Antragsgegner den Dienstposten bereits am 2.8.1993 besetzt hat und eine weitere Besetzung die bestehenden Verhältnisse zum Nachteil des Antragstellers weiter verfestigen würde, besteht auch ein Anordnungsgrund i.S.v. § 123 Abs. 1 VwGO. Eine Fristsetzung für die Erhebung der Hauptsacheklage war nicht erforderlich, weil es der Antragsgegner in der Hand hat, die Wirksamkeit dieser einstweiligen Anordnung durch ein erneutes fehlerfreies Auswahlverfahren zeitlich zu begrenzen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO, die Streitwertfestsetzung auf §§ 13 Abs. 1 Satz 1, 25 Abs. 1 GKG. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen sind nicht für erstattungsfähig erklärt worden, da die Beigeladenen keine Anträge gestellt und sich auch sonst nicht geäußert hat, mithin auch kein eigenes Kostenrisiko eingegangen

ist (§ 162 Abs. 3 VwGO). Der vom Verwaltungsgericht abweichende Streitwert erklärt sich aus dem geänderten Antrag im Beschwerdeverfahren (Dienstpostenbesetzung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren: 1/2 der Endbezüge A 16, davon wiederum 1/2 = abgerundet 25.000,- DM).

Diese Entscheidung ist gemäß § 152 Abs. 1 VwGO und § 25 Abs. 3 GKG unanfechtbar.

gez.:
Dr. Pietsch

Dr. Semler
ist wegen Urlaubs
verhindert zu
unterzeichnen.
gez.: Dr. Pietsch

gez.:
Dr. Schenk

