

## Orientierungssätze:

1. Hat der Dienstherr in der Ausschreibung eines Dienstpostens festgelegt, dass Umsetzungen/Versetzungen vorrangig durchgeführt werden können, so ist das konkrete Auswahlverfahren eines nicht zum Zuge gekommenen Versetzungsbewerbers nicht an den Maßstäben des Art. 33 Abs. 2 GG zu messen. Die Auswahlentscheidung des Dienstherrn muss dann lediglich den Anforderungen an die Ausübung eines pflichtgemäßen, aber sehr weit gespannten Ermessens genügen und darf nicht willkürlich sein (Bestätigung der Rechtsprechung des BayVGH).
2. Die Altersgrenze von 55 Jahren gemäß Nummer 2.12.2. RBestPol gilt nur für Beamte, die sich als Beförderungsbewerber um einen höheren Dienstposten bewerben. Umsetzungen/Versetzungen aus besonderen dienstlichen Gründen sind davon nicht betroffen.

### Hinweis:

Mit seiner Entscheidung im Zulassungsverfahren hat der für Beamtenrecht zuständige 3. Senat seine ständige Entscheidungspraxis bestätigt (vgl. etwa BayVGH, B. v. 19.3.2013 – 3 CE 12.2726 – juris).

Er hat damit die in der „Richtlinie über die Bestellung auf Dienstposten des gehobenen und höheren Dienstes der Bayerischen Polizei“ (RBestPol) vorgesehene vorrangige Bestellung von Um- oder Versetzungsbewerbern gebilligt. Denn es liege grundsätzlich im organisatorischen Ermessen des Dienstherrn, ob er eine Stelle durch Umsetzung oder Versetzung mit einem Bewerber besetzen will, der bereits ein dem Dienstposten entsprechendes statusrechtliches Amt innehat, oder mit einem Beförderungsbewerber (vgl. auch BVerwGE 122, 237). Gibt der Dienstherr – nach einem entsprechenden Hinweis in der Ausschreibung – einem Ver-/Umsetzungsbewerber den Vorzug, so kann sich der abgewiesene Beförderungsbewerber nicht auf den Grundsatz der Bestenauslese berufen. Ein Leistungsvergleich zwischen Ver- /Umsetzungsbewerber und Beförderungsbewerber muss darum nicht erfolgen.

3 ZB 13.1194  
Au 2 K 11.1781

*Großes  
Staatswappen*

**Bayerischer Verwaltungsgerichtshof**

In der Verwaltungsstreitsache

\*\*\*\*\* \*\*\*  
,

\*\*\*\*\* \* \* , \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*  
,

- \*\*\*\*\* -

\*\*\*\*\*.

\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*  
,

\*\*\*\*\*\_\*\*\*\*\*\_\*\*\*\*\* \*\* , \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*  
,

gegen

**Freistaat Bayern,**

vertreten durch die Landesrechtsanwaltschaft Bayern,  
Ludwigstr. 23, 80539 München,

- Beklagter -

beigefügt:

\*\*\*\*\*

\*\*\* \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*

wegen

Stellenbesetzung;

hier: Antrag des Klägers auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts Augsburg vom 17. Januar 2013,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 3. Senat,  
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Läßle,  
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Neumüller,  
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Vicinus

ohne mündliche Verhandlung am **14. März 2014**  
folgenden

### **Beschluss:**

- I. Der Antrag auf Zulassung der Berufung wird abgelehnt.
- II. Der Kläger trägt die Kosten des Antragsverfahrens.  
Der Beigeladene trägt seine außergerichtlichen Kosten selbst.
- III. Der Streitwert für das Antragsverfahren wird auf 5.000 Euro festgesetzt.

### **Gründe:**

- 1 Der Antrag auf Zulassung der Berufung bleibt ohne Erfolg.
- 2 Der Senat lässt offen, ob der Zulassungsantrag nicht schon daran scheitert, dass er entgegen § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO nicht die Gründe i.S.d. § 124 Abs. 2 VwGO darlegt, aus denen die Berufung zuzulassen ist, sondern sich nur in Form einer Berufungsbegründung gegen das erstinstanzliche Urteil wendet.
- 3 Denn selbst wenn man das als Geltendmachung ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des Urteils i.S.d. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO sehen wollte, hat das Verwaltungsgericht die Klage gegen die Stellenbesetzung des Dienstpostens „Leiter der Technischen Ergänzungsdienste bei der PI K\*\*\*\*\*“ zu Recht abgewiesen.
- 4 Das Verwaltungsgericht hat zu Recht ausgeführt, dass das konkrete Auswahlverfahren nicht an den Maßstäben des Art. 33 Abs. 2 GG zu messen ist. Zwar gewährt Art. 33 Abs. 2 GG jedem Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Der Grundsatz der Bestenauslese ist demnach von der Verfassung verbindlich und vorbehaltlos vorgeschrieben (BVerfG B.v. 4.10.2012 – 2 BvR 1120/12 NVwZ 2013, 573); Art. 33 Abs. 2 GG dient vornehmlich dem öffentlichen Interesse an einer best-

möglichen Besetzung von Beamtenstellen, berücksichtigt aber zugleich das berechnigte Interesse eines Beamten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen – ein Bewerber hat daher einen Anspruch auf rechtsfehlerfreie Anwendung (BayVGh v. 29.1.2013 – 3 CE 12.1214 – juris Rn. 27).

- 5 Dies gilt jedoch dann nicht, wenn der Dienstherr in der Ausschreibung festgelegt hat, dass Umsetzungen/Versetzungen vorrangig durchgeführt werden können. Der Beklagte hat mit dem Hinweis in der Ausschreibung Nr. 11 vom 15. Juni 2011, dass Umsetzungen nach Nr. 3 RBestPol (Richtlinien über die Bestellung auf Dienstposten des gehobenen und des höheren Dienstes der Bayerischen Polizei v. 20.8.1997 i.d.F. v. 31.3.2003 – Az. IC 3 – 0302.3 – 2 Gliederungsnr. 2030 2.2 – I) vorrangig durchgeführt werden können, hinreichend klargelegt, dass Beamte, die bereits einen Dienstposten innehaben, der - wie hier - dem Wert des ausgeschriebenen Dienstpostens gleichwertig ist, nicht am Auswahlverfahren nach Nr. 2 RBestPol teilnehmen. Sie können jedoch - auch nach erfolgter Ausschreibung - dann vorrangig bestellt werden, wenn es besondere dienstliche Gründe erfordern oder zwingende persönliche Gründe vorliegen und Kosten dadurch nicht anfallen. Die Besetzung des Dienstpostens wegen zwingender persönlicher Gründe soll grundsätzlich nur nach erfolgter Ausschreibung des Dienstpostens durchgeführt werden (vgl. Ziffer 3.1.2 und 3.1.4 RBestPol). Nur dann, wenn sich der Dienstherr für ein Auswahlverfahren entschließt, an dem Beförderungs- und Umsetzungs- (Versetzungs-)Bewerber unterschiedslos teilnehmen, legt er sich auf ein an den Maßstäben des Art. 33 Abs. 2 GG ausgerichtetes Auswahlverfahren (Auswahlverfahren nach dem Prinzip der Bestenauslese) fest. Schreibt der Dienstherr eine Stelle in dieser Weise aus, so hat er seine Organisationsfreiheit durch Wahl und Ausgestaltung des Besetzungsverfahrens beschränkt mit der Folge, dass auch Versetzungsbewerber bzw. Umsetzungsbewerber am Leistungsgrundsatz zu messen sind. Nur in diesem Fall muss sich der Dienstherr an dem gewählten Modell der Bestenauslese auch bezüglich der Versetzungs- (Umsetzungs-)Bewerber festhalten lassen (BVerfG v. 28.11.2007 – 2 BvR 1431/07 – juris Rn.10; BayVGh v. 22.3.2013 – 3 CE 12.2195 – juris). Das war jedoch nicht der Fall.
- 6 Der Kläger musste nicht nach dem Prinzip der Bestenauslese behandelt werden; ein Leistungsvergleich, vorrangig anhand der aktuellen Beurteilungen, war deshalb nicht anzustellen. Der Beklagte hat seine Organisationsfreiheit nicht durch eine Festlegung auf Gleichbehandlung von Umsetzungs-, Versetzungsbewerbern einerseits und Beförderungsbewerbern andererseits eingeschränkt. Die getroffene Auswahlentschei-

dung zugunsten des Beigeladenen musste daher nur den Anforderungen an die Ausübung eines pflichtgemäßen, aber sehr weit gespannten Ermessens genügen und durfte nicht willkürlich sein (BVerfG v. 28.11.2007 – 2 BvR 1431/07– juris Rn. 10; BVerwG v. 22.5.1980 –2 C 30.78 – BVerwGE 60, 144 sowie die Rechtsprechung des Senats BayVGH B.v. 19.3.2013 – 3 CE 12.2726 – juris, B.v. 3.7.2008 – 3 CE 08.1538 – juris, B.v. 22.3.2013 – 3 CE 12.2195 – juris).

7 Der Beklagte hat die Auswahlentscheidung auf das Erfordernis besonderer dienstlicher Gründe gestützt. Sie beruhte insbesondere auf der Erwägung, dass der Beklagte im Interesse der Aufrechterhaltung eines ungestörten Dienstbetriebes eine größtmögliche personelle Kontinuität auf diesem Dienstposten für erforderlich hielt, nachdem dort zuvor mehrfache Personalwechsel stattgefunden hatten. Dieser Gesichtspunkt ist sachgerecht und vom weiten Ermessen des Dienstherrn gedeckt. Da es auf einen Leistungsvergleich zwischen dem Kläger und dem Beigeladenen nicht ankommt, gehen die Ausführungen des Klägers in dieser Hinsicht ins Leere. In der Ausschreibung wurde auch nicht ausgeschlossen, dass ausnahmsweise ein Beamter der dritten Qualifikationsebene bestellt werden kann, der die fachliche Ausbildung noch nicht besitzt. Diese ist dann nach der Bestellung auf den Dienstposten nachzuholen. Der Beigeladene hatte im Zeitpunkt der Umsetzung jedoch bereits an speziellen Fortbildungslehrgängen im Bereich Kfz, Waffen und Gerät teilgenommen. Allein durch die Behauptung, der Kläger sei für den fachspezifischen Dienstposten aufgrund seiner Vorbildung besser geeignet, lässt sich ein Ermessensfehler nicht begründen. Der Beigeladene hat den Dienstposten seit März 2010 inne, hat sich auf dem Dienstposten bewährt und inzwischen an den speziellen Fortbildungslehrgängen teilgenommen. Auch wenn der Kläger auf manchen Teilgebieten im Bereich Kfz-Waffen-Gerät als Seminarleiter eine größere Wissensfülle als der Beigeladene als Teilnehmer in diesem Seminar hat, wird dadurch die Umsetzungsentscheidung des Dienstherrn nicht fehlerhaft. Der Dienstherr hat festgestellt, dass sich der Beigeladene auf dem Dienstposten seit seiner Bestellung bewährt hat und wollte aus dienstlichen Gründen eine Kontinuität erreichen, nachdem zuvor der Dienstposten in kurzen Zeiträumen mit verschiedenen Beamten besetzt war.

8 Soweit der Kläger bemängelt, durch die Bestellung des 1956 geborenen Beigeladenen sei die Altersgrenze von 55 Jahren gemäß Nr. 2.11.2 RBestPol nicht beachtet worden, geht dieser Einwand ins Leere. Wie das Verwaltungsgericht zu Recht ausgeführt hat, gilt die Regelung Nr. 2.11.2 RBestPol, wonach Beamte, die das

55. Lebensjahr vollendet haben, nicht mehr auf einen Dienstposten wechseln können, für den eine besondere fachliche Ausbildung und praktische Erfahrung erforderliche sind, nur für Beamte, die sich als Beförderungsbewerber um einen höheren Dienstposten bewerben. Darin kann auch kein Verstoß gegen Art. 3 GG gesehen werden. Es verstößt nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz, wenn hinsichtlich Bewerbungen und Umsetzungen/Versetzungen aus besonderen dienstlichen Gründen unterschiedliche Regelungen getroffen werden. Die Regelungen für die Umsetzung /Versetzung und für die Beförderung müssen nicht gleichgelagert sein, da es sich um verschiedene Sachverhalte handelt. Im Fall der Umsetzung/Versetzung kann der Dienstherr den Wechsel auf die in 2.11.2 RBestPol genannten Dienstposten bei seinen Überlegungen miteinbeziehen und kann in Kauf nehmen, dass dann hohe Ausbildungskosten entstehen. Im Fall einer Auswahl im Rahmen der Bestenauslese können hohe Aus- und Fortbildungskosten entstehen, ohne dass der Dienstherr sonst darauf Einfluss nehmen könnte. Solche unterschiedlichen Handhabungen sind vom weiten Organisationsermessen des Dienstherrn gedeckt.

- 9 Ebenso kann sich der Kläger nicht auf eine Altersdiskriminierung berufen, da er nicht wegen Überschreitens der Altersgrenze von 55 Jahren abgelehnt wurde.
- 10 Die Ausführungen des Klägers über die frühere Besetzung der Stelle sind für das jetzige Besetzungsverfahren unerheblich. Soweit der Kläger auf den vom Verwaltungsgericht hilfsweise vorgenommenen Leistungsvergleich verweist (Rn. 24 UA) und ihn als unzulässig bewertet, setzt er sich in Widerspruch zu seinen Ausführungen in Nr. 1 der Zulassungsbegründung, in der er ausführt, der Dienstposten müsse nach den Grundsätzen der Bestenauslese vergeben werden. Ob der Kläger gegenüber den anderen Beförderungsbewerbern einen Leistungsvorsprung gehabt hätte, ist nach dem vorstehend Ausgeführten nicht entscheidungserheblich.
- 11 Der Antrag war daher mit der Kostenfolge des § 154 Abs. 2 VwGO abzulehnen.
- 12 Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1 und 3, § 52 Abs. 2 GKG.
- 13 Mit der Ablehnung des Antrags auf Zulassung der Berufung wird die Entscheidung des Verwaltungsgerichts rechtskräftig (§ 124a Abs. 5 Satz 4 VwGO).