



Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

OVG: 2 B 206/22

VG: 6 V 473/22

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

– Antragsteller und Beschwerdegegner –

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

die Freie Hansestadt Bremen, vertreten durch die Senatorin für Justiz und Verfassung,
Richtweg 16 - 22, 28195 Bremen,

– Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin zu 1.–

Prozessbevollmächtigter:

beigeladen und Beschwerdeführerin zu 2.:

Prozessbevollmächtigte:

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 2. Senat - durch den Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts Dr. Maierhöfer, den Richter am Oberverwaltungsgericht Traub und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Dr. Koch am 17. November 2022 beschlossen:

**Auf die Beschwerden der Antragsgegnerin und der Beigeladenen
wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt**

Bremen - 6. Kammer - vom 29. Juli 2022 mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung aufgehoben.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird abgelehnt.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 27.928,80 Euro festgesetzt.

Gründe

I. Der Antragsteller begehrt eine einstweilige Anordnung zur Freihaltung der Stelle der Generalstaatsanwältin bzw. des Generalstaatsanwalts der Freien Hansestadt Bremen.

Der Antragsteller wurde zum Richter auf Probe ernannt und steht seitdem im Dienst der Antragsgegnerin. Im wurde er unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zum Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft ernannt. Von war er an das Bundesministerium der Justiz abgeordnet. Im 1999 wurde er zum Oberstaatsanwalt befördert und von der Staatsanwaltschaft Bremen zur Generalstaatsanwaltschaft Bremen versetzt. Aufgrund seiner Bestellung zum Ständigen Vertreter der Generalstaatsanwältin wurde er zum 01.01.2011 zum Oberstaatsanwalt der Besoldungsgruppe R 2 mit Amtszulage ernannt.

Die Beigeladene wurde im zur Richterin auf Probe in Niedersachsen und im zur Staatsanwältin auf Lebenszeit bei der Staatsanwaltschaft ernannt. Im 2010 wurde sie zur Oberstaatsanwältin befördert. Von war sie mit einem Arbeitskraftanteil von 0,5 an das niedersächsische Justizministerium abgeordnet. Am 01.09.2020 wurde sie zur Senatsrätin (Besoldungsgruppe B 3) im Dienst der Antragsgegnerin ernannt und leitet seitdem in der Behörde der Senatorin für Justiz und Verfassung die Abteilung .

Der Antragsteller und die Beigeladene bewarben sich auf die von der Antragsgegnerin am 30.07.2021 ausgeschriebene Stelle der Generalstaatsanwältin bzw. des Generalstaatsanwalts der Freien Hansestadt Bremen. Für beide wurden unter dem 03.11.2021 Anlassbeurteilungen erstellt, die in der Gesamtnote und in allen Einzelmerkmalen auf die Bestnote „hervorragend“ und in der Eignungsprognose auf die Bestnote „hervorragend geeignet“ lauten. Die Beurteilung des Antragstellers wurde von der Generalstaatsanwältin aufgrund der Allgemeinen Verfügung über die Beurteilung der Richterinnen und Richter sowie der Staatsanwältinnen und Staatsanwälte erstellt. Die Beurteilung der Beigeladenen wurde vom Staatsrat bei der Senatorin für Justiz und Verfassung als Erstbeurteiler aufgrund der

Richtlinie über die Beurteilung der Beamtinnen und Beamten der Laufbahnen der Allgemeinen Dienste vom 15.08.2008 in der Fassung vom 21.07.2015 erstellt; eine Zweitbeurteilung fand nicht statt. Der Auswahlvermerk vom 09.12.2021 schlug vor, die Stelle mit der Beigeladenen zu besetzen. Dabei wird tragend darauf abgestellt, dass die Beurteilungen des Antragstellers und der Beigeladenen auch unter Berücksichtigung der jeweils angewandten unterschiedlichen Beurteilungssysteme formal gleichwertig seien und somit das höhere Statusamt der Beigeladenen den Ausschlag gebe. Gründe, den Statusamtsunterschied nicht als ausschlaggebend anzusehen, lägen nicht vor. Hilfsweise ergebe sich der Eignungsvorsprung der Beigeladenen auch daraus, dass sie das Anforderungsprofil der Stellenausschreibung besser erfülle. Die Senatorin für Justiz und Verfassung stimmte am 16.12.2021 dem Besetzungsvorschlag zu. Nachdem die Zustimmung des Personalrats zur Ernennung der Beigeladenen durch die Einigungsstelle ersetzt worden war, wurde dem Antragsteller mit Schreiben vom 15.03.2022 die Auswahlentscheidung mitgeteilt.

Der Antragsteller hat mit Schreiben vom 22.03.2022 Widerspruch gegen die Auswahlentscheidung eingelegt, über den noch nicht entschieden wurde. Zugleich hat er beim Verwaltungsgericht einstweiligen Rechtsschutz beantragt. Zur Begründung beruft er sich im Wesentlichen darauf, dass die Beurteilung der Beigeladenen fehlerhaft sei, dass unter den Umständen des Einzelfalls das Statusamt nicht hätte ausschlaggebend sein dürfen und dass das Anforderungsprofil der Stellenausschreibung sachlich nicht gerechtfertigt sei.

Das Verwaltungsgericht hat es der Antragsgegnerin mit Beschluss vom 29.07.2022 untersagt, die streitgegenständliche Stelle bis zum Ablauf eines Monats nach der Bekanntgabe einer Entscheidung über den Widerspruch des Antragstellers oder einer sonstigen Erledigung des Widerspruchsverfahrens zu besetzen. Die Auswahlentscheidung sei fehlerhaft, weil sie auf einer fehlerhaft erstellten Beurteilung für die Beigeladene beruhe. Entgegen § 5 Abs. 2 BremBeurtV sei die Beigeladene nicht durch eine Zweitbeurteilerin oder einen Zweitbeurteiler beurteilt worden. Die Rolle der Zweitbeurteilerin hätte von der Senatorin für Justiz und Verfassung ausgeübt werden müssen, da diese gegenüber dem Erstbeurteiler – der als Staatsrat unmittelbarer Vorgesetzter der Abteilungsleitungen in der senatorischen Behörde ist – die nächsthöhere Vorgesetzte sei. Von den Ausnahmetatbeständen, in denen nach § 5 Abs. 2 BremBeurtV keine Zweitbeurteilung erforderlich ist, sei keiner einschlägig. Auch ersetze die Zustimmung der Senatorin zum Besetzungsvorschlag die Zweitbeurteilung nicht. Dahinstehen könne, welche Folgen es habe, dass die Beurteilung der Beigeladenen nicht anhand der aktuellen Beurteilungsrichtlinie Allgemeine Dienste, sondern aufgrund deren Fassung vom 21.07.2015 erstellt worden sei, und deshalb ein im

aktuellen Beurteilungsvordruck vorgesehene Merkmal nicht beinhaltet. Es erscheine zudem möglich, dass der Beigeladene bei einer neuen Entscheidung ausgewählt werden wird.

Hiergegen haben die Antragsgegnerin und die Beigeladene Beschwerde erhoben. Die Antragsgegnerin hat mit der Beschwerdebegründung eine neue (Anlass-)Beurteilung vom 24.08.2022 für die Beigeladene vorgelegt, die sich auf denselben Beurteilungszeitraum wie die Beurteilung vom 03.11.2021 bezieht. Die neue Beurteilung wurde auf dem aktuellen Beurteilungsvordruck erstellt und von der Senatorin als Zweitbeurteilerin mitgezeichnet. Die Gesamtnote, die Einzelnoten und die Eignungsprognose entsprechen der Beurteilung vom 03.11.2021. Auch der Text entspricht dem der Beurteilung vom 03.11.2021; allerdings wurde ein Absatz aus der Bewertung des Merkmals „II. 6. Engagement und Motivation“ in der alten Beurteilung in das Merkmal „II. 10. Ausbildungstätigkeiten sowie weitere Sonderaufgaben von besonderem Gewicht“ der neuen Beurteilung verschoben. Das letztgenannte Beurteilungsmerkmal war in dem Vordruck, auf dem die Beurteilung vom 03.11.2021 erstellt worden war, noch nicht enthalten gewesen.

II. Die Beschwerden der Antragsgegnerin und der Beigeladenen haben mit den dargelegten Gründen (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO) Erfolg.

1. Für die Entscheidung über die Beschwerden ist nicht maßgeblich, ob das Verwaltungsgericht unter Zugrundelegung der ihm bekannten Tatsachen richtig entschieden hat. Entscheidend ist vielmehr, ob die Entscheidung über den Streitgegenstand im Ergebnis richtig ist. Ob und inwieweit innerhalb der Beschwerdebegründungsfrist (§ 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO) neu vorgetragene Tatsachen vom Beschwerdegericht zu berücksichtigen sind, ergibt sich mangels Anordnung einer prozessualen Präklusion aus dem materiellen Recht (Guckelberger, in: NK-VwGO, 5. Aufl. 2018, VwGO § 146 Rn. 82 m.w.N.). Dem steht nicht das Anliegen einer Beschleunigung des Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes entgegen. Für eine schnelle Klärung des Streits zwischen den Beteiligten ist nichts gewonnen, wenn das Beschwerdegericht trotz fristgerechten Vortrags neuer Tatsachen, die materiellrechtlich relevant sind, auf der veralteten Tatsachengrundlage, die dem Verwaltungsgericht vorgelegen hat, entscheidet und den Beschwerdeführer auf ein Abänderungsverfahren (§ 80 Abs. 7 VwGO direkt oder analog) verweist.

Soweit der Senat infolge der von der Antragsgegnerin und der Beigeladenen innerhalb der Begründungsfrist dargelegten Gründe bei seiner Entscheidung neue Umstände berücksichtigen muss, die das Verwaltungsgericht dem angefochtenen Beschluss noch nicht zugrunde gelegt hat, ist er bei seiner weiteren Prüfung nicht gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6

VwGO beschränkt. Die Beschränkung der Prüfung auf die dargelegten Gründe bezieht sich nur auf die Auseinandersetzung mit der angefochtenen Entscheidung, also auf Fragen, die bereits vom Verwaltungsgericht erörtert worden sind (OVG Bremen, Beschl. v. 24.09.2020 - 2 B 187/20, juris Rn. 10).

2. Bei Berücksichtigung der im Beschwerdeverfahren vorgelegten neuen Beurteilung der Beigeladenen vom 24.08.2022 ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abzulehnen.

Auf Antrag kann das Gericht der Hauptsache gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO eine einstweilige Anordnung treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert wird. Voraussetzung ist, dass ein Anordnungsanspruch und ein Anordnungsgrund glaubhaft gemacht werden (§ 123 Abs. 1 und 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO). Der Antragsteller hat einen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht.

In beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren ist ein Anordnungsanspruch zu bejahen, wenn (1) sich die vom Dienstherrn getroffene Auswahlentscheidung zulasten des unterlegenen Bewerbers als rechtsfehlerhaft erweist und (2) eine Auswahl des unterlegenen Bewerbers in einem neuen Auswahlverfahren zumindest möglich erscheint (BVerfG, Beschl. v. 24.09.2002 - 2 BvR 857/02, ZBR 2002, 427-429; BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 - 2 C 16/09, NJW 2011, 695-700; Beschl. d. Senats v. 02.09.2011 - 2 B 64/11, juris). Jedenfalls die zweite dieser Voraussetzungen ist vorliegend nicht erfüllt.

a) Dahinstehen kann, ob die am 24.08.2022 erstellte neue Beurteilung für die Beigeladene die Auswahlentscheidung vom 09./16.12.2021, die wegen des Zugrundeliegens einer fehlerhaften Beurteilung für die Beigeladene rechtswidrig war, nachträglich heilen kann.

Der Grundsatz, dass der Leistungsvergleich vor allem anhand aktueller dienstlicher Beurteilungen zu erfolgen hat, impliziert, dass die Beurteilungen vor der Auswahlentscheidung erstellt worden sein müssen (OVG Bremen, Beschl. v. 28.5.2021 - 2 B 156/21). Wenn der Dienstherr eine der zugrundeliegenden Beurteilungen nachträglich durch eine neue ersetzt, ist eine wesentliche Grundlage der Auswahlentscheidung entfallen (vgl. OVG NW, Beschl. v. 28.09.2015 - 1 B 628/15, juris Rn. 15). Ausnahmsweise kann eine nachträglich erstellte Beurteilung bei der gerichtlichen Überprüfung einer Auswahlentscheidung berücksichtigt werden, wenn lediglich eine formfehlerhafte Beurteilung durch eine formfehlerfreie, inhaltlich unveränderte Beurteilung ersetzt worden ist (vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 14.10.2015 - 2 B 158/15, juris Rn. 26 f.).

Ob die Beurteilung der Beigeladenen vom 24.08.2022 gegenüber der Beurteilung vom 03.11.2022 inhaltlich unverändert ist, erscheint zweifelhaft. Zwar betreffen beide denselben Beurteilungszeitraum und lauten in der Gesamtnote, in der Benotung der Einzelmerkmale und im Text gleich. Der Text ist lediglich etwas anders verteilt, weil ein Absatz aus dem Merkmal „II. 6 Engagement und Motivation“ der alten Beurteilung in der neuen Beurteilung in das neue Beurteilungskriterium „II.10. Ausbildungstätigkeiten sowie weitere Sonderaufgaben von besonderem Gewicht“ verschoben wurde. Dennoch spricht einiges dafür, dass die Beurteilung vom 24.08.2022 allein schon deshalb einen anderen Aussagegehalt hat als die Beurteilung vom 03.11.2022, weil sie von teilweise anderen Beurteilern (die Senatorin ist als Zweitbeurteilerin neu hinzugekommen) auf einem anderen Beurteilungsf formular mit teilweise anderen Beurteilungsmerkmalen erstellt wurde. Der Rechtssatz, dass eine neu erstellte Beurteilung einer schon vorher getroffenen Auswahlentscheidung ausnahmsweise nachträglich zugrunde gelegt werden kann, wenn sie mit der Beurteilung, die der Auswahlentscheidung ursprünglich zugrunde lag, inhaltsgleich ist, ist eng auszulegen, um Missbrauch vorzubeugen.

b) Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist jedoch unabhängig davon abzulehnen, ob die ursprünglich fehlerhafte Auswahlentscheidung durch die nachträglich erstellte Beurteilung geheilt worden ist oder nicht. Ein Erfolg des Antragstellers im Konkurrentenstreitverfahren setzt nicht nur die Fehlerhaftigkeit der Auswahlentscheidung voraus, sondern auch, dass der Antragsteller bei einer erneuten Auswahl nicht klar erkennbar chancenlos ist. Für diese Prognose ist auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der zukünftigen neuen Auswahlentscheidung einschließlich des dann aktuellen Beurteilungsbildes abzustellen (BVerwG, Beschl. v. 29.04.2016 - 1 WB 27.15, juris Rn. 18 und Urt. v. 04.11.2010 - 2 C 16.09, juris Rn. 58; OVG Bremen, Beschl. v. 30.11.2021 - 2 LA 282/21, juris Rn. 23). Unter Berücksichtigung der neuen Beurteilung für die Beigeladene hätte der Antragsteller bei einer erneuten Auswahlentscheidung keine realistische Chance, ausgewählt zu werden.

aa) Die neue Beurteilung für die Beigeladene ist rechtsfehlerfrei.

(1) Die vom Verwaltungsgericht festgestellten Mängel der alten Beurteilung, nämlich die fehlende Mitwirkung einer Zweitbeurteilerin und die Verwendung eines veralteten Beurteilungsf formulars, sind in der neuen Beurteilung behoben. Diese wurde von der Senatorin als Zweitbeurteilerin mitgezeichnet und auf dem aktuellen Beurteilungsf formular erstellt.

(2) Ein Fehler der neuen Beurteilung liegt nicht darin, dass sie in Benotung und Text vollständig der früheren Beurteilung entspricht, auf diesen Umstand ausdrücklich hinweist und die Zweitbeurteilerin die Ausführungen des Erstbeurteilers unverändert bestätigt hat. Da die neue Beurteilung denselben Beurteilungszeitraum und dieselbe Tätigkeit betrifft wie die formfehlerhafte alte Beurteilung, spricht nicht per se etwas dagegen, dass sie quasi identisch ausfällt. § 9 BremBeurtV lässt es sogar bei Beurteilungen, die sich auf verschiedene Zeiträume beziehen, zu, dass die neue Beurteilung lediglich in einer Bestätigung der vorangegangenen Beurteilung besteht, wenn Statusamt, Aufgabengebiet und Leistung unverändert sind. Dann muss es erst recht zulässig sein, dass eine Beurteilung, die eine formfehlerhafte Beurteilung ersetzen soll, in Text und Benotung mit letzterer übereinstimmt. Es ist auch nicht ersichtlich, wieso es nicht erlaubt sein sollte, in der neuen Beurteilung auf diesen Umstand hinzuweisen. Was die Mitwirkung der Zweitbeurteilerin angeht, so ist es unproblematisch und weithin üblich, dass diese sich dem Erstbeurteiler ohne Abweichung anschließt.

(3) Die Beurteilung ist auch nicht deshalb fehlerhaft, weil sie die Beigeladene für einen Zeitraum, der im Wesentlichen die ersten 14 Monate nach ihrer Beförderung zur Senatsrätin und der Übernahme des Dienstposten einer Abteilungsleiterin in der senatorischen Behörde umfasst, bereits in der Gesamtbeurteilung und allen Einzelkriterien mit der Höchstnote bewertet.

Tritt eine Beamtin aufgrund ihrer Beförderung aus ihrer bisherigen Vergleichsgruppe der Beamtinnen in dem niedrigeren Statusamt heraus und in den Kreis der nunmehr mit ihr zu vergleichenden Beamtinnen des Beförderungsamtes ein, führt dies regelmäßig dazu, dass die Beurteilung im höheren Statusamt schlechter ausfallen muss, weil die Beamtin nunmehr mit dem Kreis der Beamtinnen des Beförderungsamtes zu vergleichen ist. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass an die Inhaberin eines höheren statusrechtlichen Amtes von vornherein höhere Erwartungen zu stellen sind als an die Inhaberinnen eines niedrigeren statusrechtlichen Amtes. Dieser Grundsatz darf jedoch nicht schematisch angewendet werden. Eine Herabsetzung der Note ist ausgeschlossen, wenn leistungsbezogene Gründe dem entgegenstehen. In einem solchen Fall bedarf es jedoch einer nachvollziehbaren Begründung in der dienstlichen Beurteilung, die nur entbehrlich ist, wenn im konkreten Fall eine Notenherabsetzung nicht in Betracht kommt, weil es sich geradezu aufdrängt, die bisherige Note beizubehalten (OVG Bremen, Beschl. v. 26.03.2018 – 2 B 199/17, juris Rn. 20 m.w.N.)

Die Beurteilung enthält eine nachvollziehbare Begründung dafür, dass die Beigeladene für den Zeitraum unmittelbar nach ihrer Beförderung bereits wieder durchgängig mit der

Höchstnote bewertet wird. In der Begründung der Gesamtnote wird ausdrücklich darauf eingegangen, dass nun wegen des Statusamtes der Wertigkeit B 3 höhere Anforderungen an die Beigeladene zu stellen sind und ein strengerer Maßstab angelegt werden muss als in früheren, auf ein Statusamt der Wertigkeit R 2 bezogenen Beurteilungen. Es heißt dann weiter, die Leistungen der Beigeladenen erfüllten auch unter Berücksichtigung dieses Umstandes „in allen Beurteilungskriterien allerhöchste Ansprüche“. Die Beigeladene habe im neuen Amt eine weitere Leistungssteigerung gezeigt; ihre Leistungen seien auch im Vergleich mit den anderen Abteilungsleitungen in der senatorischen Behörde mit demselben Statusamt hervorragend. Sie sei bereits in Niedersachsen im damaligen Statusamt R 2 in allen Einzelkriterien und im Gesamturteil mit der Bestnote beurteilt worden. Der Beurteilungsbeitrag aus Niedersachsen für den Teil des aktuellen Beurteilungszeitraums, den sie dort im Statusamt R 2 verbracht hat, bestätige diese Einschätzung. Schon vom früheren Dienstherrn sei sie als „Ausnahmejuristin“ bezeichnet worden; für die bremische Justiz sei sie innerhalb kurzer Zeit zu einem „Aushängeschild“ geworden. Sie habe seit ihrem Amtsantritt als Abteilungsleiterin schon mehr Themen und Projekte angestoßen und teilweise bereits umgesetzt, als ihre Vorgänger in mehreren Jahren zuvor. Diese Gesamtbewertung ist schlüssig aus der Beurteilung der Einzelmerkmale hergeleitet. Dort werden Projekte und Themen konkret benannt, die die Beigeladene auf den Weg gebracht oder umgesetzt hat. Im Beurteilungskriterium „Arbeitsmenge“ wird ferner erwähnt, dass sie sich insoweit noch einmal nach oben von den anderen Abteilungsleitungen in der Behörde abhebe. Es werden bei den Einzelkriterien mehrfach z.B. hervorragende Fachkenntnisse, besonderes strategisches Denken, politisches Gespür sowie Organisations- und Kommunikationsfähigkeiten höchst lobend beschrieben. Auch diesbezüglich werden zur Erläuterung konkrete Beispiele genannt. Schließlich wird erwähnt, dass die Beigeladene bei der OSZE einen Vortrag gehalten und Deutschland bei einer internationalen Veranstaltung vertreten habe; dies illustriert die Bezeichnung als „Aushängeschild“ im Gesamturteil.

(4) Der Eignungsprognose für das Amt der Generalstaatsanwältin in der Beurteilung der Beigeladenen vom 24.08.2022 fehlt nicht deshalb die Aussagekraft, weil der (Erst-)Beurteiler nie im staatsanwaltlichen oder richterlichen Dienst beschäftigt war.

Der Senat hegt bereits Zweifel, ob diese Argumentation des Antragstellers dem Grunde nach belastbar ist. Der vorliegende Fall ist nicht mit dem Sachverhalt vergleichbar, der dem vom Antragsteller zitierten Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 01.02.2022 – 6 CE 21.2708 – zugrunde lag. Vorliegend hat nicht ein Beurteiler eine Eignungsprognose für ein Spitzenamt im Bereich eines anderen Dienstherrn abgegeben, für das dieser Dienstherr in diesem Zeitpunkt noch kein Anforderungsprofil schriftlich fixiert hatte (vgl. zu diesen Umständen des dortigen Falles Bay. VGH, Beschl. v. 01.02.2022 - 6

CE 21.2708, juris Rn. 30). Der Erstbeurteiler der Beigeladenen ist Beamter desselben Dienstherrn und im Geschäftsbereich desselben Regierungsressorts tätig, in dem das streitgegenständliche Amt angesiedelt ist. Er ist zudem der ständige Vertreter der Leiterin der Behörde, die der Behörde, in der das Amt zu vergeben ist, unmittelbar übergeordnet ist.

Jedenfalls trifft der vom Antragsteller ursprünglich gegen die Beurteilung vom 03.11.2021 erhobene Einwand, dem Beurteiler fehle mangels richterlicher oder staatsanwaltschaftlicher Erfahrung die Befähigung zum Erstellen einer Eignungsprognose für das Amt der Generalstaatsanwältin, auf die neue Beurteilung vom 24.08.2022 in tatsächlicher Hinsicht nicht mehr zu. Die neue Beurteilung wird von der Senatorin für Justiz und Verfassung als Zweitbeurteilerin mit- und letztverantwortet, die circa 18 Jahre lang Richterin war.

bb) Legt man die nunmehr aktuelle Beurteilungslage zugrunde, hat der Antragsteller keine ernsthafte Chance, in einem neuen Auswahlverfahren ausgewählt zu werden.

Der Leistungsvergleich ist in erster Linie anhand aktueller und aussagekräftiger dienstlicher Beurteilungen vorzunehmen (OVG Bremen, Beschl. v. 30.11.2021 - 2 LA 282/21, juris Rn. 21 und Beschl. v. 28.05.2021 - 2 B 156/21, juris Rn. 15 jeweils m.w.N.). Maßgebend ist in erster Linie das abschließende Gesamturteil, das durch eine Würdigung, Gewichtung und Abwägung der einzelnen leistungsbezogenen Gesichtspunkte zu bilden ist (BVerwG, Urt. v. 30.06.2011 - 2 C 19.10, juris Rn. 16). Sind die vorliegenden Beurteilungen nicht unmittelbar miteinander vergleichbar, ist die auswählende Stelle befugt und verpflichtet, die gebotene Gleichheit der Beurteilungsmaßstäbe auf geeignete Weise herzustellen. Dies geschieht durch eine gewichtende, die Umstände des Einzelfalls beachtende, verwaltungsgerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare Entscheidung (OVG Bremen, Beschl. v. 230.3.2019 - 2 B 294/18, juris Rn. 26).

(1) Die Beurteilungen des Antragstellers und der Beigeladenen sind nicht unmittelbar miteinander vergleichbar. Denn der Antragsteller wurde nach der Beurteilungsrichtlinie für Richter und Staatsanwälte beurteilt, die Beigeladene hingegen nach der Beurteilungsrichtlinie für Beamtinnen der Laufbahn Allgemeine Dienste. Wie der Auswahlvermerk vom 09.12.2021 zutreffend im Einzelnen darlegt, sind die Kriterien beider Beurteilungsrichtlinien aber der Sache nach vergleichbar. Auch weist der Vermerk zutreffend darauf hin, dass sowohl der Antragsteller und als auch die Beigeladene in allen Einzelkriterien, im Gesamturteil und in der Eignungsprognose die Bestnote des jeweils für sie einschlägigen Beurteilungssystems erhalten haben. Daher komme auf die Unterschiede in den Notenskalen beider Systeme nicht an. Der Antragsteller hat gegen diese Art der „Vergleichbarmachung“

der Beurteilungen nichts eingewandt. Es ist weder rechtlich geboten noch realistischerweise zu erwarten, dass bei einer neuen Auswahlentscheidung eines andere Vorgehensweise angewandt würde, um die Vergleichbarkeit der Beurteilungen herzustellen.

(2) Bei einer neuen Auswahlentscheidung würde daher wieder von formal gleichlautenden Gesamturteilen in den Beurteilungen des Antragstellers und der Beigeladenen ausgegangen werden. Beziehen sich die Beurteilungen der konkurrierenden Bewerber auf unterschiedliche Statusämter, ist bei formal gleichlautenden Gesamturteilen grundsätzlich die Beurteilung des Bewerbers im höheren Statusamt besser als diejenige des für ein niedrigeres Statusamt beurteilten Konkurrenten. Dieser Grundsatz kann jedoch nicht schematisch angewandt werden. Vielmehr hängt das zusätzlich zu berücksichtigende Gewicht der in einem höheren Statusamt erstellten Beurteilung von den Umständen des Einzelfalls ab. Zu berücksichtigen ist insbesondere im Einzelfall, ob trotz des grundsätzlich gegebenen Statusunterschiedes der gleiche Maßstab angelegt worden ist und deshalb insoweit gerade kein Statusunterschied bestanden hat (OVG Bremen, Beschl. v. 20.03.2019 - 2 B 294/18, juris Rn. 26 f. m.w.N. auf die Rspr. des BVerfG). Auch können die Leistungen in einem höheren Statusamt von dem Bewerber im niedrigeren Statusamt durch eine bessere Eignung für das ausgeschriebene Amt übertroffen werden, wobei die Gewichtung der erheblichen Umstände im pflichtgemäßen Ermessen des Dienstherrn steht (OVG Bremen, Beschl. v. 27.07.2009 - 2 B 166/09, juris Rn. 54).

An diesen Maßstäben gemessen gibt es keine ernsthafte Chance, dass der Antragsteller bei einer erneuten Auswahlentscheidung trotz seines niedrigeren Statusamtes den Vorzug vor der Beigeladenen erhalten könnte.

(3) Der Antragsteller kann nicht erfolgreich einwenden, dass die Generalstaatsanwältin seiner Beurteilung vom 03.11.2021 ebenfalls den Maßstab eines Amtes mit der Wertigkeit R 3 zugrunde gelegt habe.

Zwar kann nicht völlig ausgeschlossen werden, dass dies tatsächlich so war. Die für den Antragsteller erstellte Beurteilung enthält Anhaltspunkte in die eine und in die andere Richtung. Gegen den Maßstab eines R 3-Amtes spricht, dass die Generalstaatsanwältin im Feld „Amtsbezeichnung“ im Fettdruck „Oberstaatsanwalt (R 2 mit Zulage)“ vermerkt hat. Auch im Feld „Aufgabengebiete in der Beurteilungszeit“ steht *„seit dem 01.01.2011 ständiger Vertreter der Generalstaatsanwältin (R 2 mit Zulage)“*. Allerdings hat die Generalstaatsanwältin im Feld „Amtsbezeichnung“ im Normaldruck folgende Ergänzung angebracht: *„die Stelle entspricht von ihrer Wertigkeit der Stelle eines Abteilungsleiters, die bei jeder Generalstaatsanwaltschaft mit R 3 besoldet wird“*.

Sollte die Generalstaatsanwältin die Beurteilung wirklich am Maßstab eines R 3-Amtes erstellt haben, könnte der Antragsteller sich darauf jedoch nicht in der Weise berufen, in der er dies nun geltend macht. Die Beurteilung wäre in diesem Falle nämlich rechtswidrig. Nach § 4 Abs. 2 Satz 2 BremBeurtV orientiert sich die Leistungsbeurteilung am übertragenen statusrechtlichen Amt. Das Statusamt des Antragstellers (*Oberstaatsanwalt als Dezernent bei der Staatsanwaltschaft beim Hanseatischen Oberlandesgericht und als ständige Vertretung der Generalstaatsanwältin*) und – da das Statusamt unmittelbar einem konkreten Dienstposten zugeordnet ist – auch seine Funktion sind in Bremen vom Gesetzgeber in der Anlage zum BremBesG mit R 2 zuzüglich einer Amtszulage eingestuft worden. Es stünde einer Beurteilerin nicht zu, ein Statusamt oder eine Funktion nach eigenem Gusto höher einzustufen als der Gesetzgeber es getan hat, oder im Widerspruch zu § 4 Abs. 2 Satz 2 BremBURtV für die Maßstabbildung einen anderen Bezugspunkt als das Statusamt zu wählen. Sollte die Beurteilung wirklich an einem R 3-Maßstab erstellt worden sein, wäre es am Antragsteller, sie anzugreifen und zu verlangen, dass für ihn für eine neue Auswahlentscheidung eine neue Beurteilung anhand eines R 2 mit Amtszulage-Maßstabs erstellt wird. Dies ist aber gerade nicht seine Argumentation. Selbst wenn er eine neue Beurteilung am Maßstab eines Amtes der Besoldungsgruppe R 2 mit Amtszulage verlangen würde und könnte, könnte diese zu keinem für ihn besseren Ergebnis führen als einem formalen Beurteilungsgleichstand bei unterschiedlicher Wertigkeit der den Maßstab bildenden Statusämter. Die Beigeladene wurde im Gesamturteil, in allen Einzelmerkmalen und in der Eignungsprognose mit der Bestnote beurteilt. Besser könnte auch eine neue Beurteilung für den Antragsteller nicht ausfallen.

(4) Die Einstufung des Amtes „*Oberstaatsanwältin, Oberstaatsanwalt als Dezernentin oder als Dezernent bei der Staatsanwaltschaft beim Hanseatischen Oberlandesgericht*“ in die Besoldungsgruppe R 2 und seine Hebung durch eine Amtszulage, wenn es die ständige Vertretung der Generalstaatsanwältin bzw. des Generalstaatsanwalts umfasst, durch den Gesetzgeber in der Anlage III zum Bremischen Besoldungsgesetz verstößt nicht gegen Art. 33 Abs. 5 GG. Es ist verfassungsrechtlich nicht geboten, dieses Amt in die Besoldungsgruppe R 3 oder höher einzuordnen. Eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG kommt aufgrund dieser Rechtsauffassung des Senats nicht in Betracht.

Es gehört zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG), dass die Ämter aufgaben- und verantwortungsbezogen abzustufen sind (Jachmann-Michel/ Kaiser, in: von Mangoldt/ Klein/ Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 33 Rn. 45). Die Bewertung eines Amtes und damit auch die besoldungsrechtliche Einstufung hat der Gesetzgeber im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit vorzunehmen. Er darf sich nur nicht von

unsachlichen Erwägungen leiten lassen (BVerfG, Beschl. v. 04.02.1981 - 2 BvR 570/76 u.a., BverfGE 56, 146 <163>). Das Bundesverfassungsgericht spricht von einer „verhältnismäßig weiten Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers“ bei der Einordnung der Ämter in die Besoldungsordnung (BVerfG, Beschl. v. 04.06.1969 - 2 BvR 343/66 u.a., BverfGE 26, 141 <158>).

An diesem Maßstab gemessen verstößt es nicht gegen hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums, dass die Anlage III zum Bremischen Besoldungsgesetz (Besoldungsordnung R) das Amt „*Oberstaatsanwältin, Oberstaatsanwalt als Dezernentin oder als Dezernent bei der Staatsanwaltschaft beim Hanseatischen Oberlandesgericht*“ der Besoldungsgruppe R 2 zuordnet und es nach der Fn. 3 mit einer Amtszulage versieht, wenn es sich um die ständige Vertretung der Generalstaatsanwältin oder des Generalstaatsanwalts handelt.

Das Argument des Antragstellers, alle anderen ständigen Vertreterinnen und Vertreter von Generalstaatsanwältinnen und -anwälten in Deutschland würden mindestens mit R 3 besoldet und sogar die „einfachen“ Abteilungsleiterinnen und -leiter in den anderen Generalstaatsanwaltschaften erreichten die Besoldungsgruppe R 3, überzeugt aus mehreren Gründen nicht.

Es dürfte schon im Ansatz nicht möglich sein, die Einordnung eines Amtes in eine Landesbesoldungsordnung durch einen Landesgesetzgeber daran zu messen, wie andere Landesgesetzgeber entsprechende Ämter in ihren Besoldungsordnungen einordnen. Jeder Landesgesetzgeber ist demokratisch legitimiert, um seine Gestaltungsfreiheit so auszuüben, wie er es für richtig hält.

Zudem ist die Einordnung des Amtes des Antragstellers als „R 2 mit Amtszulage“ in Bremen selbst dann nicht sachwidrig, wenn man sie mit den Regelungen des Bundesbesoldungsgesetzes aus jener Zeit vergleicht, in der solche Ämter noch bundeseinheitlich bewertet waren. Die Anlage III zum Bundesbesoldungsgesetz in der am 31.07.2013 geltenden Fassung ordnete das Amt „*Oberstaatsanwalt als Dezernent bei einer Staatsanwaltschaft bei einem Oberlandesgericht*“ ebenfalls in die Besoldungsgruppe R 2 ein. R 3 war „*Abteilungsleitern bei einer Staatsanwaltschaft bei einem Oberlandesgericht*“ vorbehalten. Ein Amt „*ständiger Vertreter/ ständige Vertreterin einer Generalstaatsanwältin/ eines Generalstaatsanwalts*“ war als solches nicht vorgesehen. Abteilungen gibt es bei der Generalstaatsanwaltschaft Bremen aufgrund ihrer geringen Größe nicht; daher kann der Antragsteller dort auch nicht Abteilungsleiter sein. Dies räumt er ein. Sein Argument, dass Abteilungen gebildet werden müssten, wenn die Generalstaatsanwaltschaft Bremen über eine

zusätzliche Dezernentenstelle verfügen würde, ist irrelevant, weil es rein hypothetisch ist. Es ist nicht sachwidrig, bei der Bewertung von Führungsämtern auch die Größe der geführten Organisationseinheit oder Dienststelle zu berücksichtigen. In den Besoldungsordnungen des Bundes und der Länder ist dies vielmehr weithin üblich (vgl. nur die Differenzierung bei der Bewertung von Präsidentenämtern nach der Anzahl der Richterplanstellen des Gerichts bzw. Geschäftsbereichs).

Der Umstand, dass der Antragsteller anders als die „einfachen“ Dezernenten in anderen Generalstaatsanwaltschaften auch ständiger Vertreter der Generalstaatsanwältin ist, zwingt den bremischen Gesetzgeber nicht, ihn nach R 3 zu besolden. Es besteht kein hergebrachter Grundsatz, dass die ständigen Vertreter von Dienststellenleitern stets gegenüber den entsprechenden Amtsinhabern ohne Stellvertreterfunktion besoldungsrechtlich herausgehoben werden müssten (BVerfG, Beschl. v. 04.02.1981 – 2 BvR 570/76 u.a., BverfGE 56, 146 <163>). Der bremische Gesetzgeber hebt den Antragsteller wegen seiner Stellvertreterfunktion sogar durch eine Amtszulage gegenüber einem „normalen“ Dezernenten bei der Generalstaatsanwaltschaft heraus, nur eben nicht durch die Höherstufung um eine ganze Besoldungsgruppe. Dies entspricht seiner Vorgehensweise bei den Ämtern mehrerer anderer stellvertretender Leiter von Justizbehörden: Der Oberstaatsanwalt, der die ständige Vertretung des Leiters der Staatsanwaltschaft beim Landgericht Bremen ausübt, wird gegenüber Oberstaatsanwälten dieser Behörde ohne eine solche Vertreterfunktion ebenfalls nur durch eine Amtszulage, die sogar geringer ist als diejenige des Antragstellers, herausgehoben. Ebenso wird das Amt des Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts nur durch eine Amtszulage vom Amt eines Vorsitzenden Richters am Oberverwaltungsgericht, das Amt des Vizepräsidenten des Landgerichts nur durch eine Amtszulage vom Amt eines Vorsitzenden Richters am Landgericht, das Amt der Vizepräsidentin des Verwaltungsgerichts nur durch eine Amtszulage vom Amt einer Vorsitzenden Richterin am Verwaltungsgericht und das Amt der Vizepräsidentin des Amtsgerichts nur durch eine Amtszulage vom Amt einer weiteren aufsichtsführenden Richterin abgehoben. Am Finanzgericht und am Landesarbeitsgericht ist für die Vizepräsidenten noch nicht einmal eine Amtszulage gegenüber den Vorsitzenden Richtern vorgesehen. Nur der Vizepräsident des Oberlandesgerichts ist eine volle Besoldungsgruppe höher eingestuft als die Vorsitzenden Richter seines Gerichts.

Auch das Argument des Antragstellers, sein Amt entspreche in der Wertigkeit dem des Vizepräsidenten des Oberlandesgerichts, werde aber vom bremischen Gesetzgeber niedriger eingestuft als das Amt eines Vorsitzenden Richters am Oberlandesgericht, überzeugt nicht. Die Funktionen von Oberstaatsanwälten sind von den Funktionen der Richter an Oberlandesgerichten so grundlegend verschieden, dass sie von Verfassungs wegen nicht

zwingend besoldungsrechtlich gleich eingestuft werden müssen (BVerfG, Beschl. v. 04.06.1969 - 2 BvR 343/66 u.a., BverfGE 26, 141 <158>). Der Antragsteller scheint, wenn er sich mit dem Vizepräsidenten des Oberlandesgerichts auf einer Stufe sieht, der Auffassung zu sein, der stellvertretende Leiter der Staatsanwaltschaft beim Oberlandesgericht müsse ebenso besoldet werden wie der stellvertretende Leiter des Oberlandesgerichts. Dies entspricht aber weder der Systematik des Bremischen Besoldungsgesetzes noch derjenigen des Bundesbesoldungsgesetzes in der bis zum 31.07.2013 geltenden Fassung. Denn nach der vom Antragsteller vertretenen Logik müsste auch die Leitung der Staatsanwaltschaft beim Oberlandesgericht so besoldet werden wie die Leitung des Oberlandesgerichts. Jedoch ordnet die bremische Besoldungsordnung R die Generalstaatsanwältin nur in die Besoldungsgruppe R 5 ein, die Präsidentin des Oberlandesgerichts dagegen in die Besoldungsgruppe R 8. Auch die frühere bundeseinheitliche Besoldungsordnung R ordnete (je nach Größe des jeweiligen Geschäftsbereichs) Generalstaatsanwälte in R 5 oder R 6 und OLG-Präsidenten in R 6 oder R 8 ein.

(5) Der Antragsteller hätte bei einer erneuten Auswahlentscheidung auch nicht deshalb eine realistische Chance, der Beigeladenen vorgezogen zu werden, weil der Unterschied zwischen dem Endgrundgehalt seines Amtes und dem Endgrundgehalt des Amtes der Beigeladenen „unwesentlich“ wäre.

Die einem Amt innewohnende Wertigkeit kommt in der Besoldungshöhe zum Ausdruck. Das gilt auch bei einem Vergleich von Ämtern, die - wie hier - unterschiedlichen Besoldungsordnungen angehören. Bei Ämtern mit aufsteigenden Grundgehältern - hier dem Amt der Besoldungsgruppe R 2 mit Amtszulage des Antragstellers - ist bei der Prüfung der Höherwertigkeit von Statusämtern nicht maßgeblich auf das konkrete (je nach Erfahrungsstufe unterschiedliche) Grundgehalt, sondern auf das Endgrundgehalt abzustellen (Nds. OVG, Beschl. v. 28.01.2020 - 5 ME 166/19, juris Rn. 28). Das Endgrundgehalt ist nicht nur ein Hilfsmittel zur Messung der Wertigkeit eines Amtes, sondern ein zuverlässiger und ausschlaggebender Indikator. Darauf abzustellen, ist sachgerecht und geeignet, eine trennscharfe Abgrenzung herbeizuführen (Nds. OVG, Beschl. v. 28.01.2020 - 5 ME 166/19, juris Rn. 30). Allerdings ist das aus einer höherem Statusamt grundsätzlich folgende erhöhte Gewicht umso geringer, je geringer der Abstand zwischen den Besoldungsgruppen ist (Nds. OVG, Beschl. v. 28.01.2020 - 5 ME 166/19, juris Rn. 28).

Der Senat hegt Zweifel, ob schon ein marginaler Unterschied der monatlichen Endgrundgehälter im unteren zweistelligen Euro-Bereich zu einem für Auswahlentscheidungen relevanten Statusamtsunterschied führen kann (so aber Nds. OVG, Beschl. v. 28.01.2020 - 5

ME 166/19, juris Rn. 29 für eine Differenz von ca. 30 Euro). Der Unterschied im monatlichen Endgrundgehalt zwischen den Ämtern der Beigeladenen und des Antragstellers ist jedoch mehr als nur geringfügig: Die aktuelle Besoldungstabelle zum Bremischen Besoldungsgesetz weist für die Besoldungsgruppe B 3 ein Grundgehalt von 8.281,19 Euro aus. Das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe R 2 beträgt 7.536,98 Euro; hinzu kommt die Amtszulage für die ständige Vertretung der Generalstaatsanwältin nach Anlage 6 zum BremBesG in Höhe von 382,48 Euro. Daraus ergibt sich für das Amt des Antragstellers ein Endgrundgehalt von 7.919,46 Euro. Die Differenz zum Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe der Beigeladenen beträgt mithin in absoluten Zahlen 361,73 Euro. Relativ betrachtet ist das Endgrundgehalt der Beigeladenen um 4,57 % höher als das des Antragstellers. Der Unterschied bewegt sich damit in einem ähnlichen Bereich wie z.B. die Differenz zwischen den Besoldungsgruppen B 2 (7.823,86 EUR) und B 3 (8.281,19 EUR), die in absoluten Zahlen 457,33 Euro und relativ betrachtet 5,85 % beträgt. Damit ist er groß genug, um einen Wertigkeitsunterschied zum Ausdruck zu bringen, der für eine Auswahlentscheidung grundsätzlich relevant ist.

(6) Dieser Statusamtsunterschied wird nicht dadurch eingeebnet, dass das Amt des Antragstellers das höchste ist, das in der Generalstaatsanwaltschaft Bremen außer dem Amt der Generalstaatsanwältin erreicht werden kann. Die Erwägung, dass einer der konkurrierenden Bewerber das höchstbewertete Amt innehat, das in seiner Dienststelle erreicht werden kann, stellt die Zuverlässigkeit der Besoldungshöhe als Indikator für die unterschiedliche Wertigkeit der Statusämter nicht in Frage (vgl. Bay. VGH, Beschl. v. 01.02.2022 - 6 CE 21.2708, juris Rn. 39).

(7) Die Relevanz des Statusamtsunterschieds zwischen dem Antragsteller und der Beigeladenen wird auch nicht dadurch geringer, dass die Funktion der ständigen Vertretung der Generalstaatsanwältin oder des Generalstaatsanwalts nach dem Vortrag des Antragstellers in anderen Ländern von Inhabern eines Statusamtes ausgeübt wird, das mindestens der Besoldungsgruppe R 3 zugeordnet ist. Zum einen ergibt sich aus dem Vortrag des Antragstellers, dass die ständigen Vertreterinnen und Vertreter anderer Generalstaatsanwältinnen und Generalstaatsanwälte neben der Vertretung der Behördenleitung noch die Funktion einer Abteilungsleitung wahrnehmen. Dies ist beim Antragsteller nicht der Fall, da es in der Generalstaatsanwaltschaft Bremen wegen ihrer geringen Größe keine Abteilungen gibt. Zum anderen könnte ein solcher Vergleich allenfalls dann relevant sein, wenn der Antragsteller in einer Bewerberkonkurrenz mit einer ständigen Vertreterin oder einem ständigen Vertreter einer Generalstaatsanwältin oder eines Generalstaatsanwalts eines anderen Landes stünde. Er steht aber in Konkurrenz mit einer Bewerberin aus Bremen. Auch

deren Funktion – die Leitung der ...abteilung im Landesjustizministerium – wird in anderen Ländern von Beamten mit deutlich höheren Statusämtern wahrgenommen.

(8) Eine ernsthafte Chance des Antragstellers, sich trotz des Statusamtsunterschieds und formal gleicher Beurteilungen in einem neuen Auswahlverfahren gegenüber der Beigeladenen durchzusetzen, ergibt sich ferner nicht aus dem Umstand, dass er in der Behörde, deren Leitung zu besetzen ist, schon seit längerem die Funktion des stellvertretenden Behördenleiters ausübt, während die Beigeladene bisher nur für einige Monate im Wege der Abordnung bei einer Generalstaatsanwaltschaft tätig war.

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass sich bei formal gleichen Beurteilungen der Bewerber mit dem höheren Statusamt durchsetzt, kann sich aus dem beruflichen Werdegang der Konkurrenten ergeben (vgl. BVerfG, Beschl. v. 04.07.2018 - 2 BvR 1207/18, juris Rn. 11). So liegt es etwa, wenn die Tätigkeit im angestrebten Amt von der bisherigen Tätigkeit des statushöheren Bewerbers so weit entfernt ist, dass das Gewicht des Gesamturteils zurücktreten muss (BVerfG, Beschl. v. 04.10.2012 - 2 BvR 1120/12, juris Rn. 17). Eine solche Ausnahme ist indes auf Fälle zu beschränken, in denen dies deutlich ist. Denn die Grenze zur Beliebigkeit darf nicht überschritten und die Bedeutung der Beurteilung als Gesamtbewertung nicht entscheidend geschwächt werden (vgl. BVerfG, Beschl. v. 04.10.2012 - 2 BvR 1120/12, Rn. 17). Bejaht hat das Bundesverfassungsgericht eine Ausnahme vom Vorrang des höheren Statusamts zum Beispiel, als der Vizepräsident eines Oberlandesgerichts (Besoldungsgruppe R 4) mit nur geringer praktischer Erfahrung im Arbeits- und Arbeitsprozessrecht mit dem Vizepräsidenten eines Landesarbeitsgerichts (Besoldungsgruppe R 3 mit Amtszulage), der seit mehr als 20 Jahren Arbeitsrichter war, um die Stelle des Präsidenten des Landesarbeitsgerichts konkurrierte (vgl. BVerfG, Beschl. v. 20.03.2007 - 2 BvR 2470/06, juris Rn. 23). Dagegen war es nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts fehlerhaft, für die Stelle des Präsidenten eines Sozialgerichts den statusniedrigeren früheren Vizepräsidenten eines Sozialgerichts und Dezernenten am Landessozialgericht unter Hinweis auf seine größere Verwaltungserfahrung einem statushöheren und formal gleich beurteilten Vorsitzenden Richter am Landessozialgericht vorzuziehen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 04.10.2012 - 2 BvR 1120/12, juris Rn. 1 - 4, 9).

Nach diesem Maßstab stellt der unterschiedliche berufliche Werdegang des Antragstellers und der Beigeladenen keinen Umstand dar, der es in einem neuen Auswahlverfahren ermöglichen würde, den Antragsteller trotz seines niedrigeren Statusamts und der formal gleichen Beurteilungen als besser für das Amt des Generalstaatsanwalts geeignet anzusehen. Die Beigeladene war – mit Unterbrechungen in der Probezeit, in denen sie als Ju-

gend- bzw. Zivilrichterin eingesetzt wurde – circa 18 Jahre lang (...) im staatsanwaltschaftlichen Dienst tätig, davon circa 10 Jahre als Oberstaatsanwältin. Seit circa 2 Jahren ist sie Leiterin der Abteilung für ... in einem Landesjustizministerium. In dieser Funktion ist sie auch für die Aufsicht über die Generalstaatsanwaltschaft zuständig. Ihre bisherige Tätigkeit ist damit nicht so weit vom angestrebten Amt der Generalstaatsanwältin entfernt, dass das Gewicht des höheren Statusamtes und des formal gleichen Gesamturteils zurücktreten muss.

(9) Auf die Rechtmäßigkeit des Anforderungsprofils in der Stellenausschreibung kommt es damit nicht an. Schon bei der Auswahlentscheidung vom 09./16.12.2021 hatte die Antragsgegnerin tragend allein auf den Statusamtsunterschied bei formal gleichen Beurteilungsergebnissen abgestellt. Die Ausführungen im Auswahlvermerk, wonach die Beigeladene das Anforderungsprofil besser erfülle, erfolgten ausdrücklich nur hilfsweise. Auch bei einer neuen Auswahlentscheidung könnte das Anforderungsprofil nicht ausschlaggebend sein. Denn wie oben ausgeführt, gibt es bereits wegen des Statusamtsunterschieds bei formal gleichen Beurteilungen keine ernsthafte Chance für den Antragsteller, ausgewählt zu werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1, § 162 Abs. 3 VwGO. Es entspricht der Billigkeit, die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen dem unterlegenen Antragsteller aufzuerlegen, denn die Beigeladene hat sich in beiden Instanzen dadurch, dass sie Anträge gestellt hat, ihrerseits einem Kostenrisiko ausgesetzt (vgl. § 154 Abs. 3 VwGO).

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1, Satz 4 GKG und berücksichtigt Ziff. 10.3 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Demnach war der Streitwert auf drei Monatsgrundgehälter der Besoldungsgruppe R 5 festzusetzen (3 x 9.309,60 Euro = 27.928,80 Euro) (vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 09.01.2014 - 2 B 198/13, juris Rn. 52 f.).

Dr. Maierhöfer

Traub

Dr. Koch