



Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

OVG: 2 B 256/18

(VG: 6 V 1014/18)

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

der Regierungsdirektorin

Antragstellerin und Beschwerdegegnerin,

Prozessbevollmächtigter:

g e g e n

die Freie Hansestadt Bremen, vertreten durch die Senatorin für Kinder und Bildung,
Rembertiring 8 - 12, 28195 Bremen,

Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin,

Prozessbevollmächtigter:

b e i g e l a d e n :

Regierungsdirektorin

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 2. Senat - durch die
Richterinnen Meyer, Dr. Jörgensen und Dr. Steinfatt am 3. Dezember 2018 beschlossen:

Die Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen – 6. Kammer – vom 12.09.2018 wird zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst trägt.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 20.849,70 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin wendet sich gegen die ihr durch den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 12.09.2018 auferlegte Verpflichtung, die von der Senatorin für Kinder und Bildung ausgeschriebene Stelle der Referatsleitung im Referat 12 (Juristische Dienstleistungen, Ausbildungsförderung), Besoldungsgruppe A 16 vorläufig freizuhalten und nicht mit der Beigeladenen zu besetzen.

Die Antragsgegnerin schrieb im April 2016 verwaltungsintern die Stelle der Referatsleitung im Referat 12 bei der Senatorin für Kinder und Bildung (Juristische Dienstleistungen, Ausbildungsförderung) mit der Besoldungsgruppe A 16 aus. Im Anforderungsprofil wurde unter „Voraussetzungen“ als letzter Punkt „möglichst Führungserfahrung“ aufgenommen. Darauf bewarben sich neben weiteren Bewerberinnen die Antragstellerin und die Beigeladene.

Die Antragstellerin steht seit 2008 im Dienst der Antragsgegnerin, seit 2009 als Beamtin auf Lebenszeit. Zuletzt wurde sie mit Wirkung vom 01.01.2013 zur Regierungsdirektorin (Bes.Gr. A 15) befördert. Sie ist als Referentin im Referat 12 der Senatorin für Kinder und Bildung tätig.

Die Beigeladene steht seit 2003 im Dienst der Antragsgegnerin, seit 2006 als Beamtin auf Lebenszeit. Zuletzt wurde sie mit Wirkung vom 01.01.2010 zur Regierungsdirektorin (Bes.Gr. A 15) befördert. Sie ist ebenfalls als Referentin im Referat 12 der Senatorin für Kinder und Bildung tätig. Vom 05.12.2013 bis 08.07.2015 nahm die Beigeladene gemeinsam mit einer Kollegin die kommissarische Leitung des Referats 12 wahr.

Unter dem 27.05.2016 wurde für die Antragstellerin eine Anlassbeurteilung erstellt, die mit der Gesamtnote 4 („übertrifft die Anforderungen“) schloss. Die Beigeladene war am

09.07.2015 auf eigenen Wunsch dienstlich beurteilt worden und erhielt ebenfalls die Gesamtnote 4 („übertrifft die Anforderungen“). Regelbeurteilungen werden nicht erstellt.

Nach der Durchführung von Auswahlgesprächen fiel ausweislich des Auswahlvermerks vom 11.07.2016 die Entscheidung, der Antragstellerin die ausgeschriebene Stelle zu übertragen. Nachdem der Personalrat die Zustimmung verweigert hatte und nach Einholung einer Stellungnahme der Senatorin für Finanzen wurde die Entscheidung revidiert und die Beigeladene ausgewählt.

Gegen die ihr mit Schreiben vom 30.09.2016 bekannt gegebene Auswahlentscheidung erhob die Antragstellerin Widerspruch und suchte um einstweiligen Rechtsschutz nach. Nachdem das Verwaltungsgericht im Verfahren 6 V 3117/16 darauf hingewiesen hatte, dass die dienstlichen Beurteilungen der Antragstellerin und der Beigeladenen wegen der unterschiedlichen Beurteilungsstichtage und –zeiträume nicht vergleichbar seien, hob die Antragsgegnerin die Auswahlentscheidung auf.

In der Folge wurden für die Antragstellerin und für die Beigeladene jeweils unter dem 26.03.2017 dienstliche Beurteilungen erstellt, die den Beurteilungszeitraum 01.06.2013 bis 31.05.2016 erfassten. Gegen die auf Grundlage dieser Beurteilungen am 26.03.2017 getroffene Auswahlentscheidung, die wiederum zugunsten der Beigeladenen ausfiel, erhob die Antragstellerin abermals Widerspruch und beantragte einstweiligen Rechtsschutz.

Mit Beschluss vom 27.09.2017 (Az. 6 V 1386/17) gab das Verwaltungsgericht der Antragsgegnerin auf, die Stelle vorläufig freizuhalten. Der Beurteilungszeitraum sei willkürlich vorverlagert worden. Zudem sei die dienstliche Beurteilung der Antragstellerin nicht plausibel und ihr erst nach der Auswahlentscheidung bekannt gegeben worden.

Mit Bescheiden vom 05.03.2018 hob die Antragsgegnerin die dienstlichen Beurteilungen der Antragstellerin und der Beigeladenen vom 26.03.2017 auf. Ebenfalls unter dem 05.03.2018 wurden für die Antragstellerin und die Beigeladene jeweils eine neue dienstliche Beurteilung für den Beurteilungszeitraum 01.06.2013 bis 31.05.2016 sowie eine aktuelle Beurteilung für den Beurteilungszeitraum 01.06.2016 bis 02.03.2018 erstellt. In die den Zeitraum 01.06.2013 bis 31.05.2016 erfassenden neuen Beurteilungen wurden die bereits vorhandenen, denselben Zeitraum bzw. Teile hiervon erfassenden Beurteilungen einbezogen. Bei der Antragstellerin handelte es sich hierbei um die Beurteilung vom 27.05.2016, bei der Beigeladenen um die Beurteilung vom 09.07.2015. Ausweislich des

Auswahlvermerks vom 12.03.2018 sei der einheitliche Beurteilungszeitraum weiterhin auf drei Jahre vor der ersten Auswahlentscheidung (01.06.2013 bis 31.05.2016) festgelegt worden, da sich die Beurteilungen im Wesentlichen auf die gleichen Beurteilungszeiträume und Beurteilungsstichtage beziehen müssten. Da nach den Beschlüssen des Verwaltungsgerichts die Auswahlentscheidung wegen des weit vor der Auswahlentscheidung liegenden Beurteilungszeitraums fehlerhaft gewesen sei, mithin zu Unrecht auf die erste Auswahlentscheidung abgestellt worden sei, seien aktuelle Beurteilungen für den Zeitraum 01.06.2016 bis 02.03.2018 erstellt worden. Da die Antragstellerin und die Beigeladene in diesen aktuellsten Beurteilungen – auch hinsichtlich der Einzelmerkmale – gleich beurteilt worden waren, wurde auf die den Zeitraum 01.06.2013 bis 31.05.2016 umfassenden Beurteilungen zurückgegriffen. Mit Blick auf die in diesen Zeitraum fallende kommissarische Leitung des Referats durch die Beigeladene wurde diese ausgewählt.

Mit Widerspruchsbescheid vom 26.03.2018 wies die Antragsgegnerin den Widerspruch der Antragstellerin gegen die mit Bescheid vom 18.05.2017 erfolgte Ablehnung ihrer Bewerbung als unbegründet zurück. Zwar sei die Auswahlentscheidung vom 26.03.2017 nach dem Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 27.09.2017 (6 V 1386/17) rechtswidrig gewesen. Im Rahmen des Widerspruchsverfahrens sei jedoch am 12.03.2018 eine neue Auswahlentscheidung getroffen worden, die auf der Grundlage neuer dienstlicher Beurteilungen und unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts erfolgt sei.

Am 13.04.2018 hat die Antragstellerin Klage erhoben und einstweiligen Rechtsschutz beantragt. Mit Beschluss vom 12.09.2018 hat das Verwaltungsgericht der Antragsgegnerin aufgegeben, „den Beförderungsdienstposten „Referatsleitung im Referat 12 - Juristische Dienstleistungen, Ausbildungsförderung, Besoldungsgruppe A 16 BremBesO, Kennziffer 12/2012“ und die dazugehörige Planstelle vorläufig bis zum Ablauf eines Monats nach einer Entscheidung über die Klage der Antragstellerin gegen den Bescheid vom 18.05.2017 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 26.03.2018 oder einer sonstigen Erledigung des Klageverfahrens freizuhalten und nicht mit der Beigeladenen zu besetzen“. Entgegen den Beurteilungsrichtlinien sei den aktuellen dienstlichen Beurteilungen kein dreijähriger Beurteilungszeitraum zugrunde gelegt worden, ohne dass für diese Abweichung ein rechtfertigender Grund ersichtlich wäre.

Hiergegen wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer Beschwerde. Ausnahmsweise habe von dem Grundsatz, dass auch Anlassbeurteilungen ein dreijähriger Beurteilungszeitraum zugrunde zu legen sei, abgewichen werden dürfen. Da bereits Beurteilungen für

den Zeitraum 01.06.2013 bis 31.05.2016 vorgelegen hätten, sei für die aktuelle Beurteilung der sich anschließende Zeitraum bis zur Auswahlentscheidung gewählt worden. Eine zeitliche Überschneidung von Beurteilungszeiträumen habe vermieden werden sollen.

II.

Die zulässige Beschwerde der Antragsgegnerin bleibt ohne Erfolg. Die von der Antragsgegnerin im Beschwerdeverfahren dargelegten Gründe, auf deren Prüfung der Senat beschränkt ist (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), führen nicht zur Änderung des angegriffenen Beschlusses.

Das Verwaltungsgericht hat zu Recht einen Anordnungsanspruch bejaht. Die Auswahlentscheidung erweist sich als fehlerhaft. Die von der Antragsgegnerin gewählten Beurteilungszeiträume für die Anlassbeurteilungen der Antragstellerin und der Beigeladenen erscheinen willkürlich gewählt. Zu Recht hat das Verwaltungsgericht beanstandet, dass die aktuellen dienstlichen Beurteilungen, die der Auswahlentscheidung vom 12.03.2018 zugrunde gelegt wurden, Ziff. 1.2 der Richtlinien über die dienstliche Beurteilung der Beamtinnen und Beamten der Laufbahnen der Allgemeinen Dienste vom 15. Juli 2008 (Brem. ABl. S. 505), zuletzt geändert durch ÄndRL vom 21. Juli 2015 (Brem. ABl. S. 782 und 822, im Folgenden: Beurteilungsrichtlinien), nicht entsprechen. Danach gilt – sofern kein Regelbeurteilungssystem angewandt wird – für anlassbezogene Beurteilungen i. S. d. § 8 BremBeurtV grundsätzlich ebenfalls ein dreijähriger Beurteilungszeitraum. Ebenfalls zutreffend hat das Verwaltungsgericht ausgeführt, dass die Beurteilungsrichtlinien grundsätzlich über Artikel 3 Abs. 1 GG im Sinne einer Selbstbindung der Verwaltung verbindlich und nur aus sachlichen Gründen Abweichungen hiervon zulässig sind. Aus der Auswahlentscheidung vom 12.03.2018 in der Gestalt, die sie durch den Widerspruchsbescheid vom 26.03.2018 erhalten hat, gehen solche sachlichen Gründe nicht hervor. Der Widerspruchsbescheid enthält keine eigenen Erwägungen, sondern verweist auf den Auswahlvermerk vom 12.03.2018. Dieser führt lediglich aus, der einheitliche Beurteilungszeitraum bleibe weiterhin auf drei Jahre vor der ersten Auswahlentscheidung (01.06.2013 bis 31.05.2016) festgelegt, da sich die Beurteilungen im Wesentlichen auf die gleichen Beurteilungszeiträume und Beurteilungsstichtage beziehen müssten. Da nach den Beschlüssen des Verwaltungsgerichts in den vorangegangenen Verfahren dieser Beurteilungszeitraum zu weit vor der Auswahlentscheidung liege, seien aktuelle Beurteilungen für den sich anschließenden Zeitraum vom 01.06.2016 bis 02.03.2018 erstellt worden. Unklar bleibt danach bereits, wieso für die Festlegung des einheitlichen, dreijährigen Beurteilungszeitraums abermals vom Datum der ersten Auswahlentscheidung aus-

gegangen wurde, obwohl nunmehr eine gänzlich neue Auswahlentscheidung zu treffen war.

Zwar können unter Umständen bereits vorhandene Beurteilungen ein sachlicher Grund sein, von der Bestimmung der Beurteilungsrichtlinien abzuweichen. Die Ausführungen der Beschwerde zu einem derartigen sachlichen Grund für die Abweichung vom grundsätzlich zugrunde zu legenden Dreijahreszeitraum sind jedoch bereits nicht nachvollziehbar, soweit sie vorträgt, es hätten bereits Beurteilungen der Antragstellerin und der Beigeladenen über einen dreijährigen Zeitraum vom 01.06.2013 bis 31.05.2016 vorgelegen. Die Antragsgegnerin hat die Beurteilungen vom 26.03.2017, die den Zeitraum 01.06.2013 bis 31.05.2016 erfassten, ausdrücklich mit Bescheid vom 05.03.2018 aufgehoben. Sie hat mitnichten diese Beurteilungen nach inhaltlicher Überprüfung und Fehlerbehebung aufrecht erhalten. „Nach Bearbeitung der Widersprüche weiter plausibilisierte Beurteilungen“ gab es nicht.

Indem sie für den Beurteilungszeitraum vom 01.06.2013 bis 31.05.2016 neue Beurteilungen erstellt und die Beurteilung der Antragstellerin vom 27.05.2016 sowie die Beurteilung der Beigeladenen vom 09.07.2015 in diese einbezogen hat, hat die Antragsgegnerin auch ersichtlich nicht das von der Beschwerde behauptete Ziel verfolgt, Zeiträume zu vermeiden, die von zwei Anlassbeurteilungen erfasst werden. Im Gegenteil hat sie diesen Aspekt weitergehend außer Acht gelassen als dies bei der Wahl eines Dreijahreszeitraums für die aktuelle Beurteilung der Fall gewesen wäre. Denn infolge der von der Antragsgegnerin gewählten Vorgehensweise existieren für die Antragstellerin nunmehr zwei Anlassbeurteilungen für nahezu exakt den gleichen Zeitraum: Die Anlassbeurteilung der Antragstellerin vom 27.05.2016 lässt nicht erkennen, für welchen Zeitraum sie erstellt wurde. Der Senat geht daher davon aus, dass sie entsprechend Ziff. 1.2 der Beurteilungsrichtlinien einen Zeitraum von drei Jahren erfasst, also den Beurteilungszeitraum 28.05.2013 bis 27.05.2016. Die für die neue Auswahlentscheidung neu erstellte Beurteilung vom 05.03.2018 erfasst ausdrücklich den Zeitraum 01.06.2013 bis 31.05.2016. Für die Beigeladene ergibt sich eine Überschneidung der neu erstellten Beurteilung mit der Anlassbeurteilung vom 09.07.2015, die nach Ziff. 1.2 der Beurteilungsrichtlinien ebenfalls einen dreijährigen Zeitraum umfasst, von 25 Monaten. Hätte die Antragsgegnerin hingegen für die aktuellen Beurteilungen einen dreijährigen Zeitraum zugrunde gelegt, hätte dieser die Zeit vom 03.03.2015 bis zum 02.03.2018, dem von der Antragsgegnerin gewählten Beurteilungsstichtag, umfasst. Die Überschneidung mit der Beurteilung der Antragstellerin vom 27.05.2016 wäre mit 15 Monaten ebenso deutlich geringer ausgefal-

len wie bei der Beigeladenen, bei der sich eine Überschneidung mit der Beurteilung vom 09.07.2015 von nur 4 Monaten ergeben hätte.

Ohnehin lässt sich die von der Antragsgegnerin angeführte Rechtsprechung des Niedersächsischen Obergerichtes, nach der Überschneidungen der Zeiträume aufeinanderfolgender Anlassbeurteilungen zu vermeiden sind (NdsOVG, Beschluss vom 13. Dezember 2010 – 5 ME 232/10 – juris), nicht ohne weiteres auf den vorliegenden Fall übertragen. Die zitierte Entscheidung geht zum einen von einem Nebeneinander von Regelbeurteilungen und Anlassbeurteilungen aus, während es vorliegend Regelbeurteilungen nicht gibt. In einem reinen Anlassbeurteilungssystem können Überschneidungen der Beurteilungszeiträume jedenfalls dann nicht vermieden werden, wenn bereits Beurteilungen unterschiedlicher Bewerber mit unterschiedlichen Beurteilungstichtagen und –zeiträumen existieren. Zum anderen sahen die dortigen Beurteilungsrichtlinien nicht vor, dass einer Anlassbeurteilung ein bestimmter Beurteilungszeitraum zugrunde gelegt wird. Das Niedersächsische Obergericht hatte sich somit nicht mit dem Problem der Vereinbarkeit der bremischen Richtlinien, die grundsätzlich einen dreijährigen Beurteilungszeitraum auch für Anlassbeurteilungen fordern, mit dem Grundsatz, dass Überschneidungen von Anlassbeurteilungen zu vermeiden sind, auseinanderzusetzen. Es spricht einiges dafür, dass bei einem reinen Anlassbeurteilungssystem frühere Anlassbeurteilungen, die in den vorgegebenen Beurteilungszeitraum einer später veranlassten neuen Anlassbeurteilung fallen, in diese neue Beurteilung einbezogen werden müssen, soweit die zeitliche Überschneidung reicht (vgl. Schnellenbach / Bodanowitz, Die dienstliche Beurteilung der Beamten und Richter, Stand: Sept. 2018, Rn. 251).

Der Antragsgegnerin ist darin zuzustimmen, dass dienstliche Beurteilungen, die als Grundlage einer Auswahlentscheidung dienen, sich im Wesentlichen auf die gleichen Beurteilungszeiträume und die gleichen Beurteilungstichtage beziehen müssen (BVerwG, Beschluss vom 24. Mai 2011 – 1 WB 59/10 –, Rn. 33, juris; BVerwG, Urteil vom 18. Juli 2001 – 2 C 41/00 –, Rn. 14 ff., juris). Das von der Beschwerde angesprochene weite Organisationsermessen des Dienstherrn im Hinblick auf die Frage, wie er für größtmögliche Vergleichbarkeit sorgt, ist vorliegend jedoch – wie ausgeführt – durch die Vorgaben der Beurteilungsrichtlinien eingeschränkt, die dem genannten Grundsatz (gleiche Beurteilungszeiträume und –stichtage) im Übrigen nicht entgegenstehen.

Es ist auch nicht auszuschließen, dass sich die Verschiebung der Beurteilungszeiträume auf die Auswahlentscheidung ausgewirkt hat. Eine Auswahl der Antragstellerin erscheint bei einer erneuten Auswahlentscheidung möglich.

Vor dem Hintergrund, dass die erstmalige Ausschreibung der streitgegenständlichen Stelle nunmehr weit über zwei Jahre zurückliegt, wird die Antragsgegnerin eine Entscheidung darüber zu treffen haben, ob sie das Stellenbesetzungsverfahren abbricht, die Stelle neu ausschreibt und das Verfahren damit für weitere Bewerber öffnet (zur Zulässigkeit eines solchen Vorgehens in der hier vorliegenden Situation BVerfG, Beschluss vom 24. September 2015 – 2 BvR 1686/15 –, Rn. 14, 18 f., juris; BVerwG, Urteil vom 29. November 2012 – 2 C 6/11 –, BVerwGE 145, 185-194, Rn. 17, 20 f., zit. nach juris) oder ob sie das Verfahren mit den bisherigen Bewerberinnen fortsetzt. Für den Fall, dass sich die Antragsgegnerin für eine Neuausschreibung entscheidet, weist der Senat vorsorglich darauf hin, dass die bisherige Fassung des Anforderungsprofils in der Stellenausschreibung widersprüchlich und daher zumindest auslegungsbedürftig ist. Unabhängig von den grundsätzlichen Bedenken, die in der aus dem Haus der Senatorin für Finanzen eingeholten Stellungnahme vom 19.08.2016 zum Ausdruck kommen, ist das Kriterium der Führungserfahrung unter „Voraussetzungen“ aufgelistet, soll aber nach der gewählten Formulierung nur „möglichst“ vorhanden sein. In einem Anforderungsprofil als Voraussetzung genannte Qualifikationen und Eigenschaften sind aber zwingend, nicht nur „möglichst“ zu erfüllen. Eine „möglichst“ mitzubringende Qualifikation kann allenfalls wünschenswert sein und im Rahmen der Auswahlentscheidung dementsprechend nach Ausschöpfung der dienstlichen Beurteilungen als Hilfskriterium bedacht und abgewogen werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO. Der Beigeladenen sind keine Kosten aufzuerlegen, weil sie keinen Antrag gestellt hat (§ 154 Abs. 3 VwGO).

Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 47 Abs. 1, § 40, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1, Satz 4 GKG.

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

gez. Meyer

gez. Dr. Jörgensen

gez. Dr. Steinfatt