



## **Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen**

**OVG: 2 B 91/18**

(VG: 6 V 3674/17)

### **Beschluss**

**In der Verwaltungsrechtssache**

Antragsteller und Beschwerdegegner,

Prozessbevollmächtigte:

**gegen**

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

Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin,

Prozessbevollmächtigter:

**beigeladen:**

1.

2.

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 2. Senat - durch die  
Richterinnen Meyer, Dr. Jörgensen und Dr. Steinfatt am 23. Mai 2018 beschlossen:

**Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Be-  
schluss des Verwaltungsgerichts der Freien Han-  
sestadt Bremen – 6. Kammer – vom 22.03.2018 geändert.**

**Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, die kommissarische Besetzung der Dienstposten „Vertreter / Vertreterin des Leiters der Justizwachtmeisterzentrale – Besoldungsgruppe A 7“ beim Amtsgericht Bremen mit den Beigeladenen rückgängig zu machen und diese Dienstposten bis zu einer erneuten Auswahlentscheidung oder einer anderweitigen Erledigung des Verfahrens nicht wieder zu besetzen,**

oder

**den Antragsteller bis zu einer erneuten Auswahlentscheidung oder einer anderweitigen Erledigung des Verfahrens in der Weise den Beigeladenen gleichzustellen, als er in selber Weise wie diese in die Aufgaben eines Vertreters des Leiters der Justizwachtmeisterzentrale eingeführt wird und die von ihm auf diesem Dienstposten erbrachten Leistungen ebenso wie die der Beigeladenen bei einer erneuten Auswahlentscheidung berücksichtigt werden.**

**Die Beschwerde im Übrigen wird zurückgewiesen.**

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

**Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 5.000,00 € festgesetzt.**

### **G r ü n d e**

I.

Die Antragsgegnerin wendet sich gegen die ihr durch den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 22.03.2018 auferlegte Verpflichtung, die kommissarische Besetzung der Dienstposten „Vertreter / Vertreterin des Leiters der Justizwachtmeisterzentrale – Besoldungsgruppe A 7“ beim Amtsgericht Bremen mit den Beigeladenen rückgängig zu machen und diese Dienstposten bis zu einer erneuten Auswahlentscheidung nicht wieder zu besetzen.

Die Antragsgegnerin schrieb im Beiblatt zum Amtsblatt der Freien Hansestadt Bremen vom 25.07.2017 zwei Dienstposten „Vertreter / Vertreterin des Leiters der Justizwachtmeisterzentrale – Besoldungsgruppe A 7“ im Geschäftsbereich des Amtsgerichts Bremen

aus. Darauf bewarben sich neben weiteren Bewerbern der Antragsteller und die Beigeladenen.

Der geborene Antragsteller wurde zum 01.06.1989 zum Justizhauptwachtmeister (Besoldungsgruppe A 4) beim Landgericht Bremen ernannt. Seit dem 01.06.1990 ist er Beamter auf Lebenszeit. Mit Wirkung zum 01.07.1990 wurde er zum Ersten Justizhauptwachtmeister (Besoldungsgruppe A 5) beim Landgericht Bremen ernannt. Zum 01.01.2004 wurde er zum Amtsgericht Bremen versetzt und mit Wirkung vom 01.10.2007 zum Ersten Justizhauptwachtmeister (Besoldungsgruppe A 6) ernannt.

Der geborene Beigeladene zu 1. wurde zum 01.03.1996 zum Justizoberwachtmeister (Besoldungsgruppe A 3) beim Amtsgericht Bremen ernannt. Seit dem 06.11.1997 ist er Beamter auf Lebenszeit. Mit Wirkung zum 01.10.1998 wurde er zum Justizhauptwachtmeister (Besoldungsgruppe A 4) befördert. Mit Wirkung zum 01.10.2000 wurde er zum Ersten Justizhauptwachtmeister (Besoldungsgruppe A 5) und mit Wirkung vom 01.10.2007 zum Ersten Justizhauptwachtmeister (Besoldungsgruppe A 6) ernannt.

Die geborene Beigeladene zu 2. wurde zum 01.12.2010 zur Justizhauptwachtmeisterin (Besoldungsgruppe A 4) beim Amtsgericht Bremen ernannt. Seit dem 11.12.2012 ist sie Beamtin auf Lebenszeit. Mit Wirkung vom 01.01.2014 wurde sie zur Ersten Justizhauptwachtmeisterin (Besoldungsgruppe A 5) befördert.

Gegen die ihm mit Schreiben vom 22.11.2017 bekannt gegebene Auswahlentscheidung, die zugunsten der Beigeladenen ausfiel, legte der Antragsteller Widerspruch ein und hat am 05.12.2017 einstweiligen Rechtsschutz beantragt.

Mit Wirkung vom 01.01.2018 hat die Präsidentin des Amtsgerichts Bremen den Beigeladenen kommissarisch die ausgeschriebenen Dienstposten übertragen und die Beigeladene zu 2. zur Ersten Justizhauptwachtmeisterin der Besoldungsgruppe A 6 befördert.

Das Verwaltungsgericht hat der Antragsgegnerin mit Beschluss vom 22.03.2018 aufgegeben, die Übertragung der Dienstposten „Vertreter / Vertreterin des Leiters der Justizwachtmeisterzentrale – Besoldungsgruppe A 7“ beim Amtsgericht Bremen mit den Beigeladenen rückgängig zu machen und diese Dienstposten nicht wieder zu besetzen, bis über die Bewerbung des Antragstellers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden worden ist oder bis zu einer anderweitigen Erledigung des Verfahrens.

Die der Auswahlentscheidung zugrunde liegenden Beurteilungen der Bewerber seien nicht hinreichend vergleichbar, weil sie ohne hinreichenden sachlichen Grund erheblich unterschiedlich lange Zeiträume umfassten. Fehlerhaft sei zudem, dass die Antragsgegnerin bei der Auswahlentscheidung nur auf die Gesamtnote der Beurteilungen abgestellt habe, ohne auch das jeweils innegehabte Statusamt in den Blick zu nehmen. Das Verwaltungsgericht hat ausdrücklich offen gelassen, ob den Anforderungen an eine Niederlegung der Auswahlentscheidung durch die Aufnahme der wesentlichen Gründe in ein Schreiben an den Personalrat genügt ist.

Gegen den ihr am 26.03.2018 zugestellten Beschluss hat die Antragsgegnerin am 06.04.2018 Beschwerde erhoben und beantragt, den Beschluss insoweit abzuändern, dass der Antrag, die kommissarische Besetzung der beiden streitbefangenen Dienstposten mit den ausgewählten Beigeladenen bis zur Bekanntgabe einer neuen Auswahlentscheidung rückgängig zu machen, abgelehnt wird.

Die kommissarische Besetzung mit den ausgewählten Bewerbern sei erforderlich, um die Funktionsfähigkeit in der Justizwachtmeisterzentrale und damit auch den sicheren Justizbetrieb im Amtsgericht aufrechtzuerhalten. Für die umfangreichen und verantwortungsvollen Aufgaben verbiete sich eine Interimslösung. Eine ausgebildete und erfahrene Stellvertretung sei für die Abwesenheitsvertretung unerlässlich; eine Einweisung durch den Leiter der Justizwachtmeisterzentrale benötige einige Monate. Der Tätigkeitsbereich der Leitung sei derart umfangreich, dass dieser durch eine Person – auch aufgrund der Größe der Organisationseinheit – nicht vorübergehend bewältigt werden könne. Auch vor der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Ausblendung zwischenzeitlicher Bewährungszeiten im Falle der Wiederholung einer Auswahl sei im Einzelfall die kommissarische Besetzung eines Dienstpostens dann in Abwägung der Vor- und Nachteile ausnahmsweise zulässig gewesen, um erhebliche Nachteile für die Funktionsfähigkeit der Verwaltung oder den Eintritt schwerer Schäden zu verhindern. Die danach geforderte Abwägung der Folgen einer Fortsetzung der bereits vorgenommenen kommissarischen Besetzungen der beiden streitbefangenen Dienstposten mit den Beigeladenen im Hinblick auf den Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers einerseits, hinsichtlich der unmittelbaren Folgen für den sicheren Dienstbetrieb und die Funktion der Verwaltung im Amtsgericht Bremen andererseits führe dazu, dass der diesbezügliche Antrag des Antragstellers durch das Verwaltungsgericht hätte abgelehnt werden müssen. Irreversible Fakten würden durch die kommissarische Besetzung der Dienstposten nicht geschaffen.

II.

Die Beschwerde der Antragsgegnerin hat nur in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg. Die von der Antragsgegnerin im Beschwerdeverfahren dargelegten Gründe, auf deren Prüfung der Senat beschränkt ist (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), führen dazu, der Antragsgegnerin eine weitere Handlungsoption einzuräumen.

a.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist ihr vorliegend eine kommissarische Besetzung der im Streit stehenden Dienstposten mit den Beigeladenen nicht bereits deshalb erlaubt, weil sie versichert hat, bei einer erneuten Auswahlentscheidung den bis dahin erlangten Bewährungsvorsprung der Beigeladenen auszublenden. Ob der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Rechtsfigur der Ausblendung eines Bewährungsvorsprungs (grundlegend BVerwG, Beschluss vom 10.05.2016 – 2 VR 2/15 – BVerwGE 155, 152; vgl. auch BVerwG, Beschluss vom 21.12.2016 – 2 VR 1/16 – BVerwGE 157, 168 sowie konkretisierend und einschränkend BVerwG, Beschluss vom 12.12.2017 – 2 VR 2/16 – juris) überhaupt zu folgen ist (ablehnend OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 05.05.2017 – 2 B 10279/17 – juris, Rn. 21; vgl. auch OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 16.03.2017 – 10 B 11626/16 – juris, Rn. 3 ff.; NdsOVG, Beschluss vom 03.01.2017 – 5 ME 157/16 – juris, Rn. 21; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 21.06.2016 – 1 B 201/16 – juris, Rn. 49), kann dahin stehen. Für den vorliegenden Fall beansprucht die Ausblendungsrechtsprechung bereits keine Geltung.

Das Bundesverwaltungsgericht hat im Beschluss vom 12.12.2017 klargestellt, ausgeschlossen sei das Ausblenden in denjenigen Fällen, in denen – sofern dies überhaupt zulässig sei – der ersten Auswahlentscheidung keine weitere nachfolge, sondern der ausgewählte und mit der Wahrnehmung des höherwertigen Dienstpostens betraute Beamte nach Feststellung seiner Bewährung unmittelbar befördert werde (BVerwG, Beschluss vom 12.12.2017 – 2 VR 2/16 –, Rn. 27, juris). So liegt der Fall hier. Aus dem Schreiben der Präsidentin des Amtsgerichts Bremen an den Personalrat vom 07.11.2017, in dem diese die wesentlichen Erwägungen für die Auswahl der Beigeladenen zusammenfasst, geht hervor, dass beide Beigeladenen nach einer Erprobungszeit und unter der Voraussetzung, dass die Eignung festgestellt werden kann, befördert werden sollen. Eine weitere Auswahlentscheidung vor Vergabe der Planstellen war danach nicht vorgesehen.

Vor diesem Hintergrund kann offen bleiben, ob die Ausblendungsrechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch deshalb auf die vorliegende Konstellation nicht an-

wendbar ist, weil sowohl den Beigeladenen als auch dem Antragsteller bisher die für eine Beförderung notwendige laufbahnrechtliche Erprobung fehlt, die Übertragung des höherwertigen Dienstpostens also bei allen gleichermaßen erst die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen für eine spätere Beförderung (vgl. § 8 BremLVO) schafft (vgl. dazu von der Weiden, Anmerkung zum Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 12.12.2017, jurisPR-BVerwG 6/2018 Anm. 6, der der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entnimmt, dass diese Fälle deshalb grundsätzlich einem Ausblenden nicht zugänglich seien, weil ein fiktives „Einblenden“ der Erprobung des unterlegenen Bewerbers nicht in Betracht komme).

b.

Der Antragsgegnerin ist aber insofern eine Handlungsoption zu eröffnen, als sie, sofern sie meint, der Dienstbetrieb sei bei einer Rückgängigmachung der kommissarischen Besetzungen der Dienstposten nicht aufrechtzuerhalten, befugt ist, den Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers in der Weise zu sichern, dass er ebenso wie die Beigeladenen mit den Aufgaben eines stellvertretenden Leiters der Justizwachtmeisterzentrale betraut wird.

Dem Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers gegenüber steht das Interesse der Antragsgegnerin an der Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung und eines funktionierenden Dienstbetriebs. Die Antragsgegnerin hat im öffentlichen Interesse dafür zu sorgen, dass die Dienstaufgaben der ausgeschriebenen Dienstposten so gut wie möglich erfüllt werden. Grundsätzlich können bis zur endgültigen Dienstpostenübertragung nicht kommissarisch Aufgaben – auch nicht teilweise – auf einen Bewerber oder eine Bewerberin übertragen werden. Der Bewerbungsverfahrensanspruch eines Bewerbers ist vorrangig zu beachten und nur bei einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung sind Eingriffe in den Bewerbungsverfahrensanspruch gerechtfertigt. Eine vorübergehende Vakanz muss zunächst durch Maßnahmen überbrückt werden, ohne dass dadurch der Bewerbungsverfahrensanspruch tangiert wird. Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn vorübergehend Teile der Dienstaufgaben des Dienstpostens übertragen werden. Auch daraus kann sich, je nach Länge dieser Übertragung, ein Bewährungsvorsprung ergeben (vgl. BayVGH, Beschluss vom 12.10.2010 – 3 CE 10.1605 – Rn. 23, juris).

Vorliegend hat die Antragsgegnerin in ihrer Beschwerde die Schwierigkeiten dargelegt, die mit einer Rückgängigmachung der kommissarischen Dienstpostenübertragung auf die Beigeladenen verbunden wären. Sie hat insbesondere ausgeführt, dass ihr aufgrund der

Vielzahl der den Vertretern des Leiters der Justizwachtmeisterzentrale obliegenden Aufgaben, für die Beamte im normalen Wachtmeisterdienst nicht ausgebildet seien, eine vorübergehende Besetzung der Dienstposten mit anderen Beamten als den Beigeladenen als ausgeschlossen erscheine. Ob die Schwierigkeiten, die mit der Erfüllung der Dienstaufgaben bei Rückgängigmachung der kommissarischen Übertragung verbunden wären, tatsächlich die Schwelle der wesentlichen Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung (vgl. dazu BayVGH, Beschluss vom 12.10.2010 – 3 CE 10.1605 – Rn. 25, juris) erreichen mit der Folge, dass eine Beeinträchtigung des Bewerbungsverfahrensanspruchs des Antragstellers hinzunehmen sein könnte, kann dahin stehen. Die bloße Erschwernis, die damit verbunden wäre, dass ggf. Beamte aufwendig in die Aufgaben der Dienstposten eingearbeitet würden, denen der Dienstposten nicht dauerhaft übertragen würde, genügt jedenfalls nicht, um den über Artikel 33 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich geschützten Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers zurückzustehen zu lassen.

Mit der Einarbeitung auch des Antragstellers in den Aufgabenbereich der stellvertretenden Leitung besteht eine Möglichkeit, sowohl dem Grundsatz der Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung als auch dem Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers zu größtmöglicher Verwirklichung zu verhelfen. Der Antragsteller nimmt dabei bis zu einer erneuten Auswahlentscheidung oder einer anderweitigen Erledigung des Verfahrens die gleichen Aufgaben wie die Beigeladenen wahr und erfährt auch im Zuge einer erneuten Auswahlentscheidung dieselbe Behandlung wie diese. Scheidet die Berücksichtigung von Leistungen, die der Antragsteller auf dem Dienstposten eines stellvertretenden Leiters erbracht hat, bei einer erneuten Auswahlentscheidung aus faktischen Gründen aus, weil etwa die erneute Auswahlentscheidung so zeitnah erfolgt, dass der Antragsteller noch keine Gelegenheit hatte, einer Beurteilung zugängliche Leistungen zu erbringen, so ist die Gleichstellung mit den Beigeladenen dadurch sicherzustellen, dass auch die von den Beigeladenen auf dem kommissarisch übertragenen Dienstposten erworbene Erfahrung unberücksichtigt bleibt.

Eine weitergehende Änderung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung erscheint dem Senat nicht geboten, um die Funktionsfähigkeit der Justizwachtmeisterzentrale im Amtsgericht zu sichern. Für die erneut zu treffende Auswahlentscheidung wird darauf hingewiesen, dass nach Auffassung des Senats die bloße Mitteilung der wesentlichen Gründe für die Auswahl unter mehreren Bewerbern in einem Schreiben an den Personalrat den an eine schriftliche Dokumentation der Auswahlerwägungen zu stellenden Anforderungen

grundsätzlich nicht genügt. Dies ergibt sich bereits daraus, dass der schriftliche Auswahlvermerk sowohl dem unterlegenen Bewerber als auch dem Gericht eine Überprüfung der Auswahlentscheidung ermöglichen muss. Entsprechend umfassend muss er die tragen- den Erwägungen für die getroffene Auswahl darlegen (vgl. grundlegend BVerfG, Kam- merbeschluss vom 09.07.2007 – 2 BvR 206/07 –, Rn. 20 f., juris).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO. Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt, so dass ihnen Kosten nicht auferlegt werden können (§ 154 Abs. 3 VwGO).

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 2 GKG. Mit der Beschwerde hat die Antragsgegnerin ihre ursprüngliche Auswahlentscheidung nicht mehr verteidigt. Ihr Antrag umfasst ausdrücklich nicht mehr die auf der Auswahlentschei- dung fußende Übertragung der Dienstposten, sondern nur noch die kommissarische Be- setzung der Dienstposten bis zu einer erneuten Auswahlentscheidung oder einer ander- weitigen Erledigung des Verfahrens und bleibt damit hinter dem erstinstanzlichen Streit- gegenstand zurück.

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

gez. Meyer

gez. Dr. Jörgensen

gez. Dr. Steinfatt