

Titel:

fehlerhafter Leistungsvergleich bei Konkurrenz um Beförderungsdienstposten, Ausbleiben der Binnendifferenzierung bei Leistungsgleichstand

Normenketten:

VwGO § 123

GG Art. 33 Abs. 2

LlbG Art. 16

Richtlinien über die Bestellung auf Dienstposten der Bayerischen Polizei - Bestellungsrichtlinien (RBestPol)

Schlagnvorte:

fehlerhafter Leistungsvergleich bei Konkurrenz um Beförderungsdienstposten, Ausbleiben der Binnendifferenzierung bei Leistungsgleichstand

Fundstelle:

BeckRS 2024, 6272

Tenor

1. Dem Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, den Beigeladenen auf dem am 15.06.2023 ausgeschriebenen Dienstposten „Dienstgruppenleiter PI ... (A11/12)“ bei der PI ... zu befördern, solange nicht über den Widerspruch des Antragstellers gegen die Auswahlentscheidung des Antragsgegners rechts- bzw. bestandskräftig entschieden worden ist. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

2. Der Antragsteller trägt die Kosten zu 1/3, der Antragsgegner zu 2/3.

Der Beigeladene trägt seine außergerichtlichen Kosten selbst.

3. Der Streitwert wird auf 13.815,60 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

1

Der Antragsteller wendet sich gegen eine Entscheidung des Antragsgegners, den Dienstposten „Dienstgruppenleiter PI ... (A11/12)“ bei der PI ... mit dem Beigeladenen zu besetzen.

2

1. Der am ... geborene Antragsteller steht seit 01.03.2004 im Dienst des Antragsgegners, seit dem 08.09.2006 zunächst als Polizeimeister (PM). Mit Wirkung vom 01.09.2008 wurde er zum Polizeiobermeister (POM) ernannt. Die Berufung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit erfolgte am 01.04.2009. Mit Wirkung vom 01.10.2012 erfolgte die Beförderung zum Polizeihauptmeister (PHM). Mit Wirkung vom 01.07.2016 wurde ihm das Amt eines Polizeihauptmeisters der Besoldungsgruppe A9 mit Zulage verliehen. Anschließend wurde er mit Wirkung vom 01.04.2019 zum Polizeikommissar (PK) und zuletzt mit Wirkung vom 01.04.2021 zum Polizeioberkommissar (POK) befördert. In seiner periodischen dienstlichen Beurteilung vom 21.10.2019 (Beurteilungszeitraum: 01.06.2017 – 30.09.2019) erzielte er im Rang eines Polizeikommissars ein Gesamturteil von 10 Punkten.

3

In der folgenden dienstlichen Beurteilung vom 15.06.2021 (Beurteilungszeitraum: 01.10.2019 – 31.05.2021) erzielte er erneut eine Gesamtbewertung von 10 Punkten, diesmal im Rang eines Polizeioberkommissars. Im Einzelnen erhielt er folgende Punktwerte:

Beurteilungsmerkmal	Punkte
2.1 fachliche Leistung	
2.1.1 Arbeitsmenge	11
2.1.2 Arbeitsgüte	10

2.1.3 Eigeninitiative, Selbstständigkeit	10
2.1.4 Organisationsvermögen	10
2.1.5 Teamverhalten	10
2.1.6 Verhalten nach außen	11
2.2 Eignung	
2.2.1 Auffassungsgabe, Urteilsvermögen	10
2.2.2 geistige Beweglichkeit	12
2.2.3 Entschlusskraft, Entscheidungsfreude, Verantwortungsbereitschaft	10
2.2.4 Einsatzbereitschaft	10
2.2.5 Führungspotential	10
2.3 Befähigung	
2.3.1 Fachkenntnisse	10
2.3.2 mündliche Ausdrucksfähigkeit	10
2.3.3 schriftliche Ausdrucksfähigkeit	11
2.3.4 Verhandlungsgeschick/Vernehmungsgeschick	10

4

In den ergänzenden Bemerkungen heißt es: „Das Gesamturteil beruht auf einer wertenden Gesamtschau insbesondere der doppelt gewichteten Einzelmerkmale, ohne dass einem dieser Merkmale im Verhältnis zu den anderen ein überragendes Gewicht zugemessen wird. Der Beamte wurde im Beurteilungszeitraum befördert und im Vergleich mit den anderen Beamtinnen und Beamten seiner Besoldungsgruppe und der neuen Vergleichsgruppe bewertet. Der Beamte erscheint bei weiterer günstiger Entwicklung förderungswürdig. Der Beamte nimmt am Dienstsport regelmäßig teil.“

5

Der am ... geborene Beigeladene ist derzeit ebenfalls als POK (A10 – letzte Beförderung mit Wirkung vom 01.04.2022) bei der PI ... auf dem Dienstposten eines Sachbearbeiters 3. QE und stellvertretender Dienstgruppenleiter (Bes.-Gr. A9/11) tätig. Mit Wirkung vom 01.02.2016 wurde er zum PHM befördert. In seiner periodischen dienstlichen Beurteilung vom 15.10.2019 (Beurteilungszeitraum: 01.06.2017 – 30.09.2020) erzielte er im Rang eines Polizeikommissars (Beförderung am 01.04.2020) ein Gesamturteil von 11 Punkten.

6

In der folgenden dienstlichen Beurteilung vom 15.06.2021 (Beurteilungszeitraum: 01.10.2020 – 31.05.2021) erzielte er im Rang eines Polizeikommissars eine Gesamtbewertung von 12 Punkten. Im Einzelnen erzielte er folgende Punktwerte:

Beurteilungsmerkmal	Punkte
2.1 fachliche Leistung	
2.1.1 Arbeitsmenge	12
2.1.2 Arbeitsgüte	13
2.1.3 Eigeninitiative, Selbstständigkeit	12
2.1.4 Organisationsvermögen	12
2.1.5 Teamverhalten	12
2.1.6 Verhalten nach außen	12
2.2 Eignung	
2.2.1 Auffassungsgabe, Urteilsvermögen	13
2.2.2 geistige Beweglichkeit	12
2.2.3 Entschlusskraft, Entscheidungsfreude, Verantwortungsbereitschaft	12
2.2.4 Einsatzbereitschaft	12
2.2.5 Führungspotential	13
2.3 Befähigung	
2.3.1 Fachkenntnisse	12
2.3.2 mündliche Ausdrucksfähigkeit	13
2.3.3 schriftliche Ausdrucksfähigkeit	13
2.3.4 Verhandlungsgeschick/Vernehmungsgeschick	12

7

In den ergänzenden Bemerkungen heißt es: „Das Gesamturteil beruht auf einer wertenden Gesamtschau insbesondere der doppelt gewichteten Einzelmerkmale, ohne dass einem dieser Merkmale im Verhältnis zu den anderen ein überragendes Gewicht zugemessen wird. Der Beamte erscheint bei weiterer günstiger Entwicklung förderungswürdig. Der Beamte nimmt regelmäßig am Dienstsport teil.“

8

Mit Dienstposten-/Stellenausschreibung Nr. 11 vom 15.06.2023 schrieb der Antragsgegner unter Nummer 6.2 den Dienstposten als Dienstgruppenleiter bei der PI ... (A11/12) aus. Sowohl der Beigeladene als auch der Antragsteller bewarben sich mit Datum vom 17.06.2023 bzw. 20.06.2023.

9

Auf Anfrage teilte der Dienstvorgesetzte des Antragstellers mit E-Mail vom 25.07.2023 mit, dass der Antragsteller ein leistungsstarker Beamter sei, der gute Führungsqualitäten zeige, sich jederzeit für die Interessen der Dienststelle und deren Ziele einsetze und es ihn daher freuen würde, wenn der Antragsteller den Dienstposten erhalten würde.

10

Im Auswahlvermerk vom 08.08.2023 wurde zunächst festgehalten, dass die Bewerber in der aktuellen Beurteilung zum Stichtag 31.05.2021 in unterschiedlichen Statusämtern beurteilt worden seien. In der Besoldungsgruppe A10 erreichte der Antragsteller mit 10 Punkten das beste Gesamtergebnis. In der Besoldungsgruppe A9 erzielte der Beigeladene mit 12 Punkten das beste Gesamtergebnis. Im Vergleich der beiden Leistungsbewerber erreichte somit der im um eine Stufe niedrigeren Statusamt beurteilte Beigeladene mit der um zwei Punkte besseren Gesamtwertung Leistungsgleichstand mit dem Antragsteller. Heranzuziehen sei daher nach Ziffer 3.2.3 der Richtlinien über die Bestellung auf Dienstposten der Bayerischen Polizei (Bestellungsrichtlinien – RBestPoL) die jeweils vorangegangene dienstliche Beurteilung. Hier hätten die Bewerber zum Stichtag 30.09.2019 bzw. 30.09.2020 10 Punkte in A9 (Antragsteller) bzw. 11 Punkte in A9 (Beigeladener) erzielt. Somit sei der Beigeladene der Leistungsstärkere.

11

Mit Schreiben vom 08.08.2023 beteiligte der Antragsgegner den Personalrat und bat um Zustimmung gemäß Art. 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 des Bayerischen Personalvertretungsgesetzes (BayPVG). Mit Schreiben vom selben Tag wurde der/die Gleichstellungsbeauftragte beteiligt.

12

Mit Schreiben vom 29.08.2023 teilte der Antragsgegner dem Beigeladenen mit, dass er für den ausgeschriebenen Dienstposten ausgewählt worden sei. Gleichzeitig wurde den nicht zum Zuge gekommenen Bewerbern, darunter dem Antragsteller, eine mit Rechtsbehelfsbelehrung versehene Konkurrentenmitteilung ausgehändigt, in der der Inhalt des Auswahlvermerks wiedergegeben wird.

13

Mit Schriftsatz vom 04.09.2023 ließ der Antragsteller über seinen Bevollmächtigten Widerspruch gegen die streitgegenständliche Auswahlentscheidung einlegen.

14

2. Mit Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 22.09.2023, eingegangen beim Bayerischen Verwaltungsgericht Bayreuth am selben Tag, beantragte der Antragsteller im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes,

dem Antragsgegner im Rahmen einer einstweiligen Anordnung zu untersagen, den Dienstposten „Dienstgruppenleiter PI ... (A11/12)“ bei der PI ... mit einem anderen Bewerber zu besetzen, bevor über die Bewerbung des Antragstellers bestandskräftig entschieden wurde.

15

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass ein Anordnungsgrund vorliege, weil zu befürchten stehe, dass der Antragsgegner nach dem 02.10.2023 die Stelle besetzen werde und der Beigeladene, selbst wenn er nicht zeitnah befördert würde, jedenfalls einen Bewährungsvorsprung erlangen würde.

16

Es bestehe zudem ein Anordnungsanspruch. Sollte sich die Beurteilungspraxis des Antragsgegners im Bereich der 3. QE nach wie vor so gestalten, dass die Notenvergabe im Bereich der Erstbeurteilung, die sechs Monate nach Aufnahme des Dienstes erstellt werde, von den in der Abschlussprüfung erzielten Noten abhängen, sei bereits die Beurteilungspraxis rechtswidrig. Sofern bekannt würden auch keinerlei Beurteilungsbeiträge eingeholt. Unabhängig von der Rechtswidrigkeit der Folgebeurteilungen würden die aktuellen Beurteilungen der beiden Beamten jedoch unterschiedliche Zeiträume umfassen. Die

Regelbeurteilung des Antragstellers umfasse in zeitlicher Hinsicht nicht nur den Zeitraum der Regelbeurteilung des Beigeladenen, sondern zusätzlich auch den gesamten Zeitraum während dem der Beigeladene in der 3. QE Dienst geleistet habe. Der angenommene Leistungsvorsprung des Beigeladenen resultiere somit daraus, dass für den identischen Zeitraum für den Antragsteller nur eine Beurteilung erstellt worden sei, für den Beigeladenen hingegen zwei. Die erste Beurteilung des Beigeladenen umfasse außerdem nicht nur sechs Monate Dienstzeit in der 3. QE, sondern auch Dienstzeiten in der 2. QE, wobei hier wohl weder ein Beurteilungsbeitrag noch andere inhaltliche Informationen zur Dienstverrichtung vorlägen.

17

Zu bemängeln sei weiterhin, dass die einander gegenüber gestellten Beurteilungen zu unterschiedlichen Stichtagen erstellt worden seien bzw. nicht wenigstens die unterschiedliche Leistungsdauer bis zur Erstellung der Beurteilung in die Bewertung mit eingeflossen sei. Da die Beurteilung zum Stichtag 31.05.2021 im Fall des Beigeladenen lediglich einen Zeitraum von sechs Monaten umfasse, während der Antragsteller zu diesem Zeitpunkt bereits 18 Monate in der 3. QE Dienst geleistet habe, sei davon auszugehen, dass die Leistungssteigerung beim Antragsteller bis zum 31.09.2020 (Beurteilungsstichtag des Beigeladenen) 2/3 hiervon, mithin 1,333 Punkte betrage, da üblicherweise der Gewinn an Berufserfahrung nicht punktuell am Beurteilungsstichtag, sondern kontinuierlich über die Zeit der Dienstverrichtung erfolge. Zudem sei bei dem Vergleich von Beurteilungen aus unterschiedlichen Statusämtern die Anwendung schematischer Umrechnungsmethoden ohnehin unzulässig und es bedürfe einer wertenden Auseinandersetzung mit den verschiedenen Beurteilungen, zumal, wenn auch die Beurteilungszeiträume differierten.

18

Mit Schriftsatz vom 26.09.2023 beantragte der Antragsgegner, den Antrag abzulehnen.

19

Dabei sicherte er zunächst zu, bis zur Entscheidung über den streitgegenständlichen Antrag von weiteren Vollzugs- und Vollstreckungsmaßnahmen abzusehen und führte sodann zur Begründung im Wesentlichen aus, dass der Beigeladene in einem um eine Stufe niedrigeren Statusamt (A9) ein um zwei Punkte besseres Gesamtergebnis (12 Punkte) als der Antragsteller (10 Punkte) erzielt habe und nach Ziffer 3.3.1 Satz 4 Spiegelstrich 3 RBestPol beide Bewerber damit hinsichtlich Leistung, Eignung und Befähigung als annähernd gleich einzustufen seien. Eine innere Ausschöpfung der aktuellen Beurteilung könne in diesem Fall nach Ziffer 3.3.1 Sätze 5 und 6 RBestPol nicht zu einem Ergebnis führen und entfalle daher; der weitere Leistungsvergleich erfolge dann nach Ziffer 3.2.3 ff. RBestPol, also anhand der Betrachtung der vorangegangenen dienstlichen Beurteilung. Danach habe der Beigeladene eine im selben Statusamt um einen Punkt bessere Beurteilung vorzuweisen.

20

Es erscheine bereits zweifelhaft, ob ein Anordnungsgrund glaubhaft gemacht sei, weil nach der neueren obergerichtlichen Rechtsprechung allenfalls untersagt werden könne, den Beigeladenen auf dem streitgegenständlichen Dienstposten zu befördern. Solange er nur auf den vom Antragsteller begehrten Dienstposten gesetzt würde, könnte er – für den Fall, dass der Antragsteller obsiegen sollte – ohne dass der Grundsatz der Ämterstabilität entgegenstünde, wieder umgesetzt werden. Ein etwa bis dahin erworbener Bewährungsvorsprung wäre nach der Rechtsprechung auszublenden.

21

Jedenfalls sei kein Anordnungsanspruch gegeben. Die streitgegenständliche Auswahlentscheidung sei nach den Grundsätzen des Art. 33 Abs. 2 GG erfolgt. Auch wenn die Qualifikationsprüfung anteilig in die erste zu erstellende periodische dienstliche Beurteilung Eingang finde, sei entgegen der Auffassung des Antragstellers maßgeblich, welche Wahrnehmungen der Beurteiler gemacht habe. Die im Beurteilungsformblatt genannten Einzelmerkmale könnten zum Teil auch auf die Bewertung der einzubeziehenden Studienergebnisse angewandt werden. Sowohl der Antragsteller als auch der Beigeladene seien in den Jahren 2019 bzw. 2020 erstmals im statusrechtlichen Amt der Besoldungsgruppe A9 in Ämtern der 3. QE bewertet worden. Dass innerhalb eines Beurteilungszeitraums unterschiedliche Dienstposten bekleidet würden, hindere nicht die Vergleichbarkeit. Was die unterschiedliche Länge der Beurteilungszeiträume betreffe, sei in der Rechtsprechung hinreichend geklärt, dass unterschiedlich lange Beurteilungszeiträume die Vergleichbarkeit dienstlicher Beurteilungen nicht ausschließen, solange im

Einzelfall auf der Grundlage dieser Beurteilungen ein Qualifikationsvergleich nach Bestenauslesegrundsätzen ohne ins Gewicht fallende Benachteiligung eines Bewerbers möglich bleibe, und dass es nicht erforderlich sei, dass die Beurteilungszeiträume annähernd gleich lang seien. Dass der Antragsteller ein Jahr länger Zeit gehabt habe, sich auf diesem Dienstposten zu bewähren, stelle einen für diesen vorteilhaften Umstand dar. Die verkürzten Beurteilungszeiträume in der aktuellen periodischen Beurteilung zum Stichtag 31.05.2021 resultierten aus der Anwendung der Ziffer 8.1 Beurteilungsbekanntmachung Polizei und Verfassungsschutz (BUBek-Pol/VS).

22

Mit Beschluss des Gerichts vom 02.10.2023 wurde der zum Zuge gekommene Bewerber zum Verfahren beigegeben. Dieser schloss sich mit Schreiben vom 06.10.2023 den Ausführungen des Antragsgegners an.

23

Ergänzend bat der Bevollmächtigte des Antragstellers mit Schriftsatz vom 06.10.2023 um weitere Darlegungen der Errechnung der Gesamtprädikate hinsichtlich der wertungsmäßigen Einbeziehung der Plätze bei den Qualifikationsprüfungen als auch hinsichtlich der konkreten Informationen des Beurteilers über die Dienstverrichtung. Der Antragsgegner möge offenlegen, wie hoch der statistische Anteil der Beamten in den Jahren 2021 und 2022 war, bei denen die Erstbeurteilung in der 3. QE von den Rechenwerten des Polizeipräsidiums ... abwich. Bei einer Verwaltungspraxis, die trotz der theoretischen Möglichkeit einer Abweichung von einer vorgegebenen schematischen Umrechnung in der weit überwiegenden Anzahl der Fälle die schematische Umrechnung durchführe, könne allein die theoretisch bestehende Möglichkeit einer Abweichung nicht dazu führen, dass sichergestellt sei, dass Beurteilungen nach Leistung, Eignung und Befähigung erfolgten. Darüber hinaus bat er um Vorlage der Informationen aus der Studienzeit, die die Beurteiler zum Gegenstand der Beurteilungen gemacht hätten. Problematisch sei wohl auch, dass der Beurteilungszeitraum unzutreffend zu kurz bemessen sei, wenn der Antragsgegner schreibe, dass die Beurteilung anhand der tatsächlich gezeigten Leistungen in den vergangenen sechs Monaten erfolgt sei.

24

Des Weiteren sei es möglicherweise zwar rechtsfehlerfrei möglich, Beurteilungen mit unterschiedlichen Zeiträumen zu erstellen, dies sei jedoch nur dann unschädlich, wenn die Beurteilungszeiträume zu unterschiedlichen Zeitpunkten beginnen würden, nicht aber, wenn sie zu unterschiedlichen Zeitpunkten endeten.

25

Der Antragsgegner erwiderte mit Schriftsatz vom 19.10.2023, eine dienstliche Beurteilung müsse nicht notwendigerweise ausschließlich auf persönlichen Eindrücken des beurteilenden Beamten oder aus der unmittelbaren Zusammenarbeit mit dem zu Beurteilenden beruhen. Der Beurteiler könne sich die erforderlichen Erkenntnisse auf andere Weise verschaffen, wobei als Erkenntnisquellen u.a. schriftliche oder mündliche Auskünfte des Dienstvorgesetzten anerkannt seien. Der Beurteilungszeitraum bei der Erstbeurteilung im neuen Amt umfasse selbstverständlich lückenlos die Zeiten seit der letzten periodischen Beurteilung.

26

Die einzelnen Beurteilungszeiträume müssten zwar im Wesentlichen übereinstimmen, weil nur so eine vergleichbare Aussagekraft zur Eignung, Befähigung und Leistung der Bewerber untereinander gewährleistet sei. Unterschiedliche Aktualitätsgrade der einer Auswahlentscheidung zugrunde zu legenden Beurteilungen seien jedoch in bestimmten Konstellationen zwangsläufig in Kauf zu nehmen.

27

Der Antragsteller äußerte sich abschließend mit Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 23.10.2023.

28

3. Ergänzend wird auf die Gerichts- und Behördenakten Bezug genommen.

II.

29

1. Das Gericht legt den Antrag des Antragstellers dahingehend aus, dass vom Antrag auf vorläufige Untersagung der Besetzung der ausgeschriebenen Stelle mit einem anderen Bewerber sowohl die

Übertragung des Dienstpostens – also des Funktionsamts – als auch die Beförderung eines anderen Bewerbers auf dem Dienstposten umfasst ist.

30

2. Der, so verstanden, zulässige Antrag hat in der Sache Erfolg, soweit er die Beförderung des Beigeladenen auf der ausgeschriebenen Stelle betrifft. Im Übrigen ist der Antrag unbegründet.

31

a) Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht, gegebenenfalls bereits vor Klageerhebung, eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert wird. § 123 Abs. 1 VwGO setzt ein besonderes Bedürfnis für die Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes (Anordnungsgrund) im Interesse der Wahrung des behaupteten Rechts (Anordnungsanspruch) voraus. Beides ist vom Antragsteller glaubhaft zu machen, § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 der Zivilprozessordnung (ZPO). Maßgebend für die Beurteilung sind die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung. Ist die geltend gemachte materielle Rechtsposition grundsätzlich sicherungsfähig, hängt die Bejahung eines Anordnungsanspruchs regelmäßig davon ab, welche Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren bestehen. Die gerichtliche Überprüfung der hier streitgegenständlichen Auswahlentscheidung ist im Hauptsacheverfahren – verfassungsrechtlich unbeanstandet – grundsätzlich darauf beschränkt, ob der Dienstherr ermessens- und beurteilungsfehlerfrei über die Bewerbung entschieden hat. Dagegen kann der unterlegene Bewerber – von dem unwahrscheinlichen Fall einer Reduzierung des Beurteilungsspielraums bzw. des Ermessens auf Null abgesehen – unter Berufung auf Art. 33 Abs. 2 des Grundgesetzes (GG) nicht gerichtlich feststellen lassen, dass er an Stelle des ihm vorgezogenen Konkurrenten hätte ausgewählt werden müssen. Streitgegenstand ist mithin nicht ein möglicher Anspruch auf den fraglichen Dienstposten, sondern allein das dahinter zurückbleibende Recht auf fehlerfreie Entscheidung über die Bewerbung. Wird dieses subjektive Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG durch eine fehlerhafte Auswahlentscheidung des Dienstherrn verletzt, folgt daraus, dass der unterlegene Beamte eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung zumindest dann beanspruchen kann, wenn seine Aussichten, beim zweiten Mal ausgewählt zu werden, offen sind, das heißt wenn seine Auswahl möglich erscheint. Derselbe Maßstab wie im Hauptsacheverfahren ist auch anzulegen, wenn der bei der Auswahl eines Beförderungsbewerbers unterlegene Beamte verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutz zur vorläufigen Sicherung seines Anspruchs aus Art. 33 Abs. 2 GG begehrt. Da hier effektiver Rechtsschutz letztlich nur im Wege einer einstweiligen Anordnung zu leisten ist, dürfen die Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG nicht über das hinausgehen, was für ein Obsiegen des unterlegenen Bewerbers im Hauptsacheverfahren gefordert werden könnte (BVerfG, B.v. 24.09.2002 – 2 BvR 857/02 – BayVBI 2003, 240 – juris Rn. 14).

32

b) Der Antragsteller hat einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht, da die begehrte einstweilige Anordnung notwendig und geeignet ist, seinen auf Art. 33 Abs. 2 GG beruhenden Bewerbungsverfahrensanspruch zu sichern und dadurch einen endgültigen Rechtsverlust zu seinem Nachteil abzuwenden.

33

aa) Art. 33 Abs. 2 GG gewährt jedem Deutschen nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Danach sind öffentliche Ämter nach Maßgabe des Grundsatzes der Bestenauslese zu besetzen. Jeder Bewerber hat damit einen Anspruch darauf, dass der Dienstherr seine Auswahlentscheidung unter Berücksichtigung des dargelegten Grundsatzes trifft und nur auf Gesichtspunkte stützt, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffen (BVerfG, B.v. 26.11.2010 – 2 BvR 2435/10 – NVwZ 2011, 746; B.v. 02.10.2007 – 2 BvR 2457/04 – NVwZ 2008, 194). Anhand dieser Vorgaben hat der Dienstherr unter mehreren Bewerbern den am besten Geeigneten ausfindig zu machen. Diese Vorgaben dienen zwar vornehmlich dem öffentlichen Interesse an einer bestmöglichen Besetzung von Beamtenstellen, berücksichtigen aber zugleich das berechnete Interesse eines Beamten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen. Ein Bewerber hat daher Anspruch auf rechtsfehlerfreie Anwendung (BVerwG, U. v. 25.08.1988 – 2 C 28/85 – juris; BayVGh, B.v. 25.05.2011 – 3 CE 11.605 – BayVBI 2011, 565; VG München, B.v. 24.10.2012 – M 5 E 12.2637 – juris). Aus der Verletzung dieses Anspruchs folgt zwar regelmäßig kein Anspruch auf Beförderung oder auf

Vergabe des begehrten Dienstpostens. Der unterlegene Bewerber kann aber eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung beanspruchen, wenn seine Auswahl bei rechtsfehlerfreiem Verlauf ernsthaft möglich erscheint (BVerfG, B. v. 26.11.2010 – 2 BvR 2435/10 – NVwZ 2011, 746). Der Beamte kann dabei sowohl geltend machen, selbst in rechtswidriger Weise benachteiligt worden zu sein, als auch eine auf sachfremden Erwägungen beruhende unzulässige Bevorzugung des ausgewählten Konkurrenten rügen (BVerwG, U.v. 17.08.2005 – 2 C 37.04 – Rn. 19; VG Augsburg, B.v. 28.02.2018 – Au 2 E 17.1880 – Rn. 43). Der Fehler kann daher sowohl in der Qualifikationsbeurteilung des Beamten als auch in derjenigen des erfolgreichen Bewerbers oder im Leistungsvergleich zwischen den Bewerbern liegen (BVerfG, B.v. 20.09.2007 – 2 BvR 1972/07 – ZBR 2008, 167).

34

bb) Vorliegend macht der Antragsteller u.a. eine rechtswidrige Benachteiligung im Leistungsvergleich zum Beigeladenen geltend.

35

Feststellungen über Eignung, Befähigung und fachliche Leistung von Bewerbern um eine Beförderungsstelle sind in erster Linie auf die aktuellen dienstlichen Beurteilungen zu stützen, denn sie bilden den gegenwärtigen bzw. zeitnah zurückliegenden Stand ab und können somit am besten als Grundlage für die Prognose dafür dienen, welcher der Konkurrenten die Anforderungen der zu besetzenden Stelle voraussichtlich am besten erfüllen wird (BVerwG, B.v. 27.09.2011 – 2 VR 3/11 – NVwZ-RR 2012, 71; vgl. zum Ganzen auch: BayVGh, B.v. 18.06.2012 – 3 CE 12.675 – juris; VG München, B.v. 26.10.2012 – M 5 E 12.3882 – juris; B.v. 24.10.2012 – M 5 E 12.2637 – juris). Besteht hiernach ein Qualifikationsgleichstand aufgrund des gleichen Gesamturteils, ist der Dienstherr zunächst verpflichtet, die Beurteilungen inhaltlich umfassend auszuwerten und Differenzierungen in der Bewertung einzelner Leistungskriterien oder in der verbalen Gesamtwürdigung zur Kenntnis zu nehmen, sog. „Binnendifferenzierung“ (BVerwG, U.v. 30.06.2011 – 2 C 19/10 – juris Rn. 17; OVG Bremen, B.v. 22.09.2016 – 2 B 123/16 – juris Rn. 54). Zur abrundenden Bewertung ist es darüber hinaus zulässig, in die Auswahlentscheidung auch frühere Beurteilungen bis zu den beiden letzten planmäßigen Beurteilungen vor der aktuellen Beurteilung mit einzubeziehen (BVerwG, B.v. 27.08.2015 – 1 WB 59/14 – juris Rn. 38). Hilfskriterien darf erst dann Bedeutung beigemessen werden, wenn sich aus dem Vergleich anhand unmittelbar leistungsbezogener Kriterien kein Vorsprung eines Bewerbers ergibt, da Hilfskriterien leistungsfremde Zwecke wie beispielsweise die Förderung bestimmter Gruppen oder der personalwirtschaftlichen Zweckmäßigkeit verfolgen (BVerwG, U.v. 30.06.2011 – 2 C 19/10 – juris Rn. 20; OVG Bremen, B.v. 14.10.2015 – 2 B 158/15; B.v. 22.09.2016 – 2 B 123/16 – juris Rn. 55).

36

Einen Rechtsanspruch auf Übertragung der streitgegenständlichen Stelle hat der Antragsteller zwar nicht. Ein solcher lässt sich nach herrschender Rechtsprechung auch nicht aus der Fürsorgepflicht ableiten, die sich auf das vom Beamten bekleidete Amt beschränkt und somit amtsbezogen ist. Der Antragsteller hat aber einen Bewerbungsverfahrensanspruch, d. h. einen Anspruch darauf, dass der Dienstherr den Dienstposten unter Berücksichtigung des in Art. 33 Abs. 2 GG, Art. 94 Abs. 2 Satz 2 der Verfassung für den Freistaat Bayern (BV), § 9 des Beamtenstatusgesetzes (BeamtStG) und Art. 16 Abs. 1 des Gesetzes über die Leistungslaufbahn und die Fachlaufbahnen der Bayerischen Beamten und Beamtinnen – Leistungslaufbahngesetz (LlbG) normierten Leistungsgrundsatzes vergibt und seine Auswahlentscheidung nur auf Gesichtspunkte stützt, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffen (vgl. z.B. VG München, B. v. 14.04.2014 – M 5 E 14.442 – BeckRS 2014, 55634, beck-online).

37

Nach Art. 16 Abs. 1 Satz 1 LlbG ist bei der Übertragung höherwertiger Dienstposten ausschließlich nach dem Leistungsgrundsatz zu verfahren. Nach dessen Satz 2 muss zu erwarten sein, dass der Beamte oder die Beamtin den Anforderungen des höherwertigen Dienstpostens nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gewachsen ist. Absatz 2 konkretisiert in Satz 1 die Vorgehensweise bei der Auswahl nach Leistungsgesichtspunkten dahingehend, dass, wenn im Rahmen der Entscheidung über die Besetzung höherwertiger Dienstposten dienstliche Beurteilungen berücksichtigt werden und sich beim Vergleich der Gesamturteile der Beurteilungen kein Vorsprung einer der Bewerbungen ergibt, die darin enthaltenen Einzelkriterien gegenüber zu stellen sind (Binnendifferenzierung).

38

Ausweislich der Formulierung „sind“ handelt es sich dabei um eine „muss-Vorschrift“. Ausnahmen hiervon sieht das Gesetz nicht vor. In Absatz 2 Sätze 4 und 5 finden sich lediglich Öffnungsklauseln, wonach die obersten Dienstbehörden für bestimmte Verwaltungsbereiche oder Aufgabenfelder weitere bzw. andere Beurteilungskriterien auswählen oder anderweitige Differenzierungen bei den zugrunde liegenden Gruppen festlegen können. Auch für den Fall, dass im Rahmen der Art. 64 und 65 LlbG (Bereich der Lehrkräfte bzw. der kommunalen Selbstverwaltung) abweichende Beurteilungssysteme verwandt werden, sieht Satz 5 des Absatzes 2 nur Ausnahmen von dessen Sätzen 3 und 4 (Festlegung der wesentlichen Beurteilungskriterien), nicht aber von dessen Satz 1, also des Erfordernisses der Binnendifferenzierung, vor. In Art. 16 Abs. 3 LlbG finden sich schließlich Ausnahmen für den Anwendungsbereich des Art. 5 des Bayerischen Richter- und Staatsanwaltsgesetzes (BayRiStAG). Auch hiernach findet lediglich für die darin erfassten Personengruppen Abs. 2 Satz 2 bis 5 keine Anwendung, vom Erfordernis der Binnendifferenzierung aus Satz 1 wird wiederum nicht abgerückt.

39

Eine Ausnahme liegt schließlich auch nicht darin begründet, dass der hier vorliegende Punktgleichstand lediglich daraus resultiert, dass die in zwei unterschiedlichen Statusämtern beurteilten Beteiligten lediglich aufgrund einer rechnerischen bzw. wertungsmäßig vorgenommenen Gegenüberstellung als gleichermaßen leistungsstark anzusehen sind. Die Vorschrift des Art. 16 Abs. 2 Satz 1 LlbG regelt lediglich allgemein die Situation, dass für einen Dienstposten mehrere Bewerbungen vorliegen oder mehrere Beamte oder Beamtinnen für die Besetzung in Frage kommen und die Gesamturteile der Beurteilungen dieses Personenkreises (Art. 59 LlbG) keinen Vorsprung erkennen lassen (PdK Bay C-17b, LlbG Art. 16 2., beck-online). Eine Einschränkung dahingehend, dass ein Leistungsgleichstand im Sinne der Vorschrift nur dann anzunehmen ist, wenn dieser sich aus der Gegenüberstellung zweier im selben Statusamt Beurteilter ergibt, lässt sich weder dem Gesetz noch dem Sinn und Zweck der Vorschrift – zur Vornahme eines Leistungsvergleichs ist grundsätzlich vorrangig die aktuelle dienstliche Beurteilung heranzuziehen – entnehmen. Dies wird konsequenter Weise auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung so umgesetzt, wonach Beurteilungen grundsätzlich umfassend auszuwerten sind. Bei der Entscheidung über die Besetzung höherwertiger Dienstposten dürfen für den notwendigen Leistungsvergleich zwischen den Bewerbern und den Bewerberinnen nicht nur die abschließenden Gesamtbeurteilungen herangezogen werden, sondern es müssen (sog. Binnendifferenzierung) auch die Unterschiede in der Bewertung der einzelnen Leistungskriterien bewertet und ausgewertet werden (Absatz 2 Satz 1; s. hierzu auch BVerwG, U.v.30.06.2011 – 2 C 19/10 – NVwZ 2011, S. 1270; Keck/Puchta/Konrad, Laufbahnrecht in Bayern, Stand: Juli 2022, Art. 16 Rn. 17).

40

cc) Gemessen daran ist die streitgegenständliche Auswahlentscheidung bereits insofern fehlerhaft und daher aufzuheben, als sie sich auf eine gesetzwidrige Vorgabe der Beststellungsrichtlinien RBestPol – konkret deren Ziffer 3.3.1 – stützt, und aufgrund dessen der Antragsgegner die von Gesetzes wegen gebotene Binnendifferenzierung innerhalb der aktuellen dienstlichen periodischen Beurteilung unterlassen hat.

41

Der Antragsgegner hat namentlich unter Bezugnahme auf Ziff. 3.3.1 RBestPol ausgeführt, dass in Anbetracht dieser Vorgabe im streitgegenständlichen Stellenbesetzungsverfahren im Leistungsvergleich zwischen dem Antragsteller und dem Beigeladenen anstatt der aktuellen dienstlichen Beurteilung die vorangegangene heranzuziehen sei. Nach der aktuellen dienstlichen Beurteilung herrsche Gleichstand zwischen Antragsteller und Beigeladenem. Der Antragsteller erzielte nämlich in der aktuellen dienstlichen Beurteilung eine Gesamtnote von 10 Punkten im Amt eines Polizeioberkommissars (A10), während der Beigeladene, der zum Beurteilungsstichtag noch im um eine Stufe niedrigeren Statusamt als Polizeikommissar beurteilt worden war, hier eine Gesamtnote von 12 Punkten erreichte.

42

Gemäß Ziffer 3.3.1 Satz 1 und Satz 4, dritter Spiegelstrich RBestPol ist bei zwei Bewerbern, von denen einer in einem um eine Stufe niedrigeren Statusamt um zwei Punkte besser beurteilt ist, davon auszugehen, dass beide Bewerber hinsichtlich Leistung, Eignung und Befähigung als annähernd gleich einzustufen sind, wenn der im niedrigeren Statusamt Beurteilte um zwei Punkte besser ist als der im höheren Statusamt Beurteilte. Die Beststellungsrichtlinien sehen für den Fall, dass ein Vergleich nach diesen Kriterien ergibt, dass die Bewerber hinsichtlich Leistung, Eignung und Befähigung als annähernd gleich einzustufen sind, in

Ziffer 3.3.1 Satz 5 vor, dass dann auch die innere Ausschöpfung der aktuellen Beurteilung gemäß Nr. 3.2.2 nicht zu einem Ergebnis führen kann und daher entfällt. Der weitere Vergleich der Bewerber hat dann nach dessen Satz 6 entsprechend Nr. 3.2.3 ff. – also anhand von Hilfskriterien wie Schwerbehinderung, vorangegangenen Beurteilungen, Bewährungsvorsprung, Dienstzeit im Statusamt usw. – zu erfolgen.

43

Damit stehen die Beststellungsrichtlinien in diesem Punkt im Widerspruch zu der höherrangigen Vorschrift des Art. 16 LlbG, der – wie unter bb) hinreichend ausgeführt – eine Binnendifferenzierung bei Beurteilungsgleichstand zwingend vorschreibt. Eine dem entgegenstehende Auswahlentscheidung ist damit ebenfalls rechtswidrig.

44

Somit kann dahinstehen, inwiefern sich die weiteren vom Antragstellerbevollmächtigten aufgeworfenen Fragen – insbesondere die der unterschiedlichen Länge der jeweiligen Beurteilungszeiträume – auf die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Auswahlentscheidung auswirken, weil diese bereits aufgrund der fehlenden Binnendifferenzierung keinen Bestand haben kann.

45

Infolgedessen erscheint es auch nicht ausgeschlossen, dass bei einem rechtmäßig durchgeführten Leistungsvergleich der Antragsteller zum Zuge kommen könnte. Wie die Antragsgegenseite die jeweiligen, für den konkret in Streit stehenden Dienstposten maßgeblichen Kriterien der beiden einander gegenüber zu stellenden Beurteilungen in einem Leistungsvergleich bewerten wird, ist nach derzeitigem Stand völlig offen.

46

c) Der Antragsteller hat jedoch nur teilweise einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Im Hinblick darauf, dass der Dienstherr den Beigeladenen jederzeit auf dem streitbefangenen Dienstposten befördern kann, ist eine einstweilige Regelung erforderlich. Daher wird dem Antragsgegner insoweit vorläufig untersagt, einen Mitbewerber auf der ausgeschriebenen Stelle zu befördern, solange nicht über die Bewerbung des Antragstellers bestandskräftig entschieden worden ist (BayVGh, B.v. 12.10.2016 – 3 CE 16.1188 – juris Rn. 28 f.).

47

Es fehlt im Weiteren aber am Anordnungsgrund, dem Antragsgegner, wie beantragt, darüber hinaus die Besetzung des Dienstpostens mit dem Beigeladenen einstweilen zu untersagen. Die Gefahr, dass ohne Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden kann, besteht hier nicht. Die frühere Rechtsprechung hat bei der Konkurrenz um Beförderungsdienstposten hierzu regelmäßig genügen lassen, dass der erfolgreiche Bewerber auf dem Dienstposten einen Bewährungsvorsprung erlangen könnte, der im Falle einer nach Abschluss des Hauptsacheverfahrens möglicherweise notwendigen Korrektur der Auswahl nicht mehr rückgängig zu machen wäre (BayVGh, B.v. 04.02.2009 – 3 CE 08.2852 – BayVBl 2010, 80; B.v. 20.10.2011 – 3 CE 11.2001 – juris Rn. 27; B.v. 29.10.2014 – 3 CE 14.2073 – juris Rn. 20; B.v. 19.02.2015 – 3 CE 15.130 – juris Rn. 18). Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und auch des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs soll der Dienstherr aber doch befugt sein, dem ausgewählten Bewerber trotz entsprechender Rechtsmittel gegen die Auswahlentscheidung den (höherwertigen) Dienstposten – also das Funktionsamt – zu übertragen. Die Wahrnehmung der Dienstaufgaben des mit dem ausgeschriebenen Dienstposten verbundenen Funktionsamts müsse demnach nicht unterbleiben, die Übertragung eines Dienstpostens an einen Mitbewerber unterliege nicht dem Grundsatz der Ämterstabilität und könne jederzeit aufgehoben und der Dienstposten anderweitig besetzt werden. Die Schaffung vollendeter Tatsachen, die nachträglich nicht beseitigt werden könnten, sei nicht zu befürchten, da im Rahmen einer eventuell notwendigen neuen Auswahlentscheidung der erlangte Bewährungsvorsprung auf der Position des höherwertigen Dienstpostens ausgeblendet werden könne (BVerwG, U.v. 10.05.2016 – 2 VR 2/15 – BVerwGE 155, 152; ebenso: BayVGh, B.v. 12.10.2016 – 3 CE 16.1188 – juris Rn. 28 f.; B.v. 09.01.2017 – 6 CE 16.2310 – juris Rn. 13 ff., jeweils m.w.N.).

48

Folglich war dem Antrag des Antragstellers trotz des fehlerhaften Leistungsvergleichs nur in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang stattzugeben.

49

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Es entspricht der Billigkeit, dass der Beigeladene, der sich mangels eigener Antragstellung keinem Kostenrisiko ausgesetzt hat (§ 154 Abs. 3 Satz 1 VwGO), seine außergerichtlichen Kosten selbst trägt, § 162 Abs. 3 VwGO.

50

4. Die Festsetzung des Streitwerts ergibt sich aus § 52 Abs. 6 Satz 4 des Gerichtskostengesetzes (GKG). Nach der Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (B.v. 24.10.2017 – 6 C 17.1429 – juris Rn. 12 f.) ist es angemessen, für Konkurrenteneilverfahren in der Regel denselben Streitwert festzulegen wie für Hauptsacheklagen, die auf Verpflichtung zur Neuverbescheidung des Beförderungsbegehrens gerichtet sind, und diesen nicht wegen der Vorläufigkeit des Rechtsschutzbegehrens weiter zu ermäßigen. Daher ist der Streitwert unter Rückgriff auf § 52 Abs. 6 Satz 4 GKG an die Bezüge des angestrebten Amtes zu koppeln. Das Gesetz sieht in § 52 Abs. 6 Satz 4 GKG für Streitverfahren um – unter anderem – die Verleihung eines anderen Amtes im Besonderen eine spezielle Bewertungsregel vor, die auf die nach Maßgabe der Sätze 1 bis 3 zu berechnenden Bezüge für ein Kalenderjahr abstellt. § 52 Abs. 6 Satz 4 GKG erfasst insbesondere auch die Verleihung eines höherwertigen und dementsprechend auch höher besoldeten (Beförderungs) Amtes, auf das die in Rede stehende Konkurrentenstreitigkeit letztlich abzielt. Dieser Wert ist unter Zugrundelegung von Nr. 1.4 des Streitwertkatalogs 2013 nochmals zu halbieren; er beträgt also ein Viertel des nach § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1, Sätze 2 und 3 GKG zu berechnenden Jahresbetrags. Dabei ist hier vom Grundgehalt der (End-)Stufe 11 in dem angestrebten Amt der Besoldungsgruppe A 11 auszugehen, das sich im maßgeblichen Zeitpunkt des Antragseingangs beim Verwaltungsgericht (vgl. § 40 GKG) auf monatlich 4.605,20 Euro belief.