
Datum: 28.11.2018
Gericht: Oberverwaltungsgericht NRW
Spruchkörper: 6. Senat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 6 B 1168/18
ECLI: ECLI:DE:OVGNRW:2018:1128.6B1168.18.00

Vorinstanz: Verwaltungsgericht Aachen, 1 L 878/18

Tenor:

Der angefochtene Beschluss wird mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung geändert. Dem Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung aufgegeben, von den acht bei der Bezirksregierung Köln zur Verfügung stehenden Beförderungsplanstellen zur Regierungsdirektorin/zum Regierungsdirektor (A 15 LBesO) zusätzlich die sechs weiteren, zur Besetzung mit den Beigeladenen zu 1. bis 6. vorgesehenen Stellen frei zu halten, bis über die Bewerbung des Antragstellers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu entschieden worden ist. Die Beschwerden des Antragsgegners und der Beigeladenen zu 7. werden zurückgewiesen. Die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten des Antragstellers des Verfahrens erster Instanz tragen der Antragsgegner und der Beigeladene zu 2. je zur Hälfte. Die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten des Antragstellers des Verfahrens zweiter Instanz tragen der Antragsgegner zu ½ und die Beigeladenen zu 2. und 7. jeweils zu ¼. Ihre außergerichtlichen Kosten tragen der Antragsgegner und die Beigeladenen zu 2. und 7. jeweils selbst. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 1., zu 3. bis 6. und zu 8. sind nicht erstattungsfähig. Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf die Wertstufe bis 22.000,00 Euro festgesetzt.

Gründe:

Die Beschwerde des Antragstellers hat Erfolg (vgl. I.). Er wendet sich mit seiner Beschwerde nur gegen den ihn beschwerenden Teil des angegriffenen Beschlusses, mit dem das Verwaltungsgericht es abgelehnt hat, (auch) die Besetzung von sechs Beförderungsstellen mit den Beigeladenen zu 1. bis 6. zu untersagen. Hinsichtlich der Untersagung der Besetzung der Beförderungsstellen mit den Beigeladenen zu 7. und 8. hatte der Antragsteller bereits erstinstanzlich obsiegt. Die dagegen erhobenen Beschwerden des Antragsgegners und der Beigeladenen zu 7. - diese nur gegen die sie betreffende Untersagung - haben keinen Erfolg (vgl. II.).

I. Die vom Antragsteller im Beschwerdeverfahren dargelegten Gründe (vgl. § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO) verlangen insoweit die Abänderung des angefochtenen Beschlusses.

Der Antragsteller hat auch hinsichtlich seines Antrags, soweit dieser die Untersagung der Besetzung der Beförderungsstellen mit den Beigeladenen zu 1. bis 6. betrifft, das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen sowohl eines Anordnungsanspruchs als auch eines Anordnungsgrundes glaubhaft gemacht (§ 123 Abs. 1 und 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO).

1. Der Anordnungsanspruch ist gegeben. Die streitige Auswahlentscheidung des Antragsgegners zu Gunsten der Beigeladenen zu 1. bis 6. verletzt den aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden grundrechtsgleichen Anspruch des Antragstellers auf eine ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung (sog. Bewerbungsverfahrensanspruch). Sie beruht auf einem fehlerhaften Qualifikationsvergleich, weil die insoweit maßgebliche dienstliche Regelbeurteilung des Antragstellers vom 8. Mai 2018, ebenso wie die jeweilige Beurteilung der Beigeladenen, rechtswidrig ist.

Die für den Zeitraum vom 16. Juni 2016 bis zum 30. Juni 2017 erstellte Regelbeurteilung des Antragstellers entspricht nicht den aus Nr. 3.1 Satz 1 der Richtlinien für die dienstliche Beurteilung zur Vorbereitung von Personalmaßnahmen, insbesondere Beförderungsentscheidungen (RdErl. d. Ministeriums für Inneres und Kommunales (MIK) - 24 – 1.39.51 – 1/09 - vom 19. November 2010; im Folgenden: BRL MIK) folgenden Anforderungen an den Beurteilungszeitraum, wonach Beamtinnen alle drei Jahre zu einem Stichtag zu beurteilen sind (Regelbeurteilung). Der Richtliniengeber setzt damit die Vorgaben des § 8 Abs. 1 LVO NRW in der aktuellen Fassung vom 21. Juni 2016 i.V.m. § 92 Abs. 1 Satz 2 LBG NRW vom 14. Juni 2016 bzw. § 10a Abs. 1 LVO NRW in der Fassung vom 30. Juni 2009 i.V.m. § 93 Abs. 1 Satz 2 LBG NRW vom 21. April 2009 um, die übereinstimmend vorsehen, dass der Zeitabstand zwischen zwei Regelbeurteilungen grundsätzlich drei Jahre beträgt.

Aus dem Erfordernis, die Regelbeurteilung alle drei Jahre zu einem Stichtag vorzunehmen, folgt zugleich, dass auch der von der Beurteilung zu erfassende Beurteilungszeitraum drei Jahre beträgt. Der zwischen den einzelnen Stichtagen liegende Zeitraum ist, ohne dass dies in den Beurteilungsrichtlinien gesondert hervorgehoben würde oder werden müsste, grundsätzlich der Beurteilungszeitraum.

So ausdrücklich bereits BVerwG, Urteil vom 26. August 1993 - 2 C 37.91 -, DVBl 1994, 112 = juris Rn. 11.

Auf diese Weise werden Beurteilungslücken zwischen den grundsätzlich in kontinuierlicher Folge zu erstellenden Regelbeurteilungen vermieden.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 13. Dezember 2007 - 6 A 1521/05 -, Schütz, BeamtR ES/D I 2 Nr. 91 = juris Rn. 48.

Entgegen diesen Erfordernissen umfasst die Beurteilung des Antragstellers - ebenso wie die Beurteilungen sämtlicher beigeladener Mitbewerber - lediglich einen Beurteilungszeitraum von rund einem Jahr (16. Juni 2016 bis zum 30. Juni 2017). Ausweislich der Aktenlage war diese erhebliche Verkürzung des Beurteilungszeitraums offenbar von der Erwägung getragen, dass der überwiegende Teil der beigeladenen Bewerber (nicht allerdings die Beigeladenen zu 2. und 4.; offen hinsichtlich der nicht beigeladenen Bewerber) über eine den Zeitraum vom 1. Juli 2014 bis zum 15. Juni 2016 erfassende Anlassbeurteilung verfügte. Diese Ausgangslage rechtfertigt es indessen nicht, von dem vorgegebenen Regelbeurteilungszeitraum von drei Jahren abzuweichen. 11

Die dienstliche Beurteilung dient der Verwirklichung des mit Verfassungsrang ausgestatteten Grundsatzes, Beamte nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung einzustellen und zu befördern (Art. 33 Abs. 2 GG). Sie soll den Vergleich mehrerer Beamter miteinander ermöglichen. Ihre wesentliche Aussagekraft erhält eine dienstliche Beurteilung erst aufgrund ihrer Relation zu den Bewertungen in den dienstlichen Beurteilungen anderer Beamter. Daraus folgt, dass die Beurteilungsmaßstäbe gleich sein und gleich angewendet werden müssen. Höchstmögliche Vergleichbarkeit von Regelbeurteilungen wird grundsätzlich durch den gemeinsamen Stichtag und den gleichen Beurteilungszeitraum erreicht. Die Einheitlichkeit des Beurteilungszeitraums soll gewährleisten, dass die Beurteilung für alle Beamten gleichmäßig die zu beurteilenden Merkmale nicht nur punktuell, sondern in ihrer zeitlichen Entwicklung unabhängig von einer konkreten Verwendungsentscheidung erfasst. Eine Regelbeurteilung hat deshalb die Leistung des Beurteilten während des gesamten Beurteilungszeitraums zu umfassen. Einschränkungen dieses Grundsatzes sind nur hinzunehmen, soweit sie auf zwingenden Gründen beruhen. 12

Vgl. BVerwG, Urteile vom 26. September 2012 - 2 A 2.10 -, IÖD 2013, 2 = juris Rn. 9 ff., und vom 18. Juli 2001 - 2 C 41.00 -, NVwZ-RR 2002, 201 = juris Rn. 15 ff.; OVG NRW, Beschluss vom 31. Juli 2015 - 6 B 577/15 -, juris Rn. 5 ff., Urteile vom 27. Juni 2013 13

- 6 1449/11 -, juris Rn. 49 f., und vom 13. Dezember 2007 - 6 A 1521/05 -, a. a. O., Rn. 44 ff.; Nds. OVG, Beschluss vom 3. Juni 2013 - 5 LA 130/12 -, ZBR 2013, 317 = juris Rn. 20 ff. 14

Einen solchen zwingenden Grund stellt es insbesondere nicht dar, wenn der Beamte - wie hier - innerhalb des Beurteilungszeitraums bereits aus besonderem Anlass beurteilt worden ist. In solchen Fällen ist vielmehr die in den dreijährigen Regelbeurteilungszeitraum fallende Anlassbeurteilung in die nachfolgende Regelbeurteilung einzubeziehen. 15

So ausdrücklich BVerwG, Urteil vom 18. Juli 2001 - 2 C 41.00 -, a. a. O., Rn. 17 f.; Nds. OVG, Beschluss vom 3. Juni 2013 - 5 LA 130/12 -, a. a. O., Rn. 19. 16

Nichts anderes folgt daraus, dass der Antragsgegner hier - soweit aus den übersandten Personalakten des Antragstellers sowie der Beigeladenen ersichtlich - offenbar für alle Mitbewerber einheitlich den rechtsfehlerhaft verkürzten Beurteilungszeitraum zugrunde gelegt hat. Zwar dürfte auch auf diese Weise der mit der Vorgabe des (einheitlichen) dreijährigen Beurteilungszeitraums u.a. verfolgte Zweck, nämlich die Einheitlichkeit und Vergleichbarkeit der dienstlichen Beurteilungen herzustellen, jedenfalls im Hinblick auf die aktuelle Auswahlentscheidung weitgehend gewährleistet sein. Abgesehen davon, dass der Wortlaut der oben genannten maßgeblichen Bestimmungen eine solche zweckorientierte Verkürzung des Regelbeurteilungszeitraums nicht ermöglicht, geht die Intention der Stichtagsregelungen, 17

d.h. der Leistungserfassung während des gesamten Beurteilungszeitraums, jedoch - wie oben dargestellt - darüber hinaus. Die Regelbeurteilung soll - für alle Beamten gleichmäßig - die zu beurteilenden Merkmale nicht nur punktuell, sondern in ihrer zeitlichen Entwicklung unabhängig von einer konkreten Verwendungsentscheidung und unter Vermeidung von Beurteilungslücken erfassen.

Auch soweit der Beigeladene zu 2. darauf hinweist, dass der Antragsteller erst im Januar 2015 zum Oberregierungsrat befördert worden ist, verlangt dies keine abweichende Betrachtung. Dienstzeiten im niedrigeren Amt können ohne weiteres in den Regelbeurteilungszeitraum einbezogen werden. 18

Die vom Antragsgegner angeführten Beschlüsse des Senats vom 11. Oktober 2013 19

- 6 B 915/13 - und vom 26. Januar 2009 - 6 B 1594/08 - belegen entgegen dessen Auffassung ebenfalls nicht die Unbedenklichkeit des auf ein Jahr verkürzten Beurteilungszeitraums. Die zitierten Entscheidungen verhalten sich zur Aktualität und zur Vergleichbarkeit von Beurteilungen. Hinsichtlich dieser Anforderungen bestehen hier in Bezug auf die streitgegenständlichen Beurteilungen indessen ohnehin keine rechtlichen Bedenken. 20

Aus den vorstehenden Feststellungen folgt des Weiteren, dass auch die Beurteilungen der Beigeladenen zu 1. bis 6., die ebenfalls sämtlich einen Beurteilungszeitraum von lediglich rund einem Jahr umfassen, rechtlich fehlerhaft sind. 21

Es erscheint schließlich auch möglich, dass eine der zur Besetzung mit den Beigeladenen zu 1. bis 6. vorgesehenen Stellen bei einer erneuten, fehlerfreien Auswahlentscheidung an den Antragsteller vergeben wird. Es ist nicht auszuschließen, dass sich der Antragsteller bei einer Berücksichtigung der während des gesamten Regelbeurteilungszeitraums erbrachten Leistungen gegenüber einer oder einem der Beigeladenen durchsetzt. Da angesichts der Fehlerhaftigkeit sämtlicher Beurteilungen auch die Beurteilungsergebnisse der Beigeladenen zu 1. bis 6. nicht hinreichend vorhersehbar sind, es sich also nicht abschätzen lässt, gegen wen sich der Antragsteller möglicherweise durchsetzen wird, ist die Freihaltung aller streitgegenständlichen Stellen geboten. 22

Hat die Beschwerde des Antragstellers bereits aus den vorstehenden Erwägungen in vollem Umfang Erfolg, kann der Senat offen lassen, ob die streitgegenständliche Auswahlentscheidung auch noch aus anderen Gründen rechtsfehlerhaft ist. Es bedarf insbesondere keiner abschließenden Überprüfung, ob die Absenkung des Erstbeurteilervorschlags durch die höhere Vorgesetzte in Bezug auf den Antragsteller hinreichend begründet bzw. plausibilisiert ist. Es dürfte allerdings grundsätzlich noch den Anforderungen entsprechen, wenn der abweichende Vorschlag - wie hier ausweislich des Begründungsblatts 8a zur Beurteilung - darauf gestützt wird, dass die Leistungen des Beamten im Vergleich zu den anderen Beamten der Vergleichsgruppe (hier: Arbeitsweise, soziale Kompetenz, Führungsqualitäten) eine Bewertung (nur) mit vier Punkten rechtfertigen. Der vorliegende Sachverhalt ist allerdings durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass die Beurteilung des Antragstellers vom 8. Mai 2018 die - denselben Beurteilungszeitraum betreffende - Beurteilung vom 21. Dezember 2017 ersetzen soll, sich beide aber in den Einzelfeststellungen und im Gesamturteil (bzw. im entsprechenden abweichenden Vorschlag der höheren Vorgesetzten) deutlich unterscheiden, obwohl das Verwaltungsgericht hinsichtlich der letzteren Beurteilung in seinem Beschluss vom 28. März 2018 - 1 L 199/18 - „nur“ einen Begründungsmangel festgestellt hatte (vgl. Seite 12 der Beschlussabschrift). 23

Ebenfalls nicht weiter nachgehen muss der Senat der Frage, ob die Absenkung des für den Antragsteller angefertigten Beurteilungsvorschlags nach Nr. Nr. 12.5.2. Abs. 1 Satz 1 BRL MIK durch die höhere Vorgesetzte auf einer hinreichenden tatsächlichen Erkenntnisgrundlage beruhte. Nach den Angaben des Antragstellers hatte diese keine oder allenfalls einzelne Arbeitskontakte zu ihm; eine Rücksprache mit dem Erstbeurteiler habe nur vor der Erstellung der - denselben Beurteilungszeitraum betreffenden, aber mittlerweile aufgehobenen - Beurteilung vom 21. Dezember 2017 stattgefunden, die die höhere Vorgesetzte allerdings - wie eben dargestellt - mit einem anderen abweichenden Votum versehen hatte.

Abschließend sieht der Senat Anlass darauf hinzuweisen, dass eine Beurteilungsvorgabe des Dienstherrn, nach der (nur) so viele Spitzennoten vergeben werden dürfen, wie Beförderungsstellen zur Verfügung stehen, den Anspruch des Beamten auf leistungsgerechte Beurteilung verletzt. 25

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom Beschluss vom 27. November 2014 - 6 B 810/14 -, juris Rn. 13 ff., und vom 15. März 2013 - 1 B 133/13 -, IÖD 2013, 86 = juris Rn. 32 ff.; VGH BW, Beschluss vom 21. März 2013 - 4 S 227/13 -, VBIBW 2013, 306 = juris Rn. 12. 26

Ob eine solche Ausrichtung der Beurteilungsergebnisse an der Anzahl der zu vergebenden Beförderungsstellen hier tatsächlich stattgefunden hat, lässt sich im derzeitigen Verfahrensstand nicht verlässlich ausmachen. Aus den Verwaltungsvorgängen ergibt sich allerdings, dass sieben Vollzeitbeförderungsmöglichkeiten zur Verfügung standen, aus der sich angesichts der Teilzeitbeschäftigung von zwei ausgewählten Bewerberinnen acht Beförderungsmöglichkeiten ergaben (vgl. Vermerk vom 29. Mai 2018, Blatt 45, Beiakte Heft 29). Ausweislich des Schreibens der Regierungspräsidentin vom 8. Mai 2018 (Blatt 76, Beiakte Heft 29) und der Beurteilungsliste (Blatt 49, Beiakte Heft 29) sind von 20 Beamten der Vergleichsgruppe sowie von den Beamten der Vergabekammer - unter deutlicher Überschreitung der in Nr. 6.3.3 Abs. 2 BRL MIK enthalten Richtsätze - auch acht mit der Spitzennote, also fünf Punkten im Gesamturteil, bewertet worden. Das ist auffällig, weil nach Nr. 6.3.3 Abs. 2 BRL MIK die zur Schlusszeichnung Befugten als Obergrenze einen Richtsatz von 10 v.H. für die Gesamtnote „5 Punkte“ und von 20 v.H. für die Gesamtnote „4 Punkte“ in Bezug auf die Vergleichsgruppe berücksichtigen sollen. Dem entsprächen bei Zugrundelegung einer Vergleichsgruppe von 20 Beamten - entsprechend dem Schreiben der Regierungspräsidentin vom 8. Mai 2018 - hier Beurteilungen von zwei Beamten mit fünf Punkten und vier Beamten mit vier Punkten. Über diese Richtzahlen geht schon die Beurteilung von sieben Beamten (bzw. acht Beamten einschließlich der Beigeladenen zu 6. aus der Vergabekammer) mit der Spitzennote erheblich hinaus; neun weitere Beamte sind mit vier Punkten beurteilt worden. Die gehäufte Vergabe der Spitzennote kann im Übrigen auf die Anwendung nicht sachgerechter, mit Art. 33 Abs. 2 GG unvereinbarer Beurteilungsmaßstäbe hindeuten. 27

Vgl. dazu auch OVG NRW, Beschluss vom 25. August 2014 - 6 B 759/14 -, Schütz, BeamtR ES/D I 2 Nr. 123 = juris Rn. 14 ff., mit weiteren Nachweisen. 28

2. Der Antragsteller hat auch die Voraussetzungen eines Anordnungsgrundes glaubhaft gemacht. Die mit der Besetzung der streitgegenständlichen Beförderungsstellen einhergehenden Ernennungen der Beigeladenen wären im Falle eines Obsiegens des Antragstellers im Hauptsacheverfahren nicht wieder rückgängig zu machen. 29

II. Die Beschwerden des Antragsgegners gegen den stattgebenden Teil des Beschlusses - Freihaltung der zur Besetzung mit den Beigeladenen zu 7. und 8. vorgesehenen Beförderungsstellen - und der Beigeladenen zu 7. - Freihaltung der zur Besetzung mit ihr 30

vorgesehenen Stelle - haben keinen Erfolg.

Der Antragsgegner und die Beigeladene zu 7. weisen zwar zutreffend darauf hin, dass - entgegen den Feststellungen des Verwaltungsgerichts - für die Beigeladenen zu 7. und 8. ebenfalls Regelbeurteilungen für den Beurteilungszeitraum 16. Juni 2016 bis 30. Juni 2017 erstellt worden sind, die mit der Gesamtnote „5 Punkte“ und damit um einen Punkt besser als die Beurteilung des Antragstellers, abschließen. Dem Verwaltungsgericht haben diese aktuellen Regelbeurteilungen der Beigeladenen zu 7. und 8. im Entscheidungszeitpunkt offensichtlich nicht vorgelegen, so dass es insoweit zur Überprüfung der Auswahlentscheidung des Antragsgegners fälschlicherweise auf frühere (Anlass-)Beurteilungen der Beigeladenen zu 7. und 8. abgestellt hat. Die vom Verwaltungsgericht auf dieser Grundlage gerügte fehlende Vergleichbarkeit der Beurteilungen in zeitlicher Hinsicht lässt sich danach also nicht feststellen. 31

Der stattgebende Teil des Beschlusses des Verwaltungsgerichts erweist sich aber gleichwohl im Ergebnis als zutreffend. Denn der oben festgestellte Rechtsfehler der aktuellen Regelbeurteilungen, die sämtlich lediglich den Zeitraum vom 16. Juni 2016 bis zum 30. Juni 2017 umfassen, wirkt sich in gleicher Weise gegenüber den Beigeladenen zu 7. und 8. aus. Die Beurteilungen des Antragstellers und der Beigeladenen zu 7. und 8. stellen mangels eines rechtmäßigen Beurteilungszeitraums keine taugliche Grundlage für einen Qualifikationsvergleich dar. Ferner ist - aus den oben dargestellten Gründen - ebenfalls nicht auszuschließen, dass sich der Antragsteller bei einer Berücksichtigung der während des gesamten Regelbeurteilungszeitraums erbrachten Leistungen gegenüber einer oder einem der beiden durchsetzt. 32

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 1 und 3, 159 Satz 1, 162 Abs. 3 VwGO. Die aus dem Tenor ersichtliche Kostenteilung berücksichtigt, dass der Beigeladene zu 2. (Ablehnungsanträge in beiden Rechtszügen) und die Beigeladene zu 7. (Beschwerdeantrag) auf der Seite des insgesamt unterlegenen Antragsgegners gefochten haben. Sie haben daher neben dem hälftig mit der Kostentragung - im Hinblick auf Gerichtskosten und außergerichtliche Kosten des Antragstellers - belasteten Antragsgegner anteilig jeweils die andere Hälfte dieser Kosten sowie ihre eigenen außergerichtlichen Kosten zu tragen, wobei darauf hinzuweisen ist, dass die Zahl der Beförderungsstellen den Streitwert nicht erhöht hat. Es entspricht ferner der Billigkeit, die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 1., 3. bis 6. und 8. nicht für erstattungsfähig zu erklären, da diese in der Sache unterlegen sind und auch keine eigenen Anträge gestellt und sich damit auch keinem Kostenrisiko ausgesetzt haben. 33

Die Festsetzung des Streitwertes beruht auf §§ 47 Abs. 1, 52 Abs. 1 und 6 Satz 4 i.V.m. Satz 1 Nr. 1, Sätze 2 und 3, 53 Abs. 2 Nr. 1 GKG. 34

Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO; §§ 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG). 35