

Az.: 2 B 92/17
3 L 522/16

beglaubigte
Abschrift



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn

- Antragsteller -
- Beschwerdegegner -

gegen

den Freistaat Sachsen
vertreten durch das Sächsische Staatsministerium der Justiz
Hospitalstraße 7, 01097 Dresden

- Antragsgegner -
- Beschwerdeführer -

beigeladen:
Herr

wegen

Konkurrentenstreits um die Stelle eines Vorsitzenden Richters beim
Verwaltungsgericht Leipzig; Antrag nach § 123 VwGO
hier: Beschwerde

hat der 2. Senat des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts durch den Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts Dr. Grünberg, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Hahn und den Richter am Oberverwaltungsgericht Groschupp

am 29. Juni 2017

beschlossen:

Die Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Leipzig vom 13. März 2017 - 3 L 522/16 - wird zurückgewiesen.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen, die dieser selbst trägt.

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

Gründe

- 1 I. Der Senat entscheidet unter Mitwirkung des planmäßigen Vorsitzenden VPräsOVG Dr. Grünberg. Ein Ausschlussgrund nach § 54 Abs. 2 VwGO liegt nicht vor. Nach dieser Vorschrift ist von der Ausübung des Amtes als Richter oder ehrenamtlicher Richter ausgeschlossen, wer bei dem vorausgegangenen Verwaltungsverfahren mitgewirkt hat. Die Norm soll davor schützen, dass an der Entscheidung ein Richter mitwirkt, an dessen Objektivität Zweifel bestehen, weil er sich in einer Vorentscheidung zur selben Sache bereits festgelegt haben könnte (vgl. Meissner in: Schoch et al., VwGO, Stand: Juni 2016, § 54 Rn. 24; Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl., § 54 Rn. 35; Kopp/Schenke, VwGO, 22. Aufl., § 54 Rn. 8, jeweils m. w. N.). Dabei ist das vorangegangene Verfahren dasjenige, in welchem die konkrete Behördenentscheidung ergangen ist; andere, frühere Verfahren fallen auch dann nicht unter § 54 Abs. 2 VwGO, wenn sie beim Erlass des Verwaltungsaktes oder der sonstigen behördlichen Entscheidung berücksichtigt wurden oder eingeflossen sind (vgl. Meissner in: Schoch et al. a. a. O., Rn. 24; Sodan/Ziekow a. a. O., § 54 Rn. 37; Kopp/Schenke a. a. O., Rn. 9, jeweils m. w. N.); es ist somit ein konkret verfahrensbezogener Maßstab anzulegen. Eine erweiternde, extensive Auslegung ist nicht möglich (vgl.: Sodan/Ziekow a. a. O., Rn. 35; Kopp/Schenke a. a. O., Rn. 9, jeweils m. w. N. aus der Rspr.); die gesetzliche Veränderung einer durch die richterliche Geschäftsverteilung bestimmten Richterbank setzt klare und eindeutige

Aufträge des Gesetzgebers voraus, die auch mit den Mitteln der Auslegung nicht erweitert werden können (Meissner in: Schoch et al. VwGO, a. a. O., Rn.17 unter Berufung auf BVerwG, Beschl. v. 6. Oktober 1989, NVwZ 1990, 460, 461).

2 Unter Anlegung dieses Maßstabs liegt kein Ausschlussgrund nach § 54 Abs. 2 VwGO vor. Im Verfahren geht es um die Auswahlentscheidung für eine Stelle eines Vorsitzenden Richters am Verwaltungsgericht. Im Auswahlverfahren wurde sowohl die Anlassbeurteilung vom 26. November 2015 als auch die Regelbeurteilung vom 28. April 2014 berücksichtigt, die für den Beigeladenen erstellt worden sind. In diese Regelbeurteilung eingeflossen ist der Beurteilungsbeitrag (vgl. Ziffer VI Nr. 1. a der Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums der Justiz und für Europa über die dienstliche Beurteilung der Richter und Staatsanwälte einschließlich der Anforderungsprofile für Eingangs- und Beförderungämter - VwV Beurteilung Richter und Staatsanwälte - vom 9. April 2013 SächsABl. SDr. S. 832, geändert am 27. Oktober 2014, SächsJMBl. S. 94) vom 18. Februar 2014, welcher vom Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts für die Zeit der Abordnung des Beigeladenen an das Sächsische Oberverwaltungsgericht (1. Januar bis 31. Dezember 2013) erstellt wurde. Da der Beigeladene in dieser Zeit dem beschließenden Senat zugewiesen war (vgl. die den Beteiligten übermittelte dienstliche Erklärung vom 31. März 2017, AS 88), hat der damalige und heutige Vorsitzende für diesen Beurteilungsbeitrag eine Zuarbeit geleistet. Damit liegt eine Beteiligung an dem konkreten Auswahlverfahren nicht vor, sondern ausschließlich eine Beteiligung an dem Beurteilungsverfahren, welches zur Erstellung des Beurteilungsbeitrages geführt hat.

3 II. Die zulässige Beschwerde des Antragsgegners bleibt ohne Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat ihm zu Recht vorläufig untersagt, die ausgeschriebene Stelle eines Vorsitzenden Richters am Verwaltungsgericht Leipzig zu besetzen.

4 1. Im Juli 2015 schrieb der Antragsgegner eine Stelle eines Vorsitzenden Richters am Verwaltungsgericht beim Verwaltungsgericht Leipzig (Besoldungsgruppe R 2) aus. Neben dem Antragsteller, der seit dem 1. September 2001 Richter am Sächsischen Finanzgericht (Besoldungsgruppe R 2) ist, bewarb sich auch der Beigeladene (seit dem 3. August 2001 Richter am Verwaltungsgericht Leipzig - Besoldungsgruppe R 1)

auf die Stelle. Der Antragsgegner entschied sich für den Beigeladenen (Auswahlvermerk vom 20. Juni 2016).

- 5 Der gegen die Besetzung der Stelle mit dem Beigeladenen gerichtete Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz hatte vor dem Verwaltungsgericht Erfolg. Die Auswahlentscheidung zugunsten des Beigeladenen sei fehlerhaft. Zwar sei das vom Antragsgegner verwendete Anforderungsprofil ebenso wie die Annahme, die beiden Bewerber könnten trotz ihres Statusunterschiedes dasselbe Gesamturteil vorwiesen, frei von rechtlichen Bedenken. Jedoch habe zum einen der Antragsgegner die rechtlichen Grenzen seines Beurteilungsspielraums überschritten, weil die von ihm vorgenommene Beschränkung des Leistungsvergleichs auf die Kriterien der „Vorbildwirkung“ und der „ausgeprägten Fähigkeit und Bereitschaft zur vertieften Auseinandersetzung mit Rechtsproblemen“ der gebotenen Ausrichtung der Auswahlentscheidung am Aufgabenbereich des zu vergebenden Amtes und dem zu dessen Konkretisierung bestimmten Anforderungsprofil nicht zureichend Rechnung trage. Außerdem sei nicht feststellbar, dass der Antragsgegner bei dem von ihm angestellten Leistungsvergleich das in den herangezogenen dienstlichen Beurteilungen jeweils bescheinigte Leistungsbild zutreffend erfasst habe. Schließlich begegne die Qualifizierung des angenommenen Leistungsvorsprungs des Beigeladenen bei den vom Antragsgegner angenommenen Kriterien als jeweils „selbsttragend“ für die Auswahlentscheidung durchgreifenden rechtlichen Bedenken.
- 6 Hiergegen wendet der Antragsgegner mit der Beschwerdebegründung ein, dass es im Auswahlermessen des Antragsgegners liege, auf welche Leistungskriterien er bei nach im Gesamtleistungsbild gleich geeigneten Bewerbern abstelle. Die anforderungsspezifischen Kompetenzen der „Vorbildwirkung“ und der „ausgeprägten Fähigkeit und Bereitschaft zur vertieften Auseinandersetzung mit Rechtsproblemen“ habe er bereits deshalb in den Vordergrund rücken dürfen, weil sie im Anforderungsprofil von Anlage 1 zu Ziffer VII Nr. 2 und Ziffer XIV b) der VwV Beurteilung Richter und Staatsanwälte für einen Vorsitzenden Richter in der Eingangsstanz aufgeführt seien. Soweit das Verwaltungsgericht der Meinung sei, dass die im Anforderungsprofil genannten 23 Merkmale des Basisprofils und die elf Merkmale des Anforderungsprofils einzeln gegeneinander abgewogen werden müssten, verkenne es das Auswahlermessen des Dienstherrn. Der Antragsgegner habe

die Kriterien der „Vorbildwirkung“ und der „ausgeprägten Fähigkeit und Bereitschaft zur vertieften Auseinandersetzung mit Rechtsproblemen“ auch zutreffend erfasst. Bei diesen handele es sich nicht um am Statusamt zu messenden Kriterien. Vorbildwirkung als Ausdruck von hohem Arbeitsethos sei bei Richtern jedes Statusamtes erforderlich. Selbst wenn dieses Merkmal statusspezifisch auszulegen wäre, ginge der Beigeladene dem Antragsteller - wie sich aus dem Auswahlvermerk ergebe - vor. Im Hinblick auf das Kriterium „ausgeprägte Fähigkeit und Bereitschaft zur vertieften Auseinandersetzung mit Rechtsproblemen“ ergebe sich die Statusunabhängigkeit des Merkmals bereits aus einem Vergleich zum Anforderungsprofil eines Vorsitzenden Richters an einem Obergericht. Dort müsse dieses Kriterium „besonders“ ausgeprägt sein. Eines solchen Zusatzes bedürfte es nicht, wenn die erhöhten Anforderungen bereits aus dem höheren Statusamt resultierten. Aber auch wenn man das Merkmal auf das Statusamt beziehe, würde der Beigeladenen vorgehen. Der Antragsgegner habe die von ihm festgestellten geringfügigen Leistungsunterschiede auch zulässigerweise als jeweils selbsttragende Differenzierungskriterien werten dürfen. Schließlich lege das Verwaltungsgericht nicht näher dar, woraus sich die Möglichkeit des Erfolgs des Antragstellers bei einer etwaigen Neuauswahl ergeben könnte.

- 7 Der Antragsteller verteidigt den verwaltungsgerichtlichen Beschluss. Der Beigeladene hat von einer Äußerung abgesehen.
- 8 2. Die im Beschwerdeverfahren dargelegten Gründe, auf deren Prüfung der Senat nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO grundsätzlich beschränkt ist, führen nicht zu einer Änderung des angegriffenen Beschlusses.
- 9 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 sogenannten Anordnungsanspruchs, und die Dringlichkeit einer vorläufigen Entscheidung, der sogenannte Anordnungsgrund, überwiegend wahrscheinlich sind. Das Verwaltungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass diese Voraussetzungen hinsichtlich des Begehrens des Antragstellers vorliegen. Es erscheint überwiegend wahrscheinlich, dass dessen Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG, Art. 91 Abs. 2 SächsVerf verletzt ist, weil die im Besetzungsvorschlag

vom 20. Juni 2016 niedergelegten und im Rahmen des Verfahrens vor dem Sächsischen Oberverwaltungsgericht ergänzten Erwägungen die Auswahl des Beigeladenen nicht rechtfertigen. Ein Anordnungsanspruch liegt damit vor.

- 10 a. Art. 33 Abs. 2 GG, Art. 91 Abs. 2 SächsVerf gewährleisten nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung den gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Sie sind damit Ausdruck des unbeschränkt und vorbehaltlos geltenden Leistungsgrundsatzes. Die Vorschriften dienen zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes. Zum anderen tragen sie dem berechtigten Interesse der Beamten und Richter an einem angemessenen beruflichen Fortkommen dadurch Rechnung, dass sie ein grundrechtsgleiches Recht auf rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl begründen (sog. Bewerbungsverfahrensanspruch; Senatsbeschl. v. 17. Januar 2012 - 2 B 275/11 -, juris Rn. 10; vgl. BVerwG, Urt. v. 25. November 2004, BVerwGE 122, 237, 239).
- 11 Die Ermittlung des gemessen an den Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung am besten geeigneten Bewerbers hat stets in Bezug auf das konkret angestrebte Amt zu erfolgen. Maßgeblich ist insoweit der Aufgabenbereich des Amtes, auf den bezogen die einzelnen Bewerber untereinander zu vergleichen sind und anhand dessen die Auswahlentscheidung vorzunehmen ist (vgl. BVerfG, Beschl. d. 1. Kammer des 2. Senats v. 7. März 2013 - 2 BvR 2582/12 -, juris Rn. 16). Dabei kann der Dienstherr die Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung in Bezug auf den Aufgabenbereich eines konkreten Amtes durch die Festlegung eines Anforderungsprofils bereits im Vorfeld der Auswahlentscheidung konkretisieren (vgl. bereits BVerfG, Beschl. der 1. Kammer des 2. Senats v. 4. Oktober 2012 - 2 BvR 1120/12 -, juris Rn. 11 m. w. N.). Das Auswahlverfahren läuft deshalb regelmäßig in zwei Stufen ab. Auf einer ersten Stufe wird anhand eines Anforderungsprofils eine Vorauswahl unter den Bewerbern vorgenommen, während auf der zweiten Stufe die eigentliche Auswahlentscheidung zwischen den verbliebenen Bewerbern erfolgt.
- 12 b. Der Antragsteller und der Beigeladene erfüllen auf der ersten Stufe die konstitutiven Merkmale des herangezogenen Anforderungsprofils, gegen welches wiederum keine rechtlichen Bedenken bestehen. Das hat das Verwaltungsgericht ausführlich

dargestellt (BA S. 11 ff., 13). Diesen Ausführungen schließt sich der Senat an, § 122 Abs. 2 Satz 3 VwGO, zumal die Beteiligten hierzu nichts erinnert haben.

13

c. Der Senat teilt auch die Auffassung des Verwaltungsgerichts, dass die Auswahlentscheidung rechtswidrig ist.

14

Die Entscheidung des Dienstherrn, welcher der Bewerber der Geeignetste für das konkret zu besetzende Amt ist, unterliegt als Akt wertender Erkenntnis nur einer eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung (vgl. BVerwG, Urt. v. 19. März 1998, BVerwGE 106, 263, 266 ff.; Urt. v. 16. August 2001, BVerwGE 115, 58, 60 m. w. N.). Die Auswahl beruht auf der Bewertung der durch Art. 33 Abs. 2 GG, Art. 91 Abs. 2 SächsVerf, § 3 SächsRiG i. V. m. § 9 BeamtStG vorgegebenen persönlichen Merkmale, die in Bezug zu dem Anforderungsprofil der jeweiligen Stelle gesetzt werden. Welchen der zu den Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zu rechnenden Umständen der Dienstherr das größere Gewicht beimisst, bleibt dabei seiner Entscheidung überlassen.

15

Auskunft über die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung geben in erster Linie die aktuellen dienstlichen Beurteilungen, auf die daher vorrangig zur Ermittlung des Leistungsstandards zurückzugreifen ist. Deren Eignung als Vergleichsgrundlage setzt voraus, dass sie inhaltlich aussagekräftig sind. Hierfür ist erforderlich, dass sie die dienstliche Tätigkeit im maßgebenden Beurteilungszeitraum vollständig erfassen, auf zuverlässige Erkenntnisquellen gestützt sind, das zu erwartende Leistungsvermögen in Bezug auf das angestrebte Amt auf der Grundlage der im innegehabten Amt erbrachten Leistungen hinreichend differenziert darstellen sowie auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhen (vgl. zuletzt BVerwG, Beschl. v. 20. Juni 2013 - 2 VR 1/13 - a. a. O., Rn. 21 m. w. N.).

16

Neben den aktuellen Anlassbeurteilungen kommt den aktuellsten Regelbeurteilungen eine besondere Bedeutung zu (vgl. BVerwG, Urt. v. 18. Juli 2001 - 2 C 41.00 - sowie Beschl. v. 20. Januar 2004 - 2 VR 3.03 -, beide juris; Senatsbeschl. v. 16. Dezember 2008 - 2 B 350/08 - und v. 5. März 2010 - 2 B 2/10 -, juris). Die Anlassbeurteilung enthält eine aktuelle Beurteilung der Befähigung, Leistung und Eignung, so dass durch eine vergleichende Wertung von Anlassbeurteilungen ein zeitnahe und an dem

Prinzip der Bestenauslese orientierter Beurteilungsvergleich ermöglicht wird. Daneben besitzen die letzten Regelbeurteilungen besondere Aussagekraft, weil sie als Stichtagsbeurteilungen unter gleichmäßiger Anwendung des gewählten Beurteilungssystems erstellt werden und damit in besonderem Maße geeignet sind, eine Wettbewerbssituation zu klären (vgl. SächsOVG, Beschl. v. 11. April 2001, SächsVBl. 2001, 196, 198 f.).

- 17 Anlass- und Regelbeurteilungen unterscheiden sich allerdings nicht nur in ihrem zeitlichen Bezugsrahmen (vgl. Senatsbeschl. v. 8. Juli 2013 - 2 B 343/13 -, juris Rn. 10). Während den Maßstab für die Regelbeurteilung die Anforderungen des innegehabten Statusamtes bilden, sind dies bei der Anlassbeurteilung die Anforderungen des angestrebten Beförderungsamtes. Das macht Ziffer VII Nr.2 Satz 3, Ziffer IV Nr. 1a VwV Beurteilung Richter und Staatsanwälte deutlich, wonach bei einer Beurteilung aus Anlass einer Bewerbung um eine Beförderungsstelle den Maßstab für die Eignungs- und Befähigungsbeurteilung das Anforderungsprofil für die ausgeschriebene Stelle bilden soll (vgl. zu unterschiedlichen Maßstäben von Regel- und Anlassbeurteilungen: BVerwG, Beschl. v. 10. Mai 2006, NVwZ-RR 2007, 790; Beschl. v. 6. Juni 2006 - 2 B 5.06 -, juris). Das bedeutet allerdings nicht, die Leistungen des Bewerbers an der Gruppe derjenigen Richter und Beamten zu messen, die bereits ein dem Beförderungsamte entsprechendes Statusamt innehaben. Es geht vielmehr darum, anhand der im Statusamt gezeigten Leistungen prognostisch zu beurteilen, ob der Bewerber auch den Anforderungen des angestrebten Beförderungsamtes entsprechen wird.
- 18 Hat der Dienstherr - wie im vorliegenden Fall mit der VwV Beurteilung Richter und Staatsanwälte - Verwaltungsvorschriften für die Erstellung dienstlicher Beurteilungen geschaffen, sind die Beurteiler aufgrund des Gleichheitssatzes hinsichtlich des anzuwendenden Verfahrens und der anzulegenden Maßstäbe an diese gebunden. Das Gericht muss dann kontrollieren, ob die Verwaltungsvorschriften eingehalten sind, sie sich im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung halten und auch sonst mit den gesetzlichen Vorschriften in Einklang stehen (vgl. BVerwG, Urt. v. 24. November 2005, Buchholz 232.1 § 41a BLV Nr. 1 m. w. N.; Beschl. v. 22. November 2011, NVwZ-RR 2013, 267; vgl. auch Senatsbeschl. v. 11. Juni 2015 - 2 B 277/14 -, juris Rn. 16 und v. 27. März 2014 - 2 B 518/13 -, juris Rn. 21).

- 19 Der Leistungsvergleich der Bewerber muss anhand der genannten dienstlichen Beurteilungen vorgenommen werden. Maßgebend ist in erster Linie das abschließende Gesamturteil (Gesamtnote, Prädikat), das durch eine Würdigung, Gewichtung und Abwägung der einzelnen leistungsbezogenen Gesichtspunkte zu bilden ist. Sind Bewerber mit dem gleichen Gesamturteil bewertet worden, muss der Dienstherr zunächst die Beurteilungen unter Anlegung gleicher Maßstäbe umfassend inhaltlich auswerten und Differenzierungen in der Bewertung einzelner Leistungskriterien oder in der verbalen Gesamtwürdigung zur Kenntnis nehmen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 19. Dezember 2014 - 2 VR 1.14 -, juris Rn. 35; Senatsbeschl. v. 6. März 2013 - 2 B 357/12 -, v. 15. August 2011 - 2 B 93/11 - und v. 11. Juni 2016 - 2 B 277/14 -, alle juris; OVG NRW, Beschl. v. 28. März 2011 - 6 B 43/11 -, juris Rn. 23; NdsOVG, Beschl. v. 21. Dezember 2016 - 5 ME 151/16 -, juris Rn. 15 ff. m. w. N.). Aus der Befugnis des Dienstherrn, die Funktion eines Dienstpostens nach Art und Umfang sowie nach den an dessen Inhaber zu stellenden Anforderungen festzulegen, folgt auch das Recht, bestimmte Befähigungen oder Merkmale der Bewerber im Rahmen der Auswahl in den Vordergrund zu rücken, soweit diese für den Dienstposten Bedeutung besitzen und außerdem objektivierbar und nachvollziehbar sind (st. Rspr. des Senats, etwa: Senatsbeschl. v. 28. Dezember 2010, PersR 2011, 226, 229 f.; v. 15. August 2011 - 2 B 93/11-, juris; v. 7. Februar 2013 - 2 B 391/12 -, juris Rn. 23; vgl. auch BayVGh, Beschl. v. 19. Januar 2000, DVBl. 2000, 1140, 1142).
- 20 Schließlich sind die Erwägungen des Dienstherrn, welche seine Entscheidung für einen bestimmten Bewerber leiten, in einem Auswahlvermerk zu dokumentieren. Dieser muss eine Bewertung der Leistung, Eignung und Befähigung der Bewerber auf der Grundlage der dienstlichen Beurteilungen enthalten, d. h. die Auswahlkriterien nachvollziehbar begründen und gewichten (vgl. Senatsbeschl. v. 26. Oktober 2009, SächsVBl. 2010, 43; st. Rspr.). Der Fehler einer unzulänglich begründeten Auswahlentscheidung kann im gerichtlichen Verfahren nur eingeschränkt geheilt werden, weil damit der gerichtliche Rechtsschutz für den Betroffenen unzumutbar erschwert würde. Zwar lässt § 114 Satz 2 VwGO die Ergänzung von Ermessenserwägungen im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens zu, nicht aber eine vollständige Nachholung oder Auswechslung der die Auswahlentscheidung tragenden Gründe (vgl. BVerfG, Beschl. v. 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 -, juris Rn. 20 ff.; allgemein zur Ergänzung von Ermessenserwägungen auch BVerwG, Urt. v. 5. Mai

1998, BVerwGE 106, 351 [365]; Urt. v. 17. Juli 1998, BVerwGE 107, 164, [169] sowie Beschl. v. 20. August 2003 - 1 WB 23/03 -, RiA 2004, 35; OVG Rh.-Pf., Beschl. v. 23. Dezember 2013 - 2 B 11209/13-, juris; OVG Hamburg, Beschl. v. 11. Januar 2012 - 5 Bs 213/11 -, juris). Deshalb ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn der Dienstherr - vor allem nach qualifizierten Rügen des unterlegenen Bewerbers - seine tragenden Auswählerwägungen in einem verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren näher erläutert und, wenn es erforderlich sein sollte, auch in Teilen ergänzt, solange damit die wesentlichen Auswahl Gesichtspunkte lediglich bestätigt werden.

- 21 d. Unter Anwendung dieser Maßstäbe stellt sich die Auswahlentscheidung des Antragsgegners als rechtswidrig dar. Zwar teilt der Senat nicht die Auffassung des Verwaltungsgerichts, der Antragsgegner sei seiner Verpflichtung zur umfassenden Auswertung der Beurteilungen nicht nachgekommen (dazu bb.). Auch bestehen letztlich keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken daran, dass der Antragsgegner die beiden von ihm für die Auswahlentscheidung herangezogenen Kriterien jeweils als selbständig tragend bewertet haben will (dazu cc.). Jedoch ist der Argumentation des Verwaltungsgericht zu folgen, dass auch die Bewertung der Einzelkriterien am Statusamt des Beurteilten auszurichten sind (dazu dd.); insoweit hat der Antragsgegner auch nicht durch die Ausführungen in der Beschwerdebegründung seine Entscheidung nachgebessert (dazu ee.).
- 22 aa. Die dem Auswahlvermerk vom 20. Juni 2016 zugrunde gelegten Anlass- und Regelbeurteilungen des Antragstellers und des Beigeladenen unterliegen keinen rechtlichen Bedenken. Der Senat folgt der Bewertung des Verwaltungsgerichts, dass hinsichtlich des Gesamturteils/Gesamtleistungsbildes ein Gleichstand vorliegt. Diese Bewertung hat das Verwaltungsgericht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Senats (vgl. jeweils die im Beschluss genannten Fundstellen - BA S. 15ff.) vorgenommen; der Senat schließt sich auch diesen Ausführungen an (§ 122 Abs. 2 Satz 3 VwGO).
- 23 bb. Der Antragsgegner hat seine Auswahlentscheidung aufgrund einer umfassenden Auswertung der aktuellsten Regel- und Anlassbeurteilungen vorgenommen.

24

Nach dem oben dargestellten Maßstab muss der Dienstherr die maßgeblichen Beurteilungen unter Anlegung gleicher Maßstäbe umfassend inhaltlich auswerten und Differenzierungen in der Bewertung einzelner Leistungskriterien oder in der verbalen Gesamtwürdigung zur Kenntnis nehmen. Nach dem Auswahlvermerk ist dies erfolgt; die unterschiedlichen Bewertungen in den Beurteilungen werden bei den Ausführungen zum Vergleich des Beigeladenen mit dem Antragsteller ausdrücklich aufgegriffen und miteinander verglichen. Den Ausführungen lässt sich auch entnehmen, dass der Antragsgegner bei einem übereinstimmenden Gesamturteil hinsichtlich der in den Anforderungsprofilen (VwV Beurteilung Richter und Staatsanwälte) enthaltenen Einzelmerkmale grundsätzlich von einer Gleichwertigkeit dieser Merkmale ausgeht. Das folgt letztlich aus der VwV Beurteilung Richter und Staatsanwälte, die nicht nur Vorgaben für die Erstellung von Beurteilungen enthält, sondern maßgebliche Regelungen auch für Auswahlentscheidungen bei der Besetzung für Eingangs- und Beförderungssämter (Anlage 1 zu Ziffer VII Nr. 2 und Ziffer XIV Buchst. b), die zu einer Selbstbindung des Antragsgegners führen. In dieser Anlage 1 werden - ohne weitere Bewertung - kumulativ die maßgeblichen Auswahlkriterien, die ein Bewerber erfüllen muss, benannt, ohne dabei - wie ausdrücklich ausgeführt wird (Ziffer 1 b) bb) Satz 1 der Anlage 1 VwV Beurteilung Richter und Staatsanwälte) - eine Rangfolge vorzugeben. Hiergegen bestehen wegen der eingeschränkten gerichtlich überprüfbaren Beurteilungs- und Ermessensspielräume keine grundsätzlichen Bedenken (anders wohl NdsOVG, Beschl. v. 21. Dezember 2016 - 5 ME 151/16 -, juris Rn. 19). Selbst wenn man eine - vom Dienstherrn festgelegte - Rangfolge für nötig hielte, wirkt sich diese Anforderung vorliegend nicht aus. Bei der Auswahlentscheidung zwischen dem Antragsteller und dem Beigeladenen sind ausschließlich Kriterien relevant gewesen und ersichtlich, die zugunsten des Beigeladenen bewertet wurden. Ein Auswahlkriterium, welches beim Antragsteller besser beurteilt wurde und daher die Festlegung einer Rangfolge der Kriterien erfordert hätte, wird auch vom Verwaltungsgericht nicht benannt. Soweit dieses die Einbeziehung anderer Auswahlkriterien beim Vergleich des Beigeladenen mit weiteren Bewerbern für rechtswidrig hält, kann dem schon wegen des unterschiedlichen Inhalts der jeweils maßgeblichen Beurteilungen (s. sogleich) nicht gefolgt werden. Der Senat hat grundsätzlich keine Bedenken, dass im Vergleich des ausgewählten Bewerbers mit anderen Mitbewerbern auf unterschiedliche Kriterien

abgestellt wird, denn dies kann durchaus sachliche Gründe haben und liegt im Ermessen des Dienstherrn.

25 Über die vom Antragsgegner vorgenommene Auswertung hinaus ist nicht veranlasst, dass der Antragsgegner einen Vergleich sämtlicher in den Anforderungsprofilen enthaltenen Kriterien vornimmt. Dem steht schon entgegen, dass in den maßgeblichen Beurteilungen nicht zu allen diesen Kriterien Ausführungen enthalten sein müssen. Zwar ist der Beurteiler gehalten, in die Anlassbeurteilung die Merkmale einzubeziehen, die Gegenstand des einschlägigen Anforderungsprofils (hier: Vorsitzender Richter in der Eingangsinstanz) sind. Die VwV Beurteilung Richter und Staatsanwälte geht aber im Grundsatz davon aus, dass der Beurteiler selbst darüber entscheidet, zu welchen Beurteilungsmerkmalen er sich äußert und welche Form der Darstellung er wählt (sog. freie Beurteilung, vgl. Schnellenbach, Die dienstliche Beurteilung der Beamten und Richter, Stand: September 2014, Rn. 262 f.; zur Rechtslage im Freistaat Sachsen Rn. 613 a. E.; Senatsbeschl. v. 11. Juni 2015 - 2 B 277/14 -, juris Rn. 22). Eine rein schematische Betrachtungsweise ist nicht nur wegen des unterschiedlichen Inhalts der Beurteilungen, sondern auch wegen der - bei unterschiedlichem Statusamt der Bewerber - unterschiedlichen, maßgeblichen Anforderungsprofile für die Erstellung der Beurteilungen (hier: für den Beigeladenen das Anforderungsprofil für das Eingangsamt; für den Antragssteller das Anforderungsprofil für einen Richter an einem Obergericht unter Einschluss des Basisprofils, vgl. Ziffer I. dieses Anforderungsprofils) unangemessen. Vor diesem Hintergrund erschließt sich darüber hinaus auch bei Auswertung der maßgeblichen Beurteilungen nicht, welche konkreten Merkmale der Anforderungsprofile des angestrebten wie auch des bisher wahrgenommenen Amtes bei der Auswahlentscheidung übergangen worden sein sollten.

26 cc. Der Antragsgegner konnte seine Auswahlentscheidung an den Kriterien der „Vorbildwirkung“ und der „ausgeprägten Fähigkeit und Bereitschaft zur vertieften Auseinandersetzung mit Rechtsproblemen“ ausrichten und dabei klarstellen, dass seine Entscheidung jeweils selbständig tragend auf diese beiden Kriterien abstellt.

27 Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats (vgl. etwa Beschl. v. 19. Dezember 2016 - 2 B 233/16 -, juris Rn. 17 und v. 11. Juni 2015 - 2 B 277/14 -, juris Rn. 49)

führt eine fehlerhafte Bewertung oder ein fehlerhafter Vergleich eines Auswahlkriteriums nicht gleichsam automatisch dazu, dass die Auswahlentscheidung insgesamt fehlerhaft wäre. Wenn der Antragsgegner im Auswahlvermerk deutlich gemacht hat, dass er seine Entscheidung für einen Bewerber nicht nur beim Vorliegen mehrerer, sondern auch nur eines Unterschiedes in den maßgeblichen Auswahlkriterien getroffen hat, so ist dies Ausfluss des ihm zustehenden Ermessenspielraums (s. o.). Würde man das anders sehen, so könnte oder müsste der Antragsgegner bei Aufhebung einer Auswahlentscheidung wegen einer fehlerhaften Bewertung eines Kriteriums im Anschluss diese Auswahlentscheidung im Ergebnis erneut treffen und dabei auf ein zweites, nach seiner Einschätzung von vorneherein gleichwertiges Kriterium abstellen. Schon dieser Aspekt zeigt auf, dass für ein vom Verwaltungsgericht nachvollziehbar vermutetes, etwaiges prozesstaktisches Vorgehen bei der Begründung der Auswahlentscheidung sachliche Gründe bestehen. Der Senat hält daher an seiner bisherigen Rechtsprechung (vgl. Beschl. v. 19. Dezember 2016 - 2 B 233/16 -, juris Rn. 17) fest, dass es nicht fehlerhaft ist, auf geringfügige Unterschiede in den Beurteilungen - gegebenenfalls auch selbständig tragend - abzustellen.

28 dd. Die Auswahlentscheidung erweist sich indes deshalb als rechtswidrig, weil der Antragsgegner bei der Bewertung der Einzelkriterien nicht einbezogen hat, dass auch die Beurteilung dieser Einzelkriterien am Maßstab des Statusamtes des Beurteilten auszurichten ist.

29 Bei der Auswertung der maßgeblichen Beurteilungen in einer Auswahlentscheidung muss der Dienstherr einbeziehen, in welchem Statusamt sich der Beurteilte befand. Denn bei formal gleicher Bewertung ist die Beurteilung des Beamten/Richters im höheren Statusamt grundsätzlich besser als diejenige des in einem niedrigeren Statusamt befindlichen Konkurrenten. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass an den Inhaber eines höheren statusrechtlichen Amtes von vorneherein höhere Erwartungen zu stellen sind als an den Inhaber eines niedrigeren statusrechtlichen Amtes (vgl. BVerfG, Beschl. v. 20. März 2007 - 2 BvR 2470/06 -, juris Rn. 15 m. w. N.). Durch die Verleihung eines höheren Amtes wird ein Beamter/Richter aus der Gruppe derjenigen herausgehoben, die vorher mit ihm das gleiche, geringer eingestufte Amt innehatten. Mit einem höheren Amt sind regelmäßig auch gesteigerte

Anforderungen und ein größeres Maß an Verantwortung verbunden. Die Vergleichbarkeit von Beurteilungen für Richter/Staatsanwälte/Beamte darf nicht schematisch festgestellt werden, sondern dabei muss einbezogen werden, mit welchen Aufgaben das übertragene Statusamt versehen ist (vgl. BVerfG, Beschl. v. 20. März 2007 a. a. O., Rn 16 ff.). Diese Überlegungen gelten nicht nur für einen Vergleich der Gesamturteile, sondern auch für einen Vergleich der Einzelmerkmale mit Ausnahme solcher Merkmale, die unabhängig vom Statusamt oder vom konkret wahrgenommenen Amt zu beurteilen sind (vgl. Senatsbeschl. v. 11. Juni 2015 - 2 B 277/14 -, juris Rn. 49).

30

Der Antragsgegner hat zwar bei der Bewertung des Gesamturteils einbezogen, dass die beiden Bewerber sich in unterschiedlichen Statusämtern befinden. Bei der Bewertung der Einzelmerkmale „Vorbildwirkung“ und der „ausgeprägten Fähigkeit und Bereitschaft zur vertieften Auseinandersetzung mit Rechtsproblemen“ finden sich im Auswahlvermerk jedoch keine Überlegungen dazu, dass diese Merkmale ausgerichtet am jeweiligen Statusamt vom jeweiligen Beurteiler beurteilt wurden.

31

Beide Bewerber sind als Berichterstatter in einem Spruchkörper tätig, also überwiegend mit Aufgaben der Rechtsprechung betraut. Im Vergleich ihrer Beurteilungen muss somit der vorstehende Grundsatz, das höhere Statusamt stelle höhere Anforderungen, berücksichtigt werden.

32

Das Merkmal „Vorbildwirkung“ ist am jeweiligen Statusamt auszurichten. Der Senat orientiert sich für die Beantwortung dieser Frage wiederum an der VwV Beurteilung Richter und Staatsanwälte (siehe die in Anlage 1 zu Ziffer VII Nr. 2 und Ziffer XIV Buchst. b enthaltenen Anforderungsprofile). Weder in dem im Anforderungsprofil für das Eingangsamtsamt (R 1 - Beigeladener) noch im Anforderungsprofil für einen Richter am Obergericht (R 2 - Antragsteller) findet sich dieses Merkmal; dafür indes im Anforderungsprofil für einen Vorsitzenden Richter in der Eingangsinstanz am Landgericht und am Verwaltungsgericht (Ziffer IV Nr. 4). Im Anhang der VwV Beurteilung Richter und Staatsanwälte wird ausgeführt, dass hier eine beispielgebende Arbeitshaltung und Arbeitsweise, überdurchschnittliches Engagement, hohe Effizienz, Fähigkeit zur Selbstkritik sowie ein in der Leitungsfunktion angemessenes äußeres Erscheinungsbild erwartet werden. Die Position „Fähigkeit zur Selbstkritik“ ist

unabhängig vom wahrgenommenen Statusamt zu beurteilen; für die Position „angemessenes Erscheinungsbild“ sind ebenfalls keine unterschiedlichen Maßstäbe heranzuziehen. Indes sind die übrigen Merkmale deutlich auf das jeweilige Statusamt bezogen. Was eine hohe Effizienz, ein überdurchschnittliches Engagement, eine beispielgebende Arbeitsweise und -haltung ist, lässt sich nach den Anforderungen des jeweiligen Amtes, gegebenenfalls der Instanz, in der der Richter/Staatsanwalt tätig ist, bestimmen. Dies kann nicht unabhängig von den Anforderungen des Statusamtes beurteilt werden. Der Senat verweist beispielhaft auf das Kriterium „überdurchschnittliches Engagement“. Mit dem Wort überdurchschnittlich wird eine Vergleichsgruppe in Bezug genommen. Diese Vergleichsgruppe kann letztlich ausschließlich die der Richter bzw. Staatsanwälte sein, die sich im demselben Statusamt befinden, denn dies ist der Maßstab, den der jeweilige Beurteiler anzulegen hat (s. o.). Dieser Argumentation lässt sich nicht entgegenhalten, dass es bei dem Kriterium der Vorbildwirkung um eine Anforderung des angestrebten Amtes (vgl. Ziffer IV Nr. 4 des Anforderungsprofils für einen Vorsitzenden Richter in der Eingangsinstanz) handelt. Vielmehr spricht gerade die Tatsache, dass dieses Kriterium nicht in allen Anforderungsprofilen enthalten ist, dafür, dass es eben nicht für alle Statusämter einheitlich, sondern vielmehr differenziert bewertet werden muss.

33 Auch das Kriterium „ausgeprägte Fähigkeit und Bereitschaft zur vertieften Auseinandersetzung mit Rechtsproblemen“ ist bezogen auf das Statusamt zu beurteilen. Auch dies zeigt sich wiederum daran, dass dieses Kriterium im Anforderungsprofil des Eingangsamtes schlicht nicht erwähnt wird, indes sowohl im Anforderungsprofil eines Richters am Obergericht und eines Vorsitzenden in der Eingangsinstanz. Damit geht jedenfalls die VwV Beurteilung Richter und Staatsanwälte davon aus, dass die unterschiedlichen Statusämter hier auch unterschiedliche Anforderungen stellen.

34 Eine Auseinandersetzung damit, ob wegen der unterschiedlichen Statusämter eine differenzierte Bewertung der beiden maßgeblichen Kriterien für die Auswahlentscheidung erforderlich ist, enthält der Auswahlvermerk nicht. Er geht vielmehr davon aus, dass die Beurteilungen insoweit gleichwertig sind und sieht den Antragsteller als zurückhaltender bewertet an. Insoweit ist die Auswahlentscheidung defizitär und damit rechtswidrig.

ee. Dieses Defizit wird auch nicht durch die Begründung der Beschwerde behoben.

35

36 Zum einen enthalten auch diese Ausführungen keine Überlegung oder Aussage dazu, dass zwar der Antragsteller zurückhaltender beurteilt sein mag, diese Unterschiede aber im Hinblick auf das höhere Statusamt gegebenenfalls auf einen Gleichstand hinweisen könnten (wie schon beim Gesamturteil). Die Erwägungen in der Beschwerdebegründung sind vielmehr von der Rechtsauffassung geprägt, die beiden maßgeblichen Einzelkriterien seien statusunabhängig zu beurteilen. Dies ist indes nach der Verwaltungsvorschrift des Antragsgegners nicht der Fall (s. o.).

37

Selbst wenn man dies anders sehen wollte, stellt das Vorbringen des Antragsgegners letztlich keine lediglich klarstellende, bloß ergänzende Erläuterung der Beurteilungen der beiden anderen Verfahrensbeteiligten dar. Vielmehr würden damit erstmals im Beschwerdeverfahren Erwägungen geltend gemacht, die im Auswahlvermerk keinen Eingang gefunden haben. Ein derartiges Nachschieben von Gründen ist nicht zulässig (s. o. S .9).

38

3. Die Auswahlentscheidung des Antragsgegners war nach alledem fehlerhaft. Es ist nicht auszuschließen, dass bei einer erneuten Entscheidung die Auswahl zugunsten des Antragstellers erfolgt. Denn dieser entspricht - wie ausgeführt - dem Anforderungsprofil und steht nach den vorliegenden Beurteilungen jedenfalls nicht offensichtlich hinter dem Beigeladenen zurück.

39

4. Ein Anordnungsgrund liegt schon wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität vor.

40

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2, § 162 Abs. 3 VwGO. Die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen sind nicht erstattungsfähig, weil dieser im Beschwerdeverfahren keinen Antrag gestellt und sich damit auch keinem Kostenrisiko ausgesetzt hat (vgl. § 154 Abs. 3 VwGO).

41

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1, § 53 Abs. 3 Nr. 1, § 52 Abs. 2 GKG. Da sich der Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers betragsmäßig nicht beziffern lässt, geht der Senat in ständiger Rechtsprechung vom Auffangwert aus (vgl. Beschl. v. 6.

Oktober 2009 - 2 B 414/09 -, juris). Eine Halbierung des Wertes ist nicht angezeigt, da in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bei Konkurrentenstreitigkeiten regelmäßig mit Wirkung einer Vorwegnahme der Hauptsache entschieden wird.

42

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

gez.:
Grünberg

Hahn

Groschupp