

## OVG Saarlouis Beschluß vom 21.9.2006, 1 W 38/06

einstweiliger Rechtsschutz - Konkurrentenstreit - **Beförderung** zum Regierungsdirektor aufgrund einer Leitungsfunktion und dem Rangdienstalter

### Leitsätze

Die Annahme des Dienstherrn, ein Referatsleiter und ein stellvertretender Referatsleiter übten gleichermaßen eine herausgehobene Leitungsfunktion aus, bewegt sich noch innerhalb der ihm zukommenden Einschätzungsprärogative, die im Zusammenhang mit der **Beförderungsauswahl** nach Ermessenskriterien nur darauf zu überprüfen ist, ob ihr sachwidrige oder gar willkürliche Ergwägungen zugrunde liegen.

### Tenor

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird - auch - für das Beschwerdeverfahren auf 15.971,70 EUR festgesetzt.

### Gründe

Die zulässige Beschwerde gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts des Saarlandes vom 17.7.2006 - 2 F 30/06 - bleibt ohne Erfolg.

Das nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO den Prüfungsumfang durch den Senat beschränkende Beschwerdevorbringen gemäß dem Schriftsatz der Prozessbevollmächtigten des Antragstellers vom 24.8.2006 in Verbindung mit dem Schriftsatz vom 18.9.2006 ist nicht geeignet, die Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung zu erschüttern.

Das Verwaltungsgericht hat mit insgesamt überzeugenden Erwägungen das Begehren des Antragstellers zurückgewiesen, dem Antragsgegner vorläufig zu untersagen, zum **Beförderungstermin** 1.4.2006 den Beigeladenen vor ihm ein Amt der Besoldungsgruppe A 15 zu übertragen. Das Verwaltungsgericht hat unter Beachtung der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Gebot der Ausschöpfung aller unmittelbar leistungsbezogenen Erkenntnisquellen, das heißt: bevor im Rahmen des Ermessens Hilfskriterien herangezogen werden dürfen

vgl. dazu insbesondere BVerwG, Urteil vom 27.2.2003 - 2 C 16/02 -, ZBR 2003, 420 = DÖD 2003, 202 = IÖD 2003, 170 = NVwZ 2003, 1397 = DVBl. 2003, 1548 = Buchholz 237.6 § 8 NdsLBG Nr. 10,

zutreffend die Annahme des Antragsgegners gebilligt, wonach der Antragsteller und die Beigeladenen nach Eignungs-, Befähigungs- und Leistungsgesichtspunkten - Art. 33 Abs. 2 GG, § 9 Abs. 1 SBG - im Wesentlichen gleich qualifiziert sind und von daher gleichermaßen für eine **Beförderung** zum Regierungsdirektor beziehungsweise zu Regierungsschuldirektoren (Besoldungsgruppe A 15) in Betracht kommen

vgl. dazu Seiten 3, 4 des Beschlusses vom 17.7.2006.

Davon ausgehend, dass die aktuellen dienstlichen Beurteilungen der hier in Konkurrenz stehenden **Beförderungskandidaten** übereinstimmend mit dem höchstmöglichen Gesamturteil „hervorragend geeignet“ abschließen, sind die auf den Leistungsvergleich bezogenen kritischen Einwände des Antragstellers (unter I. der Beschwerdebegründung vom 24.8.2006) ohne rechtliche Relevanz. Denn der Antragsteller ist ausweislich seines Vorbringens nicht der Auffassung, dass ihm nach dem insgesamt und vorab zu berücksichtigenden Leistungs- und Befähigungsvergleich ein in Ansehung des Art. 33 Abs. 2 GG rechtlich relevanter Eignungsvorrang zuzubilligen ist.

Die sodann nach Ermessensgesichtspunkten nach dem höheren Rangdienstalter - Zeitpunkt der **Beförderung** in das derzeit innegehabte Amt der Besoldungsgruppe A 14 - erfolgte Auswahl ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Ist - wie hier - nach Ausschöpfung aller unmittelbar leistungsbezogenen Erkenntnisquellen eine die Zahl der zu besetzenden **Beförderungsstellen** übersteigende Zahl von Bewerbern „im

Wesentlichen gleich“ einzustufen, so stand dem Antragsgegner ein weites Ermessen hinsichtlich der Bestimmung des Auswahlkriteriums (Hilfskriteriums) zu, wobei er nicht an eine bestimmte Reihenfolge gebunden war

vgl. etwa BVerwG, Urteile vom 27.2.2003, a.a.O., und vom 16.8.2001 - 2 A 3/00 -, BVerwGE 115, 58 = ZBR 2002, 207 = DÖD 2001, 279 = IÖD 2002, 50; siehe auch Beschluss vom 10.11.1993 - 2 ER 301/93 -, ZBR 1994, 52.

Dabei kamen die jeweiligen Rangdienstalter, die Wertigkeit der einzelnen Dienstposten oder ausgeübten Funktionen und auch das allgemeine Dienstalter sowie das Lebensalter in Betracht. Auch ein auf einer Kombination unterschiedlicher Hilfskriterien beruhendes Auswahlkonzept kann sachgerecht sein

vgl. u. a. Beschluss des Senats vom 10.4.2006 - 1 W 15/06 -.

Bezogen auf den in Rede stehenden **Beförderungstermin** 1.4.2006 hat der Antragsgegner zunächst auf die Wahrnehmung einer Leitungsfunktion und sodann auf das Rangdienstalter (Besoldungsgruppe A 14) abgestellt. Diese Vorgehensweise ist - wie ausgeführt - generell rechtmäßig und auch in der konkret zu beurteilenden Konkurrenzsituation aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

So ist die Einschätzung des Antragsgegners rechtlich vertretbar, wonach der Antragsteller als Referatsleiter und der Beigeladene zu 1. als stellvertretender Referatsleiter sich gleichermaßen in einer herausgehobenen Leitungsfunktion befinden. Die Annahme des Antragsgegners, der Antragsteller als Referatsleiter und der Beigeladene zu 1. als stellvertretender Referatsleiter üben jedenfalls in der konkreten Auswahlsituation beide eine herausgehobene Leitungsfunktion aus, bewegt sich noch innerhalb der dem Dienstherrn zukommenden Einschätzungsprärogative, die im Zusammenhang mit der Auswahl nach Ermessenskriterien nur darauf zu überprüfen ist, ob ihr sachwidrige oder gar willkürliche Erwägungen zugrunde liegen. Das ist zu verneinen.

Bereits im erstinstanzlichen Verfahren hat der Antragsgegner dargelegt, dass der Beigeladene zu 1. vermehrt Aufgaben auf der Ebene der Länderzusammenarbeit, der Kultusministerkonferenz und im internationalen Bereich wahrnehme. So habe er unter anderem im Jahr 2001 den Vorsitz der länderübergreifenden Arbeitsgruppe der B-Länder zur Erarbeitung bundesweiter Standards für den Französischunterricht in Deutschland übernommen, die nach Fertigstellung in Fachkreisen und im Kreise der Länderkultusminister hohe Anerkennung gefunden hätten

vgl. zu den weiteren vom Beigeladenen zu 1. wahrgenommenen Führungsaufgaben auf länderübergreifender Ebene Schriftsatz des Antragsgegners vom 27.3.2006, Seite 5.

Ergänzend hierzu hat der Antragsgegner angemerkt, dass der Beigeladene zu 1. die in einem erheblichen Umfang referatsübergreifend angelegten Aufgaben selbständig wie ein Referatsleiter erledigt habe. Lediglich aus organisatorischen Gründen sei von der Einrichtung eines Referats für diesen Aufgabenbereich abgesehen worden

vgl. Schriftsatz vom 27.3.2006, Seite 11.

Auch diese dem Dienstherrn zuzubilligende Einschätzung der Aufgabenwahrnehmung ist in rechtlicher Sicht nicht zu beanstanden.

Im Übrigen hat der Antragsgegner, wie die Vorlage an den Personalrat vom 3.3.2006 zeigt, nicht speziell auf eine herausgehobene Leitungsfunktion abgestellt, sondern er hat betont, dass es sich bei den Funktionen „Referatsleiter“ und „stellvertretender Referatsleiter“ (im Vergleich zu den Referenten) um „herausgehobene Funktionen“ handele. Dessen ungeachtet hat der Antragsgegner mit der Beschwerdeerwiderung unter Vorlage der dienstlichen Erklärung der Referatsleiterin des Referats B 8 vom 5.9.2006 plausibel dargetan, dass der Beigeladene zu 1. in der Vergangenheit in erheblichem Umfang und über die Urlaubs- und Krankheitsvertretung hinaus ganztätig die Referatsleitung wahrgenommen hat, so im Jahr 2004 an 79 Arbeitstagen, im Jahr 2005 an 90 Arbeitstagen und im Jahr 2006 (bis einschließlich Juni) bereits an 65 Arbeitstagen. Dass er dabei nicht nach außen in Erscheinung getreten ist, hindert nicht die Annahme einer Tätigkeit auf der Leitungsebene des Referats.

Dem Umstand, dass die „Befähigung als Vorgesetzter“ im Rahmen der dienstlichen Beurteilung des Beigeladenen zu 1. nicht bewertet wurde, weil dieses Merkmal nach der Verwaltungspraxis des Antragsgegners generell nur bei Referats- und Abteilungsleitern bewertet wird, kommt im hier gegebenen Zusammenhang keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Entscheidend ist, dass die Leistungen des Beigeladenen zu 1. als „stellvertretender Referatsleiter“ bei der dienstlichen Beurteilung Berücksichtigung gefunden haben mit dem Ergebnis, dass sich bei dem durch das Gesamturteil ausgewiesenen Leistungsvergleich - wie bereits ausgeführt - kein Vorrang zugunsten des Antragstellers feststellen lässt.

War der Antragsgegner nach alldem rechtlich nicht verpflichtet, im Rahmen seines weiten Auswahlermessens bei einem Abstellen auf die ausgeübten Funktionen zwischen „Referatsleiter“ und „stellvertretendem Referatsleiter“ zu unterscheiden, so folgt daraus, dass er im weiteren dem höheren Rangdienstalter ausschlaggebende Bedeutung beimessen durfte. Hier kommt indes, wie das Verwaltungsgericht zutreffend festgestellt hat, den Beigeladenen ein Vorrang zu

der Antragsteller wurde im April 2003 in die Besoldungsgruppe A 14 befördert, wohingegen der Beigeladene zu 1. bereits im April 2002 und die Beigeladene zu 2. im Oktober 2002 entsprechend befördert worden sind.

Nicht durchzugreifen vermag dabei der Einwand des Antragstellers, sein im Vergleich zu den Beigeladenen niedrigeres **Beförderungsdienstalter** dürfe deshalb nicht auswahlrelevant zu seinem Nachteil berücksichtigt werden, weil er zum einen wegen eines Einigungsstellenverfahrens später befördert worden sei, und zum andern aufgrund seines Alters - er ist am 16.9.1944 geboren - der 1.4.2006 für ihn die letzte **Beförderungschance** darstelle.

Zu Recht hat das Verwaltungsgericht ausgeführt, dass mögliche Verzögerungen bei **Beförderungen** aufgrund eines personalvertretungsrechtlichen Einigungsstellenverfahrens bei der Berechnung des Rangdienstalters nicht „herauszurechnen“ und von dem betroffenen Beamten hinzunehmen sind. Unabhängig davon hat die am 4.9.2001 erfolgte Zustimmungsverweigerung des Personalrats bei der Bestellung des damals noch im Rang eines Regierungsoberamtsrats befindlichen Antragstellers zum Leiter des Referates D 8 nur zu einer zeitlichen Verzögerung von rund zwei Monaten geführt, da die Einigungsstelle bereits am 31.10.2001 festgestellt hat, dass die Verweigerung der Zustimmung durch den Personalrat nicht gerechtfertigt ist

vgl. Bl. 268, 279, 321, 322, 323 der Personalakten des Antragstellers.

Im unmittelbaren Anschluss daran erfolgte der Aufstieg des Antragstellers in den höheren Dienst mit der Folge seiner Ernennung zum Regierungsrat - Besoldungsgruppe A 13 h. D. - durch Urkunde vom 29.1.2002

vgl. Bl. 336, 355, 356 der Personalakten.

Dass die in der Folge durch Urkunde vom 24.3.2003 mit Wirkung vom 1.4.2003 erfolgte Ernennung zum Regierungsoberamtsrat - Besoldungsgruppe A 14 - ohne den aufgrund der Zustimmungsverweigerung des Personalrats um rund zwei Monate verzögerten Aufstieg in die Laufbahn des höheren Dienstes bereits ein halbes oder gar ein ganzes Jahr früher erfolgt wäre, ist gänzlich unwahrscheinlich. Vielmehr kann davon ausgegangen werden, dass auch bei einer bereits im September 2001 erfolgten Zustimmung des Personalrats zur Bestellung des Antragstellers zum Leiter des Referates D 8 dessen **Beförderung** zum Regierungsoberamtsrat nicht vor dem (regulären) **Beförderungstermin** 1.4.2003 erfolgt wäre.

Was schließlich der Hinweis des Antragstellers auf die Wertigkeit der Dienstposten anbelangt, ergibt sich auch daraus für ihn kein **Beförderungsvorrang** gegenüber den Beigeladenen. Da es sich bei der Wertigkeit des Dienstpostens, den der Bewerber innehat, um kein leistungsbezogenes Merkmal handelt

vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 17.8.2005 - 2 C 37/04 -, ZBR 2006, 89 = NVwZ 2006, 212 = DVBl. 2006, 316,

war der Antragsgegner im Rahmen des - wie aufgezeigt - ihm zustehenden weiten Ermessens nicht verpflichtet, der Wertigkeit der Dienstposten vorrangige Bedeutung vor dem Rangdienstalter

beizumessen

vgl. auch dazu Beschluss des Senats vom 10.4.2006 - 1 W 15/06 -.

Sofern der vom Antragsteller besetzte Dienstposten nach A 16 zu bewerten ist, war diesem Umstand bei der Leistungsbewertung im Rahmen der dienstlichen Beurteilung Rechnung zu tragen. Da dem Antragsteller das höchstmögliche Gesamturteil „hervorragend geeignet“ zuerkannt worden ist, hat sich eine eventuelle Nichtberücksichtigung der Wertigkeit seines Dienstpostens in keiner Weise auf seine für die **Beförderungsauswahl** maßgebliche dienstliche Beurteilung ausgewirkt. Soweit der Antragsteller darüber hinaus pauschal bezweifelt, dass der Beigeladene zu 1. einen nach A 15 bewerteten Dienstposten innehat, ist dem nicht weiter nachzugehen. Abgesehen davon, dass schon fraglich ist, ob dadurch in eine subjektive Rechtsposition des Antragstellers eingegriffen wird, spricht auf der Grundlage seiner eigenen Argumentation, wonach er als Referatsleiter einen A 16-wertigen Dienstposten besetzt, alles dafür, dass der Beigeladene zu 1. als stellvertretender Referatsleiter einen nach A 15 bewerteten Dienstposten innehat. Das wird dadurch untermauert, dass die dem Beigeladenen zu 1. vorgesetzte Referatsleiterin sich im Rang einer Ministerialrätin, das heißt mindestens in Besoldungsgruppe A 16 befindet

vgl. dazu deren bereits erwähnte und mit Schriftsatz des Antragsgegners vom 8.9.2006 vorgelegte dienstliche Erklärung vom 5.9.2006.

Soweit der Antragsteller in Bezug auf die Beigeladene zu 2. hervorhebt, dass diese ihm gegenüber nur um ein 6 Monate höheres Rangdienstalter verfüge, was unter Auswahlgesichtspunkten auch im Zusammenhang damit zu relativieren sei, dass der 1.4.2006 für ihn altersbedingt die letzte **Beförderungsmöglichkeit** darstelle, so hat der Antragsgegner unwidersprochen darauf hingewiesen, dass in Besoldungsgruppe A 15 höherer Dienst bezogen auf den einschlägigen Stellenplan Frauen nicht mindestens zu 50 vom Hundert vertreten seien

vgl. dazu die Antragsrüge vom 27.3.2006, Seite 11.

Von daher ergibt sich ein **Beförderungsvorrang** der Beigeladenen zu 2. vor dem Antragsteller unabhängig vom Auswahlgesichtspunkt „höheres Rangdienstalter“ bereits aus § 13 LGG.

Ist nach alledem die zugunsten der Beigeladenen getroffene Auswahlentscheidung aus Rechtsgründen nicht zum Nachteil des Antragstellers zu beanstanden, so muss es bei der erstinstanzlichen Zurückweisung des Anordnungsbegehrens verbleiben, wobei der Vollständigkeit halber mit Blick auf das Beschwerdevorbringen darauf hinzuweisen ist, dass der vom Antragsteller gegenüber dem erstinstanzlichen Gericht erhobene Vorwurf der Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) mit der Durchführung des Beschwerdeverfahrens, in dem der Antragsteller ausreichend Gelegenheit hatte, seinen Standpunkt unter eingehender Auseinandersetzung mit den Erwägungen des Antragsgegners darzulegen, seine Erledigung gefunden hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 154 Abs. 2, 162 Abs. 3 VwGO; zu einem Kostenausspruch zugunsten der Beigeladenen besteht keine Veranlassung, da diese keine Anträge gestellt haben.

Die Streitwertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren beruht auf den §§ 63 Abs. 2, 53 Abs. 3 Nr. 1, 52 Abs. 1 i.V.m. Abs. 5 Satz 1 Nr. 1, Satz 2, 47 Abs. 1 GKG.

Dieser Beschluss ist nicht anfechtbar.