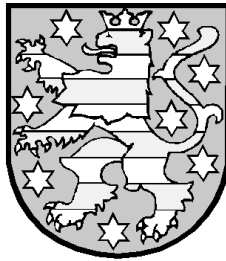


---

# THÜRINGER OBERVERWALTUNGSGERICHT



**- 2. Senat -**

2 EO 228/08

---

Verwaltungsgericht Weimar

- 4. Kammer -

4 E 201/08 We

## Beschluss

In dem Verwaltungsstreitverfahren

der Ministerialrätin \_\_\_\_\_ E\_\_\_\_\_,

G\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ E\_\_\_\_\_

**Antragstellerin und Beschwerdeführerin**

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte Dr. Hauck-Scholz und Christ,

Fischmarkt 6, 99084 Erfurt

**gegen**

den Freistaat Thüringen,

vertreten durch den Chef der Thüringer Staatskanzlei,

Regierungsstraße 73, 99084 Erfurt

**Antragsgegner und Beschwerdegegner**

**beigeladen**

Ministerialrat \_\_\_\_\_ S\_\_\_\_\_,

c/o T\_\_\_\_\_,

R\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ E\_\_\_\_\_

**wegen**

Beförderungen,

hier: Beschwerde nach § 123 VwGO

---

---

hat der 2. Senat des Thüringer Oberverwaltungsgerichts durch den Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts Lindner, den Richter am Oberverwaltungsgericht Bathe und die an das Gericht abgeordnete Richterin am Verwaltungsgericht von Saldern

am 16. Dezember 2008 **b e s c h l o s s e n** :

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Weimar vom 4. April 2008 - 4 E 201/08 We - wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen zu tragen.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 19.684,50 € festgesetzt.

## **G r ü n d e**

### **I.**

Die Antragstellerin begehrt vorläufigen Rechtsschutz gegen die beabsichtigte Ernennung des Beigeladenen zum Leitenden Ministerialrat (Besoldungsgruppe B 3) bzw. die Übertragung des Dienstpostens des Leiters der Abteilung 1 in der Thüringer Staatskanzlei.

...

...

---

...

...

Auf eine am 23. Februar 2007 per e-mail an die Mitarbeiter der Thüringer Staatskanzlei bekannt gegebene hausinterne Stellenausschreibung für den Dienstposten des Leiters der Abteilung 1 - Zentralabteilung, Medien - zum 15. März 2007 bewarb sich allein der Beigeladene mit Schreiben vom 8. März 2007. Auf Grundlage einer Tischvorlage der Thüringer Staatskanzlei beschloss die Landesregierung am 13. März 2007, dass dem Beigeladenen kommissarisch die Aufgaben des Leiters der Abteilung 1 in der Thüringer Staatskanzlei mit Wirkung vom 15. März 2007 übertragen werden. Hierüber wurde mit am 14. März 2007 eingegangenem Schreiben der örtliche Personalrat der Thüringer Staatskanzlei informiert. Mit Schreiben vom selben Tag setzte der Minister für Bundes- und Europaangelegenheiten und Chef der Staatskanzlei den Beigeladenen mit Wirkung vom 15. März 2007 in die Abteilung 1 - Zentralabteilung, Medien - der Thüringer Staatskanzlei um und übertrug ihm kommissarisch die Aufgaben des Leiters dieser Abteilung.

Mit Schreiben vom 21. Februar 2008 beantragte die Antragstellerin gegenüber der Thüringer Staatskanzlei die Beförderung in ein Amt der Besoldungsgruppe B 3 in der Laufbahn des allgemeinen nichttechnischen Verwaltungsdienstes in deren Geschäftsbereich auf eine der zur Beförderung freigegebenen Planstellen. Der Antrag erstreckte sich gleichzeitig auf die Übertragung des jeweiligen Beförderungsdienstpostens derjenigen Stelleninhaber, die zur Beförderung in ein

---

Amt der Besoldungsgruppe B 3 vorgesehen sind. Diesen Antrag lehnte die Thüringer Staatskanzlei mit Schreiben vom 27. Februar 2008 ohne weitere Begründung ab.

In einem Vermerk vom 10. März 2008 stellte das Personalreferat der Thüringer Staatskanzlei für das Verfahren zur Besetzung der zum 1. April 2008 beabsichtigten Beförderungen fest, dass bei Beamten auf Abteilungsleiter- oder stellvertretenden Abteilungsleiterdienstposten eine Planstellentopfwirtschaft nicht in Betracht komme; die Planstellen für diese Dienstposten seien an die Dienstposteninhaber, die im Hinblick auf den Dienstposten bereits ein Auswahlverfahren durchlaufen hätten, gebunden. Eine Beförderung richte sich in diesen Fällen nach § 11 Abs. 1 Satz 1 ThürLbVO. Da der Beigeladene seine Erprobungszeit nach § 10 ThürLbVO erfolgreich absolviert habe, sei dieser nunmehr zu befördern. Auf Grundlage einer darauf hin erstellten Kabinetttvorlage der Thüringer Staatskanzlei stimmte die Landesregierung am 11. März 2008 zu, dass dem Beigeladenen mit Wirkung vom 1. April 2008 der Dienstposten des Leiters der Abteilung 1 - Zentralabteilung, Medien - in der Thüringer Staatskanzlei auf Dauer übertragen wird, und nahm zur Kenntnis, dass der Beigeladene mit Wirkung vom gleichen Tag zum Leitenden Ministerialrat (Besoldungsgruppe B 3) ernannt und in eine Planstelle der Besoldungsgruppe B 3 eingewiesen wird.

Bereits am 9. März 2008 hat die Antragstellerin um einstweiligen Rechtsschutz beim Verwaltungsgericht Weimar nachgesucht, den sie im Wesentlichen damit begründet hat, dass eine fehlerhafte Auswahlentscheidung vorliege. Eine organisatorische Grundentscheidung, ressortfremde Bewerber von der Auswahl auszuschließen, sei nicht belegt. Eine solche Beschränkung sei zudem verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.

Die Antragstellerin hat sinngemäß beantragt,

dem Antragsgegner vorläufig bis zum bestandskräftigen Abschluss eines erneuten Auswahlverfahrens über die zum 1. April 2008 vorgesehenen Beförderungen auf in der Thüringer Staatskanzlei besetzbaren Planstellen zur/zum (Leitenden) Ministerialrätin/Ministerialrat (Besoldungsgruppe B 3 BBesO) zu untersagen, den Beigeladenen zum Leitenden Ministerialrat zu ernennen, zu befördern oder in entsprechende Planstellen einzuweisen.

---

Der Antragsgegner hat beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Er hat zur Begründung vorgetragen, dass bei der von ihm vorgenommenen Auswahl zur Beförderung in zulässiger Weise ressortfremde Bewerber ausgeschlossen worden seien. Dies folge aus dem ihm zustehenden Organisationsermessen. Darüber hinaus sei der Antrag der Antragstellerin, die sich mit anderen Landesbeamten gegen die Beförderungen in verschiedenen Ministerien gewandt habe, rechtsmissbräuchlich.

Der Beigeladene hat keinen Antrag gestellt und sich nicht zur Sache geäußert.

Das Verwaltungsgericht Weimar hat mit Beschluss vom 4. April 2008 den Rechtsschutzantrag abgelehnt. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass zwar ein Anordnungsgrund bestehe. Der Antragstellerin könne kein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden, da sie ein sachliches, ihr von Rechts wegen eingeräumtes Anliegen geltend mache. Es bestehe jedoch kein Anordnungsanspruch. Der Antragsgegner habe zu Recht den Bewerberkreis für die streitgegenständliche Beförderung auf Beamte des eigenen Ressorts beschränkt. Der Antragsgegner könne sich insoweit auf sein Organisations- und Stellenbewirtschaftungsermessen berufen. Es stelle einen sachlichen Grund dar, wenn im Zuge des haushaltspolitisch vorgegebenen Stellenabbaus bei gleichzeitigem Bestreben der Erhaltung des effektiven Einsatzes des verbleibenden Personals in den jeweiligen Ressorts durch begleitende personalpolitische Maßnahmen der Dienstherrn zunächst den Beamten des jeweiligen Geschäftsbereichs auf der Grundlage der dort gezeigten Leistungen und erworbenen ressortspezifischen Kenntnisse in einem überschaubaren haushaltsrechtlichen Rahmen angemessene Möglichkeiten der beruflichen Entwicklung bieten wolle. Diese vorrangige ressorteigene Personalbewirtschaftung entspreche auch der von der Landesregierung beschlossenen Personalentwicklungsrichtlinie vom 5. Oktober 2005. Dies sei aus dienstrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Eine solche Maßgabe entspreche vielmehr der Regelung in § 3 Abs. 2 ThürLbVO, wonach Beförderungsdienstposten innerhalb des Behördenbereichs ausgeschrieben werden sollen.

---

Gegen diesen ihr am 10. April 2008 zugestellten Beschluss hat die Antragstellerin am 11. April 2008 beim Verwaltungsgericht Weimar Beschwerde eingelegt, die sie mit einem am 15. Mai 2008, dem Dienstag nach Pfingsten, beim Obergerverwaltungsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet hat.

Die Antragstellerin rügt, dass bereits die tatsächlichen Feststellungen des Verwaltungsgerichts fehlerhaft seien. Eine vom Verwaltungsgericht vorausgesetzte Organisationsgrundscheidungsentscheidung, den Bewerberkreis zu beschränken, fehle. Sie sei jedenfalls nicht dokumentiert. Sie folge auch nicht aus der vom Verwaltungsgericht zitierten Richtlinie, die keine verbindlichen Vorgaben enthielte. Auch § 3 Abs. 2 ThürLbVO enthalte kein Verbot externer Ausschreibungen. Jedenfalls sei die Ressortbeschränkung der Auswahl rechtlich fehlerhaft. Das Leistungsprinzip spreche nicht für eine solche Beschränkung. Ressortfremde Bewerber seien nicht per se weniger geeignet, befähigt oder leistungsbereit als Beamte des eigenen Ressorts. Weder die vom Verwaltungsgericht benannten Gesichtspunkte der Effektivität des verbleibenden Personals im Falle eines haushaltspolitisch vorgegebenen Stellenabbaus, noch die angemessene Möglichkeit der beruflichen Entwicklung stellten rechtfertigende Belange von Verfassungsrang dar; sie beruhten auch nicht auf einer gesetzlichen Grundlage. Die Personalentwicklungsrichtlinie und die Thüringer Laufbahnverordnung hätten keine Gesetzesqualität. Das verfassungsrechtliche Ressortprinzip rechtfertige ebenfalls nicht die Einschränkung. Dieses eröffne erst das Organisationsermessen, bilde jedoch nicht die Grundlage für eine Einschränkung des verfassungsrechtlichen Leistungsgrundsatzes.

Die Antragstellerin beantragt,

den Beschluss des Verwaltungsgerichts Weimar vom 4. April 2008 aufzuheben und im Wege der einstweiligen Anordnung dem Antragsgegner vorläufig bis zum bestandskräftigen Abschluss eines erneuten Auswahlverfahrens über die zum 1. April 2008 vorgesehene Beförderung auf die in der Thüringer Staatskanzlei besetzbaren Planstellen zur/zum (Leitenden) Ministerialrätin/rat (Besoldungsgruppe B 3) zu untersagen, den Beigeladenen zum Leitenden Ministerialrat zu ernennen, zu befördern oder in die entsprechende Planstelle einzuweisen bzw. zu untersagen, den Dienstposten des Leiters/der Leiterin der Abteilung 1 - Zentralabteilung, Medien - in der Thüringer Staatskanzlei

---

zum Zwecke der Erprobung auf den Beigeladenen zu übertragen bzw. ihn auf diesen Beförderungsdienstposten zu verwenden.

Der Antragsgegner beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung. Die ressortbeschränkte Auswahl entspreche der ständigen Praxis der Thüringer Staatskanzlei und folge insoweit der Personalentwicklungsrichtlinie der Landesregierung vom 5. Oktober 2005. Die angegriffene Entscheidung der Beschränkung des Bewerberkreises berühre die der eigentlichen Auswahl vorgelagerte Entscheidung über das Ob und die Form der Ausschreibung, die von seiner Organisationsgewalt aufgrund sachlicher personalwirtschaftlicher und haushaltspolitischer Erwägungen geprägt sei. Die Beschränkung entspreche auch dem in der Thüringer Landesverfassung festgeschriebenen Ressortprinzip, was insoweit seinen gesetzlichen Ausdruck in den beamtenrechtlichen Vorschriften über das Einvernehmen bei Versetzungen und die beschränkte Ausschreibungspflicht für Beförderungsdienstposten finde. Die Beförderung des Beigeladenen könne überdies auch ohne erneute Auswahl erfolgen, da dem Leistungsprinzip bereits im Zusammenhang mit der Besetzung des Dienstpostens nach einer hausinternen Ausschreibung innerhalb der Thüringer Staatskanzlei Genüge getan sei. Eine Beförderung der Antragstellerin auf die Stelle des Beigeladenen käme schon deshalb nicht in Betracht, da sich diese nicht im Sinne der laufbahnrechtlichen Vorschriften auf dem höher bewerteten Dienstposten bewährt habe.

Der Senat hat mit Schreiben vom 3. Juli 2008 darauf hingewiesen, dass möglicherweise nicht vorrangig die zum 1. April 2008 anstehende Beförderungsentscheidung, sondern die dem vorausgegangene Übertragung des Beförderungsdienstpostens auf den Beigeladenen aus dem Jahr 2007 einer rechtlichen Überprüfung bedarf. Die Antragstellerin erwidert daraufhin, wenn überhaupt, sei 2007 allenfalls eine kommissarische, aber keine endgültige Dienstpostenübertragung auf den Beigeladenen erfolgt. Der Dienstposten sei dem Beigeladenen erst durch die hier streitgegenständliche Auswahl übertragen worden. Der Antragsgegner trägt vor, dass die streitige Auswahlentscheidung nur der Umsetzung der bereits 2007 auf den Beigeladenen nach einem

---

Ausschreibungsverfahren erfolgten Beförderungsdienstpostenübertragung diene. Hiervon sei die Antragstellerin als für das Dienstrecht im Thüringer Innenministerium zuständige Referentin informiert gewesen.

Der Beigeladene stellt keinen Antrag und äußert sich nicht zur Sache.

Wegen der weiteren Einzelheiten, insbesondere zum beruflichen Werdegang, zum Auswahlverfahren sowie zum erstinstanzlichen Vortrag der Beteiligten wird auf den Inhalt der gerichtlichen Verfahrensakte (ein Band), die beigezogenen Heftungen zum behördlichen Auswahlverfahren und die Personalakten der Antragstellerin und des Beigeladenen Bezug genommen, die Gegenstand der Beratung waren.

## II.

Die Beschwerde hat keinen Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat den vorläufigen Rechtsschutzantrag der Antragstellerin zu Recht abgelehnt.

Die Beschwerde ist zulässig (§§ 146 Abs. 4, 147 VwGO). Die Beschwerde genügt insbesondere den besonderen Begründungsanforderungen (§ 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO). Sie ist aber unbegründet. Mit ihrem Beschwerdevorbringen, das Gegenstand der Prüfung im Beschwerdeverfahren ist (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), zeigt die Antragstellerin nicht auf, dass das Verwaltungsgericht zu Unrecht ihrem Antrag nach § 123 VwGO im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren nicht entsprochen hat.

Die von der Antragstellerin beehrte einstweilige Anordnung ist zu erlassen, wenn in Bezug auf den Streitgegenstand die Gefahr besteht, dass durch die Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines ihr zustehenden Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (§ 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Der Anordnungsgrund und der Anordnungsanspruch sind glaubhaft zu machen (§ 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO in entsprechender Anwendung).

Der Antragstellung steht zunächst nicht der Einwand eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens entgegen. Allein der Umstand, dass die Antragstellerin möglicherweise zusammen mit anderen Beamten gegenüber verschiedenen Ministerien gleiche Ansprüche geltend gemacht hat, rechtfertigt nicht den Vorwurf, ihre alleinige Absicht



---

sei die Schädigung des Antragsgegners durch Blockierung seiner Personalentscheidungen gewesen. Die aufgezeigten Umstände sprechen nicht gegen die Ernsthaftigkeit ihres Rechtsschutzbegehrens. Die Antragstellerin hat im Einzelnen Gründe dargelegt, warum sie ihre Rechtsposition als verletzt ansieht, denen nicht von vorneherein jegliche Substanz abzusprechen ist. Diese Rechtsposition will sie durch die eingeleiteten Verfahren gesichert wissen. Diese Inanspruchnahme ihr zustehender prozessualer Rechte ist ihr nicht entgegen zu halten.

Die Antragstellerin hat den Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Eine Sicherung ihres Anspruchs ist geboten, da der Antragsgegner beabsichtigt, den Beigeladenen zum Leitenden Ministerialrat (Besoldungsgruppe B 3) zu befördern und die Antragstellerin für dieses Amt endgültig nicht zu berücksichtigen. Mit Besetzung dieser Stelle würde die Beförderung der Antragstellerin als unterlegener Bewerberin unmöglich werden, da die Beförderung des Beigeladenen wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte.

Die Antragstellerin hat jedoch keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht.

Im Interesse der Gewährung effektiven Rechtsschutzes gilt dabei im Rahmen der beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren ein herabgestufter Prüfungsmaßstab. Ein Anordnungsanspruch ist dann zu bejahen, wenn nach dem im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung erkennbaren Sach- und Streitstand nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden kann, dass die vom Dienstherrn getroffene Auswahlentscheidung zu Lasten der Antragstellerin rechtsfehlerhaft ist, weil deren Bewerbungsverfahrensanspruch keine hinreichende Beachtung gefunden hatte. Zugleich müssen die Aussichten des Betroffenen, in einem neuen rechtmäßigen Verfahren ausgewählt zu werden, zumindest „offen“ sein (vgl. zuletzt Beschluss des Senats vom 26. Juli 2007 - 2 EO 14/07 - n. v.; BVerfG, Beschlüsse vom 29. Juli 2002 - 2 BvR 311/03 - NVwZ 2004, 1524 und vom 24. September 2002 - 2 BvR 857/02 - NVwZ 2003, 200; BVerwG, Beschlüsse vom 20. Januar 2004 - 2 VR 3.03 - Buchholz 310 § 123 VwGO Nr. 23 und vom 21. August 2003 - 2 C 14.02 - BVerwGE 118, 370).

Kommt der Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren weitgehend die Bedeutung der Entscheidung im Hauptsacheverfahren zu, ist die gerichtliche

---

Überprüfung auch nicht lediglich auf eine summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage beschränkt; vielmehr ist grundsätzlich eine eingehende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Anspruchs auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl geboten (BVerfG, Beschluss vom 12. Mai 2005 - 1 BvR 569/05 - NVwZ 2005, 927; BVerwG, Urteil vom 17. August 2005 - 2 C 37.04 - BVerwGE 124, 99).

Auch unter Beachtung dieses strengen Maßstabs ist ein Anordnungsanspruch der Antragstellerin nicht gegeben. Der im Falle einer Auswahlentscheidung um die Besetzung eines Beförderungsamtes bzw. Beförderungsdienstpostens vom Antragsgegner grundsätzlich zu beachtende Bewerbungsverfahrensanspruch des konkurrierenden Beamten, nämlich dass der Dienstherr das ihm bei der zu treffenden Entscheidung zustehende Auswahlmessen unter Einhaltung etwaiger Verfahrensvorschriften fehlerfrei ausgeübt hat (vgl. eingehend zuletzt: Beschluss des Senats vom 30. Januar 2008 - 2 EO 236/07 - Juris Rz 48 ff. m. w. N.), ist nicht verletzt. Einer diesen Anspruch voraussetzende Auswahlentscheidung bedurfte es im Hinblick auf die zum 1. April 2008 beabsichtigte Beförderung des Beigeladenen nach § 11 Abs. 1 Satz 1 ThürLbVO nicht (vgl. 1.). In die diese Art der Beförderung voraussetzende Auswahl bei Übertragung des Beförderungsdienstpostens auf den Beigeladenen war die Antragstellerin als ressortfremde Beamtin auf Grund einer inhaltlich nicht angreifbaren Organisationsgrundentscheidung des Antragsgegners nicht einzubeziehen (vgl. 2.).

1. Der Antragsgegner war nach § 11 Abs. 1 Satz 1 ThürLbVO berechtigt, den Beigeladenen zum 1. April 2008 ohne weitere Auswahlentscheidung in das Amt eines Leitenden Ministerialrats (Besoldungsgruppe B 3) zu befördern. Das grundsätzlich bei jeder Beförderungsentscheidung zu beachtende Leistungsprinzip gemäß Art. 33 Abs. 2 GG wird in diesen Fällen dadurch gewährleistet, dass das Beförderungsamtsamt erst verliehen werden kann, wenn die Voraussetzungen des § 10 ThürLbVO erfüllt sind, nämlich der Beamte seine Eignung für einen höher bewerteten Dienstposten in einer Erprobungszeit nachgewiesen hat. Diese Vorschriften konkretisieren die gesetzliche Vorgabe des § 29 Abs. 2 Nr. 4 ThürBG, wonach der Beamte nicht befördert werden darf „vor Ablauf einer Erprobungszeit von sechs Monaten auf einem höher bewerteten Dienstposten“ (vgl. auch § 12 Abs. 2 Nr. 4 BRRG). Die Übertragung des höherwertigen Dienstpostens soll unter den

---

Bedingungen praktischer Tätigkeit die Prognose bestätigen, dass der Inhaber des Dienstpostens - besser als etwaige Mitbewerber - den Anforderungen des Beförderungsamtes genügen wird. Nur der erfolgreich Erprobte hat die Chance der Beförderung. Andere Interessenten, die bislang nicht auf einem höherwertigen Dienstposten erprobt worden sind, kommen für eine Beförderung aus laufbahnrechtlichen Gründen nicht in Betracht. Damit wird die Auslese für Beförderungsämter vorverlagert auf die Auswahl unter den Bewerbern um „Beförderungsdienstposten“ (vgl. grundlegend BVerwG, Urteile vom 17. August 2005 - 2 C 37.04 - a. a. O. und vom 16. August 2001 - 2 A 3.00 - BVerwGE 115, 58 jeweils m. w. N., vgl. auch BVerwG, Beschluss vom 7. Juli 2008 - 6 P 13.07 - PersR 2008, 381 und Urteil vom 25. November 2004 - 2 C 17.03 - BVerwGE 122, 237).

Der Anwendungsbereich dieser Bestimmung ist eröffnet. Wie sich aus den Angaben und den vorgelegten Unterlagen des Antragsgegners im Beschwerdeverfahren ergibt, stellt sich die Beförderung des Beigeladenen als Folge der Übertragung des höherwertigen Beförderungsdienstpostens an ihn zum 15. März 2007 und seiner im Vermerk vom 10. März 2008 festgestellten erfolgreichen Erprobung auf diesen Dienstposten dar.

2. Die Antragstellerin kann sich nicht darauf berufen, dass der Beförderungsdienstposten auf den Beigeladenen zum 15. März 2007 übertragen wurde, ohne sie in eine Auswahl einzubeziehen.

Wie ausgeführt, kann der ausgewählte Beamte nach erfolgreichem Abschluss einer Erprobungszeit ohne nochmalige Bewerberauswahl befördert werden, wenn den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG bereits bei der Besetzung des Dienstpostens genügt worden ist. Dies bringt unmittelbar die Bestimmung des § 11 Abs. 1 Satz 2 1. Alternative ThürLbVO zum Ausdruck, der die Auswahl nach dem Leistungsprinzip bei Beförderungen vorschreibt, für die nicht eine solche Auslese vorausgegangen ist. Der Übertragung des Beförderungsdienstpostens auf den Beigeladenen lag jedoch eine diesen Anforderungen genügende Auswahlentscheidung zugrunde. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist der Dienstposten dem Beigeladenen wirksam übertragen worden (vgl. a.). Das Rechtsschutzbegehren der Antragstellerin ist insoweit auch zulässig; sie hat insbesondere ihre prozessuale Befugnis, die Dienstpostenübertragung im vorliegenden Verfahren noch anzufechten, nicht

---

verwirkt (vgl. b.). Der Antragsgegner war berechtigt, ressortfremde Bewerber von der Auswahl auszuschließen (vgl. c.).

a. Dem Beigeladenen ist als Voraussetzung einer Beförderung ohne weitere Auswahl ein Beförderungsdienstposten zur Erprobung nach § 10 ThürLbVO durch den Antragsgegner mit Wirkung vom 15. März 2007 übertragen worden.

Dies wird unmittelbar durch die vom Antragsgegner im Beschwerdeverfahren vorgelegten Unterlagen sowie den Inhalt der Personalakte des Beigeladenen belegt. Nach einer am 23. Februar 2007 gegenüber den Mitarbeitern der Thüringer Staatskanzlei bekannt gegebenen hausinternen Stellenausschreibung des Dienstpostens des Leiters/der Leiterin der Abteilung 1 - Zentralabteilung, Medien - wurde nach Beteiligung der Landesregierung und Information des örtlichen Personalrates dem Beigeladenen als einzigem Bewerber mit Schreiben vom 14. März 2007 der Dienstposten mit Wirkung vom 15. März 2007 übertragen.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ergibt sich nichts anderes daraus, dass sowohl nach der Beschlussfassung der Landesregierung als auch dem Wortlaut des Schreibens vom 14. März 2007 der Antragsgegner dem Beigeladenen die Aufgaben des Dienstpostens „kommissarisch“ übertragen hat. Damit ist nicht zum Ausdruck gebracht, dass es sich nur um eine von Anfang an befristete, vorübergehende oder begrenzte vertretungsweise Übertragung des Dienstpostens handelt. Dies würde zum einen ersichtlich der Zielrichtung des durch die Ausschreibung eingeleiteten Besetzungsverfahrens, das auf eine endgültige Besetzung des Dienstpostens gerichtet ist, widersprechen. Der Begriff der kommissarischen Wahrnehmung der Aufgaben ist vielmehr auf den Umstand bezogen, dass der Beförderungsdienstposten nach § 10 ThürLbVO lediglich zur Erprobung übertragen werden kann, und weist darauf hin, dass es zur jederzeitigen Disposition des Dienstherrn steht, den Dienstposten in diesen Fällen, vor allem bei Nichtbewährung, wieder zu entziehen. Der Wortlaut verdeutlicht nur das, was nach dem Gesetz gilt. Folgerichtig soll dem Beigeladenen nach der nunmehr festgestellten erfolgreichen Erprobung zum 1. April 2008 der Dienstposten endgültig übertragen und er befördert werden. Dieses Verfahren entspricht im Übrigen auch der Bestimmung des § 10 Abs. 3 der Gemeinsamen Geschäftsordnung für die Landesregierung sowie für die Ministerien und die Staatskanzlei des Freistaats Thüringen vom 31. August 2000

---

(GVBl S. 237 - ThürGGO -) und dürfte der Antragstellerin als für diese Fragen zuständiger Referentin im Thüringer Innenministerium bekannt sein.

b. Die Antragstellerin ist nicht prozessual mit ihrem Vorbringen gegen die ursprüngliche Personalmaßnahme ausgeschlossen. Insbesondere fehlt der Antragstellerin nicht das Rechtsschutzbedürfnis, weil sich der Rechtsschutz wegen der zum 15. März 2007 erfolgten Übertragung des Dienstpostens auf den Beigeladenen erledigt hätte. Das Stellenbesetzungsverfahren ist nicht vor der Ernennung - hier durch die Beförderung des anderen Bewerbers - endgültig abgeschlossen. Weder die Beendigung der Ausschreibung noch die Übertragung des Beförderungsdienstpostens auf den Mitbewerber führt zu einer Erledigung des Konkurrentenstreits. War die Auswahlentscheidung zugunsten des Mitbewerbers rechtswidrig, so kann sie neu getroffen, durch eine andere Auswahlentscheidung ersetzt und gegebenenfalls die Übertragung des Dienstpostens auf den Mitbewerber rückgängig gemacht sowie der Beförderungsdienstposten anderweitig besetzt werden (BVerwG, Urteil vom 16. August 2001 - 2 A 3.00 - BVerwGE 115, 58, Juris Rz 27).

Es kann weiterhin dahinstehen, ob die Antragstellerin ihre prozessuale Befugnis, diese Dienstpostenübertragung zum 15. März 2007 im Wege eines vorläufigen Rechtsschutzverfahrens anzufechten, verwirkt hat.

Insoweit ist jedoch in der Rechtsprechung allgemein anerkannt, dass auch die Geltendmachung verfahrensrechtlicher Rechte den Grundsätzen von Treu und Glauben unterliegt und dass diese verwirkt werden können mit der Folge, dass sie nicht mehr ausgeübt werden dürfen. Diese Verwirkung setzt einen längeren Zeitraum voraus, währenddessen die Möglichkeit der Einleitung von Verfahrensschritten bestand. Diese Möglichkeit muss dem Berechtigten bewusst gewesen sein. Der positiven Kenntnis steht es regelmäßig gleich, wenn der Berechtigte von der ihn belastenden Maßnahme zuverlässig Kenntnis hätte haben müssen, weil sich ihm zum einen deren Vorliegen hätte aufdrängen müssen und es ihm zum anderen möglich und auch zumutbar war, sich über die getroffene Maßnahme letzte Gewissheit zu verschaffen. Die Einleitung eines Verfahrens muss gerade deshalb gegen Treu und Glauben verstoßen, weil der Berechtigte trotz vorhandener Kenntnis oder der ihm zuzurechnenden Möglichkeit der Kenntnis erst zu einem derart späten Zeitpunkt seine prozessualen Rechte geltend macht, zu dem die nunmehr

---

angegriffene Behörde nicht mehr damit rechnen musste. Die betroffene Behörde rechnet dann nicht mehr mit einer Anfechtung ihrer Maßnahme, wenn ein Berechtigter unter Verhältnissen ihr gegenüber untätig bleibt, unter denen jedermann vernünftigerweise etwas zur Wahrung des Rechts unternommen hätte. Durch das Unterlassen wird eine tatsächliche Lage geschaffen, auf die sich die Behörde einstellen darf. Endlich muss sich die beklagte Behörde auch tatsächlich in einer Weise auf das Verhalten des Berechtigten eingerichtet haben, dass für sie eine begründete Anfechtung mit nicht mehr zumutbaren Nachteilen verbunden wäre. In der Situation des beamtenrechtlichen Konkurrentenverfahrens kommt hinzu, dass nicht, wenn nicht der Rechtskreis, so jedoch berechnete Interessen eines Drittbetroffenen, nämlich des begünstigten Beamten, durch den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung berührt werden (vgl. zu allem BVerwG, Urteil vom 10. August 2000 - 4 E 11.99 - DVBl. 2000, 1862; HessVGH, Beschluss vom 4. August 1993 - 1 TG 1460/93 - NVwZ 1994, 398 jeweils m. w. N.).

Ob der Antragstellerin dadurch, dass sie es unterlassen hat, innerhalb eines Zeitraums von fast einem Jahr nach Übertragung des Beförderungsdienstpostens auf den Beigeladenen ihre Rechte in einem Konkurrentenstreitverfahren geltend zu machen, die Treuwidrigkeit entgegenzuhalten ist, kann nicht abschließend beurteilt werden. Es ist nicht zweifelsfrei, dass die Antragstellerin Kenntnis von der Personalmaßnahme hatte bzw. hätte haben müssen. Dafür spricht, dass die Antragstellerin als zuständige Referentin im Thüringer Innenministerium für alle kabinettspflichtigen Personalentscheidungen, wie hier nach § 10 Abs. 3 ThürGGO, zuständig war. Insoweit hat der Antragsgegner auch zuletzt vorgetragen, dass die Antragstellerin jedenfalls telefonisch in die Abstimmung der Kabinetttvorlage, die die Übertragung des Dienstpostens an den Beigeladenen zum Gegenstand hatte, einbezogen gewesen sei. Eine weitergehende Substantiierung dieser Angaben, insbesondere zum konkreten Inhalt, unterbleibt. Der Vorgang ist überdies nicht in den dem Gericht vorgelegten Akten belegt. Hieraus ergibt sich lediglich, dass die Personalentscheidung auf Grundlage einer Tischvorlage an das Landeskabinett ergangen ist, die eine Vorabstimmung mit anderen Ressorts nicht erkennen lässt. Der Senat unterlässt eine weitergehende Sachverhaltsaufklärung ggf. durch Beweiserhebung, da sich ungeachtet der Verwirkung von Rechten jedenfalls die damalige Übertragung des Dienstpostens an den Beigeladenen als rechtmäßig erweist.

---

c. Die Übertragung des Dienstpostens auf den Beigeladenen verletzt nicht den auf Art. 33 Abs. 2 GG gestützten Bewerbungsverfahrensanspruch der Antragstellerin.

Dieses Recht der Antragstellerin kann zwar Geltung im Rahmen eines Auswahlverfahrens beanspruchen, wie dies der Senat in seiner ständigen Rechtsprechung betont hat (vgl. nur Beschluss des Senats vom 30. Januar 2008 - 2 EO 236/07 - m. w. N.). Dies setzt aber voraus, dass sich die Dienstbehörde auf Grundlage einer sachlich gerechtfertigten Organisationsgrundscheidung dazu entschlossen hat, ein Auswahlverfahren durchzuführen und damit den Schutzbereich der grundgesetzlichen Anforderungen nach Art. 33 Abs. 2 GG zu eröffnen. Der Antragsgegner hat im vorliegenden Fall sein Organisationsermessen dahin ausgeübt, nur eine auf die Mitarbeiter seines Ressorts beschränkte Ausschreibung und damit einhergehende Auswahl zuzulassen. Diese Beschränkung ist sachlich gerechtfertigt. Rechte der ressortfremden Antragstellerin waren nicht zu berücksichtigen. Hierzu im Einzelnen:

Art. 33 Abs. 2 GG gewährt zwar jedem Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Dies begründet jedoch kein Recht auf die Einrichtung und Besetzung von Stellen. Die Zahl der im öffentlichen Dienst besetzbaren Stellen wird allein von der Organisationsgewalt der öffentlich-rechtlichen Körperschaften bestimmt. Dies hat auch zur Folge, dass Art. 33 Abs. 2 GG keinen unbedingten Anspruch auf Übernahme in den öffentlichen Dienst gewährt. Die Organisations- und haushaltsrechtlichen Vorentscheidungen, die überhaupt zur Existenz eines verfügbaren öffentlich-rechtlichen Amtes führen, sind demnach nicht Gegenstand, sondern Voraussetzung für die Gewährleistungen des Art. 33 Abs. 2 GG. Dies bedeutet, dass der Schutzbereich der Norm erst auf der Grundlage einer im Rahmen der Organisationsgewalt zur Verfügung gestellten und für die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben gewidmeten Stelle eröffnet ist. Dabei finden die Entscheidungen der Träger der staatlichen Organisationsgewalt ihre leitenden Orientierungsdaten einerseits in den legitimen Verwaltungsaufgaben und andererseits in den verfügbaren Finanzmitteln. Dem entspricht es, dass die Rechtsprechung betont, dass der Dienstherr aufgrund seiner Organisationsfreiheit berechtigt ist, zwischen Umsetzung, Versetzung und Beförderung als Mittel zur Besetzung eines freien Dienstpostens zu wählen. Die Ausübung dieses Rechts steht

---

in seinem pflichtgemäßen Ermessen (vgl. zu allem BVerwG, Urteile vom 25. November 2004 - 2 C 17.03 - BVerwGE 122, 237, vom 28. Oktober 2004 - 2 C 23.03 - BVerwGE 122, 147, vom 20. August 2003 - 1 WB 23.03 - RiA 2004, 35 und vom 23. Oktober 1980 - 2 C 22.79 - ZBR 1981, 228; OVG Hamburg, Beschluss vom 29. Dezember 2005 - 1 Bs 260/05 - ZBR 2006, 256; Niedersächsisches OVG, Beschlüsse vom 9. Mai 2006 - 5 ME 31/06 - NVwZ-RR 2007, 398 und vom 17. August 2005 - 5 ME 100/05 - OVG MüLü 50, 367; OVG NW, Beschlüsse vom 15. März 2003 - 1 B 2230/02 - RiA 2004, 152 und vom 28. Januar 2002 - 6 B 1275/01 - RiA 2003, 155; OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 17. September 2007 - 2 B 10807/07 - IÖD 2008, 51; Sächsisches OVG, Beschluss vom 13. November 2007 - 3 BS 19/07 - BDVR-Rundschreiben 2008, 39; OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 13. Februar 2007 - 1 M 22/07 - ZBR 2007, 321). Diese Spruchpraxis hat das Bundesverfassungsgericht in seiner ständigen Rechtsprechung gebilligt (BVerfG, Beschlüsse vom 28. Februar 2007 - 2 BvR 2494/06 - NVwZ 2007, 693, vom 20. September 2002 - 2 BvR 819/01 - DVBI 2002, 1629 und vom 11. November 1999 - 2 BvR 1992/99 - ZBR 2000, 377 jeweils m. w. N.). Die Organisationsgrundsatzentscheidung kann mithin aufgrund sachlicher Erwägungen ohne Beschränkung auf verfassungsrechtliche Belange getroffen werden.

Anderes gilt erst dann, wenn die Dienstbehörde, der die personalwirtschaftlichen Befugnisse durch Organisationsakt übertragen sind, eine Auswahlentscheidung innerhalb des von ihr angesprochenen Bewerberkreises zu treffen hat. Die Auswahlmaßnahmen, beginnend von der Erstellung des Anforderungsprofils bis hin zur eigentlichen Auswahlentscheidung dürfen grundsätzlich nur auf Gesichtspunkte gestützt werden, die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber unmittelbar betreffen. Belange, die im Leistungsgrundsatz nicht verankert sind, können bei der Bewerberauswahl zur Besetzung öffentlicher Ämter nur Berücksichtigung finden, wenn ihnen außerhalb von Art. 33 Abs. 2 GG Verfassungsrang eingeräumt ist und sie - soweit es nicht um die Ausnahme einer unmittelbar drohenden Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes, sondern nur um Fragen des optimierenden Ausgleichs mit anderen verfassungsrechtlich geschützten Interessen geht - auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen (vgl. nur BVerwG, Urteil vom 17. August 2005 - 2 C 37.04 - a. a. O. m. w. N.).



---

Der Antragsgegner hat im Rahmen des Verfahrens der Übertragung des hier streitgegenständlichen Beförderungsdienstpostens eine Organisationsgrundentscheidung dergestalt getroffen, dass er das Auswahlverfahren auf Mitarbeiter seines Ressorts, der Thüringer Staatskanzlei, beschränkt hat. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut der Stellenausschreibung im Februar 2007, die als „hausinterne Stellenausschreibung“ betitelt ist und ausschließlich gegenüber den Mitarbeitern des Ressorts durch Versand als E-Mail bekanntgegeben worden ist. Der Antragsgegner hat hiermit auch erkennbar keine Merkmale des Anforderungsprofils erfasst, sondern in der Art und Weise der Bekanntmachung seine organisatorisch geprägte Grundentscheidung zum Ausdruck gebracht, die Auswahl auf das Ressort zu beschränken. Die Beschränkung wird nicht als Leistungskriterium benannt, sondern ist ein vorgegebenes strukturelles Abgrenzungsmerkmal.

Diese Organisationsgrundentscheidung findet auch ihre sachliche Rechtfertigung. Dies folgt im Allgemeinen schon aus der den Ressortministern obliegenden Organisationshoheit und des ihnen damit eingeräumten Stellenbewirtschaftungsermessens, die ihren gesetzlichen Ausdruck in den den obersten Dienstbehörden zugeschriebenen umfassenden Zuständigkeiten nach den einschlägigen Beamtengesetzen, insbesondere in Abgrenzung zu anderen Ressorts im Bereich der Versetzungen (§ 31 Abs. 5 ThürBG), findet. Der Umfang, die Eigenart und die Vielfalt der der öffentlichen Hand zur Wahrnehmung übertragenen Aufgaben machen es erforderlich, den mit der Erfüllung dieser Aufgaben betrauten Verwaltungen und Einrichtungen im Bereich der Organisation wie besonders auch im Bereich des Personaleinsatzes innerhalb der bestehenden öffentlich-rechtlichen Festlegungen ausreichende Gestaltungs- und Handlungsmöglichkeiten zu belassen. Es ist letztlich dem Ressortminister, dem die Verantwortung der Organisation und des Personals in seinem Geschäftsbereich durch die Verfassung verpflichtend zugeschrieben ist (Ressortprinzip, Art. 76 Abs. 1 Satz 2 ThürVerf; vgl. hierzu: Linck u. a., Die Verfassung des Freistaats Thüringen, 1995, Art. 76 Rz. 7; Herzog in: Maunz/Dürig, GG, 23. Lfg., Art. 65 Rz. 57 ff., 60), überlassen, welches Mittel des Personaleinsatzes und der Personalgewinnung (Abordnung, Versetzung, Beförderung, Übertragung höher oder niedriger zu bewertender Tätigkeiten, Neueinstellungen) er wählt. Die Auswahl des angemessenen Mittels wird durch die vom Haushaltsgesetzgeber vorgegebene Beschränkung der Stellenbewirtschaftung,

---

nämlich durch die den einzelnen Haushaltstiteln zugeordneten Stellenpläne, vorgeprägt. Nur in diesem ressortbegrenzten Rahmen wird regelmäßig für die zuständige oberste Dienstbehörde eine geordnete und vorausschauende Personalentwicklung, wie sie auch Art. 33 Abs. 2 GG voraussetzt, möglich sein, die durch eine Vielzahl von Kriterien, wie z. B. Nachwuchsförderung, Schaffung einer ausgeglichenen Altersstruktur, Bewirtschaftung der Personalkosten, geprägt ist. Von der Zulässigkeit einer dann grundsätzlich begründeten ressortbeschränkten Ausschreibung geht sodann konsequenterweise die laufbahnrechtliche Vorschrift des § 3 Abs. 2 Satz 1 ThürLbVO aus, nach der Beförderungsdienstposten innerhalb des Behördenbereichs ausgeschrieben werden sollen (vgl. ebenso im Bundesbereich: § 4 Abs. 2 BLV).

Seine konkrete sachliche Rechtfertigung findet im vorliegenden Fall die Ressortbeschränkung der Auswahl überdies in den Gründen, die der Richtlinie zur Vermittlung von Personal sowie zur Besetzung von Stellen/Planstellen in der Thüringer Landesverwaltung (ThürStAnz 2005 S. 2056 - Personalentwicklungsrichtlinie -), die am 13. September 2005 mit Wirkung vom 1. November 2005 von der Landesregierung beschlossen wurde und mithin auch vom zuständigen Ressortminister als Verantwortlichem für die Personalbewirtschaftung mitgetragen wird, zugrunde liegen. Diese Personalentwicklungsrichtlinie gibt als Modell eines Stellenbesetzungsverfahrens grundsätzlich vor, dass alle die im Ressort zu besetzenden freien oder frei werdenden Stellen vordringlich mit Beschäftigten aus dem eigenen Geschäftsbereich nachbesetzt werden sollen (Nr. 5.1 Personalentwicklungsrichtlinie). Erst sodann soll über die eingerichtete Personalentwicklungsstelle der Landesregierung eine Stellenbesetzung ermöglicht werden und soweit dieser Stelle keine Personen gemeldet worden sind, eine landesweite verwaltungsinterne und - auf letzter Stufe - eine externe Ausschreibung der Stelle erfolgen (vgl. im Einzelnen Nr. 5.2, 5.3 und 5.4 Personalentwicklungsrichtlinie). Dieses zwischen den Ressorts abgesprochene Verfahren dient der Bewältigung der schwierigen finanziellen Lage des Landeshaushalts und der infolgedessen vom Ministerpräsidenten 2004 angekündigten und von der Landesregierung gebilligten Entscheidung, 7.400 Stellen in der Landesverwaltung bis zum Ende der laufenden Legislaturperiode sozial verträglich abzubauen. Die Landesregierung hat durch die angesprochene Regelung unmittelbar zum Ausdruck gebracht, dass die notwendigen Personalmaßnahmen

---

zunächst auf der Ebene der für die Personalbewirtschaftung zuständigen Ressorts zu bewältigen sind; sie haben insbesondere den Beschäftigten, deren Aufgaben künftig entfallen, neue Perspektiven und berufliche Entwicklungsmöglichkeiten zu eröffnen. Der dahinterstehende Gedanke, dass ein effektiver Personaleinsatz am besten durch die Ressorts aufgrund deren detaillierten und langjährigen Personalmanagements gewährleistet ist, ist sachlich nicht anzufechten.

Dass hier das sachliche Ermessen der Dienstbehörde ausnahmsweise weitergehender eingeschränkt ist, weil zum Beispiel eine anderweitige gesetzliche Festlegung besteht oder der Dienstherr sich im Einzelfall anders verpflichtet hat (vgl. Niedersächsisches OVG, Beschluss vom 17. August 2005 - 5 ME 100/05 - OVGE MüLü 50, 367) bzw. der Grundsatz von Treu und Glauben dem entgegensteht (vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 29. Dezember 2005 - 1 BS 260/05 - ZBR 2006, 256), bedarf keiner näheren Erörterung, da solche Umstände weder erkennbar sind noch durch die Beteiligten geltend gemacht worden sind.

3. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 154 Abs. 2 VwGO. Es entspricht nicht der Billigkeit, der Antragstellerin auch die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen aufzuerlegen. Dieser hat im Beschwerdeverfahren weder einen Antrag gestellt noch in der Sache Stellung genommen mit der Folge, dass er sich einem Kostenrisiko nicht ausgesetzt hat (vgl. §§ 154 Abs. 3, 162 Abs. 3 VwGO).

Der Streitwert ist auf Grundlage des § 63 Abs. 2 i. V. m. § 47, 53 Abs. 3 Nr. 1 sowie § 52 Abs. 1, Abs. 5 Satz 2 GKG festzusetzen; insoweit nimmt der Senat Bezug auf die Begründung der erstinstanzlichen Streitwertfestsetzung im angegriffenen Beschluss des Verwaltungsgerichts.

Hinweis:

Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, §§ 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 2 GKG).

Lindner

Bathe

von Saldern