

Titel:

Auswahlentscheidung zwischen einem Beamten und einem Tarifbeschäftigten

Normenkette:

GG Art. 19 Abs. 4, Art. 33 Abs. 2

VwGO § 123 Abs. 1

Leitsätze:

1. Da der Begriff des öffentlichen Amtes im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG weit zu verstehen ist und auch hoheitliche und schlicht-hoheitliche Tätigkeiten aufgrund eines Beamtenverhältnisses, anderer öffentlich-rechtlicher Amtsverhältnisse und arbeitsrechtlicher Rechtsverhältnisse des öffentlichen Dienstes umfasst, ist der Grundsatz der Bestenauslese auch bei einer Konkurrenz zwischen einem Beamten (Beförderungsbewerber) und einem Tarifbeschäftigten (Höherstufungsbewerber) zu beachten. (Rn. 51) (redaktioneller Leitsatz)
2. Haben sich auch Tarifbeschäftigte, die naturgemäß über keine dienstliche Beurteilung verfügen, um eine Stelle beworben, so sind für diese Leistungsnachweise zu erstellen; einem Leistungsnachweis entspricht in der Sache die beamtenrechtliche Anlassbeurteilung. (Rn. 57) (redaktioneller Leitsatz)
3. Sind mehrere Bewerber als im Wesentlichen gleich geeignet einzustufen, kann der Dienstherr die Auswahl nach weiteren sachgerechten Merkmalen treffen, wie dienstliche Erfahrung, Verwendungsbreite oder Leistungsentwicklung, wie sie sich aus dem Vergleich der aktuellen mit früheren Beurteilungen ergibt; es ist rechtlich aber auch nicht fehlerhaft, bei einem Gleichstand hinsichtlich der aktuellen dienstlichen Beurteilungen auf weitere Erkenntnismittel zum Leistungsvergleich zurückzugreifen, insbesondere Auswahlgespräche oder auch Assessment-Center. (Rn. 60 – 61) (redaktioneller Leitsatz)
4. Es stellt keinen Rechtsfehler dar, dass zur Erreichung einer höchstmöglichen Vergleichbarkeit auch für den tarifbeschäftigten Mitbewerber eine Anlassbeurteilung nach beamtenrechtlichen Grundsätzen erstellt wurde, obwohl er kein Beamter, sondern Tarifbeschäftigter ist. (Rn. 75) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Stellenbesetzung, Leiter einer „Stabsstelle, Steuerungsunterstützung“, Auswahlentscheidung zwischen einem Beamten und einem Tarifbeschäftigten, Anlassbeurteilungen, Assessment-Center, Anlassbeurteilung, Auswahlverfahren, Beamter, Bewerbungsverfahren, Tarifbeschäftigter, konstitutives Anforderungsprofil, Leistungsbewertung, Leiter einer „Stabsstelle Steuerungsunterstützung“, Auswahlentscheidung zwischen einem Beamten und einem Tarifbeschäftigten

Rechtsmittelinstanz:

VGH München, Beschluss vom 11.08.2020 – 3 CE 20.1370

Fundstelle:

BeckRS 2020, 12938

Tenor

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Der Antragsteller hat die Kosten des Verfahrens zu tragen. Der Beigeladene trägt seine außergerichtlichen Kosten selbst.
- III. Der Streitwert wird auf 16.600,19 EUR festgesetzt.

Gründe

I.

1

Der Antragsteller wendet sich im Wege einstweiligen Rechtsschutzes gegen die beabsichtigte Besetzung einer Stelle durch den Antragsgegner mit dem Beigeladenen.

2

Der Antragsgegner schrieb im Mai 2019 eine Stelle „Leiter (m/w/d) für die Stabsstelle „Steuerungsunterstützung““ (Vergütung / Besoldung nach Entgeltgruppe 12 TVöD-VKA bzw. A 13 BayBesG) aus.

3

Nach einer Beschreibung der Aufgaben heißt es:

4

„Und das bringen Sie mit:

5

- erfolgreiche Ausbildung/erfolgreicher Abschluss

6

- in der 3. Qualifikationsebene - Fachlaufbahn Verwaltung und Finanzen oder einer vergleichbaren Ausbildung, die der Befähigung für die 3. Qualifikationsebene entspricht, z.B. Bachelor of Arts (Public Management) oder

7

- des Beschäftigtenlehrgangs II oder

8

- Bachelor/Diplom (FH) in dem Studiengang

9

- Public Management

10

- Betriebswirtschaftslehre mit dem Schwerpunkt Organisation

11

- Betriebswirtschaftslehre mit dem Schwerpunkt Verwaltung

12

- Betriebswirtschaftslehre mit dem Schwerpunkt Personal

13

- mehrjährige Berufserfahrung und umfangreiche Kenntnisse in o.g. Aufgabenfeldern, insbesondere im Organisations-, Prozess- und Projektmanagement, davon mindestens zweijährige Führungserfahrung

14

- Erfahrungen im Bereich Verwaltungsmodernisierung, Verwaltungsdigitalisierung und E-Government

15

- wünschenswert ist eine nachweisbare Zusatzqualifikation im Bereich „Organisation“ und „Qualitätsmanagement“

16

- Präsentations- und Kommunikationsfähigkeit

17

- vernetztes, fachübergreifendes Denken

18

- ausgeprägte Fähigkeit zu Selbstorganisation und Delegation

19

- Teamfähigkeit

20

- Konfliktfähigkeit

21

- sehr gute mündliche und schriftliche Ausdrucksfähigkeit in der deutschen Sprache“.

22

Auf diese Stelle bewarben sich der Antragsteller, der Beigeladene und zwei weitere Bewerber.

23

Der Antragsteller steht als Sachbearbeiter und stellvertretender Leiter der zentralen Vergabestelle im Rechtsreferat im Beamtenverhältnis in Diensten des Antragsgegners, seit ... Juli 1999 als Verwaltungsamtsrat (Besoldungsgruppe A 12).

24

Der Beigeladene steht seit dem ... April 2013 als Leiter Personalplanung und -entwicklung im Beschäftigungsverhältnis in Diensten des Antragsgegners (Entgeltgruppe 11 TVöD-VKA).

25

Nach Ausscheidung der beiden anderen Bewerber aus dem Auswahlverfahren erstellte der Antragsgegner für den Antragsteller und den Beigeladenen jeweils eine „Beurteilung aus besonderem Anlass“.

26

Die für den Antragsteller erstellte Anlassbeurteilung („Anlass: Leistungsnachweis für Bewerbungsverfahren“) vom ... August 2019, eröffnet am ... August 2019, für den Zeitraum vom ... Juli 2015 bis ... Juni 2019 lautete im Gesamturteil auf 14 Punkte.

27

Der Beigeladene erhielt in seiner Anlassbeurteilung („Anlass: Leistungsnachweis nach beamtenrechtlichen Grundsätzen“) vom ... August 2019, eröffnet am ... August 2019, für den Zeitraum vom *. Juli 2015 bis ... Juni 2019 im Gesamturteil 15 Punkte.

28

Mit Schreiben jeweils vom ... August 2019 wurden der Antragsteller und der Beigeladene für den ... September 2019 zu einem extern begleiteten „Auswahl AC“ eingeladen, um zu einer finalen Auswahlentscheidung zu gelangen. Die zum Zwecke der Durchführung eines Vergleichs der Mitbewerber gefertigten Anlassbeurteilungen hätten keinen klaren und eindeutigen Bewerbervorsprung ergeben.

29

Nach Aktenvermerken vom ... September 2019 (zum Beigeladenen) und ... September 2019 (zum Antragsteller) war das Auswahlverfahren dreigeteilt und in eine Präsentation, ein Rollenspiel und ein persönliches Gespräch gegliedert. Als bewertende Personen nahmen am Auswahlverfahren der Direktor der Verwaltung, die Leiterin des Referats „Allgemeine Rechtsangelegenheiten“, die Leiterin des „Personalreferats“ sowie die stellvertretende Leiterin des Referats „Allgemeine Rechtsangelegenheiten“ teil. Die Gleichstellungsbeauftragte und der Vertreter des örtlichen Personalrats nahmen als beobachtende Personen, sowie als moderierende und betreuende Personen drei Mitarbeiter einer externen Consulting-Firma teil. Die Auswahlkommission reihte den Beigeladenen an erster, den Antragsteller an zweiter Stelle.

30

Im Aktenvermerk vom ... September 2019 lautete das Ergebnis darauf, dass der Beigeladene aufgrund des im Vorstellungsgespräch hinterlassenen guten Eindrucks bei laut den Stellenausschreibung vorab definierten und im AC (mehrfach und unabhängig voneinander) erhobenen Kompetenzen, die für die erfolgreiche Wahrnehmung der zu besetzenden Stelle unabdingbar seien (Anm.: Souveränität und Präsentationsfähigkeit, Verantwortungsbewusstsein und Selbstorganisation, Führungs- und Teamfähigkeit, Kommunikations- und Konfliktfähigkeit, strategische und planerische Kompetenz sowie fachspezifisches Wissen und Erfahrung), bei fünf Kompetenzen den Erwartungsbereich übertreffe, bei einer Kompetenz erfülle er den Erwartungsbereich deutlich. Er solle deshalb zum nächstmöglichen Zeitpunkt als Leiter der Stabsstelle „Organisation, Beratung und Innovation“ in Vollzeit unbefristet eingesetzt und auf die Planstelle umgesetzt sowie in die Entgeltgruppe 12 TVöD-VKA höhergruppiert werden.

31

Der Antragsteller habe - nach dem Ergebnis im Aktenvermerk vom ... September 2019 - aufgrund des im Vorstellungsgespräch hinterlassenen Eindrucks lediglich bei zwei Kompetenzen knapp den Erwartungsbereich erreicht, bei vier Kompetenzen liege er unterhalb des Erwartungsbereichs. Dieses Ergebnis sei bezogen auf die herausgehobene Bedeutung der zu besetzenden Stelle und den damit verbundenen Erwartungen an den künftigen Stelleninhaber nicht ausreichend.

32

Der Personalrat erklärte sich mit der unbefristeten Umsetzung des Beigeladenen zum nächstmöglichen Zeitpunkt am *. Oktober 2019 einverstanden.

33

Dem Antragsteller teilte der Antragsgegner mit Schreiben vom ... Oktober 2019 mit, dass seine Wahl nicht auf ihn gefallen sei. Dagegen legte zunächst der Antragsteller mit Schreiben vom ... Oktober 2019 Widerspruch ein, mit weiterem Schreiben vom ... Oktober 2019 auch dessen Bevollmächtigter.

34

Am 15. Oktober 2019 hat der Antragsteller beim Verwaltungsgericht München durch seinen Bevollmächtigten einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung des Inhalts stellen lassen,

35

dem Antragsgegner aufzugeben, die Stelle Leitung der Stabsstelle „Steuerungsunterstützung“ nicht zu besetzen, bevor über die Bewerbung des Antragstellers bestandskräftig entschieden wurde.

36

Die Auswahlentscheidung sei rechtswidrig. Weder der Lebenslauf noch die Bewerbung des Beigeladenen enthalte Hinweise darauf, dass dieser das konstitutive Anforderungsprofil „Erfahrungen im Bereich E-Government“ erfülle. Außerdem hätte auf dienstliche Beurteilungen abgestellt werden müssen. Für den Beigeladenen hätte jedoch keine Beurteilung nach Maßstäben für Beamte erstellt werden dürfen, obwohl er Angestellter sei. In der Vergangenheit seien immer Beurteilungen gemäß Dienstvereinbarung für Beschäftigte erstellt worden, die für den Beigeladenen vorzulegen sich der Antragsgegner weigere.

37

Der Bevollmächtigte des Antragsgegners hat für diesen mit Schriftsatz vom 22. Oktober 2019 beantragt,

38

den Antrag abzulehnen.

39

Die Auswahlentscheidung sei rechtmäßig. Der Beigeladene habe durch seinen Lebenslauf und im Assessment-Center nachgewiesen, dass er über „Erfahrungen im Bereich E-Government“ verfüge. Insoweit handele es sich auch nicht um ein konstitutives Anforderungsprofil. Es wäre vertretbar gewesen, bereits auf Grundlage der Anlassbeurteilungen eine Auswahlentscheidung zugunsten des Beigeladenen zu treffen. Aufgrund des nur knappen Bewerbervorsprungs des Beigeladenen sei jedoch zusätzlich das Assessment-Center durchgeführt worden. Eine Anlassbeurteilung für den Beigeladenen als „Beschäftigten“ nach beamtenrechtlichen Grundsätzen sei im vorliegenden Fall sachgerecht und deswegen nicht zu beanstanden gewesen. Der für die Anlassbeurteilung für Antragsteller und Beigeladenen gewählte Zeitraum vom *. Juli 2015 bis ... Juni 2019 habe zu optimaler Vergleichbarkeit geführt. Eine Anlassbeurteilung nach der Dienstvereinbarung für Beschäftigte (Anm.: jährlich zu erstellen zur Vergabe von Leistungsprämien) sei nicht erforderlich gewesen.

40

Mit Beschluss vom 23. Oktober 2019 wurde der ausgewählte Bewerber zum Verfahren beigeladen. Dieser hat keinen Antrag gestellt.

41

Bezüglich der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichts- und vorgelegten Behördenakten verwiesen.

II.

42

Der zulässige Antrag hat keinen Erfolg.

43

1. Gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) kann das Gericht auch schon vor Klageerhebung eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung des Rechts der Antragspartei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Nach Satz 2 des § 123 Abs. 1 VwGO sind

einstweilige Anordnungen auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, notwendig erscheint, um insbesondere wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern. § 123 Abs. 1 VwGO setzt daher sowohl einen Anordnungsgrund, d.h. ein Bedürfnis für die Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes in Form der Gefährdung eines eigenen Individualinteresses, als auch einen Anordnungsanspruch voraus, d.h. die bei summarischer Überprüfung der Sach- und Rechtslage hinreichende Aussicht auf Erfolg oder zumindest auf einen Teilerfolg des geltend gemachten Begehrens in der Hauptsache. Die Antragspartei hat die hierzu notwendigen Tatsachen glaubhaft zu machen.

44

2. Der Antragsteller hat einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht.

45

Nach herrschender Auffassung in der Rechtsprechung (BVerwG, U.v. 4.11.2010 - 2 C 16/09 - NVwZ 2011, 358 und U.v. 25.8.1988 - 2 C 62/85 - NVwZ 1989, 158; VG München, B.v. 28.4.2014 - M 5 E 14.1466) ist mit der endgültigen anderweitigen Besetzung einer Stelle das Besetzungsverfahren grundsätzlich abgeschlossen mit der Folge, dass dem Begehren eines Antragstellers, die Auswahlentscheidung zu seinen Gunsten vorzunehmen, nicht mehr entsprochen werden könnte, weil der Antragsgegner die Stellenbesetzung mit dem ausgewählten Bewerber in der Regel nicht mehr rückgängig machen könnte.

46

So liegt der Fall auch hier. Das Auswahlverfahren für die streitgegenständliche Stelle ist grundsätzlich abgeschlossen. Der Beigeladene als Beschäftigter des Antragsgegners sollte unter Abschluss eines entsprechenden Arbeitsvertrags zum nächst möglichen Zeitpunkt umgesetzt und höhergruppiert werden.

47

3. Der Antragsteller hat jedoch keinen Anordnungsanspruch betreffend die Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung zugunsten des Beigeladenen glaubhaft gemacht.

48

Einen Rechtsanspruch auf Übertragung der streitgegenständlichen Stelle hat der Antragsteller zwar nicht. Ein solcher lässt sich nach herrschender Rechtsprechung nicht aus der Fürsorgepflicht ableiten, die sich auf das vom Beamten bekleidete Amt beschränkt und somit amtsbezogen ist.

49

Der Antragsteller hat aber einen Bewerbungsverfahrensanspruch, d.h. einen Anspruch darauf, dass der Dienstherr den Dienstposten unter Berücksichtigung des in Art. 33 Abs. 2 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (GG), Art. 94 Abs. 2 Satz 2 der Verfassung für den Freistaat Bayern (BV), § 9 des Beamtenstatusgesetzes (BeamtStG) und Art. 16 Abs. 1 des Gesetzes über die Leistungslaufbahn und die Fachlaufbahnen der Bayerischen Beamten und Beamtinnen (Leistungslaufbahngesetz - LlbG) normierten Leistungsgrundsatzes vergibt und seine Auswahlentscheidung nur auf Gesichtspunkte stützt, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffen (vgl. BVerfG, B.v. 26.11.2010 - 2 BvR 2435/10 - NVwZ 2011, 746 und vom B.v. 2.10.2007 - 2 BvR 2457/04 - NVwZ 2008, 194).

50

Anhand dieser Vorgaben hat der Dienstherr unter mehreren Bewerbern den am besten Geeigneten ausfindig zu machen. Diese Vorgaben dienen zwar vornehmlich dem öffentlichen Interesse an einer bestmöglichen Besetzung von Beamtenstellen, berücksichtigen aber zugleich das berechnete Interesse eines Beamten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen. Ein Bewerber hat daher Anspruch auf rechtsfehlerfreie Anwendung (BVerwG, U. v. 25.8.1988 - 2 C 28/85 - juris; BayVGH, B.v. 25.5.2011 - 3 CE 11.605 - BayVBl 2011, 565; VG München, B.v. 24.10.2012 - M 5 E 12.2637 - juris). Aus der Verletzung dieses Anspruchs folgt zwar regelmäßig nicht ein Anspruch auf Beförderung oder auf Vergabe des begehrten Dienstpostens. Der unterlegene Bewerber kann aber eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung beanspruchen, wenn seine Auswahl möglich erscheint (BVerfG, B. v. 26.11.2010 - 2 BvR 2435/10 - NVwZ 2011, 746).

51

Da der Begriff des öffentlichen Amtes im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG weit zu verstehen ist und auch hoheitliche und schlicht-hoheitliche Tätigkeiten aufgrund eines Beamtenverhältnisses, anderer öffentlich-

rechtlicher Amtsverhältnisse und arbeitsrechtlicher Rechtsverhältnisse des öffentlichen Dienstes umfasst, ist der Grundsatz der Bestenauslese auch bei einer Konkurrenz zwischen einem Beamten (Beförderungsbewerber) und einem Tarifbeschäftigten (Höherstufungsbewerber) zu beachten (BayVGh, B.v. 24.3.2016 - 3 CE 16.290 - juris Rn. 17).

52

Feststellungen über Eignung, Befähigung und fachliche Leistung von Bewerbern um eine Beförderungsstelle sind in erster Linie auf die aktuellen dienstlichen Beurteilungen zu stützen, denn sie bilden den gegenwärtigen bzw. zeitnah zurückliegenden Stand ab und können somit am besten als Grundlage für die Prognose dafür dienen, welcher der Konkurrenten die Anforderungen der zu besetzenden Stelle voraussichtlich am besten erfüllen wird (BVerwG, B.v. 27.9.2011 - 2 VR 3/11 - NVwZ-RR 2012, 71; vgl. zum Ganzen auch: BayVGh, B.v. 18.6.2012 - 3 CE 12.675 - juris; VG München, B.v. 26.10.2012 - M 5 E 12.3882 - juris; B.v. 24.10.2012 - M 5 E 12.2637 - juris).

53

Die Eignung von dienstlichen Beurteilungen als Grundlage für den Bewerbervergleich setzt voraus, dass diese zeitlich aktuell und inhaltlich aussagekräftig sind. Hierfür ist erforderlich, dass sie die dienstliche Tätigkeit im maßgebenden Beurteilungszeitraum vollständig erfassen, auf zuverlässige Erkenntnisquellen gestützt sind, das Leistungsvermögen hinreichend differenziert darstellen sowie auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhen. Die Aktualität dienstlicher Beurteilungen bemisst sich nach dem verstrichenen Zeitraum zwischen dem Beurteilungsstichtag und dem Zeitpunkt der Auswahlentscheidung (ständige Rechtsprechung, vgl. nur jüngst BayVGh, B.v. 5.11.2019 - 3 CE 19.1896 - juris Rn. 13).

54

Außerdem ist darauf zu achten, dass die dem Vergleich der Konkurrenten zugrunde gelegten Beurteilungen untereinander vergleichbar sind. Das ist i.d.R. der Fall, wenn die Beurteilungen im selben Statusamt erzielt worden sind. Zudem müssen die Beurteilungsmaßstäbe gleich sein und gleich angewendet werden. Die Einheitlichkeit des Beurteilungsmaßstabs ist deshalb unabdingbare Voraussetzung dafür, dass die Beurteilung ihren Zweck erfüllt, einen Vergleich der Bewerber untereinander anhand vorgegebener Sach- und Differenzierungsmerkmale zu ermöglichen. Eine höchstmögliche Vergleichbarkeit wird grundsätzlich durch einen gemeinsamen Stichtag und einen gleichen Beurteilungszeitraum erreicht.

55

Soweit keine vergleichbaren periodischen Beurteilungen zur Verfügung stehen, können Anlassbeurteilungen erstellt werden. Diese können der Auswahlentscheidung dann nach den dargestellten Grundsätzen zugrunde gelegt werden.

56

Das Gebot der größtmöglichen Vergleichbarkeit gilt auch beim Vergleich zwischen periodischen Beurteilungen für Beamte und Leistungsnachweise für Tarifbeschäftigte (BayVGh, B.v. 24.3.2016 - 3 CE 16.290 - juris Rn. 21).

57

Haben sich auch Tarifbeschäftigte, die naturgemäß über keine dienstliche Beurteilung verfügen, um eine Stelle beworben, so sind für diese Leistungsnachweise zu erstellen. Einem Leistungsnachweis entspricht in der Sache die beamtenrechtliche Anlassbeurteilung. Solche ad-hoc-Beurteilungen sind ihrer Natur nach besonders geeignet festzustellen, ob bzw. wie gut ein Bewerber für ein bestimmtes Amt im konkret-funktionellen Sinn nach dessen Anforderungsprofil geeignet ist. Leistungsnachweise sind periodischen Beurteilungen grundsätzlich auch als gleichwertig anzusehen und deshalb untereinander ohne weiteres vergleichbar.

58

Dem Leistungsnachweis kommt die Aufgabe zu, bei einem Fehlen vergleichbarer Beurteilungen eine am Leistungsgrundsatz orientierte Auswahlentscheidung zu ermöglichen. Die Verwirklichung dieses Ziels erfordert in gleicher Weise wie bei periodischen Beurteilungen, die für eine Vergleichbarkeit maßgeblichen äußeren Kriterien soweit wie möglich einzuhalten. Der Beurteilungszeitraum eines Leistungsnachweises ergibt sich dabei aus seinem Zweck (BayVGh, B.v. 24.3.2016 - 3 CE 16.290 - juris Rn. 22 f. unter Verweis auf BayVGh, B.v. 14.8.2015 - 3 CE 15.993 - juris Rn. 25 zur Anlassbeurteilung).

59

(Erst) bei gleichem Gesamturteil hat der Dienstherr zunächst die Beurteilungen - und ggfs. Leistungsnachweise Tarifbeschäftigter - umfassend inhaltlich auszuwerten und Differenzierungen in der Bewertung einzelner Leistungskriterien oder in der verbalen Gesamtwürdigung zur Kenntnis zu nehmen, sog. Binnendifferenzierung oder inhaltliche Ausschöpfung.

60

Sind danach mehrere Bewerber als im Wesentlichen gleich geeignet einzustufen, kann der Dienstherr die Auswahl nach weiteren sachgerechten Merkmalen treffen, wobei er deren besondere Bedeutung begründen muss. So kann er der dienstlichen Erfahrung, der Verwendungsbreite oder der Leistungsentwicklung, wie sie sich aus dem Vergleich der aktuellen mit früheren Beurteilungen ergibt, Vorrang einräumen (BVerwG, B.v. 22.11.2012 - 2 VR 5/12 - juris Rn. 25 f.; BayVGh, B.v. 16.4.2015 - 3 CE 15.815 - juris Rn. 52; VG München, B.v. 15.4.2019 - M 5 E 19.518 - Rn. 18).

61

Es ist rechtlich aber auch nicht fehlerhaft, bei einem Gleichstand hinsichtlich der aktuellen dienstlichen Beurteilungen auf weitere Erkenntnismittel zum Leistungsvergleich zurückzugreifen, insbesondere Auswahlgespräche (BayVGh, B.v. 29.8.2013 - 3 CE 13.443 - juris Rn. 35; VG München, B.v. 15.4.2019 - M 5 E 19.518 - Rn. 28; B.v. 7.8.2019 - M 5 E 19.2666 - Rn. 30) oder auch Assessment-Center.

62

Daran hat sich auch durch Art. 16 Abs. 1 Satz 4 und 5 Gesetz über die Leistungslaufbahn und die Fachlaufbahnen der bayerischen Beamten und Beamtinnen (Leistungslaufbahngesetz - LlbG) in der seit 1. August 2013 geltenden Fassung nichts geändert. Durch diese Regelungen wird dem Dienstherrn die Möglichkeit eröffnet, von vornherein zu bestimmen, dass er als Grundlage für eine bestimmte Auswahlentscheidung neben dienstlichen Beurteilungen auch wissenschaftlich fundierte Auswahlverfahren, wie insbesondere systematisierte Personalauswahlgespräche, strukturierte Interviews oder Assessment-Center, sofern diese von Auswahlkommissionen durchgeführt werden, heranzieht. Das heißt, dass die bestimmte(n) weitere(n) Auswahlmethode(n) auf jeden Fall - ggfs. stufenweise - durchgeführt werden, nicht erst sozusagen ad hoc bei einem Beurteilungsgleichstand. Geht der Dienstherr so vor, hat er die Gewichtung zu den dienstlichen Beurteilungen zu bestimmen, und zwar ebenfalls im Vorhinein, wobei die dienstliche Beurteilung nicht zur „Marginalie“ werden darf (BayVGh, B.v. 25.2.2019 - 3 CE 18.2550 - juris Rn. 7; B.v. 8.2.2018 - 3 CE 17.2304 - juris Rn. 13).

63

Da ein Assessment-Center - wie ein Auswahlgespräch - nach Ablauf und Inhalt einer Prüfungssituation ähnlich ist, sind bei der Rechtskontrolle die für die gerichtliche Überprüfung von Prüfungsentscheidungen entwickelten Grundsätze entsprechend heranzuziehen. Danach gilt, dass konkrete und substantiierte Einwendungen gegen die Bewertung erhoben werden müssen. Darüber hinaus steht der Auswahlkommission ein Bewertungsspielraum zu, der gerichtlich nur eingeschränkt dahingehend überprüfbar ist, ob die objektiven Grenzen des Bewertungsspielraums verletzt wurden. Dies ist nur der Fall, wenn die Auswahlkommission Verfahrensfehler begeht, anzuwendendes Recht verkennt, von einem unrichtigen Sachverhalt ausgeht, allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe verletzt oder sich von sachfremden Erwägungen leiten lässt. Darüber hinaus ist auf schlüssige Rüge zu untersuchen, ob die Auswahlkommission ihre Bewertung auf Tatsachen und Feststellungen gestützt hat, die einer sachlichen Überprüfung standhalten, ob sie bei ihrer Bewertung den Zweck, dem das Auswahlverfahren dient, verkannt hat, ob die Bewertung in sich schlüssig und nachvollziehbar ist und ob sie den Anforderungen rationaler Abwägung nicht widerspricht (BayVGh, B.v. 25.2.2019 - 3 CE 18.2550 - juris Rn. 12 m.w.N.).

64

4. Die streitgegenständliche Auswahlentscheidung entspricht diesen Grundsätzen und ist rechtlich nicht zu beanstanden.

65

a) Die Dokumentation der Auswahlentscheidung zugunsten des Beigeladenen in den Aktenvermerken vom ... und ... September 2019 genügt den formellen rechtlichen Anforderungen an die Darstellung der wesentlichen Auswahlerwägungen.

66

Aus Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG folgt die Verpflichtung des Dienstherrn, die wesentlichen Auswählerwägungen schriftlich niederzulegen. Nur durch eine schriftliche Fixierung der wesentlichen Auswählerwägungen - deren Kenntnis sich der unterlegene Bewerber ggf. durch Akteneinsicht verschaffen kann - wird der Mitbewerber in die Lage versetzt, sachgerecht darüber zu befinden, ob er die Entscheidung hinnehmen soll oder ob Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen den Bewerbungsverfahrenanspruch bestehen. Darüber hinaus eröffnet erst die Dokumentation der maßgeblichen Erwägungen auch dem Gericht die Möglichkeit, die angegriffene Entscheidung eigenständig nachzuvollziehen (vgl. Schnellenbach, Konkurrenzen im öffentlichen Dienst, 1. Auflage 2015, Anhang 5 Rn. 2; BayVGH, B.v. 8.2.2018 - 3 CE 17.2304 - juris Rn. 4; BVerfG, B.v. 9.7.2007 - 2 BvR 206/07 - juris Rn. 22; BVerwG, B.v. 16.12.2008 - 1 WB 19/08 - juris Rn. 35).

67

Dem wurde hier ausreichend Rechnung getragen. Aus den Aktenvermerken ist ersichtlich, für wen und warum sich der Antragsgegner zur Besetzung der streitgegenständlichen Stelle entschieden hat. Dabei sind die Empfehlungen der externen Consulting Firma (Profile für den Antragsteller und den Beigeladenen auf der Basis des Assessment-Center vom ...9.2019; Bl. 203 - 206 der Akte des Antragsgegners) zwar erkennbar in die Entscheidung eingeflossen. Die abschließende Entscheidung hat jedoch die aus vier Bediensteten des Antragsgegners bestehende Auswahlkommission getroffen (vgl. Aktenvermerk vom ...9.2019, Seite 1 unten).

68

b) Die Auswahlentscheidung ist auch materiell nicht zu beanstanden.

69

aa) Bei den nach der Stellenausschreibung von den Bewerbern mitzubringenden „Erfahrungen im Bereich der Verwaltungsmodernisierung, Verwaltungsdigitalisierung und E-Government“ handelt es sich nicht um ein konstitutives Anforderungsprofil.

70

Ein konstitutives Anforderungsprofil ist zulässig, wenn die Wahrnehmung der Aufgaben eines Dienstpostens zwingend besondere Kenntnisse oder Fähigkeiten voraussetzt. Inhalt und Bindungswirkung eines in einer Stellenausschreibung enthaltenen konstitutiven Anforderungsprofils sind durch eine entsprechend § 133 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) am objektiven Empfängerhorizont potentieller Bewerber orientierte Auslegung zu ermitteln. Ein Bewerber muss erkennen können, welche Anforderungen von allen Bewerbern zwingend erwartet werden (BayVGH, B.v. 14.8.2015 - 3 CE 15.1410 - juris Rn. 18 f.).

71

Der oben dargestellte Passus in der hier gegenständlichen Ausschreibung ist so offen formuliert, dass im Wege einer Auslegung keine konkreten, für die Wahrnehmung der ausgeschriebenen Stelle zwingend vorauszusetzenden besonderen Kenntnisse oder Fähigkeiten ermittelt werden können. Bewerber können nicht erkennen, was in dieser Hinsicht im Einzelnen konkret zwingend von ihnen erwartet wird (BVerwG, B.v. 20.6.2013 - 2 VR 1/13 - BVerwGE 147, 20 - juris Rn. 32).

72

Auch der Antragsgegner selbst geht bei den oben dargestellten Anforderungen davon aus (BayVGH, B.v. 25.5.2011 - 3 CE 11.605 - BayVBI 2011, S. 65 - juris Rn. 38), dass es sich nur um ein deskriptives Anforderungsprofil handelt, nicht um ein explizit konstitutives.

73

bb) Es ist rechtlich nichts dagegen zu erinnern, dass der Antragsgegner im Hinblick auf die zu treffende Auswahlentscheidung für beide verbliebenen Bewerber - den Antragsteller und den Beigeladenen - zunächst Anlassbeurteilungen erstellt und auf deren Grundlage einen Bewerbergleichstand angenommen hat.

74

Eine Anlassbeurteilung für den Zeitraum vom ... Juli 2015 bis zum ... Juni 2019 für den Antragsteller war sachgerecht, weil dessen letzte periodische Beurteilung vom ... April 2018 den Beurteilungszeitraum vom ... Juli 2011 bis ... Juni 2015 umfasste und somit zum 30. Juni 2019 ohnehin eine periodische Beurteilung angestanden hätte. Ob es einem beabsichtigten schnellen Abschluss des vorliegenden Stellenbesetzungsverfahrens, der zu erwartenden Dauer der Erstellung aller anstehenden periodischen

Beurteilungen beim Antragsgegner oder anderen Umständen geschuldet war, dass nicht gleich eine solche periodische Beurteilung für den Antragsteller erstellt worden ist, kann dahinstehen. Denn es ist nicht ersichtlich, inwiefern es so kausal zu einer Benachteiligung des Antragstellers hätte kommen können. In dieser Hinsicht ist vom Antragsteller auch nichts gerügt worden. Auch dass dem Antragsteller weder in der periodischen Beurteilung vom ... April 2018 noch in der Anlassbeurteilung vom ... August 2019 eine Verwendungseignung für die nächst höhere Führungsebene zuerkannt worden ist, hat man ihm nicht entgegengehalten.

75

Im Hinblick auf diese Anlassbeurteilung für den Antragsteller stellt es keinen Rechtsfehler dar, dass der Antragsgegner zur Erreichung einer höchstmöglichen Vergleichbarkeit am ... August 2019 auch für den Beigeladenen für den selben Beurteilungszeitraum einen Leistungsnachweis erstellt hat. Unschädlich ist es dabei, dass er dies der Form nach im Wege einer Anlassbeurteilung nach beamtenrechtlichen Grundsätzen getan hat, obwohl der Beigeladene kein Beamter, sondern Tarifbeschäftigter ist. Der Beigeladene bekleidet den Dienstposten des Arbeitsgebietsleiters Personalplanung und -entwicklung, einer Untereinheit des Personalreferats. Ein solcher Dienstposten hätte auch einem Beamten übertragen werden können; bei öffentlichen Dienstherrn ist das auch regelmäßig der Fall. Es ist also nichts dafür ersichtlich, warum fachliche Leistung, Eignung und Befähigung des Beigeladenen nicht hätten beurteilt werden können, wie wenn er Beamter wäre. Es ist weiter nichts dafür ersichtlich, inwiefern sich die Tatsache per se, dass für den Beigeladenen eine Anlassbeurteilung erstellt worden ist, für den Antragsteller kausal negativ hätte auswirken könne.

76

Nachdem der Antragsteller in einem Amt des Besoldungsgruppe A 12 beurteilt worden ist und der Beigeladene als Beschäftigter in Entgeltgruppe E 11 TVöD-VKA, sind die Beurteilungen auch vergleichbar. Denn die Entgeltgruppe 11 TVöD (VKA) - in der der Beigeladene sich gegenwärtig befindet - entspricht in ihrer Wertigkeit der Besoldungsgruppe A 12 nach dem Bayerischen Besoldungsgesetz (BayBesG) - in der sich der Antragsteller gegenwärtig befindet. Das ergibt sich aus der Ausschreibung der hier umstrittenen Stelle, die mit „EG 12 TVöD-VKA bzw. A 13 BayBesG“ bewertet ist. Auch ein Vergleich der Endstufe in der Besoldungstabelle 2019 (A 12 / Stufe 11: 4.723,06 EUR) und der Entgelttabelle TVöD-VKA 2019 (EG 11 / Stufe 6: 5.242,43 EUR) spricht dafür, dass hier EG 11 mindestens der Wertigkeit von A 12 entspricht (vgl. auch VG Augsburg, B.v. 21.1.2016 - Au 2 E 15.1448 - juris Rn. 37).

77

Nach einem Vergleich der Anlassbeurteilungen der Bewerber könnte der Beigeladene mit 15 Punkten gegenüber dem Antragsteller mit 14 Punkten im Gesamturteil als leistungsstärker angesehen werden. Das zeigt sich auch in den Einzelmerkmalen, die beim Beigeladenen in sieben von neun Einzelpunkten besser beurteilt sind. Die Annahme des Antragsgegners ist rechtlich nicht zu beanstanden, jedenfalls nur einen möglicherweise kompensierbaren Bewerbervorsprung des Beigeladenen anzunehmen und zu diesem Zweck ein besonderes Auswahlverfahren durchzuführen. Diese Annahme erfolgte ersichtlich zugunsten des Antragstellers, der ansonsten bereits an dieser Stelle unterlegen wäre.

78

cc) Demgegenüber wäre es jedenfalls nicht zweckmäßig gewesen, wenn für den Beigeladenen stattdessen zum Zwecke des Leistungsvergleichs mit dem Antragsteller eine Leistungsbewertung nach § 5 Dienstvereinbarung zur Einführung einer leistungsorientierten Bezahlung und zur Vereinbarung eines betrieblichen Systems nach § 18 Abs. 6 Satz 1 TVöD (VKA) (Dienstvereinbarung) erstellt worden wäre oder Leistungsbewertungen der letzten Jahre herangezogen worden wären. Denn § 6 Dienstvereinbarung enthält Kriterien der Leistungsbeurteilung, die nur teildentisch mit den Einzelmerkmalen einer dienstlichen Beurteilung für Beamte sind. Die Leistungsbewertung erfolgt auch mit einer anderen Zielsetzung, nämlich der Vergabe von Leistungsprämien an Beschäftigte des Antragsgegners, und ist einmal jährlich durchzuführen - im Gegensatz zu dem vierjährigen Beurteilungszeitraum beim Antragsgegner.

79

dd) Gegen die Durchführung und das Ergebnis des Assessment-Center sowie die abschließende Auswahlentscheidung ist rechtlich ebenfalls nichts zu erinnern.

80

Der Antragsgegner hat sich zur Vorbereitung, Durchführung und Ausarbeitung von Entscheidungsempfehlungen eines Consulting Unternehmens als externen Dienstleister bedient. Dass dieses Unternehmen hierfür fachlich nicht qualifiziert gewesen wäre hat der Antragsteller nicht vorgetragen und ist auch sonst nicht ersichtlich. Der Antragsteller bewertete die Professionalität der Moderatoren sowie die Fairness des Verfahrens in einem schriftlichen Feedback an das Unternehmen als „sehr gut“ (Ergebnisdarstellung zum Antragsteller vom *.10.2019; Bl. 2018 - 229 der Akte des Antragsgegners).

81

Die Gliederung in eine Präsentation, ein Rollenspiel und ein persönliches Gespräch hält sich im üblichen Rahmen der Gestaltung von Assessment-Centern und wurde ebenfalls nicht moniert.

82

Die Bewertung wurde von einer Auswahlkommission vorgenommen, die aus vier Bediensteten des Antragsgegners bestand. Diese Auswahlkommission - und nicht etwa das Consulting-Unternehmen - hat auch die abschließende Auswahlentscheidung getroffen, was ebenfalls ausreichend dokumentiert wurde (vgl. Aktenvermerk vom ...9.2019, Seite 1 unten; Bl. 210 der Akte des Antragsgegners). Konkrete und substantiierte Einwendungen gegen die Bewertung der Auswahlkommission hat der Antragsteller nicht erhoben, so dass das Gericht nicht einem Bewertungsfehler nachzugehen hätte.

83

Im Übrigen hat das besondere Auswahlverfahren nur das Ergebnis des Beurteilungsvergleichs bestätigt.

84

5. Der Antragsgegner hat als unterlegener Beteiligter nach § 154 Abs. 1 VwGO die Kosten des Verfahrens zu tragen. Der Beigeladene trägt nach § 162 Abs. 3 VwGO seine außergerichtlichen Kosten selbst, da er weder einen Antrag gestellt noch das Verfahren sonst gefördert hat.

85

6. Die Festsetzung des Streitwerts folgt aus § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 6 Satz 4, Satz 1 bis 3, § 40 Gerichtskostengesetz (GKG). Maßgeblich sind die für ein Kalenderjahr zu zahlenden Bezüge im angestrebten Amt mit Ausnahme nicht ruhegehaltstfähiger Zulagen, jedoch inklusive der jährlichen Sonderzahlung (jeweils ohne familienbezogene Bestandteile).

86

Maßgebend für die Berechnung ist das laufende Kalenderjahr, wobei für die Wertberechnung der Zeitpunkt der den jeweiligen Streitgegenstand betreffenden Antragstellung maßgebend ist, die den Rechtszug einleitet. Der so ermittelte Betrag ist sodann in einem beamtenrechtlichen Konkurrenteneilverfahren zu vierteln (BayVGH, B.v. 8.1.2018 - 3 CE 17.2188; B.v. 24.10.2017 - 6 C 17.1429 - juris).

87

Bei der vorliegenden Antragstellung am 15. Oktober 2019 ist daher das Kalenderjahr 2019 maßgeblich, woraus sich für das vom Antragsteller angestrebte Amt der Besoldungsgruppe A 13 in der (End-) Stufe 11 nach den ab 1. Januar 2019 geltenden Grundgehaltssätzen der Besoldungsordnung A ein Betrag von monatlich 5.249,07 EUR ergibt. Die fiktiven Jahresbezüge inkl. jährlicher Sonderzahlung belaufen sich somit auf 66.400,74 EUR, wovon ein Viertel 16.600,19 EUR betragen.

88

Mit Schriftsatz vom 22. Oktober 2019 teilte der Antragsgegner fiktive Jahresbezüge in Höhe von 67.294 EUR zuzüglich einer Jahressonderzahlung von 3.690 EUR, insgesamt also 70.984 EUR mit, wovon ein Viertel 17.746 EUR wären. Ob die Differenz zu o.g. Betrag auf familienbezogene Bestandteile der Bezüge zurückgeht oder etwa auf eine ruhegehaltstfähige Zulage kann offenbleiben, nachdem die Streitwertstufen bei 16.000 EUR und wieder bei 19.000 EUR liegen.