

**Titel:**

**Auswahlentscheidung bei gleichem Gesamturteil**

**Normenketten:**

VwGO § 123

LfbG Art. 16 Abs. 2

GG Art. 33 Abs. 2

**Leitsätze:**

**1. Werden in einer Stellenausschreibung überdurchschnittliche fachliche Leistungen, Eignung und Befähigung in Einzelkriterien gefordert, die in den dienstlichen Beurteilungen ausschließlich bei Beamten in einer Führungsaufgabe bewertet werden, so ergibt sich hieraus nicht ausreichend deutlich, dass fehlende Führungserfahrung ein Ausschlusskriterium sein soll. (Rn. 39)**

**(redaktioneller Leitsatz)**

**2. Periodische Beurteilungen sind untereinander vergleichbar, wenn sie im gleichen Statusamt erzielt worden sind und sich die Beurteilungszeiträume entsprechen. Ein zulässigerweise um sechs Monate verlängerter Beurteilungszeitraum ist unschädlich. (redaktioneller Leitsatz)**

**3. Sind die Bewerber mit dem gleichen Gesamturteil bewertet worden, muss der Dienstherr die Beurteilungen unter Anlegung gleicher Maßstäbe umfassend inhaltlich auswerten und Differenzierungen in der Bewertung einzelner Leistungskriterien oder in der verbalen Gesamtwürdigung zur Kenntnis nehmen. (Rn. 48) (Rn. 42 – 43) (redaktioneller Leitsatz)**

**4. Der Durchschnittswert der Superkriterien kann ein Indiz dafür sein, dass der Bewerber mit dem höheren Durchschnittswert der leistungsstärkste Bewerber sein könnte; dies entbindet den Dienstherrn jedoch nicht von einem Vergleich der Einzelkriterien. Dies gilt insbesondere dann, wenn bei verschiedenen Bewerbern unterschiedliche Superkriterien herangezogen wurden. (Rn. 49 – 50)**

**(redaktioneller Leitsatz)**

**5. Die Fehlerhaftigkeit der Binnendifferenzierung führt zur Fehlerhaftigkeit der Auswahlentscheidung insgesamt. (Rn. 51) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Stellenbesetzungsverfahren, Binnendifferenzierung anhand Durchschnittswert der Superkriterien, Anordnungsanspruch, Besoldungsgruppe, Bewerbungsverfahrensanspruch, dienstliche Beurteilung, Beurteilungszeitraum, Stellenausschreibung, Anforderungsprofil, Führungserfahrung, Binnendifferenzierung, Durchschnittswert, Superkriterien

**Fundstelle:**

BeckRS 2019, 26847

**Tenor**

1. Dem Antragsgegner wird untersagt, die ausgeschriebene Stelle „Leiter des Allgemeinen Vollzugsdienstes der Jugendarrestanstalt ...“ zu besetzen, solange nicht über die Bewerbung des Antragstellers bestandskräftig entschieden ist.

2. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens und die außergerichtlichen Kosten des Antragstellers zu 3/4, der Beigeladene zu 1/4. Der Beigeladene trägt seine außergerichtlichen Kosten selbst

3. Der Streitwert wird auf 12.855,63 EUR festgesetzt.

**Gründe**

I.

**1**

Der Antragsteller wendet sich gegen die Ablehnung seiner Bewerbungen für die Stelle des Leiters/der Leiterin des Allgemeinen Vollzugsdiensts in der Jugendarrestanstalt ... (Besoldungsgruppe A9 + AZ), welche mit Stellenausschreibung vom 3. Dezember 2018 ausgeschrieben worden war:

„Aufgabenbereich:

- Fachaufsicht und Führung der Bediensteten des Allgemeinen Vollzugsdienstes in der Jugendarrestanstalt
- Koordination des Dienstablaufs in personeller und vollzuglicher Hinsicht
- Überwachung der Sicherheit und Ordnung in diesem Zuständigkeitsbereich
- Mitwirkung bei Beurteilungen für nachgeordnete Bedienstete
- Organisation und Leitung von internen Dienstbesprechungen
- Teilnahme an Konferenzen und übergreifenden Besprechungen
- Personalverwaltung im Hinblick auf Dienstplan, Zeiterfassung und Statistik
- Führung von Krankenrückkehr-, Mitarbeiter- und sonstigen Personalgesprächen
- Verwaltung der Schlüssel für die Jugendarrestanstalt
- Gestaltung des Arrestvollzuges nach Vorgaben der Vollzugsleitung
- sonstige Aufgaben nach Weisung der Anstalts- oder Vollzugsleitung Anforderungsprofil:

Die Wahrnehmung dieses Dienstpostens erfordert eine mehrjährige Dienst Erfahrung, überdurchschnittliche fachliche Leistung, Eignung und Befähigung, insbesondere in den Bereichen

- Führungs- und Organisationsvermögen
- Belastbarkeit und Zuverlässigkeit
- Informations- und Kommunikationsverhalten
- Motivation/Förderung der Mitarbeiter
- Konfliktbewältigung
- persönliches Engagement und Leistungsbereitschaft
- mündliche und schriftliche Ausdrucksfähigkeit
- Verantwortungsbewusstsein
- Bereitschaft zur Zusammenarbeit

... Bereits gewonnene Erfahrungen auf verschiedenen Dienstposten mit erhöhtem Verantwortungsbereich in der Justizvollzugsanstalt ... sind vorteilhaft. [...]"

**2**

Neben dem Antragsteller bewarben sich der Beigeladene sowie zwei weitere Bewerber.

**3**

Der Antragsteller ist Inspektor im Justizvollzugsdienst (Besoldungsgruppe A9). Seine Beförderung erfolgte mit Wirkung zum ... 2012. Er ist seit 1995 im Vollzugsdienst in der Justizvollzugsanstalt (JVA) ... tätig und ist seit 2007 stellvertretender Leiter des Allgemeinen Vollzugsdienstes der Jugendarrestanstalt. In der aktuellen Beurteilung vom 9. Mai 2017 (Beurteilungszeitraum 1.1.2014 - 31.12.2016) erhielt er ein

Gesamturteil von 11 Punkten, der Durchschnittswert der wesentlichen Beurteilungsmerkmale (sog. Superkriterien) betrug 11,25 Punkte. Im Rahmen der sonstigen Verwendungseignung wurde festgestellt, dass er für alle Dienstposten im Jugendarrest geeignet sei. Zur Führungseignung wurde keine Aussage getroffen. In der vorausgegangenen Beurteilung vom 12. Juni 2014 (Beurteilungszeitraum 1.1.2010 - 31.12.2013) erhielt er ein Gesamturteil von 10 Punkten. Im Rahmen der sonstigen Verwendungseignung wurde festgestellt, dass er für alle Dienstposten seines fachlichen Schwerpunktes geeignet sei. Hinsichtlich der Führungseignung wurde darauf hingewiesen, dass der Beamte gute Führungseigenschaften habe und sich auch für Dienstposten in hervorgehobene Funktion eigne.

#### **4**

Der Beigeladene, notwendig beigeladen mit Beschluss vom 27. Mai 2019, ist Inspektor im Justizvollzugsdienst (Besoldungsgruppe A9). Seine Beförderung erfolgte mit Wirkung zum ... 2016. Er ist seit 2001 im Vollzugsdienst tätig. Seit Juni 2017 ist er dem Leiter des Allgemeinen Vollzugsdienstes der JVA ... unmittelbar als Mitarbeiter zugeteilt. In der aktuellen Beurteilung vom 4. Dezember 2017 (Beurteilungszeitraum 1.1.2014 - 30.6.2017) erhielt er ein Gesamturteil von 11 Punkten, der Durchschnittswert der wesentlichen Beurteilungsmerkmale (sog. Superkriterien) betrug 11,83 Punkte. Im Rahmen der sonstigen Verwendungseignung wurde festgestellt, dass er geeignet sei für Dienstposten als Zentralbeamter, in der Hausverwaltung oder Dienstleistung. Zur Führungseignung wurde keine Aussage getroffen. In der vorausgegangenen Beurteilung vom 20. August 2014 (Beurteilungszeitraum 1.1.2010 - 31.12.2013) erhielt er ein Gesamturteil von 12 Punkten. Im Rahmen der sonstigen Verwendungseignung wurde festgestellt, dass er für allgemeine Vollzugsdienstaufgaben, Hausdienstleiter, Zentrale, Torwache geeignet sei. Zur Führungseignung wurde keine Aussage getroffen.

#### **5**

Im Auswahlvermerk vom 20. Februar 2019 regte der Leiter der JVA ... nach Gesamtabwägung aller Umstände und insbesondere im Hinblick auf die bei den letzten periodischen Beurteilungen erzielten Gesamtbewertungen und Durchschnittswerte der Superkriterien an, den Beigeladenen baldmöglichst zum Leiter des Allgemeinen Vollzugsdienstes der Jugendarrestanstalt ... zu bestellen.

#### **6**

Das Bayerische Staatsministerium der Justiz teilte daraufhin dem Leiter der JVA ... mit Schreiben vom 7. März 2019 mit, dass beabsichtigt sei, den Beigeladenen als leistungsstärksten und damit geeignetsten Bewerber zum Leiter des Allgemeinen Vollzugsdienstes der Jugendarrestanstalt ... zu bestellen. Die weiteren Bewerber wurden hierüber mit Schreiben der JVA ... vom 14. März 2019, dem Antragsteller ausgehändigt am 19. März 2019, informiert.

#### **7**

Hiergegen ließ der Antragsteller mit Schreiben seines Bevollmächtigten vom 28. März 2019 Widerspruch einlegen.

#### **8**

Ebenfalls mit Schriftsatz vom 28. März 2019, per Telefax eingegangen beim Bayerischen Verwaltungsgericht Ansbach am selben Tag, ließ der Antragsteller einen Antrag gemäß § 123 VwGO stellen und beantragen,

Der Antragsgegner wird einstweilen verpflichtet, vorläufig die Besetzung der Stelle „Leiter des Allgemeinen Vollzugsdienstes der Jugendarrestanstalt ...“ zu unterlassen, bis über den Widerspruch des Antragstellers vom 28. März 2019 gegen die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung um vorgenannte Stelle rechtskräftig entschieden ist.

#### **9**

Mit Schriftsatz der Justizvollzugsanstalt ... vom 10. April 2019 teilte der Antragsgegner mit, dass im Einvernehmen mit dem Bayerischen Staatsministerium der Justiz die Besetzung des ausgeschriebenen Dienstpostens bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Verwaltungsgerichts Ansbach im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zurückgestellt werde.

## **10**

Mit weiterem Schriftsatz vom 20. Mai 2019 beantragte der Antragsgegner,

die Klage (gemeint wohl: den Antrag) abzuweisen und dem Antragsteller die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

## **11**

Zur Begründung wurde vorgetragen, dass der Antragsteller zwar einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht habe, jedoch keinen Anordnungsanspruch. Der Antragsteller habe keinen Rechtsanspruch auf Übertragung der streitgegenständlichen Stelle, jedoch einen Bewerbungsverfahrensanspruch, d. h. einen Anspruch darauf, dass der Dienstherr den Dienstposten unter Berücksichtigung des in Art. 33 Abs. 2 des Grundgesetzes (GG) normierten Leistungsgrundsatzes habe.

## **12**

Die Auswahlentscheidung könne nur auf Gesichtspunkte gestützt werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffen. Bei Verletzung des Anspruchs auf rechtsfehlerfreie Anwendung habe der unterlegene Bewerber keinen Anspruch auf Beförderung oder Vergabe des begehrten Dienstpostens. Er könne aber eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung beanspruchen, wenn seine Auswahl möglich erscheine. Feststellungen über Eignung, Befähigung und fachliche Leistung von Bewerbern seien in erster Linie auf die aktuellen dienstlichen Beurteilungen zu stützen, da sie den gegenwärtigen bzw. zeitnah zurückliegenden Stand abbildeten und als Grundlage für die Prognose dienten, welcher Konkurrent die Anforderungen der zu besetzenden Stelle voraussichtlich am besten erfüllen werde. Bei einem etwaigen Gleichstand im Gesamturteil der aktuellen dienstlichen Beurteilungen seien diese inhaltlich auszuschöpfen („Binnendifferenzierung“). Sollte danach noch immer eine wesentlich gleiche Beurteilungslage vorliegen, könne der Dienstherr die Auswahl nach weiteren sachgerechten Merkmalen, wie etwa dienstliche Erfahrung, Verwendungsbreite oder der Leistungsentwicklung vornehmen. Auch ältere dienstliche Beurteilungen könnten als zusätzliche Erkenntnismittel berücksichtigt werden.

## **13**

Die Stellenausschreibung vom 3. Dezember 2018 lege ein Anforderungsprofil, wonach eine mehrjährige Dienst Erfahrung sowie überdurchschnittliche fachliche Leistung, Eignung und Befähigung in verschiedenen Bereichen gefordert werde, fest. Der Vergleich der Beurteilungen des Antragstellers und des Beigeladenen enthielten jeweils das Gesamturteil von 11 Punkten. Im Folgenden seien daher die Superkriterien herangezogen worden. Der Durchschnittswert des Antragstellers habe 11,25 Punkte ergeben, der des Beigeladenen 11,83 Punkte. Es halte sich daher im rechtlichen Rahmen, den Antragsteller bei der Stellenbesetzung nicht zu berücksichtigen, da er im Gesamturteil der aktuellen dienstlichen Beurteilungen zwar im Gesamturteil mit 11 Punkten gleich, im Hinblick auf die Superkriterien jedoch schlechter als der Beigeladene beurteilt worden sei.

## **14**

Das Verfahren entspreche in formaler Hinsicht den Anforderungen der Rechtsprechung, wonach die maßgeblichen Auswählerwägungen schriftlich niedergelegt werden müssten. Die maßgeblichen Auswählerwägungen seien für alle Bewerber im Auswahlvermerk vom 20. Februar 2019 niedergelegt worden.

## **15**

Wegen der Einheitlichkeit des Beurteilungsmaßstabes aufgrund derselben Beurteilungszeiträume und desselben Beurteilungssystems habe die Auswahlentscheidung auf der Grundlage der erstellten periodischen Beurteilungen des Beurteilungsjahres 2017 getroffen werden können.

## **16**

Der Beigeladene ließ mit Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 4. Juni 2019 beantragen,

die Klage (gemeint wohl: den Antrag) abzuweisen und dem Antragsteller die Kosten des Verfahrens und des Beigeladenen aufzuerlegen, und zur Begründung auf den Schriftsatz der Justizvollzugsanstalt ... vom 20. Mai 2019 verweisen.

#### **17**

Der Bevollmächtigte des Antragstellers trug zur Begründung seines Antrages mit Schriftsatz vom 18. Juni 2019 vor, dass die Auswahlentscheidung fehlerhaft sei. Die Beurteilungszeiträume des Antragstellers und des Beigeladenen seien nicht gleich lang. Auch sei der Beigeladene erst gegen Ende des aktuellen periodischen Beurteilungszeitraums befördert worden. Mit der Verlängerung des Beurteilungszeitraums werde der Eindruck erweckt, dass der Beigeladene während des gesamten Beurteilungszeitraums im Statusamt A9 eine gleichwertige Gesamtleistung wie der Antragsteller sowie eine leicht bessere Beurteilung in den Superkriterien vorweisen könne. Tatsächlich habe der Beigeladene im Beurteilungszeitraum überwiegend Leistungen im Statusamt A8 erbracht. Da die aktuelle periodische Beurteilung des „Klägers“ von einem höheren Statusamt und daher von einem höheren Anforderungsprofil ausgehe, sei die Beurteilung des Beigeladenen nicht mit der des Antragstellers vergleichbar. Es werde auf die Rechtspraxis verwiesen, dass regelmäßig die erste dienstliche Beurteilung im höheren Statusamt schlechter ausfalle, was damit begründet werde, dass der Beurteilungsmaßstab ein anspruchsvollerer geworden sei.

#### **18**

Der Beurteilungszeitraum des Beigeladenen sei um sechs Monate länger als der gesetzlich maximal zulässige Beurteilungszeitraum. Unter Zugrundelegung des regulären Beurteilungszeitraums habe der Beigeladene ganz überwiegend Leistungen der Besoldungsgruppe A8 erbracht und sei auch am Maßstab dieser Besoldungsgruppe bewertet worden. Der verlängerte Beurteilungszeitraum entspreche nicht den gesetzlichen Vorschriften und verdecke den Umstand, dass ein Vergleich der Beurteilungen des Antragstellers und des Beigeladenen ausschließlich über Punktzahlen neben der Sache liege.

#### **19**

Jegliches Nachschieben von Gründen werde als unzulässig zurückgewiesen. Die im Schriftsatz aufgeführten Sachverhalte hätten in der Auswahlentscheidung als solche ihre Abwägung finden müssen. Auch sei das Ministerium als über die Versetzung entscheidende Behörde unzutreffend informiert worden.

#### **20**

Der Antragsgegner erwiderte mit Schriftsatz vom 2. Juli 2019 und wies darauf hin, dass die Beurteilungen nach der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Beurteilung und Leistungsfeststellung für die Beamten und Beamtinnen im Geschäftsbereich des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz mit Ausnahme der Staatsanwälte und Staatsanwältinnen (Beurteilungsbekanntmachung Justiz - JuBeurteilBek) erfolgt seien. Danach erfolgten periodische Beurteilungen von Beamtinnen und Beamten alle drei Jahre, sofern keine Zurückstellung der Beurteilung erforderlich sei. Gemäß Art. 56 Abs. 2 LfB in Verbindung mit Ziffer 3.3.1 JuBeurteilBek werde die Beurteilung für Beamtinnen und Beamten, die weniger als ein Jahr vor dem allgemeinen Beurteilungstichtag befördert worden seien, zurückgestellt. Der Beurteilungszeitraum ende in diesen Fällen mit dem Ablauf des Kalenderhalbjahres, in dem ein Jahr Dienstleistung seit dem die Zurückstellung auslösenden Ereignis erreicht werde.

#### **21**

Da der Beigeladene mit Wirkung zum ... 2016 zum Inspektor im Justizvollzugsdienst ernannt worden sei, reiche dessen Beurteilungszeitraum vom 1. Januar 2014 bis zum 30. Juni 2017.

#### **22**

Für die Beurteilungen seien die Anforderungen des jeweiligen aktuellen Dienstpostens maßgeblich. Die im jeweiligen Beurteilungszeitraum festgestellten Leistungen im Vergleich zu den übrigen Beamten und Beamtinnen der einschlägigen Vergleichsgruppe stünden im Mittelpunkt der Bewertung. Bei Beförderungen im Beurteilungszeitraum seien die höheren Anforderungen des neuen Statusamtes zu berücksichtigen. Zur Orientierung gelte, dass bei gleichgebliebener Leistung das Gesamturteil in der Regel um zwei Punkte

niedriger liege. Vor abschließender Punktevergabe sei ein Vorabbericht an das Bayerische Staatsministerium der Justiz abzugeben und dessen Einverständnis einzuholen.

### **23**

Der Beigeladene sei in den letzten Jahren bereits in verschiedensten Bereichen der Straftaftabteilung mit Führungsaufgaben betraut gewesen. Als allein verantwortlicher Zentralbeamter oder als Nachtdienstleiter habe er den Dienstablauf in dieser Abteilung geleitet. Er sei an rund 170 Arbeitstagen als Dienstplaner eingesetzt gewesen. Er habe diesen Dienstposten in diesem längeren Zeitraum allein und gestaltend ausgeübt und sei verantwortlich für die Diensterteilung von rund 120 Bediensteten gewesen. Dies habe Eingang in die dienstliche Beurteilung des Beamten vom 30. November 2017 gefunden, sodass trotz Beförderung im Beurteilungszeitraum und eines Wertes von 12 Punkten im Beurteilungsjahr 2014 im Beurteilungsjahr 2017 ein Wert von 11 Punkten habe vergeben werden können.

### **24**

Bestritten werde, dass die Aufsichtsbehörde durch die Justizvollzugsanstalt ... unzutreffend informiert worden sei. Die der Entscheidung zugrunde liegenden Beurteilungen aller Bewerber seien mit der Aufsichtsbehörde abgestimmt gewesen. Auch seien der Aufsichtsbehörde Beförderungszeitpunkte, Beurteilungszeiträume und die dienstliche Verwendung aller Bewerber bekannt gewesen.

### **25**

Der Bevollmächtigte des Beigeladenen schloss sich mit Schriftsatz vom 24. September 2019 den Ausführungen des Antragsgegners vollinhaltlich an.

### **26**

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der beigezogenen Personalakten verwiesen.

II.

### **27**

Der Antrag ist zulässig und begründet.

### **28**

1. Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung auch vor Klageerhebung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (sog. Sicherungsanordnung).

### **29**

Gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO sind daher ein Anordnungsanspruch und ein Anordnungsgrund glaubhaft zu machen.

### **30**

2. Der Antragsteller hat einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Der ausgeschriebene Dienstposten stellt für den Antragsteller und den Beigeladenen einen höherwertigen Dienstposten dar. Die Übertragung schafft die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen für eine spätere Beförderung (BVerwG, B.v. 21.12.2016 - 2 VR 1.16 - juris Rn. 12 f.). Diese Vorwirkung begründet in Fällen der Übertragung eines Beförderungsdienstpostens an einen Mitbewerber für den Unterlegenen einen Anordnungsgrund und führt dazu, dass das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes in diesen Fällen grundsätzlich die Funktion des Hauptsacheverfahrens übernimmt (BayVGH, B.v. 4.2.2015 - 6 CE 14.2477 - NVwZ 2015, 604 Rn. 11 m.w.N.). Von der Möglichkeit, die Vorwirkung einer vorläufigen Dienstpostenbesetzung auf die nachfolgende Ämtervergabe zu vermeiden, hat die Antragsgegnerin keinen Gebrauch gemacht. Die Antragsgegnerin hat nicht erklärt, sie werde bei einer - vorläufigen - Besetzung des Dienstpostens mit dem ausgewählten Bewerber dessen Bewährungsvorsprung bei einer erneuten Auswahlentscheidung unberücksichtigt lassen (BVerwG, B.v. 12.12.2017 - 2 VR 2.16 - juris Rn. 21, 28; BayVGH, B.v. 29.10.2018 - 6 CE 18.1868 - juris Rn. 11).

### 31

Insoweit war der im Schriftsatz des Bevollmächtigten des Antragstellers vom 28. März 2019 gestellte Antrag sachgerecht dahingehend auszulegen, dass dem Antragsgegner untersagt wird, den ausgeschriebene Dienstposten mit einem Mitbewerber zu besetzen, solange nicht über die Bewerbung des Antragstellers bestandskräftig entschieden ist.

### 32

3. Der Antragsteller konnte auch einen Anordnungsanspruch glaubhaft machen, da die Auswahlentscheidung vom 20. Februar 2019 seinen aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt. Es erscheint möglich, dass der Beförderungsdienstposten im Falle einer fehlerfreien Wiederholung des Auswahlverfahrens an den Antragsteller vergeben würde (BayVGh, B.v. 29.10.2018 - 6 CE 18.1868 - juris Rn. 12).

### 33

a) Art. 33 Abs. 2 GG gewährt jedem Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Daraus folgt der Anspruch eines Beförderungsbewerbers auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung (BVerwG, U.v. 4.11.2010 - 2 C 16/09 - IÖD 2011, 14; U.v. 25.2.2010 - 2 C 22/09 - ZBR 2011, 37; BVerfG, B.v. 29.7.2003 - 2 BvR 311/03 - BayVBl 2004, 17). Die Geltung dieses Grundsatzes wird nach Art. 33 Abs. 2 GG unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistet. Die Vorschrift dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung des öffentlichen Dienstes; dessen fachliches Niveau und rechtliche Integrität sollen gerade durch die ungeschmälerte Anwendung des Bestenauslesegrundsatzes gewährleistet werden. Zum anderen trägt Art. 33 Abs. 2 GG dem berechtigten Interesse der Beamten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen dadurch Rechnung, dass er grundrechtsgleiche Rechte auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl begründet. Art. 33 Abs. 2 GG gibt somit die entscheidenden Beurteilungsgesichtspunkte für die Bewerberauswahl zur Besetzung von öffentlichen Ämtern abschließend vor. Die von Art. 33 Abs. 2 GG erfassten Auswahlentscheidungen können grundsätzlich nur auf Gesichtspunkte gestützt werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffen. Anderen Gesichtspunkten darf nur Bedeutung beigemessen werden, wenn sich aus dem Vergleich anhand von unmittelbar leistungsbezogenen Gesichtspunkten kein Vorsprung von Bewerbern ergibt. Belange, die nicht im Leistungsgrundsatz verankert sind, können bei der Besetzung öffentlicher Ämter nur Berücksichtigung finden, wenn ihnen ebenfalls Verfassungsrang eingeräumt ist (BVerfG, B.v. 11.5.2011 - 2 BvR 764/11; BVerwG, U.v. 4.11.2010 - 2 C 16/09 - a.a.O.; U.v. 17.8.2005 - 2 C 37/04 - BVerwGE 124, 99; U.v. 28.10.2004 - 2 C 23/03 - BVerwGE 122, 147).

### 34

Über die Eignung des Bewerberfeldes kann in einem gestuften Auswahlverfahren befunden werden (BVerwG, B.v. 20.6.2013 - 2 VR 1/13 - juris). Bewerber, welche die allgemeinen Ernennungsbedingungen oder die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllen oder die aus sonstigen Eignungsgründen für die Ämtervergabe nicht in Betracht kommen, können in einer ersten Auswahl ausgeschlossen und müssen somit nicht mehr in den Leistungsvergleich einbezogen werden (BVerwG, B.v. 20.06.2013, a.a.O. Rn. 23; BVerwG, B.v. 6.4.2006 - 2 VR 2.05 - juris Rn. 7; BayVGh, B.v. 22.11.2016 - 3 CE 16.1912 - juris Rn 20). Dies gilt grundsätzlich auch für Bewerber, die zwingende Vorgaben eines rechtmäßigen Anforderungsprofils nicht erfüllen (BVerwG, B.v. 20.6.2013, a.a.O., Rn. 23).

### 35

Anschließend ist die Auswahl für die Besetzung eines Beförderungsdienstpostens unter mehreren Bewerbern in erster Linie auf aktuelle dienstliche Beurteilungen zu stützen (BVerwG, B.v. 20.6.2013, a.a.O., Rn. 21; BayVGh, B.v. 22.1.2018 - 3 CE 17.2440 - juris Rn. 20; B.v. 8.4.2015 - 3 CE 14.1733 - juris Rn. 28). Maßgeblich hierfür ist primär das abschließende Gesamturteil der Beurteilung, das durch Würdigung, Gewichtung und Abwägung der einzelnen leistungsbezogenen Gesichtspunkte zu bilden ist (BVerwG, B.v. 22.11.2012 - 2 VR 5/12 - juris Rn. 25). Sind die Bewerber mit dem gleichen Gesamturteil bewertet worden, muss der Dienstherr die Beurteilungen unter Anlegung gleicher Maßstäbe umfassend inhaltlich auswerten und Differenzierungen in der Bewertung einzelner Leistungskriterien oder in der verbalen Gesamtwürdigung

zur Kenntnis nehmen (BVerwG, B.v. 19.12.2014 - 2 VR 1.14 - juris Rn. 35). Demgemäß bestimmt Art. 16 Abs. 2 Satz 1 LbG, dass, sofern sich beim Vergleich der Gesamturteile der Beurteilungen kein Vorsprung ergibt, die darin enthaltenen Einzelkriterien gegenüber zu stellen sind (Binnendifferenzierung). In den Vergleich der Einzelkriterien sind allerdings nur die wesentlichen Beurteilungskriterien (sog. „Superkriterien“) einzubeziehen (Art. 16 Abs. 2 Satz 2 LbG), die sich nach Art. 16 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. Art. 58 Abs. 3 LbG bestimmen (BayVGh, B.v. 6.2.2017 - 3 CE 17.184 - juris, Rn 3).

### **36**

b) Diesen Anforderungen entspricht die streitgegenständliche Auswahlentscheidung nicht.

### **37**

aa) Maßgeblich für die Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung sind ausschließlich die Erwägungen, die der Antragsgegner bei seiner Entscheidung am 7. März 2019 angestellt hat. Das Bayerische Staatsministerium der Justiz schloss sich insoweit den Überlegungen des Leiters der Justizvollzugsanstalt ... an. Die der Auswahlentscheidung durch den Antragsgegner zugrunde gelegten Erwägungen ergeben sich ausreichend deutlich aus dem Auswahlvermerk vom 20. Februar 2019 (BVerwG, U.v. 30.8.2018 - 2 C 10/17 - juris Rn. 10; OVG NRW, B.v. 16.10.2017 - 6 B 685/17 - juris Rn. 3; BayVGh, B.v. 27.10.2016 - 3 CE 16.1457 - juris Rn. 25). Dass in der Mitteilung an den Antragsteller über die beabsichtigte Bestellung des Beigeladenen für die ausgeschriebene Stelle vom 14. März 2019, dem Antragsteller übergeben am 19. März 2019, keine Begründung für die Auswahlentscheidung enthalten war, ist unschädlich, da der Antragsteller im Wege der Akteneinsicht ausreichend Möglichkeit hatte, die Entscheidung nachzuvollziehen und zu entscheiden, ob er die Entscheidung des Dienstherrn hinnehmen soll oder ob Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen den Anspruch auf faire und chancengleiche Behandlung seiner Bewerbung bestehen und er daher gerichtlichen Eilrechtsschutz in Anspruch nehmen will.

### **38**

bb) Soweit der Antragsgegner in der Stellenausschreibung ein konstitutives Anforderungsprofil in Form einer mehrjährigen Dienst Erfahrung festgelegt hat, geht der Antragsgegner selbst davon aus, dass der Antragsteller und der Beigeladene dieses Anforderungsprofil erfüllen, da beide Bewerber in den Leistungsvergleich einbezogen worden sind.

### **39**

Im Übrigen hat der Antragsgegner Führungserfahrung gerade nicht als konstitutives Anforderungsprofil bestimmt. Auch wenn in der Stellenausschreibung überdurchschnittliche fachliche Leistungen, Eignung und Befähigung in Einzelkriterien, die in den dienstlichen Beurteilungen ausschließlich bei Beamten in einer Führungsaufgabe bewertet werden, fordert, so ergibt sich hieraus nicht ausreichend deutlich, dass fehlende Führungserfahrung ein Ausschlusskriterium sein soll. Die in der Stellenausschreibung stichpunktartig aufgezählten Einzelkriterien ergeben sich vielmehr vollumfänglich aus den Formularen für die periodischen Beurteilungen und enthalten damit keinen neuen, von der Beurteilung abgekoppelten Maßstab, der als konstitutives Anforderungsprofil bewertet werden könnte (BayVGh, B.v. 16.9.2011 - 3 CE 11.1132 - juris Rn. 26 f.).

### **40**

Vielmehr informieren die genannten Einzelkriterien den Bewerber über den Dienstposten und die auf ihn zukommenden Aufgaben und können ggf. dazu dienen einen Beurteilungsrückstand aufzuholen (BayVGh, B.v. 16.9.2011 - 3 CE 11.1132 - juris Rn. 26). Gleiches gilt für den Hinweis, dass bereits gewonnene Erfahrungen auf verschiedenen Dienstposten mit erhöhtem Verantwortungsbereich in der Justizvollzugsanstalt von Vorteil sind.

### **41**

cc) Allerdings stellt sich die Auswahlentscheidung als inhaltlich fehlerhaft dar.

### **42**

(1) Zutreffend ist der Antragsgegner davon ausgegangen, dass der Antragsteller und der Beigeladene mit dem gleichen Gesamturteil in den aktuellen periodischen Beurteilungen bewertet worden sind, da beide



Bewerber in der Besoldungsgruppe A9 jeweils ein Gesamturteil von 11 Punkten erhalten haben. Insoweit waren die aktuellen periodischen Beurteilungen auch untereinander vergleichbar. Dies ist nämlich in der Regel dann der Fall, wenn diese Beurteilungen im gleichen Statusamt erzielt worden sind und sich die Beurteilungszeiträume entsprechen (BayVGh, B.v. 10.2.2017 - 3 CE 16.2288 - juris Rn. 20). Eine höchstmögliche Vergleichbarkeit wird grundsätzlich durch einen gemeinsamen Stichtag und einen gleichen Beurteilungszeitraum erreicht (BayVGh, B.v. 14.8.2015 - 3 CE 15.993 - juris Rn 23).

#### **43**

Dass die Beurteilung des Beigeladenen über den regulären Beurteilungszeitraum vom 1. Januar 2014 bis 31. Dezember 2016 hinaus zusätzlich den Zeitraum bis zum 30. Juni 2017 umfasst, verhindert eine Vergleichbarkeit der Beurteilungen nicht. Die Beurteilung des Beigeladenen wurde gemäß Art. 56 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LlbG i.V.m. Ziff. 3.3.1, 2. Spiegelstrich JuBeurteilBek zulässigerweise zurückgestellt, da der Kläger weniger als ein Jahr vor dem allgemeinen Beurteilungsstichtag, nämlich zum 1. Februar 2016, in das Statusamt A9 befördert worden war. Der Beurteilungszeitraum endete zutreffend mit dem Ablauf des Kalenderhalbjahres, in dem ein Jahr Dienstleistung seit dem die Zurückstellung auslösenden Ereignis erreicht wurde, also dem 30. Juni 2017. Entgegen der Einlassungen des Bevollmächtigten des Antragstellers führt eine Beförderung zum Ende des Beurteilungszeitraumes nicht dazu, dass der Beförderte im alten Statusamt beurteilt werden müsste, da für die Beurteilung grundsätzlich das zum Beurteilungsstichtag ausgeübte Statusamt maßgeblich ist (Weiss/Niedermaier/Summer/Zängl, Beamtenrecht in Bayern, Stand August 2013, Art. 56 LlbG Rn. 6). Vielmehr ermöglicht das Instrument der Zurückstellung, dass die für eine Beurteilung im neuen Statusamt erforderlichen Erkenntnisse über einen ausreichend langen Zeitraum gesammelt werden können und liefert damit einen zwingenden Grund für eine Verlängerung des Beurteilungszeitraumes (BVerwG, U.v. 18.7.2001 - 2 C 41/00 - juris Rn. 17), auch wenn es dadurch zu einer Verlängerung des dreijährigen Beurteilungszeitraumes gemäß Art. 56 Abs. 1 S. 1 LlbG i.V.m. Ziff. 3.1.1. JuBeurteilBek kommt. Im Übrigen stimmt der im Falle des Beigeladenen verlängerte Beurteilungszeitraum noch immer im Wesentlichen mit dem Beurteilungszeitraum des Antragstellers überein.

#### **44**

(2) Soweit der Beigeladene trotz der Beförderung in das Statusamt A9 in der periodischen Beurteilung mit 11 Punkten bewertet worden ist, ist dies ebenfalls nicht zu beanstanden.

#### **45**

Dienstliche Beurteilungen sind nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes aufgrund der Beurteilungsermächtigung des Dienstherrn nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle zugänglich. Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Beurteilungen beschränkt sich auf die Prüfung, ob und inwieweit der Beurteiler einen unrichtigen und unvollständigen Sachverhalt zugrunde gelegt hat, ob er den gesetzlichen Rahmen oder anzuwendende Begriffe verkannt hat, ob er allgemeingültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt hat oder ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten ist (BayVGh, B.v. 2.12.2015 - 3 CE 15.2122 - juris Rn. 25 m.w.N.). Soweit der Dienstherr Richtlinien für die Abfassung der dienstlichen Beurteilung erlassen hat, ist vom Gericht zudem zu prüfen, ob diese Richtlinien eingehalten sind und ob die Richtlinien mit den normativen Regelungen über die dienstliche Beurteilung im Einklang stehen (BVerwG, U.v. 21.3.2007 - 2 C 2.06 - juris Rn. 7; U.v. 19.12.2002 - 2 C 31/01 - juris und U.v. 30.4.1981 - 2 C 8/79 - juris).

#### **46**

Der Bevollmächtigte des Antragstellers wies darauf hin, dass nach einer Beförderung die Beurteilung schlechter als die Vorbeurteilung hätte ausfallen müssen. Abgesehen davon, dass der Beigeladene in der aktuellen periodischen Beurteilung gegenüber der Vorbeurteilung vom 20. August 2014 mit einem Punkt weniger beurteilt worden ist, gibt es keinen Grundsatz, dass das Gesamturteil aufgrund einer Beförderung im Beurteilungszeitraum abgesenkt werden muss (BayVGh, B.v. 5.11.2015 - 3 CE 15.1606 - juris Rn. 40), auch wenn aufgrund der Beförderung ein höherer Vergleichsmaßstab heranzuziehen ist und daher bei

gleichgebliebener Leistung, Eignung und Befähigung in der Regel eine niedrigere Bewertung erfolgen wird (BayVGh, B.v. 28.7.2017 - 3 ZB 15.2274 - juris Rn. 11; B.v. 27.8.1999 - 3 B 96.4077 - juris Rn. 21).

#### **47**

(3) Fehlerhaft ist jedoch nach Auffassung der Kammer die vorgenommene Binnendifferenzierung, da sich der Antragsgegner nicht ausreichend mit den Einzelkriterien auseinandergesetzt hat, sondern nur pauschal den Durchschnittswert der Superkriterien verglichen hat.

#### **48**

Sind die Bewerber mit dem gleichen Gesamturteil bewertet worden, muss der Dienstherr die Beurteilungen unter Anlegung gleicher Maßstäbe umfassend inhaltlich auswerten und Differenzierungen in der Bewertung einzelner Leistungskriterien oder in der verbalen Gesamtwürdigung zur Kenntnis nehmen. Insofern bestimmt Art. 16 Abs. 2 Satz 1 LbG, dass die in der Beurteilung enthaltenen Einzelkriterien gegenüberzustellen sind (Binnendifferenzierung). In den Vergleich der Einzelkriterien sind allerdings nur die wesentlichen Beurteilungskriterien (sog. „Superkriterien“) einzubeziehen (Art. 16 Abs. 2 Satz 2 LbG), die sich nach Art. 16 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. Art. 58 Abs. 3 LbG bestimmen, wobei die obersten Dienstbehörden gemäß Art. 16 Abs. 2 Satz 4 LbG hiervon abweichend für bestimmte Verwaltungsbereiche oder Aufgabenfelder aus den gemäß Art. 58 Abs. 3 und 6 Satz 2 und 3 LbG vorgesehenen Beurteilungskriterien weitere oder andere Kriterien sowie anderweitige Differenzierungen bei den zugrunde liegenden Gruppen festlegen können (BayVGh, B.v. 6.2.2017 - 3 CE 17.184 - juris Rn. 3).

#### **49**

Der Antragsgegner hat nach der Feststellung, dass der Antragsteller und der Beigeladene in den aktuellen periodischen Beurteilungen mit dem gleichen Gesamturteil bewertet worden sind, die Durchschnittswerte der Superkriterien gegenüber gestellt und daraus geschlossen, dass der Beigeladene mit einem Durchschnitt von 11,83 Punkten bei den Superkriterien gegenüber dem Antragsteller mit einem Durchschnittswert von 11,25 Punkten bei den Superkriterien als der leistungsstärkste und damit geeignetste Bewerber anzusehen ist. Bei diesem Vorgehen fehlt es nach Auffassung der Kammer an einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit den maßgeblichen Einzelkriterien, die ggf. auch anhand des fakultativen Anforderungsprofils in der Stellenausschreibung näher zu betrachten sind. Auch wenn der Durchschnittswert der Superkriterien durchaus ein Indiz dafür sein kann, dass der Bewerber mit dem höheren Durchschnittswert der leistungsstärkste Bewerber sein könnte, so entbindet die Betrachtung des Durchschnittswertes nicht von einem Vergleich der Einzelkriterien.

#### **50**

Hätte sich der Antragsgegner näher mit den Einzelkriterien auseinandergesetzt, so wäre aufgefallen, dass die Superkriterien bei dem Antragsteller und dem Beigeladenen nicht identisch und damit erst einmal nicht vergleichbar sind, da der Antragsteller als Beamter ohne Führungsfunktion, der Beigeladene aber als Beamter mit Führungsfunktion beurteilt worden waren. Denn der Beklagte hat für Beamte im Allgemeinen Vollzugsdienst der 2. Qualifikationsebene mit Führungsfunktion als Superkriterien „Organisation“, „Informations- und Kommunikationsverhalten“, „Anleitung und Aufsicht“, „Motivation und Förderung der MA“, „Konfliktbewältigung“ und „Führungspotential“ festgelegt, für Beamte ohne Führungsfunktion dagegen die Superkriterien „Arbeitseinsatz“, „Zusammenarbeit mit Kollegen“, „Umgang mit Gefangenen“ und „Fachkenntnisse“ (vgl. Nr. 2.6 des Initialschreibens des Bayerischen Staatsministeriums vom 25.11.2016 über die Beurteilung von Beamten und Beamtinnen im Justizvollzugsdienst im Jahr 2017 - Gz. F1 - 2012-VII a-12088/16 - i.V.m. Lfd. Nr. 1.1 der Anlage 6). Setzt sich der Durchschnittswert der Superkriterien aus unterschiedlichen Einzelmerkmalen zusammen, so kann nach Auffassung der Kammer aufgrund unreflektierter Gegenüberstellung des Durchschnittswertes der Superkriterien keine Aussage darüber getroffen werden, welcher Bewerber die für die Stellenausübung relevanten Kriterien besser erfüllt. Es bedarf vielmehr vor Gegenüberstellung einer Festlegung, welche Kriterien, ggf. unter Berücksichtigung des fakultativen Anforderungsprofils der Stellenausschreibung, im Rahmen der Binnendifferenzierung im Einzelnen betrachtet werden sollen. Orientiert sich der Antragsgegner an den für Leitungsfunktionen relevanten Superkriterien, was aufgrund der eingeschränkten gerichtlichen Überprüfbarkeit der Auswahlentscheidung unter Berücksichtigung der Regelung des Art. 16 Abs. 2 Satz 4 LbG grundsätzlich

nicht zu beanstanden wäre, so müssten die Bewerber auch jeweils hinsichtlich dieser Kriterien verglichen werden. Der Antragsgegner müsste insoweit überlegen, welchen Schluss er daraus ziehen wolle, dass die Beurteilung des Antragstellers lediglich eine Bewertung des Einzelkriteriums „Führungspotential“ enthält, nicht aber der sonstigen Superkriterien bei Führungsfunktionen. Insoweit weist das Gericht auf die sich aufdrängende Frage hin, weshalb der Antragsteller als langjähriger Vertreter der Leiterin des allgemeinen Vollzugsdienstes in der Jugendarrestanstalt nicht hinsichtlich der Einzelmerkmale „Führungserfolg und -verhalten“ (Nr. 2.1.3 des Beurteilungsformulars) beurteilt worden ist, obwohl im Rahmen der Ergänzenden Bemerkungen (Nr. 3 des Beurteilungsformulars) festgestellt ist, dass der Antragsteller als Stellvertreter der Leiterin des Allgemeinen Vollzugsdienstes im Jugendarrest deren Aufgaben und Pflichten eigenverantwortlich als Entscheidungsträger übernommen hat. Hinzu kommt, dass das fakultative Anforderungsprofil mit den Anforderungen an „Belastbarkeit und Zuverlässigkeit“, „persönliches Engagement und Leistungsbereitschaft“, „mündliche und schriftliche Ausdrucksfähigkeit“, und „Bereitschaft zur Zusammenarbeit“ durchaus auch Beurteilungskriterien enthält, die bei beiden Bewerbern beurteilt worden sind.

#### **51**

Die Fehlerhaftigkeit der Binnendifferenzierung führt damit zur Fehlerhaftigkeit der Auswahlentscheidung insgesamt. Die fehlerhafte Betätigung des Auswahlermessens war potentiell kausal für das Auswahlergebnis. Es erscheint nicht als ausgeschlossen, dass der Antragsteller im Rahmen der erneut durchzuführenden Auswahlentscheidung den Vorzug vor dem Beigeladenen erhalten wird, da für das Gericht nicht absehbar ist, wie der Antragsgegner damit umgehen wird, dass der Antragsteller und der Beigeladene hinsichtlich unterschiedlicher Superkriterien beurteilt worden sind.

#### **52**

Demnach bedarf es keiner Beurteilung, ob hinsichtlich des Zustandekommens des Gesamturteils sowohl bei der Beurteilung des Antragstellers als auch der des Beigeladenen eine Begründung des Gesamtergebnisses entbehrlich war, da sich die vergebene Note gleich einer Ermessensreduzierung auf Null geradezu aufdrängt (vgl. BayVGh, B.v. 27.5.2019 - 3 BV 17.69 - juris Rn. 14). Gleiches gilt hinsichtlich der Auswirkungen des Fehlens einer ausdrücklichen Feststellung zur Führungseignung in beiden Beurteilungen.

#### **53**

4. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 154 Abs. 1 und 3, 161 Abs. 1, 162 Abs. 3 VwGO.

#### **54**

5. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 6 Sätze 1 bis 4 GKG. Der Streitwert beträgt danach 1/4 der für ein Kalenderjahr zu zahlenden Bezüge des vom Antragsteller angestrebten Amtes (vgl. BayVGh, B.v. 18.4.2018 3 CE 18.618 juris Rn. 10), wobei auch die jährliche Sonderzahlung (Art. 82 ff. BayBesG) als Nebenbezug nach Art. 2 Abs. 3 Nr. 6 BayBesG zu berücksichtigen ist (BayVGh, B.v. 3.7.2019 - 3 CE 19.1118 - juris Rn. 26).