VGH München, Beschluss v. 31.01.2022 – 3 ZB 21.2172

Titel:

Fehlerhafte Auswahlentscheidung wegen nicht bekannt gegebener Änderung der Verwaltungspraxis

Normenketten:

VwGO § 124 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2
GG Art. 3 Abs. 1, 19 Abs. 4, 33 Abs. 2
RBestPol Nr. 3 S. 3, Nr. 6.2, Nr. 7.1

Leitsatz:

Richtlinienänderungen bedürfen zwar grundsätzlich nicht der Schriftform, auch wenn die bisherige Praxis durch Verwaltungsvorschriften schriftlich festgelegt war. Denn Anknüpfungspunkt für die allein maßgebliche materielle Gleichheitsprüfung und damit Vergleichsmerkmal im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG bzw. Art. 33 Abs. 2 GG sind nicht die Verwaltungsvorschriften, sondern die eine Selbstbindung bewirkende ständige Verwaltungspraxis. Jedoch sprechen beachtliche Gründe für die Pflicht des Dienstherrn zur Bekanntgabe der behaupteten tatsächlichen Änderung der tatsächlichen Handhabung der Verwaltungspraxis in der streitgegenständlichen Stellenausschreibung. (Rn. 12 – 13) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Beamtenrecht, Dienstpostenbesetzung, stellvertretender Leiter eines Kommissariats (BesGr. A 11 / A 12), Änderung der Verwaltungspraxis bei Auswahlentscheidungen, Änderung, Verwaltungspraxis, Auswahlentscheidungen, interne Dienstbesprechung, Transparenz, ermessensfehlerfreie Entscheidung, Vollzugspraxis, Bestellungsrichtlinien, Abweichen, Mindestwartezeit, Verwaltungsrichtlinie, Richtlinienänderung, Rechtsschein

Vorinstanz:

VG Augsburg, Urteil vom 17.06.2021 – Au 2 K 20.1120

Tenor

I. Der Antrag auf Zulassung der Berufung wird abgelehnt.

II. Der Beklagte trägt die Kosten des Zulassungsverfahrens. Der Beigeladene trägt seine außergerichtlichen Kosten selbst.

III. Der Streitwert für das Zulassungsverfahren wird auf 5.000 Euro

festgesetzt.

Gründe

1
Der auf die Zulassungsgründe des § 124 Abs. 1 Nr. 1 VwGO (ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils) und des § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO (besondere tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten) gestützte Antrag bleibt ohne Erfolg.

2
1. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils des Verwaltungsgerichts i.S.v. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO bestehen auf der Grundlage des Zulassungsvorbringens nicht. Solche sind zu bejahen, wenn ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine einzelne erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt wird und die Zweifel an der Richtigkeit einzelner Begründungselemente auf das Ergebnis durchschlagen. Dies ist vorliegend nicht der Fall.

3
Das Verwaltungsgericht hat den Beklagten unter Aufhebung seiner Auswahlentscheidung und des Widerspruchsbescheides des Polizeipräsidiums Schwaben Süd/West vom 8. Juni 2020 verpflichtet, über die Bewerbung des Klägers (KHK, BesGr. A 11) als „Stellvertretenden Kommissariatsleiter Verletzung

höchstpersönlicher Rechtsgüter im K1 der KPI M. (A 11 / A 12)“ unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.

4
Es hat den Anspruch des Klägers auf fehlerfreie Ermessensausübung im Hinblick auf seine Bewerbung zu Recht als verletzt angesehen, weil die Auswahlentscheidung ermessensfehlerhaft zugunsten des Beigeladenen (KHK, BesGr. A 12, zuletzt befördert mit Wirkung vom 1.2.2020) getroffen wurde, obwohl die erforderlichen Voraussetzungen für dessen vorrangige Umsetzung gemäß Nr. 7.1 der Richtlinien über die Bestellung auf Dienstposten des gehobenen und des höheren Dienstes der Bayer. Polizei vom 26. Oktober 2018 (RBestPol) nicht vorlagen.

5
1.1 Der Beigeladene erfüllt nicht die Voraussetzungen für eine vorrangige Umsetzung gemäß Nr. 7.1. RBestPol. Danach nehmen Umsetzungs- bzw. Versetzungsbewerber nicht an einem Auswahlverfahren teil, können jedoch vorrangig bestellt werden, wenn es besondere dienstliche Gründe erfordern (Nr. 7.1 Satz 1 und 2 RBestPol). Von besonderen dienstlichen Gründen kann in der Regel frühestens dann ausgegangen werden, wenn der Bewerber oder die Bewerberin beim Ablauf der Ausschreibungsfrist (vgl. Nr. 6.2 Var. 1 RBestPol) schon mindestens fünf Jahre auf seinem oder ihrem derzeitigen Dienstposten tätig war und mindestens drei Jahre seit der letzten Beförderung vergangen sind. Der Beigeladene war jedoch erst seit dem 1. November 2018 Sachbearbeiter im K1 und damit noch keine fünf Jahre auf seinem bisherigen Dienstposten tätig. Zudem sind seit seiner letzten Beförderung (1.2.2020) bis zum Ablauf der Ausschreibungsfrist (3.3.2020) noch keine drei Jahre vergangen. Dass es sich hierbei nach Ansicht des Beklagten um einen „vagabundierenden Dienstposten“ der Wertigkeit A 12 gehandelt haben soll, ist angesichts des Wortlauts der Nr. 7.1 Satz 3 RBestPol („Beförderung“) ohne Belang.

6
1.2 Das Verwaltungsgericht hat im Ergebnis zu Recht festgestellt, dass die Änderung der Verwaltungspraxis entsprechend der Dienstbesprechungen der Abteilungs-/Sachgebietsleiter Personal der Polizei und des Verfassungsschutzes mit dem Bayerischen Staatsministerium des Innern am 3. Juli 2019 und 27. November 2019 nicht zu einer ermessensfehlerfreien Auswahlentscheidung führt. Zwar sei eine Änderung von Verwaltungsvorschriften bzw. der maßgeblichen Verwaltungspraxis grundsätzlich jederzeit möglich. Die Verfahrenswirkungen von u.a. Art. 3 Abs. 1 GG verpflichteten bei behördlichen Auswahlentscheidungen wie der konkret streitgegenständlichen Stellenbesetzung jedoch dazu, dass die das Ermessen bindenden Richtlinien transparent seien und den Bewerbern so rechtzeitig bekanntgegeben würden, dass sie sich darauf einstellen könnten. Dies gelte in besonderer Weise, wenn - wie hier - der Dienstherr durch den ausdrücklichen Hinweis in der Ausschreibung auf Nr. 7.1 RBestPol eindeutig zu erkennen gegeben habe, dass er sich in einer bestimmten Weise, nämlich im Sinne der derzeit gültigen Fassung dieser Nummer der RBestPol, binden wolle. Er könne sein Ermessen nicht aufgrund rein interner Dienstbesprechungen in einer den expliziten Wortlaut der Ausschreibung widersprechenden Art ausüben. Eine solche Ermessensbetätigung wäre für Bewerber nicht vorhersehbar, so dass diese sich auf eine geänderte Verwaltungspraxis nicht einstellen könnten.

7
Mit ihren dagegen erhobenen Einwänden dringt die Zulassungsbegründung nicht durch. Es fehlt bereits an der substantiierten Darlegung einer tatsächlich geänderten Verwaltungspraxis. Durch die Vorlage der Auszüge aus den Protokollen der Dienstbesprechungen allein vermag der Beklagte eine Änderung der Verwaltungspraxis nicht zu begründen. Denn maßgebend ist dabei nicht die Sicht- und Verfahrensweise der im jeweiligen Einzelfall zuständigen Stelle, sondern die tatsächliche landesweite Vollzugspraxis (BayVGH, U.v. 10.12.2015 - 4 BV 15.1830 - juris Rn. 42; U.v. 25.7.2013 - 4 B 13.727 - juris Rn. 37 ff.; B.v. 17.9.2007 - 4 ZB 06.686 - juris Rn. 17). Selbst wenn - wie der Beklagte in der Zulassungsbegründung behauptet - z.B. im Bereich des Polizeipräsidiums Oberbayern Süd seither bereits in fünf Fällen von der Fünfjahresgrenze abgewichen worden sein sollte, würde insoweit allenfalls hinsichtlich dieser Abweichung eine neue, und nur auf den Bereich des Polizeipräsidiums Oberbayern Süd beschränkte Verwaltungspraxis dargelegt werden. Hinsichtlich der in dem vorliegenden Fall vorgenommenen weiteren/zusätzlichen Abweichung von der mindestens dreijährigen Mindestwartefrist seit der letzten Beförderung steht nicht einmal fest, dass es im Geltungsbereich der RBestPol überhaupt weitere Fälle dieser Art gegeben hat; der Beklagte hat dazu jedenfalls keine konkreten Beispiele genannt.

8
Im Übrigen weckt auch der Inhalt der Protokollauszüge Zweifel daran, ob jedenfalls hinsichtlich eines Abweichens von der dreijährigen Mindestwartezeit insoweit von einer generell eingeführten Behördenpraxis gesprochen werden kann. Anhaltspunkte dafür, dass zukünftig die Voraussetzung eines mindestens drei Jahre vergangenen Zeitraums seit der letzten Beförderung nicht erfüllt sein müsste, lassen sich dem Protokollauszug zur Dienstbesprechung vom 3. Juli 2019 nicht entnehmen. Soweit der Beklagte vorträgt (Klageerwiderung v. 16.9.2020, S. 5), dass in dem Protokoll jedenfalls kein Mindestzeitraum seit der letzten Beförderung gefordert wird, genügt dies als Anhaltspunkt für eine geänderte Vollzugspraxis vor dem Hintergrund der gegenteiligen schriftlich niedergelegten Bestellungsrichtlinien nicht. Der unbestimmt gehaltene Hinweis im Protokoll der Dienstbesprechung vom 27. November 2019, wonach „die Zeit von drei Jahren für die Ämterkontinuität auf jeden Fall als erfüllt“ gelten solle, vermag die bestehenden Zweifel an einer generell geänderten Behördenpraxis hinsichtlich eines Abweichens von der dreijährigen Mindestwartezeit nicht zu entkräften, zumal die Begründung und der Regelungszusammenhang des Hinweises im Dunkeln bleiben.

9
Hinzu kommt, dass die tatsächliche Änderung der in den Verwaltungsrichtlinien der RBestPol festgelegten Verwaltungspraxis zum Zeitpunkt der Dienstbesprechungen gemäß Art. 15 Halbsatz 2 BayBG i.V.m. Art. 3 Abs. 2 LlbG (in der Fassung bis 31.12.2019) das Einvernehmen des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen und für Heimat erfordert hätte. Denn die Änderung einer ermessenslenkenden Verwaltungsvorschrift hat grundsätzlich nicht nur in der Form (vgl. BVerwG, B.v. 8.4.1997 - 3 C 6.95 - juris Ls. 1, Rn. 21), sondern auch in dem Verfahren zu erfolgen, in der die abzuändernde Verwaltungsvorschrift um ihrer Wirksamkeit willen ergehen müsste. Dies gilt auch soweit Verwaltungsvorschriften durch eine (im Rahmen von Dienstbesprechungen angeordnete) neue Verwaltungspraxis abgeändert werden sollen. Ansonsten bestünde die Gefahr einer missbräuchlichen Umgehung der gesetzlichen Verfahrensvorschriften. Selbst wenn das Bayerische Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration als Richtliniengeber die abweichende Handhabung durch Teilnahme an den Dienstbesprechungen gebilligt oder sogar initiiert haben sollte, wie die Beklagtenvertreterin meint, bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass das zum Zeitpunkt der Dienstbesprechungen jedenfalls erforderliche Einvernehmen des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen und für Heimat zur (faktischen) Änderung der Verwaltungsrichtlinie erteilt worden wäre.

10
Vor diesem Hintergrund kann dahinstehen, ob eine Änderung der tatsächlichen Handhabung einer zuvor in schriftlichen Richtlinien festgelegten Verwaltungspraxis über die Bestellung von Dienstposten der Bayerischen Polizei (hier Nr. 7.1 RBestPol) den Bewerbern auf eine Stellenausschreibung rechtzeitig bekanntgegeben werden muss, wenn der Dienstherr zuvor im Rahmen dieser Ausschreibung durch einen Link auf die Bestellungsrichtlinie und insbesondere Nr. 7.1 RBestPol verwiesen hat, ohne zugleich die Bewerber auf die geänderte tatsächliche Handhabung aufmerksam zu machen.

11
Das Verwaltungsgericht stellt jedenfalls entgegen der Zulassungsbegründung weder in Abrede (UA S. 9), dass für die Auslegung einer ermessensbindenden Verwaltungsvorschrift ihre in ständiger Verwaltungspraxis geübte tatsächliche Handhabung ist, noch, dass solche durch eine abweichende Verwaltungspraxis grundsätzlich geändert werden könnten (BVerwG, B.v. 7.4.2000 - 2 B 21.00 - juris Rn. 3). Der vom Beklagten ins Feld geführte Gesichtspunkt, Verwaltungsvorschriften begründeten keinen Vertrauensschutz für die Zukunft, da sie unter dem Vorbehalt ihrer Änderung stünden, wird durch das angegriffene Urteil ebenso nicht in Frage gestellt.

12
Ergänzend sei bemerkt, dass Richtlinienänderungen zwar grundsätzlich nicht der Schriftform bedürfen, auch wenn - wie im vorliegenden Zusammenhang - die bisherige Praxis durch Verwaltungsvorschriften schriftlich festgelegt war. Denn Anknüpfungspunkt für die allein maßgebliche materielle Gleichheitsprüfung und damit Vergleichsmerkmal im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG bzw. Art. 33 Abs. 2 GG sind nicht die Verwaltungsvorschriften, sondern die eine Selbstbindung bewirkende ständige Verwaltungspraxis (vgl. VGH BW, B.v. 13.12.1999 - 4 S 2518/97 - juris Rn. 9, bestätigt durch BVerwG, B.v. 7.4.2000 - 2 B 21.00 - juris Rn. 3; a.A. h. Lit. zu ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften wegen ihrer mittelbaren Außenwirkung: vgl. nur Baßlsperger in: Weiss/Niedermaier/Summer/Zängl, Beamtenrecht in Bayern, Stand: Juni 2021,

BayBG, Art. 15 Rn. 15; Riese in Schoch/Schneider, VwGO, Juli 2021, § 114 Rn. 75; Schmidt-Aßmann/Schenk in Schoch/Schneider, Einleitung Rn. 204; Kiefer, LKRZ 2007, S. 212).

13
Jedoch sprechen beachtliche Gründe für die Pflicht des Dienstherrn zur Bekanntgabe der behaupteten tatsächlichen Änderung der tatsächlichen Handhabung der Verwaltungspraxis in der streitgegenständlichen Stellenausschreibung. Gerade im Hinblick auf den in der Stellenausschreibung enthaltenen Verweis auf die der tatsächlichen Verwaltungspraxis nicht mehr entsprechenden RBestPol wird ein unzutreffender Rechtsschein erweckt, der aus rechtsstaatlichen Erwägungen (Rechtssicherheit und Rechtsklarheit) heraus hätte beseitigt werden müssen. Zudem muss dem Beamten im Rahmen des beamtenrechtlichen Auswahlverfahrens schon wegen der in Art. 19 Abs. 4 GG enthaltenen Garantie effektiven Rechtsschutzes eine von schriftlich dokumentierten ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften abweichende Verwaltungspraxis bekannt sein, damit er seine Rechte wahrnehmen und die Erfolgsaussichten etwaiger Rechtschutzmöglichkeiten einschätzen kann. Gerade das Auswahlermessen im Rahmen behördlicher Auswahlentscheidungen ergreift naturgemäß mehrere (konkurrierende) Auswahlentscheidungen und bedarf deshalb sowohl eines geregelten Verfahrens (Ausschreibung) als auch gleichheitsgemäßer Auswahlkriterien, die zu Beginn festzulegen und bekanntzugeben sind (Konzeptpflicht) und an die sich die Behörde halten muss (Rennert in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 114 Rn. 29). Welche Anforderungen von allen Bewerbern zwingend erwartet und welche Kriterien bei im Wesentlichen gleicher Eignung der Bewerber maßgeblich berücksichtigt werden, muss sich aus der Stellenausschreibung ergeben (BVerwG, B.v. 20.6.2013 - 2 VR 1.13 - juris Ls. 3, Rn. 49). Diesen Anforderungen wird die streitgegenständliche Stellenausschreibung durch ihr Stillschweigen über die vermeintlich geänderte Verwaltungspraxis nicht gerecht. Vielmehr erweckt sie den (unzutreffenden) Eindruck, Umsetzungs-/Versetzungsbewerber könnten (in der Regel) nicht vorrangig bestellt werden, wenn sie nicht schon mindestens fünf Jahre auf ihrem derzeitigen Dienstposten tätig waren und mindestens drei Jahre seit ihrer letzten Beförderung vergangen sind. Die RBestPol selbst räumt der Ausschreibung zur Herstellung von Transparenz und zur Sicherung von Verfahrensrechten jedoch grundsätzlichen Vorrang ein (2.2.1 Satz 3 RBestPol). Der irreführende Verweis könnte letztlich zu einer Verzerrung des Wettbewerbs führen, die auch von dem Dienstherrn nicht gewollt sein kann. Aussichtsreiche Beamtinnen und Beamte könnten im guten Glauben an die Gültigkeit der Nr. 7.1 RBestPol von einer Bewerbung abgehalten werden; andere, zufällig oder gezielt über die geänderte Vollzugspraxis in Kenntnis gesetzte Umsetzungs/-Versetzungsbewerber könnten sich hingegen mit ihrer Bewerbung einen Wettbewerbsvorteil verschaffen, wodurch es auch zu einer Beeinträchtigung des Grundsatzes der Chancengleichheit kommen würde. Mit seinem Einwand, die Stellenausschreibung habe nur auf die grundsätzliche Möglichkeit einer vorrangigen Umsetzung hingewiesen, vermag der Beklagte schon wegen des in der Stellenausschreibung enthaltenen Links auf die gesamte RBestPol nicht durchzudringen. Der Verweis beschränkt sich gerade nicht nur auf Satz 2 der Nr. 7.1 RBestPol.

14
2. Aus den Gründen, mit denen das Vorliegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils zu verneinen ist, folgt auch, dass der Rechtssache nicht die besonderen rechtlichen Schwierigkeiten zukommen, die der Beklagte ihr zumisst. Die von ihm aufgeworfene Frage, welche Auswirkungen eine in ständiger Verwaltungspraxis geübte tatsächliche Handhabung im Rahmen beamtenrechtlicher Stellenausschreibungen und -besetzungen auf die Verbindlichkeit von Verwaltungsvorschriften besitzt, ist aus den unter 1. aufgezeigten Gesichtspunkten schon nicht entscheidungserheblich. Damit scheidet auch eine Zulassung der Berufung nach § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO aus.

15
3. Der Zulassungsantrag war demnach mit der Kostenfolge des § 154 Abs. 2 VwGO abzulehnen. Da der Beigeladene keinen eigenen Antrag gestellt hat, entspricht es der Billigkeit, dass er seine außergerichtlichen Kosten selbst trägt (§ 162 Abs. 3 VwGO).

16
Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 47, 52 Abs. 2 GKG.

17
Mit der Ablehnung des Antrags auf Zulassung der Berufung wird die Entscheidung des Verwaltungsgerichts rechtskräftig (§ 124a Abs. 5 Satz 4 VwGO).