

Az.: 2 B 126/10
11 L 1894/09

Ausfertigung



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

der Frau

- Antragstellerin -
- Beschwerdeführerin -

prozessbevollmächtigt:
Rechtsanwälte

gegen

den Freistaat Sachsen
vertreten durch das Sächsische Staatsministerium für Soziales und Verbraucherschutz
Albertstraße 10, 01097 Dresden

- Antragsgegner -
- Beschwerdegegner -

prozessbevollmächtigt:

beigeladen:
Herr

wegen

Konkurrentenrechtsstreit; Antrag nach § 123 VwGO
hier: Beschwerde

hat der 2. Senat des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts durch den Vizepräsidenten des Obergerverwaltungsgerichts Dr. Grünberg, den Richter am Obergerverwaltungsgericht Dehoust und die Richterin am Obergerverwaltungsgericht Hahn

am 11. November 2010

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Dresden vom 7. April 2010 - 11 L 1894/09 - geändert.

Dem Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, den Dienstposten des Leiters der Abteilung 2 des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales und Verbraucherschutz bis zur bestandskräftigen Entscheidung über den Widerspruch der Antragstellerin mit dem Beigeladenen zu besetzen.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen, die dieser selber trägt.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 5.000,- € festgesetzt.

Gründe

Die zulässige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Dresden vom 7.4.2010 ist begründet. Das Verwaltungsgericht hat den Antrag der Antragstellerin, die ausgeschriebene Stelle des Abteilungsleiters 2 vorläufig nicht zu besetzen, zu Unrecht abgelehnt.

Die Antragstellerin ist als Referatsleiterin (Besoldungsgruppe B 3) beim Sächsischen Staatsministerium für Soziales und Verbraucherschutz tätig. Sie bewarb sich ebenso wie der Beigeladene, der Präsident der

(Besoldungsgruppe B 4) ist, auf die im Frühjahr 2009 ausgeschriebene Stelle des Leiters der Abteilung 2.

Ihr gegen die Besetzung der Stelle mit dem Beigeladenen gerichteter Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz hatte beim Verwaltungsgericht keinen Erfolg. Dieses begründete seine Entscheidung damit, dass die Antragstellerin nicht gem. § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2, § 294 ZPO glaubhaft gemacht habe, dass die getroffene Auswahlentscheidung des Antragsgegners zu Gunsten des Beigeladenen fehlerhaft sei und die Antragstellerin dadurch in ihrem durch Art. 33 Abs. 2 GG, Art. 91 Abs. 2 SächsVerf gewährleisteten Grundrecht auf gleichen Zugang zu dem zu besetzenden Amt nach Maßgabe von Befähigung, Leistung und Eignung gem. § 12 SächsBG verletzt worden sei. Ihre Aussichten, in einem neuen Verfahren ausgesucht zu werden, könnten nicht als zumindest „offen“ angesehen werden. Der Beigeladene sei zu Recht als leistungstärker als die Antragstellerin angesehen worden. Der Antragsgegner habe zutreffend den aktuellen Regelbeurteilungen der beiden Bewerber entnommen, dass der Beigeladene im Vergleich zur Antragstellerin besser beurteilt sei und ferner in den für ihn besonders maßgeblichen Einzelmerkmalen „Sozialkompetenz“ und „Führungskompetenz“ über einen Qualifikationsvorsprung verfüge. Die der Auswahlentscheidung zugrunde gelegten Regelbeurteilungen seien nicht fehlerhaft. Auch im Rahmen eines Konkurrentenstreits seien Beurteilungen nicht nur auf offensichtliche Beurteilungsfehler hin zu prüfen. Denn Mängel einer im Zusammenhang mit einer Auswahlentscheidung zugrunde gelegten dienstlichen Beurteilung könnten bewirken, dass auch die Auswahlentscheidung rechtswidrig sei. Jedoch seien die maßgeblichen Beurteilungen auf Grundlage der einschlägigen Vorschriften erstellt worden; die Vorschriften seien auch eingehalten worden. Die zuständige Staatssekretärin habe für den Zeitraum ab dem 18.6.2008 bis zum 31.5.2009 sich bei der Erstellung der Regelbeurteilungen auf ihre eigenen Wahrnehmungen stützen können. Für den davorliegenden Zeitraum der Beurteilungen vom 1.6.2006 bis zum 17.6.2008 habe sie sich hinsichtlich der Antragstellerin auf einen Anhörungsbeitrag ihres Amtsvorgängers beziehen können und hinsichtlich des Beigeladenen auf dessen ebenfalls vom Amtsvorgänger verfasste Anlassbeurteilung vom 2.2.2007. Die Beurteilerin sei nicht gehalten gewesen, einen Förderungs- und Verwendungsnachweis i. S. d. § 5 Abs. 8 SächsBeurtVO in die Regelbeurteilung der Antragstellerin aufzunehmen. Auch sei die Beurteilerin von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen und habe insbesondere ausdrücklich gewürdigt, dass die Antragstellerin einen Teil des Beurteilungszeitraums in der Funktion einer Abteilungsleiterin tätig gewesen sei. Verfahrensverstöße bei der Erstellung der Regelbeurteilungen seien nicht ersichtlich. Auch die Ermessensentscheidung im Auswahlvermerk vom 26.10.2009 sei nicht zu beanstanden. Der Antragsgegner habe ausdrücklich den Umstand in den Blick genommen, dass der Beigeladene im Vergleich zur Antragstellerin über keine Ministerialer-

fahrung verfüge. Er gelange jedoch zu der Einschätzung, dass dem Beigeladenen gleichwohl aufgrund seiner besseren Beurteilung der Vorzug einzuräumen sei. Außerdem verfüge er in den Einzelmerkmalen „Sozialkompetenz“ und „Führungskompetenz“ im Vergleich zur Antragstellerin über einen Vorsprung von 2 Punkten. Auf diese Führungsmerkmale habe der Antragsgegner besonderen Wert gelegt.

Hiergegen wendet die Antragstellerin in ihrer Beschwerdebegründung ein, dass bei der Beurteilung des Beigeladenen für die Zeit vom 2.2.2007 (letzte Anlassbeurteilung) bis zum 18.6.2008 (Amtsantritt der jetzigen Staatssekretärin als Beurteilerin) der Beurteilung keine eigenen Erkenntnisse und auch keine anderen sachlich fundierten Erkenntnisquellen vorlägen. Ein solcher Zeitraum von 16,5 Monaten könne nicht überbrückt werden. Gerade aus der Tatsache, dass für den entsprechenden Zeitraum der Beurteilung der Antragstellerin ein Beurteilungsbeitrag eingeholt worden sei, werde deutlich, dass auch für die Beurteilung des Beigeladenen eine entsprechende Erkenntnisquelle erforderlich gewesen sei. Es sei nicht zulässig, dass der Beurteiler einen Zeitraum von mehr als einem Jahr beurteilt, für den er keine gesicherten Erkenntnisquellen und keine eigenen Wahrnehmungen habe. Dieser Frage weiche der angefochtene Beschluss ersichtlich aus. Außerdem müsse der Förderungs- und Verwendungsnachweis nach § 5 Abs. 8 SächsBeurtVO konsistent und in vergleichbaren Fällen gleichermaßen angewendet werden, was hier nicht der Fall sei. Das Verwaltungsgericht habe verkannt, dass die Wahrnehmung der Funktion einer Abteilungsleiterin durch die Antragstellerin nicht bei der Gewichtung der Beurteilung gewürdigt worden sei. Die Punktbewertung in dieser Beurteilung liege folglich über derjenigen des Beigeladenen. Das von dem früheren Staatssekretär ausgefüllte Formular sei keine Zuarbeit, sondern ein Beurteilungsbeitrag i. S. d. § 6 SächsBeurtVO. Das Personalentwicklungskonzept der Führungskräfte der Sächsischen Staatsregierung sei nicht eingehalten worden, da weder ein Assessmentcenter durchgeführt worden sei noch der Beigeladene Ministerialerfahrung vorweisen könne.

2. Die von der Antragstellerin dargelegten Gründe, auf deren Prüfung der Senat nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO grundsätzlich beschränkt ist, führen zu einer Änderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO ergeht eine einstweilige Anordnung, wenn das Bestehen eines zu sichernden Anspruchs, des sog. Anordnungsan-

spruchs, und die Dringlichkeit einer vorläufigen Entscheidung, der sog. Anordnungsgrund, überwiegend wahrscheinlich sind. Die Antragstellerin hat sowohl einen Anordnungsgrund als auch einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht.

a) Ein Anordnungsgrund ist nicht deswegen ausgeschlossen, weil Gegenstand der Personalentscheidung vorliegend nicht die Vergabe eines statusrechtlichen Amtes, sondern lediglich die Übertragung eines Beförderungsdienstpostens ist. Letzteres ist vorliegend gegeben, weil nach dem Vortrag des Antragsgegners der Dienstposten inmitten des Ausschreibungsverfahrens steht und etwaige Beförderungsmöglichkeiten sich nach den persönlichen Verhältnissen und dem Status des ausgesuchten Bewerbers richten.

Zwar kann in einem solchen Fall die Auswahlentscheidung grundsätzlich ersetzt und die Übertragung eines Dienstpostens auf einen Mitbewerber rückgängig gemacht werden (SächsOVG, Beschl. v. 16.12.2008 – 2 B 254/08 -, juris; BVerwG, Urt. v. 16.8.2001, NVwZ-RR 2002, 47; vgl. auch - einen Anordnungsgrund verneinend - SächsOVG, Beschl. v. 15.8.2006 - 2 BS 56/06 - m. w. N.). Anders liegt der Fall jedoch, wenn nachfolgend eine Auswahlentscheidung zur Beförderung nicht mehr stattfindet, weil die Beförderung unmittelbar aufgrund der auf dem Beförderungsdienstposten erfolgten Bewährung erfolgt bzw. nur der erfolgreich Erprobte die Chance auf Beförderung hat. Die Auslese für Beförderungsämtler wird hierdurch vorverlagert auf die Auswahl unter den Bewerbern um den Beförderungsdienstposten (BVerwG, Urt. v. 16.8.2001 a. a. O.). Aufgrund der vorliegend durch den Antragsgegner gewählten Vorgehensweise spricht alles dafür, dass mit der Besetzung des Dienstpostens des Leiters der Abteilung 2 die Entscheidung hinsichtlich der Beförderung vorverlagert werden, ein nachfolgender (weiterer) Auswahlvorgang betreffend die Beförderung gerade nicht mehr stattfinden sollte. Effektiver Rechtsschutz zur Sicherung der Bestenauslesegrundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG gebietet es deshalb in diesem Fall, bereits gegen die Auswahlentscheidung hinsichtlich der Dienstpostenvergabe vorläufigen Rechtsschutz im Wege der einstweiligen Anordnung zuzulassen (vgl. BVerfG, Kammerbeschl. v. 8.10.2007 - 2 BvR 1846/07 -, BayVBl. 2008, 628).

b) Der Antragstellerin steht auch ein Anordnungsanspruch zu. Die Auswahlentscheidung des Antragsgegners ist fehlerhaft. Denn er konnte auf Grundlage der vorliegenden Beurteilungen nicht davon ausgehen, dass der Beigeladene besser als die Antragstellerin beurteilt worden war.

Die Vergabe eines Beförderungsamtes steht im pflichtgemäßen Ermessen des Dienstherrn, der die Auswahl zwischen mehreren Beförderungsbewerbern gem. Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 91 Abs. 1 SächsVerf nach den verfassungsrechtlichen Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zu treffen hat. Auskunft über diese Kriterien geben in erster Linie die dienstlichen Beurteilungen, auf die daher vorrangig zur Ermittlung des Leistungsstandes zurückzugreifen ist. Hierbei kommt neben den aktuellen Anlassbeurteilungen den aktuellen Regelbeurteilungen eine besondere Bedeutung zu (st. Rspr. des Senats, etwa Beschl. v. 5.6.2009 - 2 B 282/09 -, juris m. w. N.). Vor diesem Hintergrund hat der Antragsgegner zunächst zutreffenderweise auf die letzten vorliegenden Beurteilungen abgestellt.

Mängel in einer dienstlichen Beurteilung, die einer Auswahlentscheidung zugrunde gelegt worden ist, können bewirken, dass auch die Auswahlentscheidung rechtswidrig ist. Vor dem Hintergrund, dass in Stellenbesetzungsverfahren effektiver Rechtsschutz letztlich nur im Wege vorläufigen Rechtsschutzes erlangt werden kann, teilt der Senat die Auffassung des Verwaltungsgerichts, dass es für den Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Sicherung des Anspruchs auf ermessensfehlerfreie Auswahl schon ausreicht, dass ein gegen die dienstliche Beurteilung gerichteter Rechtsbehelf aussichtsreich ist und die Auswahl des betreffenden Bewerbers nach rechtsfehlerfreier Beurteilung möglich erscheint (Beschl. des Senats v. 19.2.2010 - 2 B 576/09 -, juris ; SächsOVG, Beschl. v. 11.9.2006 - 3 BS 4/06 - ; VGH BW, Beschl. v. 12.4.2005 - 4 S 439/05 -, juris; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 24.9.2002, DVBl. 2002, 1633).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Urt. v. 24.11.1994 - 2 C 21.93 -; Urt. v. 24.11.2005 - 2 C 34.04 -; Urt. v. 13.5.1965 - II C 146.62 -, sämtlich zitiert nach juris) und des Senats (vgl. Urt. v. 27.6.2006 - 2 B 455/05 -; Urt. v. 24.8.1999 - 2 S 187/99 -, SächsVBl. 2000, 10, 11) sind dienstliche Beurteilungen nur beschränkt überprüfbar. Die verwaltungsgerichtliche Rechtmäßigkeitskontrolle hat sich gegenüber der Beurteilungsermächtigung des Dienstherrn darauf zu beschränken, ob die Verwaltung den anzuwendenden Begriff oder den gesetzlichen Rahmen, in dem sie sich frei bewegen kann, verkannt hat, oder ob sie von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, allgemeine Wertmaßstäbe nicht beachtet, sachfremde Erwägungen angestellt oder gegen Verwaltungsvorschriften (Richtlinien), die sie den Beurteilungen zugrunde legt, verstoßen hat.

Ein solcher Verstoß liegt hier vor.

Die dienstliche Beurteilung hat sich auf einen bestimmten Beurteilungszeitraum zu beziehen. (§ 115 Abs. 1 Satz 1 SächsBG, § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 3 Satz 2 SächsBeurtVO). Für diesen Beurteilungszeitraum sind Eignung, Leistung und Befähigung des Beamten festzustellen (vgl. Schnellenbach, Die dienstliche Beurteilung der Beamten und Richter, 33. Aktualisierung, Rn. 353 m. w. N.). Daraus folgt, dass sich die in der Beurteilung enthaltenen Feststellungen auf den gesamten von der Beurteilung umfassten Zeitraum beziehen müssen; die Beurteilung darf insoweit keine Zeiträume innerhalb des Beurteilungszeitraums unberücksichtigt lassen. Zwar mag den gegen Ende des Beurteilungszeitraums gezeigten Leistungen ein größeres Gewicht zukommen als den früheren Leistungen (so OVG Rh.-Pf., Beschl. v. 26.5.1982 - 2 A 102/81 -, juris). Es entspricht indes der in § 115 Abs. 1 SächsBG zum Ausdruck kommenden und auch die Regelungen der Sächsischen Beurteilungsverordnung prägenden Vorstellung, dass die Leistungen der Beamten kontinuierlich und lückenlos dokumentiert und bewertet werden sollen. Diese Konzeption, die mit Ausnahme der in § 3 Abs. 3 SächsBeurtVO genannten Amtsträger für alle Beamte gilt, gewährleistet eine gleichmäßige Einbeziehung aller Leistungen und schließt es aus, dass nur punktuell erbrachte Leistungen oder auch Fehlleistungen einer sachgerechten Bewertung des Beamten entgegenstehen. Mit ihr wird auch ausgeschlossen, dass der Beamte ein Interesse daran haben könnte, seine Leistungen stets erst am Ende des Beurteilungszeitraums optimal zu erbringen. Außerdem wird nur durch die Einbeziehung des gesamten Beurteilungszeitraums gewährleistet, dass Entwicklungen des Beamten und die Stetigkeit seiner Leistungen in ausreichendem Maße Berücksichtigung finden. Diese Erwägungen gelten auch für Beurteilungen, die für einen der in § 3 Abs. 3 SächsBeurtVO genannten Beamten erstellt wurden und sich auf einen konkreten Beurteilungszeitraum beziehen.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die dem Beigeladenen erteilte Beurteilung als rechtswidrig dar. Für die Zeit vom 2.2.2007 bis zum 18.6.2008, also für über 16 Monate, konnte der Beurteilung weder der eigene Eindruck der Beurteilerin zugrunde gelegt werden noch wurde (etwa durch Einholung eines Anhörungsbeitrags o. ä.) versucht, sich ein verlässliches Bild über die in diesem Zeitraum erbrachten Leistungen zu verschaffen. Da somit nahezu die

Hälfte des Beurteilungszeitraums in der Beurteilung unbewertet blieb, ist die dem Beigeladenen erteilte Beurteilung rechtswidrig.

b) Es ist nicht auszuschließen, dass bei einer neu zu erstellenden Beurteilung des Beigeladenen unter Einbeziehung des gesamten Beurteilungszeitraums das Auswahlverfahren zu Gunsten der Antragstellerin ausgehen könnte. Die grundsätzliche Eignung der Antragstellerin ist unstrittig. Mangels Vorliegens einer verwertbaren Beurteilung des Beigeladenen kann (trotz seines höheren Statusamtes) kein Leistungsvergleich mit der Antragstellerin erfolgen.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1, § 162 Abs. 3 VwGO. Die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen sind nicht für erstattungsfähig zu erklären, weil dieser im Beschwerdeverfahren keinen Antrag gestellt und sich daher selbst keinem Kostenrisiko ausgesetzt hat (vgl. § 154 Abs. 3 VwGO).

Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1 Satz 1, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 2 GKG. Die streitgegenständliche Dienstpostenbesetzung stellt keine Verleihung eines anderen Amtes i. S. der Regelung des § 52 Abs. 5 Satz 2 GKG dar, sondern eine Umsetzung, für welche der Auffangwert nach § 52 Abs. 2 GKG festzusetzen ist (st. Rspr. des Senats, vgl. etwa Beschl. v. 16.12.2008 – 2 B 254/08 -, juris; Beschl. v. 1.3.2006 - 2 E 324/05 -, juris). Von einer Halbierung war wegen der Vorwegnahme der Entscheidung in der Hauptsache abzusehen (vgl. Nummer 1.5 des Streitwertkataloges für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, abgedruckt z. B. bei Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl., Anh § 164 Rn. 14).

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

gez.:
Grünberg

Dehoust

Hahn

Ausgefertigt:

Bautzen, den
Sächsisches Obergerverwaltungsgericht