
Datum: 19.03.2019
Gericht: Oberverwaltungsgericht NRW
Spruchkörper: 1. Senat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 1 B 1301/18
ECLI: ECLI:DE:OVGNRW:2019:0319.1B1301.18.00

Vorinstanz: Verwaltungsgericht Köln, 15 L 1118/18
Normen: GG Art. 33 Abs. 2; BGleIG § 28
Leitsätze:

Liegt für eine langjährig als Gleichstellungsbeauftragte vollständig freigestellte Beamtin keine aktuelle dienstliche Beurteilung vor und kann die letzte regelmäßige Beurteilung mangels belastbarer Tatsachengrundlage nicht mehr fiktiv fortgeschrieben werden, sind in einem nach dem Prinzip der Bestenauslese durchzuführenden Auswahlverfahren ausnahmsweise die Beurteilungen aller Bewerberinnen und Bewerber unberücksichtigt zu lassen und allein Hilfskriterien heranzuziehen. In diesem Fall ist dem Leistungsgrundsatz bei der Anwendung der Hilfskriterien größtmögliche Geltung zu verschaffen, insbesondere indem der Dienstherr vorrangig auf wissenschaftliche fundierte Verfahren zur Eignungsfeststellung (z. B. strukturierte Auswahlgespräche, Assessment-Center) zurückgreift.

Tenor:

Der angefochtene Beschluss wird geändert.

Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, das Amt der Leitung der B. zu besetzen, solange nicht über die Bewerbung der Antragstellerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut entschieden worden ist.

Der weitergehende Antrag der Antragstellerin wird abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen tragen – mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst trägt – die Antragsgegnerin zu drei Vierteln und die Antragstellerin zu einem Viertel.

Der Streitwert wird für beide Rechtszüge auf 29.628,66 Euro festgesetzt.

Gründe

- | | |
|---|----|
| Die Beschwerde der Antragstellerin mit dem im Beschwerdeverfahren weiterverfolgten Sachantrag, | 2 |
| der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu untersagen, das Amt der Leitung der B. nach § 26 Abs. 1 AGG mit einer Bewerberin oder einem Bewerber zu besetzen, bis das Hauptsacheverfahren über den Bewerbungsverfahrensanspruch der Antragstellerin rechtskräftig abgeschlossen ist, | 3 |
| hat zum überwiegenden Teil Erfolg. | 4 |
| Der Antrag ist im Umfang seiner Zulässigkeit (dazu I.) auch begründet (dazu II.). | 5 |
| I. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO ist (nur) mit der nachfolgenden Einschränkung zulässig. | 6 |
| Zwar ist die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO die statthafte Rechtsschutzform, wenn – wie hier – die vorläufige Untersagung der Besetzung einer Beförderungsstelle oder eines nach Maßgabe der Grundsätze der Bestenauslese vergebenen Dienstpostens mit einem Mitbewerber erstrebt wird. Soweit die Antragstellerin jedoch begehrt, die streitige Stelle bis zu einem rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens nicht zu besetzen, geht das Rechtsschutzbegehren über das hinaus, was der zu sichernde Bewerbungsverfahrensanspruch erfordert, und es fehlt daher das erforderliche Rechtsschutzinteresse. Es ist in Fällen der vorliegenden Art nicht erforderlich, vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, bis eine rechtskräftige Entscheidung im Hauptsacheverfahren ergangen ist. Durch eine einstweilige Anordnung sicherungsfähig ist vielmehr allein das etwaige Recht der Antragstellerin, dass über ihren Bewerbungsverfahrensanspruch betreffend den in Rede stehenden Dienstposten erneut und rechtsfehlerfrei – dabei unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des Gerichts – entschieden wird. Nur bis dahin – und nicht notwendig bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens – muss dieser Dienstposten vorläufig frei gehalten werden. Was die nachfolgende Zeit betrifft, ist dem jeweiligen Antragsteller zuzumuten, nach einer erneuten Auswahl- und Besetzungsentscheidung gegebenenfalls um weiteren vorläufigen Rechtsschutz nachzusuchen. | 7 |
| Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 7. Juni 2018 – 1 B 1381/17 –, juris, Rn. 10 f. m. w. N. | 8 |
| II. Soweit der Antrag zulässig ist, ist er auch begründet. | 9 |
| Die Antragstellerin hat sowohl einen Anordnungsanspruch als auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht, vgl. § 123 Abs. 1 und 3 VwGO i. V. m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO. Ein Anordnungsgrund steht mit Blick auf die Absicht der Antragsgegnerin, der Beigeladenen die | 10 |

Leitung der B. alsbald zu übertragen, nicht in Streit. Soweit der erstinstanzliche Beschluss sinngemäß einen Anordnungsanspruch der Antragstellerin verneint hat, ist diese Entscheidung auf der Grundlage des fristgerechten Beschwerdevorbringens (vgl. § 146 Abs. 4 Satz 1, 3 und 6 VwGO) abzuändern.

Das Verwaltungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt: Es könne offen bleiben, ob die Entscheidung der Antragsgegnerin, die Antragstellerin nicht in das Auswahlverfahren einzubeziehen, rechtswidrig sei. Dem Antrag bleibe jedenfalls deswegen der Erfolg versagt, weil die Antragstellerin bei einer unterstellten Berücksichtigung bei der Stellenbesetzung und einem dann vorzunehmenden Leistungsvergleich gegenüber der Beigeladenen chancenlos sei. Grundlage des Vergleichs könne nur die für die Antragstellerin mit Vermerk vom 9. August 2016 erstellte Nachzeichnung ihrer beruflichen Entwicklung im Wege der Fortschreibung der letzten für sie erstellten dienstlichen Beurteilung sein. Die Antragsgegnerin habe es zu Recht abgelehnt, die letzte Nachzeichnung über den dort erfassten Zeitraum hinaus fortzuführen, da eine belastbare Tatsachengrundlage nicht mehr gegeben sei. Die sich so für die Antragstellerin ergebende „Beurteilungslücke“ sei unvermeidbar und hinzunehmen. Hiervon ausgehend könne sich die Antragstellerin gegenüber der Beigeladenen nicht durchsetzen. Die Antragstellerin habe in der letzten Nachzeichnung mit dem Gesamtergebnis „X“ abgeschlossen. Das Gesamtergebnis der für die Beigeladene erstellten dienstlichen Anlassbeurteilung vom 2. Mai 2018 laute hingegen auf die Gesamtnote „P“ und liege damit deutlich (zwei Notenstufen) über der für die Antragstellerin zuletzt vergebenen Gesamtnote. 11

Dagegen macht die Antragstellerin mit ihrer Beschwerde im Kern geltend: Die Entscheidung der Antragsgegnerin, sie nicht in das Auswahlverfahren einzubeziehen, verletze sie in ihrem Bewerbungsverfahrensanspruch und verstoße gegen das Benachteiligungsverbot gemäß § 28 Abs. 1 Satz 2 BGleG. Dieses Verbot lasse keinen Raum, sie von einem Auswahlverfahren mit der Begründung auszuschließen, nach einer (vollständigen) Freistellung als Gleichstellungsbeauftragte über einen Zeitraum von 16 Jahren könne eine fiktive Nachzeichnung ihrer dienstlichen Beurteilung nicht mehr erfolgen und in Ermangelung einer solchen ihre Bewerbung nicht berücksichtigt werden. Die Einbeziehung der Gleichstellungsbeauftragten in jedes in Frage kommende Auswahlverfahren und die dazu notwendige fiktive Nachzeichnung ihres beruflichen Werdegangs seien gesetzliche Verpflichtungen und endeten nicht durch Zeitablauf. Es sei Sache der Antragsgegnerin, die Eignung der Bewerber im direkten Vergleich zu prüfen. Die fiktive Nachzeichnung der beruflichen Entwicklung könne nicht auf die Fortschreibung der letzten dienstlichen Beurteilung beschränkt werden. So dürfe insbesondere die Aufgabenbeschreibung für Gleichstellungsbeauftragte (§ 28 Abs. 3 Satz 5 BGleG) nicht unberücksichtigt bleiben. 12

Das Beschwerdevorbringen stellt die tragende Argumentation in dem angefochtenen Beschluss durchgreifend in Frage. Der Ausschluss vom weiteren Auswahlverfahren verletzt die Antragstellerin in ihrem Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG. Zwar hat das Verwaltungsgericht im Ausgangspunkt zutreffend angenommen, die Antragsgegnerin sei zu einer weiteren Fortschreibung der letzten dienstlichen Beurteilung der Antragstellerin nicht mehr verpflichtet (dazu 1.). Dies stellt aber keinen Grund dar, sie im Rahmen des Auswahlverfahrens von vornherein von einem Leistungsvergleich mit den anderen Bewerberinnen und Bewerbern auszuschließen. Vielmehr sind in dieser Situation ausnahmsweise andere Erkenntnismittel in Form von Hilfskriterien heranzuziehen (dazu 2.). In der Folge kann von einer Chancenlosigkeit der Antragstellerin nicht ausgegangen werden (dazu 3.). 13

1. Die Antragsgegnerin hat das Auswahlverfahren für die Besetzung der Leitung der B. nach dem Grundsatz der Bestenauslese durchgeführt. In diesem Fall hat der Dienstherr die Auswahlkriterien des Art. 33 Abs. 2 GG auf allen Stufen des Besetzungsverfahrens zu beachten. Die danach erforderlichen Feststellungen über Eignung, Befähigung und fachliche Leistung sind in der Regel auf der Grundlage aktueller dienstlicher Beurteilungen zu treffen (vgl. § 33 Abs. 1 Satz 1 BLV). Liegt – wie bei der Antragstellerin – aufgrund einer Freistellung als Gleichstellungsbeauftragte keine aktuelle dienstliche Beurteilung vor, ist nach § 33 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BLV die letzte regelmäßige dienstliche Beurteilung unter Berücksichtigung der Entwicklung vergleichbarer Beamtinnen und Beamten fiktiv fortzuschreiben.

Allerdings setzt eine solche Fortschreibung als Prognoseentscheidung darüber, wie der Beamte ohne Freistellung voraussichtlich zu beurteilen wäre, eine belastbare Tatsachengrundlage voraus. Ob eine Nachzeichnung möglich ist, hängt von der Dauer des Zeitraums ab, der zwischen der letzten beurteilten Dienstleistung und dem Beurteilungszeitraum liegt, für den die fiktive Fortschreibung erfolgen soll. Ab welcher Zeitspanne die tatsächlichen Erkenntnisse eine Prognose über die Leistungsentwicklung nicht mehr tragen können, ist eine Frage des Einzelfalles, wobei auch das Verhältnis zwischen dem Zeitraum, in dem tatsächlich Dienst geleistet wurde und dem Zeitraum, in dem kein Dienst geleistet wurde, von Bedeutung ist. Jedenfalls bei einem Zeitraum von fast 16 Jahren vermitteln die der letzten Beurteilung vor der Freistellung zugrunde liegenden tatsächlichen Erkenntnisse keine tragfähige Grundlage mehr für eine verlässliche Prognose über die voraussichtliche Leistungsentwicklung. 15

Vgl. BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 2010 – 2 C 11.09 –, juris, Rn. 10 f. 16

Dies zugrunde gelegt war die Antragsgegnerin – auch wenn der Wortlaut des § 33 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BLV eine solche Einschränkung nicht ausdrücklich vorsieht – nicht verpflichtet, die letzte dienstliche Beurteilung der Antragstellerin weiter fortzuschreiben. Angesichts des großen zeitlichen Abstands zwischen der letzten beurteilten Dienstverrichtung und dem Fortrechnungszeitraum fehlt eine belastbare Prognosebasis. Die Antragstellerin wurde zuletzt am 15. März 2001 beurteilt. Eine weitere Fortschreibung dieser dienstlichen Beurteilung würde den Zeitraum nach der letzten Nachzeichnung vom 9. August 2016 betreffen. Zwischen diesen Zeitpunkten liegen etwa 15 ½ Jahre. 17

2. Die von der Antragsgegnerin gezogene Konsequenz, die Antragstellerin in Ermangelung einer aktuellen (fortgeschriebenen) dienstlichen Beurteilung nicht in die streitige Auswahlentscheidung einzubeziehen, verletzt diese in ihrem Bewerbungsverfahrensanspruch und verstößt gegen das Benachteiligungsverbot gemäß § 28 Abs. 1 Satz 2 BGleG. Grundsätzlich sind zwar bei einer nach dem Leistungsgrundsatz zu treffenden Auswahlentscheidung vorrangig die dienstlichen Beurteilungen der Bewerberinnen und Bewerber und nur nachrangig Hilfskriterien heranzuziehen. 18

Vgl. § 33 Abs. 1 Satz 1 und 2 BLV; zur Rangfolge von Auswahlkriterien auch BVerwG, Urteil vom 27. Februar 2003 – 2 C 16.02 –, juris, Rn. 12 ff. 19

Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass es nicht möglich wäre, allein auf die grundsätzlich nachrangigen Hilfskriterien zurückzugreifen, wenn für einen der Bewerber keine aktuelle dienstliche Beurteilung erstellt und auch dessen letzte vorhandene (regelmäßige) Beurteilung nicht fiktiv fortgeschrieben werden kann. Ist eine Auswahlentscheidung auf der Grundlage vergleichbarer dienstlicher Beurteilungen ausnahmsweise ausgeschlossen, ist es vielmehr geboten, ihr andere geeignete Erkenntnismittel in Form von Hilfskriterien zugrunde zu legen. 20

Vgl. – zu freigestellten Personalratsmitgliedern – BayVGh, Beschluss vom 28. Juli 2014 – 3 ZB 13.1642 –, juris, Rn. 16; OVG NRW, Beschluss vom 31. März 2017 – 6 B 1463/16 –, juris, Rn. 18 ff.; Schnellenbach/Bodanowitz, Die dienstliche Beurteilung der Beamten und Richter, 62. Aktualisierung Dezember 2018, Rn. 222b; Schnellenbach, Konkurrenzen im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2018, Seite 68 unter Fn. 10. 21

Diese Maßgaben lassen sich ohne weiteres auch auf Gleichstellungsbeauftragte übertragen, die über einen langen Zeitraum von anderweitigen Tätigkeiten freigestellt waren und deren Beurteilung deswegen nicht weiter fortgeschrieben werden kann. Diese sind aufgrund ihrer Funktion in gleicher Weise wie ein freigestelltes Personalratsmitglied schutzwürdig und dürfen ebenfalls bei ihrer beruflichen Entwicklung nicht benachteiligt werden (§ 8 Satz 2 BPersVG, § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGleG). 22

Die Antragsgegnerin war danach bei der vorliegenden Zusammensetzung des Bewerberfeldes gehalten, ihre Auswahlentscheidung unter Einbeziehung der Antragstellerin ausnahmsweise allein anhand von Hilfskriterien zu treffen und die dienstlichen Beurteilungen der Mitbewerber – auch wenn sie wie bei der Beigeladenen mit Bestnote abschließen – auszublenden. Dies ist (alternativlose) Konsequenz des Umstandes, dass die letzte Beurteilung der Antragstellerin nicht mehr fortschreibungsfähig ist und sich ihre Tätigkeit als Gleichstellungsbeauftragte einer dienstlichen Beurteilung entzieht. 23

Vgl. – zu einem freigestellten Personalratsmitglied – BayVGh, Beschluss vom 28. Juli 2014 – 3 ZB 13.1642 –, juris, Rn. 18; zur Unzulässigkeit einer Beurteilung der Tätigkeit von Gleichstellungs-beauftragten Schnellenbach/Bodanowitz, Die dienstliche Beurteilung der Beamten und Richter, 62. Aktualisierung Dezember 2018, Rn. 222d. 24

Dem Prinzip der Bestenauslese ist dabei im Rahmen der Anwendung der Hilfskriterien größtmögliche Geltung zu verschaffen. Dem kann der Dienstherr insbesondere dadurch Rechnung tragen, dass er sich primär auf solche Hilfskriterien stützt, die am besten über Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber Aufschluss geben. Dies wird regelmäßig auf wissenschaftlich fundierte Verfahren zur Eignungsfeststellung wie z. B. strukturierte Auswahlgespräche oder Assessment-Center zutreffen. Allenfalls eine nachrangige Bedeutung kann demgegenüber eignungsfernen Hilfskriterien wie dem Dienst- bzw. Lebensalter der Konkurrenten oder der Standzeit im aktuellen Statusamt zukommen. 25

Dem kann nicht entgegengehalten werden, auf eine dienstliche Beurteilung als vorrangiges Auswahlkriterium könne hier nicht verzichtet werden, weil ein Auswahlgespräch nur eine Momentaufnahme sei, bei der die Güte des politischen Verständnisses, das Maß an Erfahrungen und die Qualität des Fachwissens lediglich punktuell erfasst würden. Die mit der ausschließlichen Orientierung an Hilfskriterien verbundene Beschränkung des in Art. 33 Abs. 2 GG verankerten Leistungsprinzips ist nämlich gerechtfertigt, um den ebenfalls in dieser Verfassungsnorm als grundrechtsgleiches Recht verbürgten Bewerbungsverfahrensanspruch der Antragstellerin zu gewährleisten und ihre in § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGleG gesetzlich konkretisierten Schutzrechte als Gleichstellungsbeauftragte zu wahren. Ein Festhalten am Grundsatz des Vorrangs dienstlicher Beurteilungen als Auswahlkriterium würde zu dem mit diesen Gewährleistungen ersichtlich nicht zu vereinbarenden Ergebnis führen, dass die Antragstellerin allein aufgrund der Dauer ihrer Tätigkeit als Gleichstellungsbeauftragte von einem (weiteren) beruflichen Aufstieg generell ausgeschlossen wäre. Dies gilt auch in Ansehung des von der Antragsgegnerin weiter angeführten Umstandes, dass es sich bei der Leitung der B. um eine Spitzenposition in der Bundesverwaltung handelt. Die Antragsgegnerin kann der Bedeutung der zu besetzenden Funktion auch auf der Ebene der Hilfskriterien Rechnung tragen. Sie kann insbesondere das von ihr zu bestimmende 26

Auswahlinstrument so ausgestalten, dass das im Rahmen ihres Organisationsermessens für das streitige Amt aufgestellte Anforderungsprofil – zu dem auch die beispielsweise hervorgehobene Kompetenz „politisches Verständnis“ gehört – bestmöglich erfasst wird.

3. Nach alledem ist für die entscheidungstragende Erwägung des Verwaltungsgerichts, die Antragstellerin sei bei einem Vergleich des Gesamturteils ihrer letzten (fortgeschriebenen) Beurteilung vom 9. August 2016 („X“) mit der Gesamtbewertung der Beurteilung der Beigeladenen vom 2. Mai 2018 („P“) aufgrund des Leistungsabstandes von mehr als einer Notenstufe chancenlos, kein Raum. Die dienstlichen Beurteilungen dürfen bei der Besetzung des streitigen Amtes (ausnahmsweise) keine Berücksichtigung finden. Es ist auch nicht absehbar, welche Hilfskriterien die Antragsgegnerin im Rahmen einer neuerlichen Auswahlentscheidung zugrunde legen wird. Damit sind die Aussichten der Antragstellerin, bei einer künftigen, die aufgezeigten Rechtsfehler vermeidenden Auswahlentscheidung zum Zuge zu kommen, als hinreichend offen anzusehen. 27

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 155 Abs. 1 Satz 1, 162 Abs. 2 VwGO. Der Senat bewertet das jeweilige Obsiegen und Unterliegen der Beteiligten in Höhe der im Tenor ausgeworfenen Kostenquote. Es entspricht ferner nicht der Billigkeit, etwa entstandene außergerichtliche Kosten der Beigeladenen für erstattungsfähig zu erklären, denn diese hat auch im Beschwerdeverfahren keinen Antrag gestellt und sich damit keinem eigenen Kostenrisiko ausgesetzt (vgl. § 154 Abs. 3 VwGO). 28

Die Festsetzung des Streitwerts folgt aus den §§ 40, 47 Abs. 1 Satz 1, 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 6 Satz 4 und Satz 1 und 2 GKG. Sie berücksichtigt ein Viertel der im angestrebten Amt der Leitung der B. zu zahlenden Jahresbezüge. Nach den Angaben der Antragsgegnerin in der Antragserwiderung vom 29. Mai 2018 (Seite 6) ist dieses Amt mit der Besoldungsgruppe B 6 bewertet ($3 \times 9.876,22 \text{ Euro} = 29.628,66 \text{ Euro}$). Sollte – wie vom Verwaltungsgericht angenommen – die Vergütung nach § 26 Abs. 4 AGG vertraglich zu regeln sein, geht der Senat davon aus, dass ihre Höhe der Besoldung nach Besoldungsgruppe B 6 entspricht. 29

Dieser Beschluss ist hinsichtlich der Streitwertfestsetzung nach §§ 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG und im Übrigen gemäß § 152 Abs. 1 VwGO unanfechtbar. 30