

Titel:

**Beamtenrechtlicher Konkurrentenstreit, Dienstpostenbesetzung,
Bewerbungsverfahrensanspruch, Vergleichbarkeit dienstlicher Beurteilungen in zeitlicher
Hinsicht**

Normenketten:

VwGO § 123

GG Art. 33 Abs. 2

Schlagworte:

Beamtenrechtlicher Konkurrentenstreit, Dienstpostenbesetzung, Bewerbungsverfahrensanspruch,
Vergleichbarkeit dienstlicher Beurteilungen in zeitlicher Hinsicht

Rechtsmittelinstanz:

VGH München, Beschluss vom 25.03.2021 – 6 CE 21.489

Tenor

I. Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, den mit der Stellenausschreibung der Bundespolizeidirektion ... Nr. ... ausgeschriebenen Dienstposten „Dienstgruppenleiter/-in“ bei der Bundespolizeidirektion ..., Bundespolizeiinspektion ..., zu besetzen, solange nicht über die Bewerbung des Antragstellers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu entschieden worden und eine Frist von zwei Wochen nach Bekanntgabe der Entscheidung verstrichen ist.

Der weitergehende Antrag des Antragstellers wird abgelehnt.

II. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen. Der Beigeladene trägt seine außergerichtlichen Kosten selbst.

III. Der Streitwert wird auf 2.500,00 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

1

Der Antragsteller begehrt einstweiligen Rechtsschutz hinsichtlich seiner Nichtberücksichtigung bei einer Dienstpostenbesetzung.

2

Er steht als Erster Polizeihauptkommissar (Besoldungsgruppe A 13g BBesO) im Dienste der Antragsgegnerin und hat den Dienstposten eines Stellvertretenden Dienstgruppenleiters bei der Bundespolizeidirektion ..., Bundespolizeiinspektion ..., inne, der im Organisations- und Dienstpostenplan für die Bundespolizei nach A 11-13g BBesO bewertet ist. Die Urkunde über die Ernennung zum Ersten Polizeihauptkommissar wurde am 7. Juni 2019 ausgehändigt. Mit Schreiben vom 3. Juni 2019 wurde dem Antragsteller zudem mitgeteilt, dass er mit Wirkung vom 1. April 2019 (rückwirkend) in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 13g BBesO eingewiesen werde.

3

Unter dem 18. März 2019 veröffentlichte die Antragsgegnerin eine Stellenausschreibung für die Besetzung des Dienstpostens eines/-r Dienstgruppenleiters/-in, Besoldungsgruppe A 11-13g BBesO, im gehobenen Polizeivollzugsdienst bei der Bundespolizeiinspektion ... Dabei wurden in der Stellenausschreibung unter „Anforderungen“ fünf konstitutive Anforderungskriterien (Buchst. a bis e) und vier nicht konstitutive Anforderungskriterien (Buchst. f bis i) aufgeführt. Als konstitutives Anforderungskriterium wurde unter anderem mindestens eine Verwendung auf einem Dienstposten der Bewertung nach Besoldungsgruppe A 10-12 BBesO oder ein bereits übertragener Dienstposten mit der Endbewertung nach Besoldungsgruppe

A 13g BBesO (Buchst. c) genannt. Als nicht konstitutive Anforderungskriterien wurden eine mindestens 2-jährige Stabsverwendung als Sachbearbeiter/-in im BMI, BPOLP, BPOLD oder BPOLAK in der Laufbahn des gPVD (Buchst. f), die Eignung oder Befähigung zum Führen von Mitarbeitern (Buchst. g), die organisatorische Fähigkeit (Buchst. h) und die Fähigkeit zum konzeptionellen Arbeiten (Buchst. i) aufgeführt. Unter Anmerkungen wurde zudem ausgeführt, dass Ziffer 4.1.3 der Beurteilungsrichtlinie in die Auswahlentscheidung miteinfließe. Ziffer 4.1.3 der Richtlinien für die Beurteilung der Beamtinnen und Beamten der Bundespolizei vom 10. Dezember 2015 (BeurRL BPOL; im Folgenden Beurteilungsrichtlinien) betrifft die Bewertung von Leistungsmerkmalen im Rahmen der Beurteilung.

4

Ausweislich des in der Verwaltungsakte befindlichen Auswahlvermerks bzw. Stellenbesetzungsberichts vom 6. Juni 2019 bewarben sich zwölf Beamte und Beamtinnen auf den ausgeschriebenen Dienstposten, darunter auch der Antragsteller und der Beigeladene. Unter der Überschrift „Auswahlentscheidung“ wird ausgeführt, dass die Auswahlentscheidung auf Grundlage von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung anhand des Leitfadens für die Auswahl bei Stellenbesetzungen in der Bundespolizei erfolge. Zwei Bewerber erfüllten die konstitutiven Anforderungskriterien nicht und ein Bewerber sei bereits bei einem vorrangigen Wunsch berücksichtigt worden, sodass neun Bewerber verblieben, welche die konstitutiven Anforderungskriterien erfüllten. Sechs Bewerber – darunter auch der Antragsteller und der Beigeladene – seien um eine Note besser beurteilt (Gesamtnote B2) als drei ihrer Mitbewerber (Gesamtnote B3). Für die sechs demnach verbleibenden Bewerber, die aktuell im gleichen statusrechtlichen Amt gleich beurteilt seien, werde daher auf die Bewertung der nicht konstitutiven Anforderungskriterien zurückgegriffen. Danach werde im Ergebnis vorgeschlagen, den Beigeladenen für den Dienstposten auszuwählen.

5

Mit Schreiben vom 22. Juli 2019 wurde dem Antragsteller mitgeteilt, dass seine Bewerbung im Rahmen der Auswahlentscheidung nicht habe berücksichtigt werden können und dass der Beigeladene auf Grundlage einer Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ausgewählt worden sei.

6

Daraufhin erhob der Antragsteller mit Schreiben vom 23. Juli 2019 Widerspruch, welcher ausweislich der Verwaltungsakte nicht begründet wurde.

7

Mit Widerspruchsbescheid vom 20. April 2020, dem Antragsteller zugestellt am 31. Mai 2020, wies die Antragsgegnerin den Widerspruch zurück. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass nach dem Leitfaden für die Auswahl bei Stellenbesetzungen in der Bundespolizei nach der Prüfung der Erfüllung des konstitutiven Anforderungsprofils auf eine Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung abgestellt werden müsse. Nach Ziffer 2.2.2 des Leitfadens werde zunächst die Gesamtnote der aktuellen Beurteilung der Bewerber und Bewerberinnen im aktuellen Statusamt betrachtet. Im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung hätten sich alle Bewerber, welche die konstitutionellen Anforderungskriterien erfüllten, im statusrechtlichen Amt eines/-er Polizeihauptkommissars/-in mit der Bewertung nach Besoldungsgruppe A 12 BBesO befunden. Um zu gewährleisten, dass alle verbleibenden Bewerber vergleichbar mit aktuellen Noten im aktuellen Statusamt in die Auswahlentscheidung einbezogen würden, sei für fünf der Bewerber eine Anlassbeurteilung erstellt worden, da sich bei ihnen seit ihrer letzten Beurteilung eine Statusamtsänderung aufgrund einer Beförderung ergeben habe. Bei den weiteren vier Bewerbern – darunter auch beim Antragsteller – habe auf die Regelbeurteilung 2016 abgestellt werden können. Der Antragsteller und fünf seiner Mitbewerber seien zum Stichtag der Auswahlentscheidung um eine Note besser beurteilt gewesen als drei ihrer Mitbewerber, sodass die Auswahlentscheidung mit sechs Bewerbern weitergeführt worden sei. Nach Ziffer 2.2.2 des Leitfadens für die Auswahl bei Stellenbesetzungen in der Bundespolizei werde nach dem Vergleich der aktuellen Gesamtnoten auf die Beurteilung der spezifisch für die Stellenausschreibung aufgestellten, nicht konstitutiven Anforderungskriterien abgestellt. Die Betrachtung des nicht konstitutiven Anforderungsprofils habe im Ergebnis zur streitgegenständlichen Auswahlentscheidung geführt. Das nicht konstitutive Anforderungskriterium f) sei weder vom Antragsteller noch vom Beigeladenen erfüllt worden. Im nicht konstitutiven Anforderungskriterium h) „Organisatorische Fähigkeit“ sei der Antragsteller um eine Note besser beurteilt gewesen als der Beigeladene, der aber in den nicht konstitutiven Anforderungskriterien g) und i) (Eignung oder Befähigung zum Führen von Mitarbeitern und Fähigkeit zum konzeptionellen Arbeiten) um eine Note besser beurteilt gewesen sei als der Antragsteller. Der Antragsteller sei daher an dieser Stelle

im Rahmen der Auswahlentscheidung nicht weiter berücksichtigt worden im Gegensatz zum Beigeladenen und einem weiteren Mitbewerber, die nahezu leistungsgleich gewesen seien. Zwischen diesen beiden verbleibenden Bewerbern sei die Auswahl gemäß Ziffer 2.2.3 (gemeint sein dürfte allerdings Ziffer 2.2.2) des Leitfadens für die Auswahl bei Stellenbesetzungen in der Bundespolizei in Form einer Binnendifferenzierung anhand der vier besonders gewichteten Leistungsmerkmale der aktuellen Beurteilung erfolgt.

8

Hiergegen hat der Antragsteller am ... Juni 2020 Klage (M 21b K 20.2816) erheben lassen.

9

Gleichzeitig beantragt er, den Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO mit dem Inhalt, der Antragsgegnerin zu untersagen, die mit Stellenausschreibung der Bundespolizeidirektion ... Nr. ... ausgeschriebene Besetzung des Dienstpostens „Dienstgruppenleiter/-in“ BesGr. A 11-13g BBesO, bei der Bundespolizeidirektion ..., Bundespolizeiinspektion ..., am Dienstort ... vorzunehmen, solange nicht über die Klage des Antragstellers gegen die Ablehnung seiner Bewerbung hierauf entschieden ist.

10

Zur Begründung von Klage und Eilantrag wird vorgebracht, dass die Begründung des Widerspruchsbescheids im Widerspruch zu der rückwirkenden Planstelleneinweisung des Antragstellers (mit Beförderung) vom 3. Juli 2019 mit Wirkung vom 1. April 2019 stünde. Wegen der vermeintlichen, aber unrichtigen, statusrechtlichen Gleichrangigkeit des Beigeladenen und des Antragstellers sei auf weitere nicht konstitutive Anforderungskriterien abgestellt worden, nach denen angeblich der Beigeladene vorzugswürdig erscheine. Auch ein weiterer Mitbewerber sei nach diesen Anforderungen angeblich vorrangig gewesen. Allerdings habe sich auch dieser, ebenso wie der Beigeladene, im Statusamt eines Polizeihauptkommissars befunden, wohingegen der Antragsteller das Statusamt eines Ersten Polizeihauptkommissars innegehabt habe. Auch das Schreiben der Antragsgegnerin vom 22. Juli 2019 an den Antragsteller verwende immer noch die Amtsbezeichnung „Polizeihauptkommissar“. Offenbar habe man bei der Auswahlentscheidung die rückwirkende Einweisung des Antragstellers in eine Planstelle nach A 13g ab 1. April 2019 und seine Beförderung zum Ersten Polizeihauptkommissar übersehen bzw. nicht beachtet. Die rückwirkende Einweisung in eine Planstelle nach A 13g sei deshalb erfolgt, weil der Antragsteller, der einen Dienstposten als Stellvertretender Dienstgruppenleiter inne habe, bereits seit Jahren als Dienstgruppenleiter an seiner Dienststelle eingesetzt und beauftragt gewesen sei. Er habe auf dieser Stelle durchgehend die Aufgaben des Erstbeurteilers sowie alle anfallenden Aufgaben eines vollwertigen Dienstgruppenleiters wahrgenommen. Die für den Dienstposten des Dienstgruppenleiters erforderlichen Befähigungen und Leistungen sowie seine Eignung habe er über Jahre hinweg bereits bewiesen, was sich in seinen beiden in diesen Zeitraum fallenden Beförderungen und den erhaltenen Leistungsprämien widerspiegele. Er weise daher im Vergleich zum Beigeladenen und zum weiteren ihm vorgezogenen Bewerber eine höhere Qualifikation auf, weshalb er für den ausgeschriebenen Dienstposten habe ausgewählt werden müssen. Die Auswahlentscheidung weise demnach einen sachlichen Bewertungsfehler auf. Sie ginge von falschen Tatsachen zum Nachteil des Antragstellers aus. Weiter sei zu beachten, dass im Falle des Antragstellers, im Gegensatz zu weiteren Mitbewerbern, keine Anlassbeurteilung erstellt worden sei, obwohl hierfür sachlich ausreichender und begründeter Anlass, insbesondere aufgrund der Ausfüllung einer Dienstgruppenleiterstelle als Stellvertretender Dienstgruppenleiter, bestanden hätte. So sei ihm die Möglichkeit der Verbesserung seiner Beurteilungsnote und damit der nochmaligen Verbesserung seiner Qualifikation im Gegensatz zu anderen Mitbewerbern genommen worden. Hierdurch sei der Grundsatz der Chancengleichheit verletzt.

11

Die Antragsgegnerin hat mit Schriftsatz vom 29. Juni 2020 mitgeteilt, dass die streitgegenständliche Stellenbesetzung noch nicht erfolgt sei und dass bis zu einer Entscheidung des Gerichts über den Eilantrag von Vollzugsmaßnahmen abgesehen werde.

12

Mit Schriftsatz vom 2. Juli 2020 hat die Antragsgegnerin einen 43-seitigen Verwaltungsvorgang vorgelegt und beantragt,

den Antrag abzulehnen.

13

Zur Begründung führt sie aus, dass der zulässige Antrag unbegründet sei, da der Antragsteller die Voraussetzungen eines Anordnungsanspruchs nicht glaubhaft gemacht habe. Die angegriffene Auswahlentscheidung sei nicht zu beanstanden. Die wesentlichen Auswahlwägungen seien mit Blick auf Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG schriftlich in dem Stellenbesetzungsbericht vom 6. Juni 2019 niedergelegt worden, auf welchen Bezug genommen werde. Die Bewerber, die die konstitutiven Anforderungskriterien erfüllten, seien zunächst festgestellt worden. Daraufhin sei die Auswahlentscheidung anhand weiterer, nicht konstitutiver Anforderungskriterien fortgeführt worden, um die in der Ausschreibung geforderten Voraussetzungen und die Grundsätze der Bestenauslese zu erfüllen. Entgegen der Auffassung des Antragstellers sei für ihn keine Anlassbeurteilung zu erstellen gewesen, da er seit 5. Juni 2014 die Aufgaben als Dienstgruppenleiter wahrnehme und seine Regelbeurteilung zum 1. Oktober 2016 habe herangezogen werden können. Eine Anlassbeurteilung sei nur in den Fällen erstellt worden, in denen dies von den Beurteilungsrichtlinien und den Durchführungsanweisungen zu den Beurteilungsrichtlinien vorgesehen sei. Der Antragsteller gehe auch fehl, soweit er seine vermeintlich unrichtige statusrechtliche Gleichrangigkeit mit dem ausgewählten Mitbewerber moniere. Die Auswahlentscheidung sei am 6. Juni 2019 erfolgt. Der Antragsteller sei hingegen erst am 7. Juni 2019 zum Ersten Polizeihauptkommissar befördert worden. Damit hätten sich der Antragsteller und der Beigeladene zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung im Statusamt eines Polizeihauptkommissars (Besoldungsgruppe A 12) befunden. Der rückwirkenden Einweisung in eine Planstelle nach A 13g komme hingegen rein haushalterische Bedeutung zu. Mit der rückwirkenden Planstelleneinweisung habe der Dienstherr ein ihm zustehendes Ermessen zugunsten des Antragstellers ausgeübt und rückwirkend einen Anspruch auf die Besoldung nach Besoldungsgruppe A 13g zum Entstehen gebracht. Dies ändere aber nichts daran, dass dem Antragsteller das höhere Amt im statusrechtlichen Sinne erst zum 7. Juni 2019 übertragen worden sei.

14

Mit Beschluss vom 3. Juli 2020 hat das Gericht den ausgewählten Bewerber beigeladen. Dieser hat sich nicht zum Verfahren geäußert.

15

Auf Anforderung des Gerichts hat die Beklagte die Personalakten des Antragstellers und des Beigeladenen, in welcher sich die im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung aktuellen Beurteilungen befinden, den Leitfaden für die Auswahl bei Stellenbesetzungen in der Bundespolizei, die Beurteilungsrichtlinien nebst Durchführungshinweisen, das Personalentwicklungskonzept der Bundespolizei sowie eine tabellarische Übersicht über die im Rahmen der Auswahlentscheidung herangezogenen Beurteilungen der Konkurrenten vorgelegt. Zudem führte die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 17. Dezember 2020 ergänzend aus, dass es sich bei der streitgegenständlichen Stellenbesetzung um keine förderliche Besetzung handele. Sowohl der Dienstposten „Dienstgruppenleiter“ als auch der Dienstposten „Stellvertretender Dienstgruppenleiter“ seien nach A 11-13g BBesO bewertet.

16

Ausweislich der von der Antragsgegnerin vorgelegten tabellarischen Übersicht wurde für den Beigeladenen im Rahmen der Auswahlentscheidung als aktuelle Beurteilung eine Anlassbeurteilung für den Zeitraum vom 1. Oktober 2016 bis 30. Juni 2018 herangezogen. Der den Anlassbeurteilungen von drei weiteren Bewerbern zu Grunde liegende Beurteilungszeitraum beginnt ebenfalls jeweils mit dem 1. Oktober 2016 und endet für eine Beurteilung mit dem 4. Mai 2018, für eine weitere Beurteilung mit dem 30. April 2019 und für eine weitere Beurteilung mit dem 26. April 2019. Für einen Bewerber lässt sich der von der Antragsgegnerin vorgelegten Übersicht nicht entnehmen, welcher Beurteilungszeitraum seiner Anlassbeurteilung zu Grunde liegt. Für vier Bewerber – darunter der Antragsteller – wurde als aktuelle Beurteilung die Regelbeurteilung 2016 herangezogen, welcher der Beurteilungszeitraum vom 1. Oktober 2014 bis zum 30. September 2016 zu Grunde liegt.

17

Mit weiterem Schriftsatz vom 13. Januar 2021 teilte die Antragsgegnerin mit, dass im Rahmen der bundesweiten Einführung einer Amtszulage in der Besoldungsgruppe A 13gZ jede Bundespolizeibehörde einen gewissen Anteil an Dienstpostenhebungen von der Wertigkeit A 11-13g auf die Wertigkeit A 11-13gZ zugewiesen bekommen habe. Dies betreffe, wie jetzt bekannt geworden sei, auch die Bundespolizeidirektion ... Mit der Änderung seien alle Dienstposten für Dienstgruppenleiter von der Wertigkeit A 11-13g auf A 11-13gZ gehoben worden, sodass die streitgegenständliche Stellenbesetzung

sich nun als förderlich darstelle, da Dienstgruppenleiter im Gegensatz zu Stellvertretenden Dienstgruppenleitern auf ihren Dienstposten bis zur Wertigkeit BesGr. A 13gZ befördert werden könnten.

18

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte in diesem und im Verfahren M 21b K 20.2816 sowie auf den Inhalt der vorgelegten Behördenakten Bezug genommen.

II.

19

Der Antrag ist mit den nachfolgend dargestellten Einschränkungen zulässig (1.) und insoweit auch begründet (2.).

20

1. Für den Antrag in seiner konkreten Fassung besteht nicht vollumfänglich auch das erforderliche Rechtsschutzinteresse, da er über das hinausgeht, was das zu sichernde Recht – der Bewerbungsverfahrensanspruch – unter den hier vorliegenden Umständen erfordert. Denn in Fällen der vorliegenden Art ist es nicht erforderlich, die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zeitlich bis zum Ergehen einer (bestandskräftigen oder rechtskräftigen) Entscheidung im Hauptsacheverfahren zu erstrecken. Durch eine einstweilige Anordnung sicherungsfähig ist vielmehr allein das etwaige Recht des Antragstellers, dass über seinen Bewerbungsverfahrensanspruch betreffend die in Rede stehende Stelle erneut und rechtsfehlerfrei – dabei unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des Gerichts – entschieden wird. Nur bis dahin muss der Dienstposten vorläufig freigehalten werden. Was die nachfolgende Zeit betrifft, ist dem jeweiligen Antragsteller zuzumuten, nach einer erneuten Auswahl- und Besetzungsentscheidung der für den Dienstherrn handelnden Stelle gegebenenfalls um weiteren vorläufigen Rechtsschutz nachzusuchen (vgl. OVG NW, B.v. 7.6.2018 – 1 B 1381/17 – juris Rn. 9 ff.).

21

2. Soweit der Antrag zulässig ist, ist er auch begründet. Die streitgegenständliche Auswahlentscheidung fällt in den Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG (a). Sowohl ein Anordnungsgrund (b) als auch ein Anordnungsanspruch (c) sind gegeben.

22

Nach § 123 Abs. 1 VwGO kann das Gericht der Hauptsache (§ 123 Abs. 2 Satz 1 VwGO) auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (sog. Sicherungsanordnung). Für den Erlass einstweiliger Anordnungen gilt nach § 123 Abs. 3 VwGO u.a. § 920 Abs. 2 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechend, d.h. der Antragsteller hat sowohl einen Anordnungsgrund als auch einen Anordnungsanspruch glaubhaft zu machen.

23

a) Die vorliegend in Streit stehende Auswahlentscheidung über die Besetzung des Dienstpostens eines Dienstgruppenleiters fällt in den Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG und kann deshalb den aus dieser Vorschrift folgenden Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers verletzen. Zwar war der Dienstposten des Dienstgruppenleiters im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung gleich bewertet wie der Dienstposten des Stellvertretenden Dienstgruppenleiters (jeweils Besoldungsgruppe A 11-13g BBesO). Da bei der Übertragung eines ämtergleichen Dienstpostens nicht die Vergabe eines höherwertigen Statusamtes oder eine diese vorwegnehmende Entscheidung in Rede steht, unterfällt eine Auswahlentscheidung unter den Bewerbern um eine sog. ämtergleiche Umsetzung grundsätzlich nicht dem Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG (vgl. BVerwG, U.v. 19.11.2015 – 2 A 6/13 – BVerwGE 153, 246, juris Rn. 17 ff.) und für den Erlass einer einstweiligen Anordnung fehlt es in einem solchen Fall bereits an einem Anordnungsgrund (vgl. BayVG, B.v. 25.8.2017 – 6 CE 17.1550 – juris Rn. 11 m.w.N.). Etwas anderes ergibt sich aber, wenn der Dienstpostenbesetzung – wie im Falle von vorgelagerten Auswahlentscheidungen – Statusrelevanz zukommt oder der Dienstposten für den mit der Ausschreibung angesprochenen Bewerberkreis in sonstiger Weise als „förderlich“ anzusehen ist (vgl. OVG NW, U.v. 30.11.2017 – 6 A 2314/15 – juris Rn. 56 ff. m.w.N.) oder sich der Dienstherr für die Vergabe des Dienstpostens „freiwillig“ den Auswahlkriterien des Art. 33 Abs. 2 GG unterwirft (vgl. BVerwG, U.v.

19.11.2015 – 2 A 6/13 – BVerwGE 153, 246, juris Rn. 21; B.v. 27.9.2011 – 2 VR 3/11 – juris Rn. 20 f.). Dabei ist der Inhalt einer Stellenausschreibung durch eine am objektiven Empfängerhorizont potentieller Bewerber orientierte Auslegung zu ermitteln (vgl. BVerwG, U.v. 19.11.2015 – 2 A 6/13 – BVerwGE 153, 246, juris Rn. 22).

24

Mit der streitgegenständlichen Stellenausschreibung hat sich die Antragsgegnerin den Auswahlkriterien des Art. 33 Abs. 2 GG unterworfen. In der Ausschreibung wird ausgeführt, dass Ziffer 4.1.3 der Beurteilungsrichtlinie, welche die Bewertung von Leistungsmerkmalen in der Beurteilung betrifft, in die Auswahlentscheidung miteinfließt. Die Ausschreibung enthält ferner auch keinen Hinweis darauf, dass Bewerbungen nur ämtergleich berücksichtigt würden und eine förderliche Umsetzung nicht vorgesehen sei. Vielmehr werden als konstitutive Anforderungskriterium u.a. genannt: „mindestens Polizeihauptkommissar/-in“ (Buchst. b) und „[...] mindestens eine [von mindestens drei Verwendungen in unterschiedlichen Bereichen im gehobenen Polizeivollzugsdienst] auf einem Dienstposten der Bewertung nach BesGr A 10-12 BBesO, nach Abschluss der Probezeit, oder ein bereits übertragener Dienstposten mit der Endbewertung nach BesGr A 13g BBesO“ (Buchst. c). Schließlich hat die Antragsgegnerin ihre Auswahlentscheidung ausweislich des Auswahlvermerks vom 6. Juni 2019 auch tatsächlich auf Grundlage von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung anhand des Leitfadens für die Auswahl bei Stellenbesetzungen in der Bundespolizei unter Heranziehung der aktuellen Beurteilungen der Bewerber getroffen. Dabei sieht auch der von der Antragsgegnerin herangezogene Leitfaden eine Auswahl nach Leistungskriterien vor. Dem Antragsteller wurde dementsprechend mit Schreiben vom 22. Juli 2019 mitgeteilt, dass der Beigeladene auf Grundlage einer Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ausgewählt worden sei. Auch die Antragsgegnerin geht damit offensichtlich selbst davon aus, dass die Auswahlkriterien des Art. 33 Abs. 2 GG anzuwenden sind und führt dementsprechend auch in ihrer Antragserwiderung vom 2. Juli 2020 aus, dass die Auswahlerwägungen mit Blick auf Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG im Stellenbesetzungsbericht niedergelegt worden seien und die Auswahlentscheidung anhand nicht konstitutiver Anforderungen geprüft worden sei, um die in der Ausschreibung geforderten Voraussetzungen und die Grundsätze der Bestenauslese zu erfüllen.

25

b) Zwar geht der Antragsteller fehl, wenn er in der Antragsschrift vom 26. Juni 2020 mit Blick auf den für den Erlass einer einstweiligen Anordnung erforderlichen Anordnungsgrund ausführt, dass eine einmal vergebene Stelle dem ausgewählten Bewerber bei einem erfolgreichen Hauptsacheverfahren eines Konkurrenten nicht mehr entzogen werden könne und dass mit der Vergabe der Stelle vollendete Tatsachen geschaffen würden. Denn es werden gerade keine vollendeten Tatsachen geschaffen, wenn es „nur“ um die Besetzung eines Dienstpostens geht, da diese Besetzung bei einem Obsiegen im Hauptsacheverfahren rückgängig gemacht werden kann (vgl. BVerwG, B.v. 27.9.2011 – 2 VR 3/11 – juris Rn. 19). Wird eine ausgeschriebene Stelle nicht durch Beförderung, sondern durch Umsetzung besetzt, bleibt es dem Dienstherrn möglich, die Besetzungsentscheidung durch abermalige Umsetzung rückgängig zu machen. In diesem Falle führt eine fehlerhafte Besetzung eines ausgeschriebenen Dienstpostens nicht zur Erledigung des Konkurrentenrechtsstreits (vgl. BVerwG, B.v. 20.11.2009 – 2 VR 4/09 – juris Rn. 3).

26

Allerdings steht dem Antragsteller vorliegend gleichwohl ein Anordnungsgrund zur Seite. Ein rechtswidrig ausgewählter Bewerber kann auf dem Dienstposten einen Erfahrungsvorsprung sammeln, der bei einer nochmaligen Auswahlentscheidung zu berücksichtigen wäre (vgl. BVerwG, B.v. 27.9.2011 – 2 VR 3/11 – juris Rn. 17).

27

Der Erfahrungsvorsprung, den der im Auswahlverfahren obsiegende Bewerber auf dem zu besetzenden Dienstposten erwirbt, ist auch nicht ohne praktische Relevanz. Er kann bei einer erforderlichen nochmaligen Auswahlentscheidung zur Besetzung des streitigen Dienstpostens, also bei einer erneuten reinen Dienstpostenkonkurrenz, (ggf. ausschlaggebend) zu Gunsten des zunächst ausgewählten Konkurrenten wirken. Bei einer Beförderungsentscheidung oder der Besetzung eines sog. Beförderungsdienstpostens kann der Dienstherr Gesichtspunkten wie der dienstlichen Erfahrung oder der Verwendungsbreite den Ausschlag geben lassen, wenn mehrere Bewerber nach dem in erster Linie maßgebenden Gesamturteil ihrer Beurteilungen als im Wesentlichen gleich geeignet einzustufen sind und der Dienstherr die besondere

Bedeutung der von ihm in einem solchen Fall für maßgebend erachteten Einzelgesichtspunkte begründet (vgl. OVG NW, B.v. 7.6.2018 – 1 B 1381/17 – juris Rn. 47).

28

Dafür, dass der Beigeladene auf dem streitgegenständlichen Dienstposten überhaupt keinen relevanten Erfahrungsvorsprung im Verhältnis zum Antragsteller gewinnen könnte, ist nichts ersichtlich. Die Antragsgegnerin hat auch keine (verbindliche) Erklärung in die Richtung abgegeben, dass sie einen Erfahrungsvorsprung des Beigeladenen bei einer neuen Auswahlentscheidung von vornherein ausblenden würde (vgl. hierzu BVerwG, B.v. 12.12.2017 – 2 VR 2/16 – Rn. 21 und 28; vgl. auch OVG NW, B.v. 7.6.2018 – 1 B 1381/17 – juris Rn. 52).

29

Hinzu kommt, dass die streitgegenständliche Stelle im Zeitpunkt der Entscheidung über den Eilantrag des Antragstellers nach Angaben der Antragsgegnerin aufgrund einer Dienstpostenhebung mittlerweile nach A 11-13gZ bewertet ist, während der Dienstposten eines Stellvertretenden Dienstgruppenleiters weiterhin mit A 11-13g bewertet ist. Dienstgruppenleiter könnten damit nach Angaben der Antragsgegnerin nun bis zur Wertigkeit A 13gZ befördert werden, sodass sich die streitgegenständliche Stellenbesetzung nun als förderlich darstelle. Nach alledem ist das Vorliegen eines Anordnungsgrundes zu bejahen.

30

c) Auch ein Anordnungsanspruch ist gegeben, da die streitgegenständliche Auswahlentscheidung den Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers verletzt (aa) und seine Auswahl in einem erneuten, fehlerfrei durchgeführten Auswahlverfahren zumindest möglich erscheint (bb).

31

aa) Hat sich der Dienstherr auf eine Dienstpostenbesetzung nach leistungsbezogenen Kriterien festgelegt, hat er sein Ermessen dergestalt gebunden, dass er über die Dienstpostenvergabe unter Beachtung der leistungsbezogenen Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG entscheiden muss (BVerwG, B.v. 27.9.2011 – 2 VR 3/11 – juris Rn. 21; BayVGh, B.v. 25.8.2017 – 6 CE 17.1550 – juris Rn. 12). Daraus folgt, dass jeder Bewerber einen Anspruch darauf hat, dass seine Bewerbung nur aus Gründen zurückgewiesen wird, die durch den Leistungsgrundsatz gedeckt sind (Bewerbungsverfahrensanspruch). Der Anspruch ist erfüllt, wenn der Dienstherr die Bewerbung ablehnt, weil er in Einklang mit Art. 33 Abs. 2 GG einen anderen Bewerber für besser geeignet hält. Nur in den seltenen Ausnahmefällen, in denen ein Bewerber eindeutig am besten geeignet ist, hat dieser einen Anspruch auf Erfolg im Auswahlverfahren. Nur unter dieser Voraussetzung hat ein Bewerber einen Anspruch auf Umsetzung auf den nach Leistungskriterien vergebenen Dienstposten. Ansonsten folgt aus einer Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs ein Anspruch auf erneute Entscheidung über die Besetzung (vgl. BVerwG, B.v. 27.9.2011 – 2 VR 3/11 – juris Rn. 21).

32

Bei den von Art. 33 Abs. 2 GG erfassten Auswahlentscheidungen muss der Leistungsvergleich der Bewerber anhand aussagekräftiger, d.h. aktueller, hinreichend differenzierter und auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhender dienstlicher Beurteilungen vorgenommen werden (stRspr, vgl. nur BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 9.8.2016 – 2 BvR 1287/16 – juris Rn. 78; BVerwG, B.v. 21.12.2016 – 2 VR 1/16 – juris Rn. 23 ff. m.w.N.). Deren Eignung als Instrument zur „Klärung einer Wettbewerbssituation“ erfordert die Gewährleistung ihrer Vergleichbarkeit auch in zeitlicher Hinsicht und setzt aus Gründen der Chancengleichheit voraus, dass keinem der Bewerber ein nennenswerter Aktualitätsvorsprung erwächst (vgl. BVerwG, B.v. 12.4.2013 – 1 WDS-VR 1/13 – juris Rn. 33; OVG NW, B.v. 7.11.2016 – 6 B 1091/16 – juris Rn. 5).

33

Eine höchstmögliche Vergleichbarkeit von dienstlichen Beurteilungen aller Bewerber in einem Auswahlverfahren ist dann gegeben, wenn die zugrundeliegenden Beurteilungszeiträume gleich lang sind und zu einem gemeinsamen Stichtag enden (vgl. BayVGh, B.v. 28.2.2014 – 3 CE 14.32 – juris Rn. 32). Die unterschiedliche Länge von Beurteilungszeiträumen schließt die Vergleichbarkeit dienstlicher Beurteilungen jedoch nicht aus, solange auf der Grundlage dieser Beurteilungen ein Qualifikationsvergleich nach dem Bestenauslesegrundsatz ohne ins Gewicht fallende Benachteiligung eines Bewerbers möglich bleibt (vgl. OVG NW, B.v. 11.4.2019 – 6 B 1769/18 – juris Rn. 13; NdsOVG, B.v. 11.4.2018 – 5 ME 21/18 – juris Rn. 7; HessVGh, B.v. 15.2.2013 – 1 B 1191/12 – juris Rn. 37). Dass die Beurteilungszeiträume (annähernd) gleich

lang sind, ist grundsätzlich nicht erforderlich, da für die Auswahlentscheidung der aktuelle Leistungsstand ausschlaggebend ist. Für die Vergleichbarkeit dienstlicher Beurteilungen von weitaus größerer Bedeutung ist, dass der von ihnen abgedeckte Zeitraum zum gleichen Stichtag oder zumindest nicht zu erheblich auseinander fallenden Stichtagen endet, als dass der jeweils erfasste Beurteilungszeitraum zum gleichen Stichtag beginnt (vgl. OVG NW, B.v. 11.4.2019 – 6 B 1769/18 – juris Rn. 13). Wann die einem Leistungsvergleich zugrunde gelegten Beurteilungen nicht mehr zeitlich hinreichend miteinander vergleichbar sind, hängt dabei von den Umständen des Einzelfalls ab (vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 9.8.2016 – 2 BvR 1287/16 – juris Rn. 61).

34

In der Rechtsprechung wurde eine hinreichende Vergleichbarkeit der Beurteilungen beispielsweise verneint in einem Fall, in dem zwischen dem jeweiligen Ende der Beurteilungszeiträume eine Zeitspanne von annähernd acht Monaten und damit einem Drittel des regelmäßigen Beurteilungszeitraums von 24 Monaten lag (BVerwG, B.v. 12.4.2013 – 1 WDS-VR 1/13 – juris Rn. 37 ff.), in einem Fall, in welchem die Beurteilungszeiträume (ohne Überschneidung) zu einem Jahr und acht Monaten auseinanderliegenden Zeitpunkten endeten (OVG NW, B.v. 11.10.2013 – 6 B 915/13 – juris Rn. 8) und in einem Fall, in welchem die Beurteilungen keinen Überschneidungszeitraum aufwiesen und die Enddaten der jeweiligen Beurteilungszeiträume um zwei Jahre und knapp zwei Monate auseinanderfielen (OVG NW, B.v. 7.11.2016 – 6 B 1091/16 – juris Rn. 7). Eine hinreichende Aktualität der Beurteilungen von Konkurrenten im Verhältnis zueinander wurde in der Rechtsprechung beispielsweise angenommen bei einem Auseinanderfallen der Enddaten der Beurteilungszeiträume von nicht mehr als einem Jahr in einem Regelbeurteilungssystem, in dem dienstlichen Beurteilungen eine Gültigkeitsdauer von drei Jahren beigemessen wird (vgl. OVG NW, B.v. 22.7.2019 – 6 B 708/19 – juris Rn. 8 ff.; NdsOVG, B.v. 18.2.2016 – 5 ME 2/16 – juris Rn. 23).

35

Hiervon ausgehend ist im vorliegenden Fall eine hinreichende Vergleichbarkeit der der Auswahlentscheidung im Streitfall zugrunde gelegten dienstlichen Beurteilungen der Konkurrenten nicht gegeben. Die im Auswahlverfahren herangezogene Regelbeurteilung des Antragstellers vom 9./27. Juli 2018 umfasst den Zeitraum vom 1. Oktober 2014 bis zum 30. September 2016. Die Anlassbeurteilung des Beigeladenen datiert hingegen auf den 5./17. September 2018 und umfasst den Zeitraum vom 1. Oktober 2016 bis 30. Juni 2018. Die Beurteilungen weisen mithin keinen Überschneidungszeitraum auf. Die Enddaten der jeweiligen Beurteilungszeiträume fallen zudem um einen – auch unter Berücksichtigung des Regelbeurteilungszeitraums (von drei Jahren nach den Beurteilungsrichtlinien vom 10. Dezember 2015 bzw. von zwei Jahren nach den Beurteilungsrichtlinien vom 1. März 2002 in der Fassung des Erlasses des Bundesministeriums des Innern vom 4. September 2012) – erheblichen Zeitraum von einem Jahr und neun Monaten auseinander. Diese erhebliche Aktualitätsdifferenz gewährleistet die anzustrebende größtmögliche Vergleichbarkeit nicht ausreichend. Ohne dass es hierauf ankommt, ist zudem anzumerken, dass die mangelnde Vergleichbarkeit der der Auswahlentscheidung im Streitfall zugrunde gelegten dienstlichen Beurteilungen der Konkurrenten sogar noch deutlicher wird, wenn man die Enddaten der Beurteilungszeiträume der für die Auswahlentscheidung herangezogenen Anlassbeurteilungen zweier weiterer, nachrangiger Mitbewerber betrachtet. Nach Angaben der Antragsgegnerin wurde für einen Konkurrenten eine Anlassbeurteilung für den Zeitraum vom 1. Oktober 2016 bis 26. April 2019 und für einen weiteren Konkurrenten eine Anlassbeurteilung für den Zeitraum vom 1. Oktober 2016 bis 30. April 2019 herangezogen. Zwischen den Enddaten dieser Anlassbeurteilungen und der für vier Mitbewerber herangezogenen Regelbeurteilungen liegt ein Zeitraum von zwei Jahren und sieben bzw. (fast) sieben Monaten.

36

Dabei sehen durchaus auch bereits die Beurteilungsrichtlinien der Bundespolizei vor, dass auf eine hinreichende Vergleichbarkeit der Beurteilungen in zeitlicher Hinsicht zu achten ist. So wird etwa in Ziffer 2.2.1 der Beurteilungsrichtlinien vom 10. Dezember 2015 ausgeführt, dass vor Auswahlentscheidungen, mit Ausnahme von Beförderungsauswahlentscheidungen, eine Anlassbeurteilung zu erstellen ist, wenn die Beamtinnen oder Beamten an der letzten Regelbeurteilung nicht teilgenommen haben oder ein aktueller Vergleich aufgrund der vorliegenden Beurteilungen nicht möglich ist. In den Durchführungshinweisen zu den Beurteilungsrichtlinien wird ferner unter Ziffer 2.2.1 ausgeführt, dass ein aktueller Vergleich der vorliegenden Beurteilungen auch dann nicht mehr möglich sein kann, wenn entweder die jeweils zu Grunde gelegten Beurteilungszeiträume zu stark divergieren oder die Beurteilungen im Rahmen der vergleichenden

Betrachtung jeweils von zu großer unterschiedlicher Aktualität sind, wobei aber zu berücksichtigen sei, dass die Beurteilungsrichtlinien Regel- und Anlassbeurteilungen vorsehen und unterschiedliche Aktualitätsgrade der Beurteilungen aus praktischen Gründen hinnehmbar seien. Bei der Einschätzung, wann ein aktueller Vergleich nicht mehr möglich ist, sei auch die Rechtsprechung der jeweils zuständigen Gerichtsbarkeit zu berücksichtigen.

37

Da bereits die in zeitlicher Hinsicht mangelnde Vergleichbarkeit der der Auswahlentscheidung nach Angaben der Antragsgegnerin zu Grunde gelegten Beurteilungen zur Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs des Antragstellers führt, kommt es auf die weiteren Argumente der Beteiligten nicht mehr entscheidungserheblich an. Soweit der Antragsteller sich auf die Nichtberücksichtigung seiner Beförderung zum Ersten Polizeihauptkommissar beruft, wird allerdings darauf hingewiesen, dass der Dienstherr nach dem (von ihm willkürfrei gewählten) Zeitpunkt der Auswahlentscheidung eingetretene nachträgliche Qualifikationen eines rechtsfehlerfrei nicht ausgewählten Bewerbers grundsätzlich nicht berücksichtigen muss (vgl. BVerwG, B.v. 12.12.2017 – 2 VR 2/16 – Rn. 54). Die Antragsgegnerin hat mit Schriftsatz vom 17. Dezember 2020 mitgeteilt, dass die Daten der Beförderung des Antragstellers und der Auswahlentscheidung ein Zufallsergebnis seien. Der Antragsteller hat sich hierzu nicht geäußert und insbesondere keine greifbaren Anhaltspunkte für ein gezieltes Vorgehen der Antragsgegnerin vorgebracht.

38

bb) Ein abgelehnter Bewerber, dessen Bewerbungsverfahrensanspruch – wie hier – durch eine fehlerhafte Auswahlentscheidung des Dienstherrn verletzt worden ist, kann eine erneute Auswahlentscheidung zumindest dann beanspruchen, wenn seine Auswahl bei einer erneuten, den aufgezeigten Rechtsfehler vermeidenden Auswahlentscheidung möglich erscheint. Dies ist hier bei der gebotenen wertenden Betrachtung der Umstände des Einzelfalls der Fall. Der Antragsteller kann insoweit gegenüber Mitbewerbern, insbesondere auch gegenüber dem Beigeladenen, nicht von vornherein als chancenlos eingestuft werden. Nach den im Auswahlvermerk niedergelegten Erwägungen ergibt sich der von der Antragsgegnerin angenommene Leistungsvorsprung des Beigeladenen daraus, dass dieser in den nicht konstitutiven Anforderungskriterien g), h) und i) in seiner Anlassbeurteilung mit den Noten A, B und A bewertet ist während der Antragsteller in seiner Regelbeurteilung mit den Noten B, A und B bewertet ist. Davon, dass der Antragsteller bei dieser Sachlage chancenlos gegenüber dem Beigeladenen oder auch dem weiteren, nach der streitgegenständlichen Auswahlentscheidung vorrangigen Bewerber ist, kann nicht ausgegangen werden, zumal in der Regelbeurteilung des Antragstellers für den Beurteilungszeitraum vom 1. Oktober 2014 bis zum 30. September 2016 in der Begründung der Gesamtnote ausgeführt wird, dass der Antragsteller eine deutliche Tendenz zur nächsthöheren Gesamtnote zeige, welche die Antragsgegnerin bei ihrer Auswahlentscheidung unter Anwendung von Ziffer 2.2.2 des Leitfadens für die Auswahl bei Stellenbesetzungen in der Bundespolizei vorrangig betrachtet hat.

39

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO und § 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO. Die Kosten konnten der Antragsgegnerin ganz auferlegt werden, weil der Antragsteller nur zu einem geringen Teil unterlegen ist (§ 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO).

Es besteht kein Anlass dem Beigeladenen Kosten aufzuerlegen, allerdings trägt er etwaige außergerichtliche Kosten selbst, §§ 154 Abs. 3, 162 Abs. 3 VwGO.

40

4. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 52 Abs. 2, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 40 GKG i.V.m. Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 (vgl. zur Streitwertfestsetzung bei einer Konkurrenz um einen statusadäquaten Dienstposten: OVG LSA, B.v. 19.5.2020 – 1 M 59/20 – juris Rn. 10; OVG NW, B.v. 7.6.2018 – 1 B 1381/17 – juris Rn. 59; VGH BW, B.v. 6.6.2017 – 4 S 1055/17 – juris Rn. 36 ff.).