

Titel:

Erfolgreiches (Eil-)Konkurrentenstreitverfahren wegen fehlerhafter Auswahlentscheidung

Normenketten:

VwGO § 123

GG Art. 33 Abs. 2

BLV § 33 Abs. 1

BPersVG § 52 Abs. 1

Leitsätze:

1. Eine im gerichtlichen Verfahren vorgelegte Begründung, mit der Auswählerwägungen für die getroffene Entscheidung nachgeholt werden, genügt nicht der Dokumentationspflicht; sie kann deshalb auch nicht zur Begründung der Rechtmäßigkeit der getroffenen Entscheidung herangezogen werden. (Rn. 23)

(redaktioneller Leitsatz)

2. Es ist zwar rechtlich nicht zu beanstanden, wenn in der Regel davon ausgegangen wird, dass bei formal gleicher Bewertung die Beurteilung des/der Beamten/-in im höheren Statusamt besser ist als diejenige des in einem niedrigeren Statusamt befindlichen Konkurrenten, allerdings darf dieser Grundsatz nicht schematisch auf jeden Fall einer Beförderungskonkurrenz zwischen zwei Beamt(inn)en unterschiedlicher Statusämter angewendet werden. (Rn. 27) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Recht der Bundesbeamten: Konkurrentenstreit, erfolgreicher Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens, Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs, fehlerhafter Auswahlvermerk, Zugrundelegung falscher Tatsachen, sachfremdes Auswahlkriterium, fehlender Vergleich der Beurteilungen mit unterschiedlichen Statusämtern, Verstoß gegen das personalvertretungsrechtliche Benachteiligungsverbot, Konkurrentenstreitverfahren, höherwertiger Dienstposten, Bewerbungsverfahrensanspruch, unterschiedliche Statusämter, Auswahlentscheidung, unrichtige Tatsachen, sachfremde Erwägungen, personalvertretungsrechtliches Benachteiligungsverbot

Tenor

1. Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, die ausgeschriebene Stelle „Berater/Beraterin in der Zentrale (w/m/d) (Dienstort ...*) in der Stabsstelle Datenschutz“, Referenzcode: ..., einem/einer anderen Bewerber/Bewerberin zu übertragen oder mit einem/einer anderen Bewerber/Bewerberin zu besetzen, solange nicht über die Bewerbung des Antragstellers bestandskräftig entschieden ist.

2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens. Der Beigeladene trägt seine außergerichtlichen Kosten selbst.

3. Der Streitwert wird auf 16.944,30 EUR festgesetzt.

Gründe

I.

1

Der Antragsteller wendet sich gegen die Besetzung einer Stelle als Berater/Beraterin in der Zentrale in der Stabsstelle Datenschutz bei der ... Der Antragsteller ist Diplom-Verwaltungswirt (FH) und steht als Regierungsamtmann (Besoldungsgruppe A 11) im Dienst der Antragsgegnerin. Er verrichtet seinen Dienst bei der ... - ... - und war von ... Teamleiter im Bereich ... Seit ... ist er aufgrund seiner Funktion im Personalrat (stellvertretender Vorsitzender) vollständig freigestellt.

2

Zuletzt wurde der Antragsteller im Jahr 2019 im Wege einer fiktiven Fortschreibung beurteilt (Beurteilungszeitraum 1.1.2018 bis 31.5.2019). Das Gesamtergebnis lautet auf „B“, wonach der

Antragsteller „die Anforderungen übertrifft“ (zweitbeste Bewertung). Dem Antragsteller wird in der Beurteilung neben seiner hohen rechtlichen Expertise auch bescheinigt, dass er eine besondere Stärke in der Bewertung und Lösung von datenschutzrelevanten Sachverhalten gezeigt habe. Ferner ist darin festgehalten, dass der Antragsteller die Teilnahme an einer zertifizierten Fortbildung zum behördlichen Datenschutzbeauftragten wünsche.

3

Im September 2020 schrieb die Antragsgegnerin unter der Kennziffer ... die Stelle einer/eines „Beraterin/Berater in der Zentrale (w/m/d) (Dienstort ...*) in der Stabsstelle Datenschutz“ aus. Danach ist die Stelle mit der Entgeltgruppe TE II (A 13) bewertet. Die Ausschreibung beinhaltet verschiedene Anforderungen an die Ausbildung/Berufserfahrung/fachlichen Kenntnisse der Bewerbenden (u.a. „Hochschulabschluss oder vergleichbare Qualifikation“). Unter „Hinweise“ beinhaltet die Ausschreibung u.a. den Vermerk „Zweites juristisches Staatsexamen ist wünschenswert.“.

4

Neben dem Antragsteller bewarben sich zwei weitere Interessenten um die Stelle, unter anderem der bei der ... in der Besoldungsstufe A 11 eingruppierte Beigeladene, der seit ... als Teamleiter im SB ... eingesetzt war und nach einer vorübergehenden Abordnung als Personalberater im ... seit ... befristet als Berater in die Stabsstelle Datenschutz in der Stabsstelle abgeordnet ist. Der Antragsteller wies in seiner Bewerbung darauf hin, dass er zu Beginn des Jahres seine Zertifizierung zum behördlichen Datenschutzbeauftragten mit sehr gutem Erfolg habe abschließen können. Der Bewerbung war unter anderem ein Schreiben der ... vom ... beigefügt, in dem dem Antragsteller zur bestandenen Prüfung im Rahmen der „zertifizierten Fortbildung zum/zur behördlichen Datenschutzbeauftragten“ gratuliert wird, sowie ein Zertifikat der ... vom ... über die Qualifikation des Antragstellers als behördlicher Datenschutzbeauftragter. Danach hat der Antragsteller 64 Unterrichtseinheiten zu den Themen Datenschutzrecht, Datenverarbeitung in der öffentlichen Verwaltung, datenschutzrechtliche Spezialthemen, Aufgaben der/des behördlichen Datenschutzbeauftragten, europäische Datenschutz-Grundverordnung und Datensicherheit belegt und mit Leistungsnachweisen abgeschlossen.

5

Mit Schreiben vom 5. November 2020 teilte die ... dem Antragsteller mit, dass seine Bewerbung nicht zum Ziel geführt habe. Hiergegen legte der Antragsteller Widerspruch ein, bat um nähere Informationen zur Stellenauswahl sowie um die Zusicherung, dass die Stelle bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens vorläufig nicht besetzt werde. Eine solche Zusicherung erteilte die Antragsgegnerin nicht.

6

Daraufhin hat der Antragsteller beim Verwaltungsgericht vorläufigen Rechtsschutz beantragt. Er macht geltend, ein Anordnungsgrund sei wegen der nicht erfolgten Zusicherung, vorläufig von einer Stellenbesetzung abzusehen oder bei einer vorläufigen Besetzung den Bewährungsvorsprung des Mitbewerbers auszublenzen, zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes gegeben.

7

Der Antragsteller habe auch einen Anordnungsanspruch, weil die Auswahlentscheidung durch die ... nicht fehlerfrei, sondern unter Verletzung des ihm zustehenden Bewerberverfahrensanspruchs getroffen worden sei und sich zumindest die Möglichkeit einer Kausalität des Fehlers für das Auswahlergebnis nicht ausschließen lasse. Aufgrund des gesetzlich verankerten Benachteiligungsverbot müsse der Dienstherr freigestellten Personalratsmitgliedern diejenige berufliche Entwicklung ermöglichen, die sie ohne die Freistellung voraussichtlich genommen hätten. Daher dürfe die Auswahlentscheidung nicht auf tätigkeitsbezogene Umstände gestützt werden, sofern nicht auch diese für den Freigestellten fiktiv nachgezeichnet würden. Der Antragsteller befürchte, aufgrund etwaiger Konflikte abgelehnt worden zu sein. Man habe ihm zugetragen, dass er etwa im Jahr 2019 im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens deswegen abgelehnt worden sei, weil ein Aktenvermerk aus einem vorangegangenen Vorstellungsgespräch verwertet worden sei. Diese Befürchtung werde durch die Bemerkung im Auswahlvermerk bestätigt, der Antragsteller sei der Auswahlkommission aus einem Auswahlverfahren 2018 bekannt und bereits dort als nicht geeignet hervorgegangen. Die Antragsgegnerin setze im Auswahlvermerk das Zweite juristische Staatsexamen als vermeintlich zwingend voraus, obwohl es im Ausschreibungstext lediglich als weiches Kriterium formuliert sei, und gelange noch vor einem Leistungsvergleich anhand der dienstlichen Beurteilungen im eigentlichen Sinne zur Auffassung, der Antragsteller sei schon deshalb nicht geeignet und nicht weiter einzubeziehen.

Auch finde sich in den Durchführungsanweisungen der ... für das Auswahlverfahren kein Hinweis zum Umgang mit freigestellten Personalräten. Im Ergebnis werde die Auswahl ausschließlich anhand fachlicher/tätigkeitsbezogener Kriterien getroffen; damit würden freigestellte Personalräte benachteiligt werden. Die im gerichtlichen Verfahren erfolgte Einschätzung der Antragsgegnerin, die Fortbildung des Antragstellers als örtlicher Datenschutzbeauftragter habe lediglich fundierte Kenntnisse vermittelt, sei im Auswahlverfahren nicht getroffen worden. Vielmehr sei man ausweislich des Vermerks fälschlich davon ausgegangen, dass der Antragsteller zwar künftig ein entsprechendes Zertifikat erwerben möchte, mithin aber über ein solches noch nicht verfüge. Zudem seien diese Kenntnisse als vertiefte Kenntnisse zu werten. Die im Vermerk getroffenen Unterstellung, der Antragsteller verfüge nach Aktenlage über keine vertieften Kenntnisse zum Thema Datenschutz, stehe darüber hinaus im Widerspruch zu dessen dienstlicher Beurteilung, die ihm neben seiner hohen rechtlichen Expertise auch eine besondere Stärke in der Bewertung und Lösung datenschutzrechtlicher Sachverhalte bescheinige. Ferner widerspreche die Durchführung der Ausschreibung den Dokumentationspflichten, denen die Antragsgegnerin schon aufgrund ihrer eigenen Durchführungsanweisungen unterliege.

8

Im Auswahlvermerk werde zur weiteren Begründung der Notwendigkeit eines abgeschlossenen Jurastudiums angeführt, dass Schwerpunkt der Beratertätigkeit das Thema „Vertragsgestaltung“ sein solle. Dies sei im Ausschreibungstext nicht erwähnt worden. Nach dem Fachkonzept der Zentrale beinhalte der Aufgabenschwerpunkt des Bereichs Datenschutz andere Kenntnisse und Fähigkeiten. Das Vertragsrecht sei eine Schwerpunkttätigkeit des Bereichs RCE (Recht/Compliance/Enterprise Fraud Management). Zum Thema Auftragsbearbeitung nach § 28 DSGVO könne der Antragsteller ausreichende Kenntnisse vorweisen, da dies Bestandteil seiner Fortbildung gewesen sei. Für die Rechtswidrigkeit der Auswahl spreche auch, dass im Auswahlvermerk gefordert werde, ein Mitarbeiter müsse konkrete Vorstellungen von den ihm zu übertragenden Aufgaben haben und aufgrund seiner persönlichen Kompetenzen gut zu integrieren sein. Diese Anforderungen seien im Hinblick auf die Rechtsprechung zur Vermeidung von Diskriminierungen des Personalratmitglieds offenkundig rechtswidrig. Zudem werde dem Antragsteller konkret vorgehalten, dass dessen Beurteilung mit Blick auf eine bestimmte Dienstpostenbeschreibung erstellt worden sei, woraus sich im Umkehrschluss ergebe, dass die Antragsgegnerin dem Antragsteller dies zum Nachteil gereichen lasse. Auch irritiere es, dass dem Antragsteller vorgehalten werde, er habe im Vorfeld seiner Bewerbung nicht um ein persönliches Gespräch ersucht. Dieser habe sich sehr wohl, wie die vorgelegten Screenshots des Serviceportals Telefonie belegten, mehrfach um ein persönliches Gespräch bei Frau ... bemüht, ohne dass deren Rückruf erfolgt sei. Für den nunmehr ausgewählten Konkurrenten sei eine Anlassbeurteilung erstellt worden, ohne dass ersichtlich sei, weshalb diese erforderlich gewesen sei. Die Beurteilungen seien daher schon nicht vergleichbar, weil der Antragsteller der mittlerweile nur alle zwei Jahre erforderlichen Regelbeurteilung unterworfen gewesen sei. Ungeachtet dessen habe der Konkurrent lediglich ein Gesamturteil der Note „C“ erhalten, während der Antragsteller das Gesamturteil „B“ erhalten habe. Der Auswahlvermerk enthalte auch keine Aussagen dazu, ob die Wertigkeit der beiden Beurteilungen aufgrund der unterschiedlichen Tätigkeitsebenen vergleichbar gewesen seien. Es sei nicht ersichtlich, dass die Antragsgegnerin überhaupt eine differenzierte Bewertung der Gesamturteile der dienstlichen Beurteilungen im Verhältnis zum Statusamt vorgenommen habe. Ein Nachschieben der Gründe im gerichtlichen Verfahren sei hier nicht möglich. Die Argumentation, der Konkurrent sei trotz einer schlechteren Bewertung alleine wegen eines höheren Statusamtes besser geeignet, könne nicht pauschal greifen. Zumindest hätte die Antragsgegnerin einen Beurteilungsgleichstand prüfen müssen, was sich aus dem Vermerk nicht ergebe. Im Hinblick auf eine möglicherweise gebotene Binnendifferenzierung sei nicht erkennbar, dass hierzu überhaupt Feststellungen getroffen worden seien. Vielmehr sei offenbar unterstellt worden, dass ein Vorsprung des Beigeladenen gegeben sei, ohne dies zu begründen. Die Aussagen in der Beurteilung des Antragstellers seien ebenso wie das Zertifikat zum behördlichen Datenschutzbeauftragten nicht in die Auswahlentscheidung einbezogen worden. Vorsorglich werde zunächst auch eine ordnungsmäßige Beteiligung der Personalvertretung bestritten.

9

Der Antragsteller beantragt,

der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu untersagen, die vormals ausgeschriebene Stelle „Beraterin/Berater in der Zentrals (w/m/d) (Dienstort ...*) in der Stabsstelle Datenschutz“,

Referenzcode: ..., einem andern Bewerber zu übertragen oder mit einem anderen Bewerber zu besetzen, solange nicht über die Bewerbung des Antragstellers bestandskräftig entschieden ist.

10

Die Antragsgegnerin beantragt die Ablehnung des Antrags Es sei keine Eilbedürftigkeit gegeben. Der Beigeladene werde bereits seit dem 1. Dezember 2019 vorübergehend auf der streitgegenständlichen Stelle als Berater in der Stabsstelle Datenschutz eingesetzt und verfüge daher bereits über einen nicht einholbaren Erfahrungsvorsprung. Daher sei dem Antragsteller das Abwarten einer Entscheidung in der Hauptsache zumutbar. Außerdem sei die Auswahlentscheidung rechtsfehlerfrei ergangen. Wegen der vorliegenden aussagekräftigen Unterlagen sei eine Entscheidung nach Aktenlage möglich gewesen. Diese sei nach dem Prinzip der Besteignung erfolgt. Dass der Antragsteller der Auswahlkommission bereits aus einem anderen Stellenbesetzungsverfahren bekannt gewesen sei, habe sich nicht auf die Auswahlentscheidung ausgewirkt. Der Antragsteller habe keine vertieften Kenntnisse zum Thema Datenschutz nachweisen können. Aufgrund seiner achttägigen Ausbildung zum behördlichen Datenschutzbeauftragten und seiner praktischen Erfahrungen als Verantwortlicher für das Thema Datenschutz im Personalrat dürfte er lediglich über fundierte Kenntnisse verfügen, während der Beigeladene bereits langjährige Kenntnisse und Erfahrungen als Datenschutzbeauftragter des ... habe und seit dem ... als Berater in der Stabsstelle Datenschutz eingesetzt sei. Er könne deshalb vertiefte Kenntnisse im Bereich Datenschutz nachweisen. Das Auswahlkriterium „Zweites juristisches Staatsexamen“ sei als Kann- und nicht als Soll-Kriterium behandelt worden. Typischerweise lägen die für die Tätigkeit als Berater in der Stabsstelle Datenschutz erforderlichen breit gefächerten Rechtskenntnisse nur nach einer volljuristischen Ausbildung vor, es könne jedoch nicht vollständig ausgeschlossen werden, dass entsprechende Kenntnisse im Einzelfall auch auf anderem Wege, z. B. durch diverse Berufserfahrungen im rechtlichen Kontext und einschlägige Zusatzqualifikationen erworben sein könnten. Soweit im Auswahlvermerk ausgeführt werde, dass Schwerpunkt der Beratertätigkeit in der Stabsstelle Datenschutz unter anderem das Thema „Vertragsgestaltung“ sei, beziehe sich dies nur auf die datenschutzrechtlichen Bestandteile und Klauseln von Verträgen. Die Stabsstelle sei unter anderem im Rahmen von Beschaffungsvorgängen des Zentraleinkaufs in vollem Umfang eingebunden, soweit datenschutzrechtliche Bestimmungen und Bestandteile der Verträge betroffen seien und begleite insoweit auch Verhandlungen zu Datenschutzklauseln. Sie müsse ihre Ausführungen immer in den Gesamtkontext des jeweiligen Vertrages stellen, was angesichts der Vielzahl und Vielfalt der Beschaffungsvorgänge ein grundlegendes und breites Rechtsverständnis voraussetze. Gemäß dem Fachkonzept der Zentrale müssten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Zentrale im Aufgabenschwerpunkt Datenschutz unter anderem Kenntnisse des Datenschutz-, Verwaltungs-, Sozial-, Personal-, Internet- und des Steuerrechts einschließlich der dazu gehörenden Verfahrensrechte und Prozessordnungen verfügen. Die Frage, ob sich der Antragsteller im Vorfeld seiner Bewerbung mit der Leiterin der Stabsstelle Datenschutz in Verbindung gesetzt habe oder nicht, könne dahinstehen, weil sie ausweislich der E-Mail der Personalberaterin an die Leiterin der Stabsstelle Datenschutz vom 7. Oktober 2020 keinen Einfluss auf das Auswahlverfahren gehabt habe. Soweit der Antragsteller darauf abstelle, dass er im Gesamtergebnis mit „B“ beurteilt worden sei, während der Beigeladene lediglich eine Beurteilung mit dem Gesamtergebnis „C“ vorweisen könne, verkenne er, dass die Wertigkeiten der Leistungsbeurteilungen nicht vergleichbar seien. Denn die Beurteilung des Antragstellers beziehe sich auf eine Tätigkeit der Tätigkeitsebene III (Besoldungsgruppe A 11), während sich die Beurteilung des Beigeladenen auf die höhere Tätigkeitsebene II (Besoldungsgruppe A 13) beziehe. Es könne vorliegend kein Beurteilungsgleichstand angenommen werden. Die Aufgaben der Tätigkeitsebene II seien deutlich komplexer und anspruchsvoller als die der Tätigkeitsebene III, was bereits die Zuordnung zu den jeweiligen Besoldungsgruppen belege. Die Tätigkeitsebene II sei nicht die nächsthöhere Besoldungsgruppe zur Tätigkeitsebene III. Sowohl für den Antragsteller als auch für den Beigeladenen seien im Auswahlverfahren die aktuellsten Beurteilungen zugrunde gelegt worden. Für den Antragsteller habe keine Anlassbeurteilung erstellt werden müssen, weil diese nur bei bestimmten Ereignissen, wie nach vorübergehender Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit, zu erstellen seien. Die Bewerbung auf eine Stellenausschreibung sei kein solcher Anlass. Die Berücksichtigung der unterschiedlichen Beurteilungen sei im Auswahlvermerk dokumentiert worden. Die Beurteilungen seien den jeweiligen Tätigkeitsebenen zugeordnet und die Gesamtbewertung miteinander verglichen worden. Sämtliche Gremien seien ausweislich der Stellenbesetzungsverfahrensakte ordnungsgemäß beteiligt worden. Wegen weiterer Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der beigezogenen Behördenakte sowie die im gerichtlichen Verfahren gewechselten Schriftsätze verwiesen.

II.

11

Der zulässige Antrag ist begründet.

12

Gemäß § 123 Abs. 1 VwGO kann das Gericht 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. Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Dabei hat der Antragsteller sowohl die Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung, den Anordnungsgrund, als auch das Bestehen eines zu sichernden Rechts, den Anordnungsanspruch, glaubhaft zu machen (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO).

13

Danach war dem Antrag stattzugeben, weil der Antragsteller einen Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund glaubhaft gemacht hat.

14

Ein abgelehnter Bewerber, dessen subjektives Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG durch eine fehlerhafte Auswahlentscheidung des Dienstherrn verletzt worden ist, kann eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung zumindest dann beanspruchen, wenn seine Erfolgsaussichten bei einer erneuten Auswahl offen sind, mithin seine Auswahl als möglich erscheint. Dieser Prüfungsmaßstab ist wie im Hauptsacheverfahren auch bei einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung anzulegen. Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung dürfen ebenfalls nicht über das hinausgehen, was für ein Obsiegen im Hauptsacheverfahren genügt (vgl. BVerfG, B.v. 16.12.2015 - 2 BvR 1958/13 - juris; BVerwG, B.v. 22.11.2012 - 2 VR 5.12 - juris Rn. 22; BayVGh, B.v. 3.6.2015 - 6 ZB 14.312 - juris Rn. 10 m.w.N.).

15

1. Der Antragsteller hat einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht, da die ausgeschriebene Stelle mit dem Beigeladenen endgültig besetzt werden soll. Diese Stelle stellt für den Antragsteller und den Beigeladenen ein höherwertiges Statusamt dar. Unabhängig davon, ob das entsprechende statusrechtliche Amt gleichzeitig mit der Übertragung der streitgegenständlichen Stelle übertragen wird oder ob die Übertragung des höherwertigen Dienstpostens die laubahnrechtlichen Voraussetzungen für eine spätere Beförderung schafft (BVerwG, B.v. 21.12.2016 - 2 VR 1.16 - juris Rn. 12 f.), liegt ein Anordnungsgrund vor, sodass das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes grundsätzlich die Funktion des Hauptsacheverfahrens übernimmt (BayVGh, B.v. 4.2.2015 - 6 CE 14.2477 - juris Rn. 11 m.w.N.).

16

2. Der Antragsteller hat auch einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht, weil die Auswahlentscheidung vom ... seinen aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt. Es erscheint auch möglich, dass die Stelle 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).

17

a) Gemäß Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Das in Art. 33 Abs. 2 GG und § 9 Satz 1 BBG statuierte Leistungsprinzip, welches für sämtliche Ernennungen gilt, dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes und vermittelt zum anderen Bewerbern ein grundrechtsgleiches Recht auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl. Art. 33 Abs. 2 GG begründet einen Anspruch des Bewerbers, dass über seine Bewerbung in fehlerfreier Weise entschieden und sie nur aus Gründen zurückgewiesen wird, die durch den Leistungsgrundsatz gedeckt sind (vgl. BVerwG, U.v. 17.8.2005 - 2 C 37.04 - juris Rn. 18 m.w.N.). Wird dieses subjektive Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG durch eine fehlerhafte Auswahlentscheidung des Dienstherrn verletzt, folgt daraus zwar regelmäßig nicht ein Anspruch auf Beförderung oder Vergabe des begehrten Dienstpostens; der unterlegene Bewerber kann aber eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung beanspruchen, wenn seine Auswahl möglich erscheint (BVerfG, B.v. 2.10.2007 - 2 BvR 2457/04 - juris Rn. 11 m.w.N.).

18

Die Prognoseentscheidung über Eignung, Befähigung und fachliche Leistung erfolgt in der Auslegung und Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe, bei denen dem Dienstherrn ein gerichtlich nur beschränkt nachprüfbarer Beurteilungsspielraum zusteht. Das Gericht kann nur überprüfen, ob der Dienstherr die Begriffe Eignung, Befähigung und fachliche Leistung verkannt hat, ob er von einem unrichtigen Tatbestand ausgegangen ist, ob er das vorgeschriebene Verfahren eingehalten hat, ob er allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachwidrige Erwägungen angestellt hat (BVerwG, U.v. 13.5.1965 - II C 146.62 - juris Rn.40; BVerfG, B.v. 20.9.2016 - 2 BvR 2453/15 - juris Rn. 18). Die wesentlichen Auswählerwägungen sind 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 (BVerfG, B.v. 9.7.2007 - 2 BvR 206/07 - juris Rn. 21 ff. m.w.N.; BVerwG, B.v. 16.12.2008 - 1 WB 19.08 - juris Rn. 35).

19

Über die Eignung des Bewerberfeldes kann in einem gestuften Auswahlverfahren befunden werden. Bewerbende, 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. Dies gilt grundsätzlich auch für Bewerbende, die zwingende Vorgaben eines rechtmäßigen Anforderungsprofils nicht erfüllen (BVerwG B.v. 20.06.2013 - 2 VR 1.13 - juris Rn. 23; B.v. 25.10.2011 - 2 VR 4.11 - juris Rn. 17 und 30; B.v. 6.4.2006 - 2 VR 2.05 - juris Rn. 7). Bereits an dieser Stelle und damit noch vor der eigentlichen Auswahlentscheidung nach Art. 33 Abs. 2 GG ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass der Dienstherr ein Auswahlverfahren auch kraft der ihm zustehenden Personal- und Organisationshoheit aus sachlichen Gründen auf einen entsprechenden Bewerberkreis beschränken kann (BVerfG B.v. 11.11.1999 - 2 BvR 1992/99 - juris Rn. 6; B.v. 28.2.2007 - 2 BvR 2494/06 - juris Rn. 11). Wer ein solches konstitutives Anforderungsprofil nicht erfüllt, kommt für die Auswahl von vornherein nicht in Betracht, mag er oder sie auch besser dienstlich beurteilt sein. Erst wenn es darum geht, gegebenenfalls eine Auswahl unter mehreren, das konstitutive Anforderungsprofil erfüllenden Bewerbenden zu treffen, kommt den dienstlichen Beurteilungen (wieder) Bedeutung zu (vgl. BayVGh, B.v. 18.6.2012 - 3 CE 12.675 - juris Rn. 79 m.w.N.).

20

Der Grundsatz der auf das Statusamt bezogenen Bestenauswahl ist jedoch grundsätzlich auch bei der Festlegung eines Anforderungsprofils zu beachten, in dem der Dienstherr die besonderen Anforderungen des konkret zu besetzenden Dienstpostens bzw. der konkret ausgeschriebenen Stelle festlegt. Eine Einengung des Bewerberfeldes aufgrund der besonderen Anforderungen eines konkreten Dienstpostens ist mit Art. 33 Abs. 2 GG grundsätzlich nicht zu vereinbaren. Ausnahmen hiervon sind nur zulässig, wenn die Wahrnehmung der Aufgaben eines Dienstpostens zwingend besondere Kenntnisse oder Fähigkeiten voraussetzt, die ein Laufbahnbewerber regelmäßig nicht mitbringt und sich in angemessener Zeit und ohne unzumutbare Beeinträchtigung der Aufgabenwahrnehmung auch nicht verschaffen kann (vgl. BVerwG, B.v. 23.3.2021 - 2 VR 5.20 - juris Rn. 25; B.v. 20.6.2013 - 2 VR 1.13 - juris Rn. 19 ff., 24 ff.; B.v. 19.12.2014 - 2 VR 1.14 - juris Rn. 20 ff., 24 ff., jeweils m.w.N.). Das dem Auswahlverfahren zugrunde gelegte Anforderungsprofil muss auf leistungsbezogenen Kriterien im Sinn von Art. 33 Abs. 2 GG beruhen und in einem inhaltlichen Zusammenhang mit den Anforderungen der zu besetzenden Stelle stehen (vgl. BVerwG, B.v. 6.11.2020 - 1 WDS-VR 10.20 - juris Rn. 31 m.w.N.).

21

b) Hiervon ausgehend stellt sich der Auswahlvermerk vom 9. Oktober 2020 als fehlerhaft dar. Der Antragsteller hat einen Anspruch auf die erneute rechtsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung, da sein Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG durch die getroffene Auswahlentscheidung verletzt wird.

22

aa) Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass die von der Antragsgegnerin in der Auswahlentscheidung vertretene Annahme, der Antragsteller erfülle nur teilweise die Kriterien des

Anforderungsprofils, auf unrichtige Tatsachen gestützt wurde. Denn diese Einschätzung beruht auf der fehlerhaften Annahme, der Antragsteller verfüge noch nicht über das Zertifikat eines behördlichen Datenschutzbeauftragten und wolle erst künftig an einer solchen Fortbildung teilnehmen. Die Antragsgegnerin hat damit ihrer Auswahlentscheidung einen unzutreffenden Sachverhalt zugrunde gelegt, wie das der Bewerbung des Antragstellers beigefügte Zertifikat der ... vom ... belegt. Zum anderen wurde im Auswahlvermerk bei der Feststellung, der Antragsteller verfüge über keinen juristischen Hintergrund und über keine vertieften Kenntnisse zum Thema Datenschutz, ausgeblendet, dass dem Antragsteller in dessen Beurteilung exzellente Rechtskenntnisse bescheinigt werden und hervorgehoben wird, dass er besondere Stärken in der Bewertung und Lösung von datenschutzrelevanten Sachverhalten gezeigt habe. Zudem bleibt die langjährige Befassung des Antragstellers mit dem Datenschutzrecht im Rahmen seiner Personalratstätigkeit unberücksichtigt, obwohl dies - insoweit widersprüchlich - an anderer Stelle im Auswahlvermerk erwähnt wird.

23

Soweit sich die Antragsgegnerin in der Antragsrüge damit auseinandersetzt, dass der Antragsteller zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung das Zertifikat tatsächlich bereits erworben hatte, und hierzu ausführt, damit dürfte dieser lediglich über fundierte, aber nicht über vertiefte Kenntnisse im Datenschutzrecht verfügen, kann dies diese Fehler nicht heilen. Zum einen lässt sich bereits daraus, dass dieser Einwand im Konjunktiv vorgebracht wird, entnehmen, dass diese Aussage spekulativ ist und sich die Antragsgegnerin nicht eingehender mit den Lehrinhalten der Fortbildung auseinandergesetzt hat. Zudem verhält sich dieser Vortrag ebenfalls nicht zu den in der Beurteilung hervorgehobenen besonderen rechtlichen Kenntnissen des Antragstellers sowie zur langjährigen Erfahrung mit Fragen des Datenschutzrechts in seiner Eigenschaft als Personalrat. Darüber hinaus können im gerichtlichen Verfahren Ermessenserwägungen durch das Nachschieben von Gründen lediglich ergänzt, nicht aber die Entscheidung mit einem neuen argumentativen Unterbau versehen werden (vgl. Wolff in Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 114 Rn. 209). Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung genügt eine im gerichtlichen Verfahren vorgelegte Begründung, mit der Auswahlwägungen für die getroffene Entscheidung nachgeholt werden, nicht der Dokumentationspflicht; sie kann deshalb auch nicht zur Begründung der Rechtmäßigkeit der getroffenen Entscheidung herangezogen werden (vgl. BVerfG, B.v. 9.7.2007 - juris Rn. 21, 23 m.w.N.). Die vollständige Nachholung oder die Auswechslung der die Ermessensentscheidung tragenden Gründe ist unzulässig (BVerwG, B.v. 27.5.2014 - 1 WB 55.13 - juris Rn. 31 m.w.N.).

24

Es ist auch nicht ausgeschlossen, dass die Antragsgegnerin, wenn sie den Fortbildungsinhalt und zudem die in der Beurteilung bescheinigten rechtlichen und datenschutzrechtlichen Fähigkeiten des Antragstellers berücksichtigt, zu dem Ergebnis kommt, dass der Antragsteller eben doch über vertiefte rechtliche Kenntnisse, insbesondere auch zum Thema Datenschutz, verfügt. Aufgrund des dem Dienstherrn zustehenden Beurteilungsspielraums kann diese Feststellung nicht vom Gericht ersetzt werden.

25

bb) Der Auswahlvermerk ist darüber hinaus auch fehlerhaft, weil er sich auf sachfremde Erwägungen stützt. Der Vermerk, der Antragsteller sei der Auswahlkommission bereits aus einem Auswahlverfahren im IV. Quartal als Berater/Beraterin Datenschutz (TE II) bekannt, aus dem er wegen fehlender juristischer und spezifisch datenschutzrechtlicher Kenntnisse als nicht geeignet hervorgegangen sei, ist für die vorliegende Bewerbung ohne Belang und damit ein sachwidriges Auswahlkriterium. Die Einlassung der Antragsgegnerin, dieser Vermerk habe sich nicht auf die Auswahlentscheidung ausgewirkt, ist nicht plausibel, da er in die Dokumentation der Auswahlentscheidung aufgenommen wurde. Vielmehr liegt die Vermutung nahe, dass dies der Grund ist, warum die mittlerweile bereits erfolgte Zertifizierung des Antragstellers zum behördlichen Datenschutzbeauftragten übersehen und die im Rahmen der Personalratstätigkeit erlangten und in der Beurteilung hervorgehobenen datenschutzrechtlichen Erfahrungen und Fähigkeiten des Antragstellers nicht berücksichtigt wurden.

26

cc) Die von der Antragsgegnerin getroffene Auswahlentscheidung kann auch deshalb keinen Bestand haben, weil dem Auswahlvermerk nicht entnommen werden kann, dass die Antragsgegnerin die dienstlichen Beurteilungen der Bewerber miteinander verglichen und die unterschiedlichen Gesamturteile bewertet hat. Wie oben ausgeführt beruht die Annahme, der Antragsteller erfülle die Kriterien des

Anforderungsprofils nur teilweise, auf unzutreffenden bzw. unzureichend ermittelten Annahmen und es ist nicht ausgeschlossen, dass unter Zugrundelegung des richtigen Sachverhalts das Vorliegen der Kriterien des Anforderungsprofils vollumfänglich bejaht werden kann. Dem steht insbesondere auch nicht der Umstand entgegen, dass es sich beim Antragsteller um keinen Volljuristen handelt, weil das Auswahlkriterium „Zweites juristisches Staatsexamen“ in der Ausschreibung nicht als konstitutives Anforderungsprofil genannt ist, sondern dessen Vorliegen lediglich als „wünschenswert“ bezeichnet wurde. Damit durfte die Antragsgegnerin den Antragsteller nicht vorab aus dem Bewerberkreis ausschließen, weil dieser keinen derartigen Abschluss vorweisen kann. Sollte die Antragsgegnerin bei Berücksichtigung der zutreffenden Tatsachen zum Ergebnis kommen, dass der Antragsteller das Anforderungsprofil erfüllt, ist der für die Bewerberauswahl maßgebende Leistungsvergleich anhand aktueller dienstlicher Beurteilungen vorzunehmen (BVerwG, B.v. 20.6.2013 - 2 VR 1.13 - juris Rn. 21; vgl. auch § 33 Abs. 1 BLV).

27

In diesem Fall ist es auch nicht ausgeschlossen, dass sich der Antragsteller bei einer zutreffenden rechtlichen Bewertung als der geeignetste Bewerber erweist. Vorliegend weist die aktuelle Anlassbeurteilung des Beigeladenen ein schlechteres Gesamturteil aus als die Beurteilung des Antragstellers. Im Auswahlvermerk sind zwar die unterschiedlichen Beurteilungsergebnisse jeweils vermerkt und es wird ausgeführt, dass der Beigeladene bereits seit 2017 in insgesamt zwei Tätigkeitsbereichen höherwertig eingesetzt und jeweils mit „entspricht vollumfänglich dem Anforderungsprofil eines TE II-Beschäftigten“ beurteilt worden ist. Die Beurteilung des Antragstellers mit dem Gesamturteil „übertrifft die Anforderungen“ der Tätigkeitsebene TE III wird jedoch hierzu nicht in Bezug gesetzt. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ist es zwar rechtlich nicht zu beanstanden, wenn in der Regel davon ausgegangen wird, dass bei formal gleicher Bewertung die Beurteilung des/der Beamten/-in im höheren Statusamt besser ist als diejenige des in einem niedrigeren Statusamt befindlichen Konkurrenten. Das ergibt sich aus dem allgemeinen Erfahrungssatz, dass mit einem höheren Statusamt die Wahrnehmung höherwertiger Aufgaben verbunden ist, die im Allgemeinen gegenüber einem niedrigeren Statusamt gesteigerte Anforderungen beinhalten und mit einem größeren Maß an Verantwortung verbunden sind (vgl. BVerfG, B.v. 16.12.2015 - 2 BvR 1958/13 - juris Rn. 59; BVerwG, B.v. 20.6.2013 - 2 VR 1.13 - juris Rn. 52; BayVGh, U.v. 20.8.2020 - 6 B 18.2657 - juris Rn. 22). Allerdings darf dieser Grundsatz nicht schematisch auf jeden Fall einer Beförderungskonkurrenz zwischen zwei Beamten(inn)en unterschiedlicher Statusämter angewendet werden. Er besagt auch nichts darüber, wie sich eine formal graduell oder sogar erheblich bessere Bewertung des im niedrigeren Statusamt befindlichen Konkurrenten auf die Auswahlentscheidung auswirkt (BayVGh, B.v. 12.7.2021 - 3 CE 21.1466 - juris Rn. 4). Vielmehr hängt das zusätzlich zu berücksichtigende Gewicht der in einem höheren Statusamt erreichten Beurteilung von den Umständen des Einzelfalls ab (BVerfG, B.v. 4.7.2018 - 2 BvR 1207/18 - juris Rn. 11 m.w.N.).

28

Dem Auswahlvermerk kann nicht entnommen werden, dass sich die Antragsgegnerin mit den Beurteilungsgrundlagen und dem Leistungsvergleich differenziert auseinandergesetzt hat. Die dortigen Ausführungen verhalten sich nicht dazu, wie die Wertigkeit der beiden Beurteilungen aufgrund der unterschiedlichen Tätigkeitsebenen beurteilt wurde und ob von einem Beurteilungsgleichstand oder von einem Leistungsvorsprung des Beigeladenen ausgegangen wird. Erst im gerichtlichen Verfahren wurde von der Antragsgegnerin klagestellt, dass sie nicht von einem Beurteilungsgleichstand ausgegangen sei. Der Beurteilung des Beigeladenen sei ein höheres Gewicht beizumessen, weil er seit längerem höherwertig in der Tätigkeitsebene II eingesetzt sei und dem Anforderungsprofil im vollem Umfang entspreche. Die Aufgaben der Tätigkeitsebene II seien deutlich komplexer und anspruchsvoller als die der Tätigkeitsebene III. Diese rein schematische Betrachtung genügt den vorbezeichneten Anforderungen erkennbar nicht und ist rechtlich nicht haltbar. Art. 33 Abs. 2 GG lässt sich nicht der Rechtsatz entnehmen, dass dem Inhaber des höheren Statusamtes auch bei formal schlechterer Beurteilung grundsätzlich der Vorzug gegenüber dem im statusniedrigeren Amt befindlichen, aber besser beurteilten Beamten gegeben werden muss. Vielmehr existiert insoweit ein Erfahrungssatz, dass regelmäßig die um einen Punktwert besser ausgefallene Beurteilung des Beamten im niedrigeren Statusamt mit der im ranghöheren Statusamt gleichzustellen ist (BayVGh, B.v. 12.7.2021, a.a.O. m.w.N.). Ob die Antragsgegnerin bei Vermeidung der aufgezeigten Fehler im Auswahlverfahren zu einem Leistungsvorsprung des Beigeladenen gegenüber dem Antragsteller gelangt, steht nicht fest.

29

dd) Hinzu kommt, dass die Auswahlentscheidung mit dem mittlerweile in § 52 Abs. 1 BPersVG (entspricht § 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG a.F.) verankerten Benachteiligungsverbot nicht vereinbar ist. Nach der genannten Vorschrift darf die Freistellung von Personalräten nicht zur Beeinträchtigung des beruflichen Werdegangs führen. Freigestellte Personalräte müssen daher die Möglichkeit erhalten, dass Auswahlentscheidungen in einem Bewerbungsverfahren benachteiligungsfrei erfolgen und dass keine freistellungsbedingten Nachteile gegen diesen Bewerber verwertet werden. Das Benachteiligungsverbot soll sicherstellen, dass die Mitglieder des Personalrats ihre Tätigkeit unabhängig wahrnehmen können. Darüber hinaus soll es verhindern, dass Bedienstete von einer Mitarbeit im Personalrat, insbesondere von einer Freistellung vom Dienst, aus Sorge um ihre beruflichen Perspektiven Abstand nehmen. Daher folgt aus dem Benachteiligungsverbot, dass der Dienstherr freigestellten Personalratsmitgliedern diejenige berufliche Entwicklung ermöglichen muss, die sie ohne die Freistellung voraussichtlich genommen hätten. Die Freistellung darf die Chancen, sich in einem Auswahlverfahren um ein höheres Amt nach Art. 33 Abs. 2 GG durchzusetzen, nicht verbessern, aber auch nicht beeinträchtigen (BVerwG, B.v. 30.6.2014 - 2 B11.14 - juris Rn. 12 m.w.N.). Vorliegend wird in dem Auswahlvermerk hinsichtlich des Antragstellers abschließend festgehalten, dass dieser „aufgrund der beruflichen vita und der guten Bewerberlage“ in das weitere Auswahlverfahren nicht einbezogen werde. Die voranstehenden Ausführungen zur „beruflichen vita“ des Antragstellers beschränken sich jedoch auf die Feststellung, dass dieser seit ... ein freigestelltes Personalratsmitglied des ... sei und er seinen dortigen Dauerdienstposten Teamleiter tatsächlich von ... ausgeübt habe. Der Verweis auf die berufliche Laufbahn des Antragstellers zielt damit auf dessen langjährige Freistellung und macht deutlich, dass sich diese negativ auf die Auswahlentscheidung ausgewirkt hat.

30

Es ist nicht ausgeschlossen, dass die ausgeschriebene Stelle im Falle einer fehlerfreien Wiederholung des Auswahlverfahrens an den Antragsteller vergeben würde. Im Hinblick auf den dem Dienstherrn eingeräumten und gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum kann das Gericht insoweit nicht eigene Erwägungen an die Stelle derer der Antragsgegnerin stellen.

31

ee) In ungünstigem Licht erscheint das von der Antragsgegnerin vorgenommene Besetzungsverfahren auch vor dem Hintergrund, dass die Personalberaterin der ..., die auch den Auswahlvermerk vom ... fertigte, bereits in der Email, mit der sie am ... die Ausschreibung der streitgegenständlichen Stelle veranlasste, unter „sonstige Hinweise“ vermerkte, dass der Beigeladene „Zielperson“ dieser Ausschreibung sei (vgl. Rückseite von Bl. 2 der Behördenakte „abgeschlossene Vorgänge“). Im Zusammenhang mit den teilweise unzutreffenden bzw. unsachlichen Feststellungen im Auswahlvermerk im Hinblick auf den Antragsteller und der unzureichenden Auseinandersetzung mit dessen Beurteilung und der des Beigeladenen ist es nicht auszuschließen, dass die Auswahlentscheidung nicht auf Grundlage einer objektiven, am Leistungsgrundsatz ausgerichteten Prüfung der Bewerbungen getroffen wurde. In Konkurrenzsituationen kommt dem Gebot der Chancengleichheit entscheidende Bedeutung zu. Der Dienstherr muss sich fair und unparteiisch gegenüber allen Bewerbern verhalten (vgl. BVerwG, U.v. 29.11.2012 - 2 C 6.11 - juris Rn. 25). Auch ein Wunschkandidat muss sich einem fairen und transparenten Auswahlverfahren stellen (vgl. BayVGh, B.v. 22.11.2007 - 3 CE 07.2274 - juris Rn. 57).

32

3. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 154 Abs. 1 VwGO. Der Beigeladene trägt seine außergerichtlichen Kosten gemäß § 162 Abs. 3 VwGO selbst, da er keinen Antrag gestellt und sich damit auch nicht dem Kostenrisiko ausgesetzt oder das Verfahren sonst wesentlich gefördert hat.

33

4. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 1 und § 52 Abs. 6 Sätze 2 bis 4 GKG. Der Streitwert in einem beamtenrechtlichen Konkurrenteneilverfahren, das auf die vorläufige Freihaltung der zu besetzenden Beförderungsstelle(n) durch Erlass einer einstweiligen Anordnung gerichtet ist, beträgt - wie bei einer auf Neuverbescheidung des Beförderungsbeghrens gerichteten Hauptsacheklage - ein Viertel der für ein Kalenderjahr in dem angestrebten Amt nach Maßgabe von § 52 Abs. 6 Sätze 1 bis 3 GKG zu zahlenden Bezüge (vgl. BayVGh, B.v. 24.10.2017 - 6 C 17.1429 - juris Rn. 6 ff.), vorliegend demnach 3 x 5.648,10 EUR = 16.944,30 EUR.