VGH München, Beschluss v. 04.04.2024 – 6 CE 24.220

Titel:

Mangelhaft Begründung einer aus Beurteilungsbeiträgen abgeleiteten dienstlichen Beurteilung

Normenketten:

GG Art. 19 Abs. 4, Art. 33 Abs. 2
VwGO § 123

Leitsätze:

1. Sind dienstliche Beurteilungen nach den Vorgaben auf der Grundlage von Beurteilungsbeiträgen zu erstellen, so ist das abschließende Gesamturteil durch eine Würdigung, Gewichtung und Abwägung der einzelnen bestenauswahlbezogenen Gesichtspunkte zu bilden. Das erfordert je nach Fallgestaltung eine Begründung, weil nur so die Einhaltung gleicher Maßstäbe gewährleistet und das Gesamturteil nachvollzogen und einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden kann. (Rn. 19) (redaktioneller Leitsatz)
2. Unterscheiden die Beurteilungsbeiträge sich erheblich nach der Dauer der jeweiligen Zeitspanne und in den Bewertungsstufen, so ist das Begründungserfordernis deutlich gesteigert. (Rn. 21) (redaktioneller Leitsatz)
3. Eine bloß floskelhafte Einkleidung des Gesamturteils („unter Berücksichtigung … in der Gesamtschau …“) genügt dem verfahrensrechtlichen Erfordernis einer gesonderten und individuellen Begründung nicht. (Rn. 18) (redaktioneller Leitsatz)
4. Der Begründungsmangel hat die Rechtwidrigkeit der auf die Beurteilung gestützten Auswahlentscheidung zur Folge; er kann nur durch eine Neubeurteilung behoben werden. (Rn. 9 – 10) (Rn. 34) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Bundesrichterrecht, Konkurrentenstreit, Bundespatentgericht, Vorsitzender Richter, Anlassbeurteilung, Begründung des Gesamturteils, Richter, Bewerbung, Bewerbungsverfahrensanspruch, Bestenauslese, Beurteilungsbeiträge, Gesamturteil, Beurteilungsspielraum, Begründung, Auswahlentscheidung, vorläufiger Rechtsschutz

Vorinstanz:

VG München, Beschluss vom 09.01.2024 – M 5 E 23.576

Tatbestand

I. Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts München vom 9. Januar 2024 – M 5 E 23.576 – mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung geändert.

Der Antragsgegnerin wird vorläufig untersagt, die mit Stellenausschreibung vom 22. November 2021 ausgeschriebene Stelle einer juristischen Vorsitzenden Richterin / eines juristischen Vorsitzenden Richters am Bundespatengericht mit dem Beigeladenen zu besetzen, bis über die Bewerbung der Antragstellerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden wurde.

Im Übrigen wird der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt und die Beschwerde zurückgewiesen.

II. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen, die dieser selber trägt.

III. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 26.759,25 € festgesetzt.

Gründe

I.

1

Die Beteiligten streiten im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes um die Besetzung einer am 22. November 2021 ausgeschriebenen (Beförderungs-) Stelle „einer Juristischen Vorsitzenden Richterin / eines Juristischen Vorsitzenden Richters der Besoldungsgruppe R 3“ beim Bundespatentgericht.

2
Die Antragstellerin ist seit 2011 Richterin am Bundespatentgericht. Sie war in den Jahren 2013 und 2014 an den Bundesgerichtshof als wissenschaftliche Mitarbeiterin und vom 1. Juni 2015 bis 31. Dezember 2017 an das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz als Referentin abgeordnet. Nach ihrer Rückkehr an das Bundespatentgericht am 1. Januar 2018 war sie als rechtskundiges Mitglied und regelmäßige Stellvertreterin der Vorsitzenden Richterin/des Vorsitzenden Richters zunächst einem Marken-Beschwerdesenat, nach dessen Auflösung ab 1. Januar 2020 einem Nichtigkeitssenat zugewiesen. Eine Regelbeurteilung ist für die Antragstellerin seit 2011 nicht erstellt worden. Eine Anlassbeurteilung vom 30. Oktober 2019 für den Zeitraum 1. Januar 2017 bis 31. Mai 2019 kam zu einem Gesamtprädikat von „vollbefriedigend, obere Grenze“. Für den Zeitraum 1. Juni 2019 bis 30. September 2021 erhielt die Antragstellerin von der Präsidentin des Bundespatentgerichts eine weitere Anlassbeurteilung vom 25. August 2022, die mit dem Prädikat „gut, untere Grenze“ abschließt. Grundlage dieser Beurteilung sind drei Beurteilungsbeiträge („Voten“), die die jeweiligen Senatsvorsitzenden erstellt haben (von Juni bis September 2019 und vom Oktober bis Dezember 2019 betreffend den Marken-Beschwerdesenat, von Januar 2020 bis September 2021 betreffend den Nichtigkeitssenat). Die Antragstellerin hat gegen diese Anlassbeurteilung nach erfolglosem Widerspruchsverfahren Klage erhoben, über die – soweit ersichtlich – noch nicht entschieden ist.

3
Der Beigeladene ist seit 2007 Richter am Bundespatengericht. Für den Beurteilungszeitraum 1. Juni 2019 bis 30. September 2021 erhielt er von der Präsidentin des Bundespatentgerichts unter dem 20. Juni 2022 eine Anlassbeurteilung, die mit dem Prädikat „gut“ schließt. Für den Beurteilungszeitraum 1. Januar 2014 bis 31. Dezember 2016 wurde unter dem 29. Mai 2017 eine Regelbeurteilung erstellt, die mit dem Gesamtprädikat „gut, untere Grenze“ schließt.

4
Das Bundesministerium der Justiz entschied mit Auswahlvermerk vom 1. Dezember 2022 entsprechend dem Vorschlag der Präsidentin des Bundespatentgerichts vom 30. August 2022, die ausgeschriebene Vorsitzendenstelle mit dem Beigeladenen zu besetzen. Bei einem Vergleich der Anlassbeurteilungen stelle sich der Beigeladene als leistungsstärker als die Antragstellerin dar, da er eine um eine Stufe höhere Gesamtnote erreicht habe. Die Auswahlentscheidung teilte die Präsidentin des Bundespatentgerichts der Antragstellerin mit Schreiben vom 26. Januar 2023 mit.

5
Am 8. Februar 2023 hat die Antragstellerin beim Verwaltungsgericht den Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel beantragt, der Antragsgegnerin vorläufig zu untersagen, die in Rede stehende Stelle mit dem Beigeladenen zu besetzen, bevor nicht über ihre Bewerbung bestandskräftig entschieden worden ist. Das Verwaltungsgericht hat den Antrag mit Beschluss vom 9. Januar 2024 abgelehnt. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Antragstellerin habe keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Weder die Auswahlentscheidung noch die zugrunde gelegte Anlassbeurteilung der Antragstellerin vom 25. August 2022 mit dem Gesamturteil „gut, untere Grenze“ seien rechtlich zu beanstanden. Insbesondere bestünden keine konkreten und objektiv feststellbaren Anhaltspunkte dafür, dass die Beurteilerin gegenüber der Antragstellerin bei der Erstellung der Anlassbeurteilung voreingenommen oder weder willens noch in der Lage gewesen wäre, die Antragstellerin sachlich und gerecht zu beurteilen. Auch der Leistungsvergleich sei nicht zu beanstanden. Beim Vergleich der Gesamturteile der Konkurrenten, die sich aus den entsprechenden Anlassbeurteilungen ergeben würden, sei ein Leistungsvorsprung festzustellen. Der Beigeladene sei mit „gut“ beurteilt, die Antragstellerin mit „gut, untere Grenze“.

6
Die Antragstellerin hat hiergegen Beschwerde eingelegt, mit der sie ihren erstinstanzlichen Antrag weiterverfolgt. Die Antragsgegnerin beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.

II.

7

Die Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig und hat im Wesentlichen Erfolg.

8
Die Gründe, die die Antragstellerin mit der Beschwerde innerhalb der Frist des § 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO dargelegt hat und auf deren Prüfung der Senat beschränkt ist (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), führen zur Änderung der erstinstanzlichen Entscheidung in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang. Der Antragstellerin steht nicht nur ein Anordnungsgrund, sondern auch ein Anordnungsanspruch für den Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Seite. Sie hat glaubhaft gemacht, dass die von der Antragsgegnerin beabsichtigte, nach dem Grundsatz der Ämterstabilität irreversible Ernennung des Beigeladenen zum Vorsitzenden Richter am Bundespatentgericht die Verwirklichung eigener Rechte vereiteln oder wesentlich erschweren könnte (§ 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

9
Die Antragstellerin wird durch die Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin in ihrem Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzt (1). Im Fall einer fehlerfreien Wiederholung des Auswahlverfahrens erscheint ihre Auswahl möglich (2). Die beantragte einstweilige Anordnung ist allerdings in zeitlicher Hinsicht zu beschränken (3).

10
1. Die Auswahlentscheidung, die Vorsitzendenstelle mit dem Beigeladenen zu besetzen, verletzt die Antragstellerin in ihrem Bewerbungsverfahrensanspruch, weil die für sie zugrunde gelegte Anlassbeurteilung vom 25. August 2022 an einem Rechtsfehler leidet.

11
a) Bei den von Art. 33 Abs. 2 GG erfassten Auswahlentscheidungen, wie hier der Vergabe des für alle Bewerber höherwertigen Beförderungs(status) amts einer Vorsitzenden Richterin oder eines Vorsitzenden Richters am Bundespatentgericht, muss der Leistungsvergleich anhand aussagekräftiger, d.h. aktueller, hinreichend differenzierter und auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhender dienstlicher Beurteilungen vorgenommen werden. Maßgebend für den Leistungsvergleich ist in erster Linie das abschließende Gesamturteil, das durch eine Würdigung, Gewichtung und Abwägung der einzelnen leistungsbezogenen Gesichtspunkte zu bilden ist (BVerwG, B.v. 20.6.2013 – 2 VR 1.13 – juris Rn. 21). Sind Bewerber nach ihren aktuellen Beurteilungen mit der gleichen Gesamtnote beurteilt worden, ist der Dienstherr nicht nur berechtigt, sondern im Grundsatz zugleich verpflichtet, die dienstlichen Beurteilungen der im Gesamturteil gleich bewerteten Bewerber inhaltlich auszuschöpfen, das heißt im Wege einer näheren „Ausschärfung“ des übrigen Beurteilungsinhalts der Frage nachzugehen, ob die jeweiligen Einzelfeststellungen eine gegebenenfalls unterschiedliche Prognose betreffend den Grad der Eignung für das Beförderungsamt, also für die künftige Bewährung in diesem (Status-)Amt ermöglichen. Bei der „Ausschärfung“ der dienstlichen Beurteilungen hat der Dienstherr auch darüber zu entscheiden, welchen der zur Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zählenden Umständen er bei der Auswahlentscheidung größeres Gewicht beimisst (vgl. BVerwG, B.v. 27.9.2011 – 2 VR 3.11 – juris Rn. 24; BayVGH, B.v. 1.2.2022 – 6 CE 21.2708 – juris Rn. 21).

12
Die dienstliche Beurteilung eines Beamten oder eines Richters ist ein von der Rechtsordnung dem Dienstherrn vorbehaltener Akt wertender Erkenntnis. Nur der Dienstherr oder der für ihn handelnde jeweilige Vorgesetzte sollen ein persönlichkeitsbedingtes Werturteil darüber abgeben, ob und inwieweit der Beamte den – ebenfalls grundsätzlich vom Dienstherrn zu bestimmenden – zahlreichen fachlichen und persönlichen Anforderungen seines Amtes und seiner Laufbahn entspricht. Die verwaltungsgerichtliche Nachprüfung hat sich deshalb darauf zu beschränken, ob der Dienstherr den anzuwendenden Begriff oder den gesetzlichen Rahmen, in dem er sich bewegen kann, verkannt, ob er einen unrichtigen Sachverhalt zu Grunde gelegt, allgemeine Wertmaßstäbe nicht beachtet, sachfremde Erwägungen angestellt oder gegen Verfahrensvorschriften verstoßen hat. Hat der Dienstherr – wie hier – Richtlinien über die Erstellung dienstlicher Beurteilungen erlassen, sind die Beurteiler auf Grund des Gleichheitssatzes hinsichtlich des anzuwendenden Verfahrens und der anzulegenden Maßstäbe an diese Richtlinien gebunden. Das Gericht hat deshalb auch zu kontrollieren, ob die Richtlinien eingehalten sind, ob sie im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung verbleiben und ob sie auch sonst mit den gesetzlichen Vorschriften in Einklang stehen (ständige Rechtsprechung, z.B. BVerwG, U.v. 11.12.2008 – 2 A 7.08 – ZBR 2009, 196/197; BayVGH, B.v. 5.3.2012 – 6 ZB 11.2419 – juris Rn. 4; B.v. 22.5.2023 – 6 CE 23.468 – juris Rn. 11).

13

b) Gemessen hieran kann die streitige Auswahlentscheidung keinen Bestand haben, weil die zugrunde gelegte Anlassbeurteilung für die Antragstellerin vom 25. August 2022 rechtsfehlerhaft ist. Das auf drei Beurteilungsbeiträge gestützte Gesamturteil wurde nicht in der im Einzelfall verfahrensrechtlich gebotenen Weise begründet (aa). Dieser Begründungsmangel macht auch unter Berücksichtigung des allein dem Dienstherrn zukommenden Beurteilungsspielraums eine gerichtliche Nachprüfung der von der Beschwerde gerügten rechtserheblichen Mängel und Unklarheiten unmöglich (bb). Er kann nicht nachträglich im Rechtsbehelfsverfahren, sondern nur durch eine Neubeurteilung der Antragstellerin behoben werden (cc).

14
aa) Die streitige Anlassbeurteilung genügt nicht dem verfahrensrechtlichen Erfordernis einer gesonderten und individuellen Begründung des Gesamturteils. Das Begründungserfordernis ergibt sich einerseits aus dem beim Bundespatentgericht praktizierten Beurteilungssystem und andererseits (eigenständig) aus dem konkreten Einzelfall mit erheblich unterschiedlichen Beurteilungsbeiträgen.

15
Nach den Beurteilungsgrundsätzen für die Beurteilungsvoten der Vorsitzenden Richterinnen und Richter und für die Beurteilungen selbst (Verfügung der Präsidentin vom 1. Oktober 1999) bilden die Beurteilungsbeiträge der Vorsitzenden Richterinnen und Richter der Senate, in denen der oder die zu Beurteilende tätig war, die entscheidende Grundlage für dienstliche Beurteilungen. Hierbei haben nach dieser Verfügung die Vorsitzenden Richterinnen und Richter zusammenhängende Darstellungen zu Tätigkeitsbeschreibung, Kenntnissen (Qualifikation), Arbeitsweise („Arbeitspersönlichkeit“), Arbeitsergebnissen, Leistung der zu Beurteilenden nach Qualität und Quantität im Verhältnis zur mittleren Leistung im Senat und Persönlichkeit und Zusammenarbeit, alles bezogen auf die zu beurteilenden Person, zu erstellen. Auf der Grundlage dieser zusammenhängenden Darstellungen fertigt dann die Beurteilerin, hier die Präsidentin des Bundespatentgerichts, die dienstliche Beurteilung für die betreffende Richterin bzw. den betreffenden Richter und legt abschließend ein Gesamturteil fest. Als Notenstufen stehen sechs Noten (von „sehr gut“, Note 1, bis „mangelhaft“, Note 6) zur Verfügung, wobei bei den Notenstufen „gut“ und „vollbefriedigend“ noch Zwischennoten zur Anwendung kommen können, so dass die Notenstufen insoweit „gut, obere Grenze“, „gut“, „gut untere Grenze“, „vollbefriedigend, obere Grenze“, „vollbefriedigend“, „vollbefriedigend untere Grenze“ lauten.

16
In Anwendung dieser Beurteilungsrichtlinien hat die Gerichtspräsidentin die streitige Anlassbeurteilung erstellt, die sich auf den Zeitraum vom 1. Juni 2019 bis zum 30. September 2021 bezieht und auf drei Beurteilungsbeiträgen der Vorsitzenden des Marken-Beschwerdesenats und des Nichtigkeitssenats beruht, denen die Antragstellerin in diesem Zeitraum zugewiesen war: zunächst der Beitrag der Vorsitzenden A für den Zeitraum von Juni 2019 bis einschließlich September 2019 (mit dessen Ablauf Frau A in den Ruhestand getreten ist); weiter für die Tätigkeit im selben Senat der Beitrag des Vorsitzenden B für den Zeitraum Oktober 2019 bis einschließlich Dezember 2019, mit dessen Ablauf dieser Marken-Beschwerdesenat aufgelöst worden ist; schließlich der Beitrag der Vorsitzenden C für den Zeitraum Januar 2020 bis September 2021, in deren Nichtigkeitssenat die Antragstellerin nach Auflösung des Marken-Beschwerdesenats umgesetzt worden ist.

17
Die Anlassbeurteilung enthält – nach persönlichen Angaben zur Antragstellerin (Seite 1), eine tabellarische Übersicht ihrer Dienstverhältnisse (Seite 2) und einer Beschreibung ihrer Tätigkeiten seit Abordnung an das Bundespatentgericht (Seite 3 bis 4 oben) – eine thematisch nach den einzelnen Beurteilungskriterien (Kenntnisse, Arbeitsweise, Arbeitsergebnisse, Qualität und Quantität der Leistungen, Persönlichkeit und Zusammenarbeit) sortierte Zusammenstellung der drei Beurteilungsbeiträge, die im wesentlichen wortgleich und nahezu vollständig wiedergegeben werden (Seite 4 bis 11 Mitte). Anschließend wird ausgeführt, dass sich die Beurteilungsbeiträge hinsichtlich der Einschätzung der Qualität der Leistungen sowie der Einschätzung der Persönlichkeit erheblich unterscheiden würden; während die frühere Vorsitzende A und die Vorsitzende C zu einer insgesamt überdurchschnittlichen Bewertung gelangten, schätze der Vorsitzende B dies abweichend ein (Seite 11, 4. Absatz). Im Anschluss hieran endet die Beurteilung ohne weitere Erläuterung mit dem Satz: „Unter Berücksichtigung der erheblich voneinander abweichenden Beurteilungsbeiträge beurteile ich in der Gesamtschau die Leistungen <der Antragstellerin> insgesamt mit der Note ‚gut (untere Grenze)‘“.

18
Diese bloß floskelhafte Einkleidung des Gesamturteils („unter Berücksichtigung … in der Gesamtschau …“) genügt dem verfahrensrechtlichen Erfordernis einer gesonderten und individuellen Begründung nicht, das sich einerseits aus dem beim Bundespatentgericht praktizierten Beurteilungssystem und andererseits (eigenständig) aus dem konkreten Einzelfall mit erheblich unterschiedlichen Beurteilungsbeiträgen ergibt.

19
Das abschließende Gesamturteil ist durch eine Würdigung, Gewichtung und Abwägung der einzelnen bestenauswahlbezogenen Gesichtspunkte zu bilden. Das erfordert je nach Fallgestaltung eine Begründung, weil nur so die Einhaltung gleicher Maßstäbe gewährleistet und das Gesamturteil nachvollzogen und einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden kann (vgl. etwa BVerwG, U.v. 17.9.2015 – 2 C 27.14 – juris Rn. 31 ff. zu Beurteilungen im Ankreuzverfahren; BayVGH, U.v. 20.8.2020 – 6 B 18.2657 – juris Rn. 18 ff. zu einem Beurteilungssystem, bei dem die Notenskalen für die Bewertung der Einzelkriterien und für das Gesamturteil auseinanderfallen). Das vergebene Gesamturteil muss mit den Einzelbewertungen vereinbar sein und darf nicht in einem unlösbaren Widerspruch hierzu stehen, wobei die Einzelbewertungen ihrerseits hinreichend plausibel sein müssen (NdsOVG, B.v. 16.1.2024 – 5 ME 94/23 – juris Rn. 24). Wie umfangreich die Begründung ausfallen muss, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Je einheitlicher das Leistungsbild bei den Einzelbewertungen ist, umso geringer ist der Begründungsaufwand für das (entsprechende) Gesamturteil; drängt letzteres sich geradezu auf, bedarf es gar keiner Begründung. Bei uneinheitlichen Einzelbewertungen steigt der Begründungsbedarf für das Gesamturteil (vgl. OVG RhPf, U.v. 13.7.2022 – 2 A 10078/22 – juris Rn. 74; HessVGH, B.v. 25.2.2021 – 1 B 376/20 – juris Rn. 61).

20
Mit Blick auf die streitige Anlassbeurteilung bedarf das von der Beurteilerin vergebene Gesamturteil aus zwei Gründen einer ausführlicheren Begründung. Das folgt zum einen aus dem bei Bundespatentgericht praktizierten Beurteilungssystem für Richterinnen und Richter. Die Einzelbewertungen ergeben sich aus dem Beurteilungsbeitrag des jeweiligen Senatsvorsitzenden, der eine zusammenhängende Darstellung zu Tätigkeitsbeschreibung, Kenntnissen, Arbeitsweise, Arbeitsergebnisse, Leistung nach Qualität und Quantität im Verhältnis zur mittleren Leistung im Senat sowie Persönlichkeit und Zusammenarbeit zu erstellen hat. Die Gerichtspräsidentin muss als Beurteilerin diese Einzelbewertungen ihrerseits würdigen und gewichten, wobei sie auf die gesamte Vergleichsgruppe (und nicht nur den jeweiligen Senat) abzustellen hat und die gegebenenfalls auf unterschiedliche Senatsmaßstäbe bezogenen und in individuell verschiedenen Formulierungen zum Ausdruck kommenden Einzelbewertungen in ein Gesamturteil überführen muss, für das wiederum ein differenziertes System von Notenstufen und Notenzwischenstufen vorgesehen ist. Dieser Vorgang der Übertragung von individuell formulierten Einzelbewertungen durch die Senatsvorsitzenden zu einem Gesamturteil durch die Beurteilerin bedarf schon für sich betrachtet der Begründung, die freilich ohne weiteres floskelhaft ausfallen darf, wenn es um die Übertragung eines einheitlichen Leistungsbildes in einem einzigen Beurteilungsbeitrag in ein Gesamturteil geht.

21
Mit Blick auf die streitige Anlassbeurteilung für die Antragstellerin ist das Begründungserfordernis allerdings aufgrund der besonderen Umstände deutlich gesteigert. Denn Grundlage sind drei Beurteilungsbeiträge von verschiedenen Vorsitzenden, die sich in mehrfacher Hinsicht deutlich unterscheiden und deshalb zusätzlichen Begründungsbedarf für das Gesamturteil auslösen: Sie unterscheiden sich zunächst ganz erheblich hinsichtlich der Zeitspanne, auf die sie sich erstrecken. Während die Beiträge der Vorsitzenden A und des Vorsitzenden B sich nur auf jeweils kurze Zeitspannen von vier (1.6.2019 – 30.9.2019) und drei Monaten (1.10.2019 – 31.12.2019) beziehen, umfasst der Beitrag der Vorsitzenden C 21 Monate, mithin drei Viertel des gesamten Beurteilungszeitraums (1.6.2019 – 30.9.2021). Die beiden nur eine kurze Zeitspanne umfassenden Beurteilungsbeiträge unterscheiden sich wiederum hinsichtlich der besonderen Arbeits- und Beurteilungssituation. Die Antragstellerin hat zwar insoweit durchgehend im selben Senat als rechtskundiges Mitglied und regelmäßige Vertreterin der Vorsitzenden/des Vorsitzenden die gleiche Tätigkeit ausgeübt. Die ursprüngliche Vorsitzende A hatte allerdings bereits längere Zeit mit der Antragstellerin zusammengearbeitet und zur Bewertung abschließend auf ihren früheren Beurteilungsbeitrag Bezug genommen. Herr B hat demgegenüber nach dem Ruhestandseintritt von Frau A den Senatsvorsitz nur für die kurze Zeit bis zur Auflösung des Senats zusätzlich zur Vorsitzendenfunktion in seinem Stammsenat übernommen. Die Beurteilungsbeiträge unterscheiden sich schließlich inhaltlich in aller Deutlichkeit. Während die Vorsitzenden A und C – für einen Zeitraum von insgesamt 25 Monaten –

durchgehend zu allen abgefragten Einzelkriterien sehr gute, teils weit überdurchschnittliche Bewertungen abgegeben haben, hat der Vorsitzende B – für einen Zeitraum von nur drei Monaten -wesentliche Einzelkriterien deutlich negativ bewertet.

22
Diese erheblichen zeitlichen und inhaltlichen Unterschiede der Beurteilungsbeiträge mit den von der Beurteilerin übernommenen unterschiedlichen Einzelbewertungen müssen in der Begründung des Gesamturteils berücksichtigt und nachvollziehbar „abgearbeitet“ werden. Das ist nicht ansatzweise geschehen. So bleibt insbesondere offen, ob überhaupt und gegebenenfalls wie die Beurteilerin bei Bildung des Gesamturteils berücksichtigt hat, dass der Beurteilungsbeitrag des Vorsitzenden B nur drei von 28 Monaten des Beurteilungszeitraums abdeckt und eine besondere Arbeitssituation betrifft.

23
bb) Dieser Begründungsmangel macht auch unter Berücksichtigung des allein dem Dienstherrn zukommenden Beurteilungsspielraums eine gerichtliche Nachprüfung der von der Beschwerde gerügten rechtserheblichen Mängel und Unklarheiten unmöglich.

24
(1) Es bleibt mangels hinreichender Begründung unklar, ob die Beurteilerin ihren Beurteilungsspielraum in vollem Umfang erkannt und ausgeschöpft oder sich – zu Unrecht – an die Beurteilungsbeiträge gebunden gesehen hat.

25
Beurteilungsbeiträge müssen bei der Ausübung des Beurteilungsspielraums berücksichtigt, das heißt zur Kenntnis genommen und bedacht werden. Sie sind ebenso wie eigene Beobachtungen des Beurteilers unverzichtbare Grundlage der Beurteilung. Der Beurteiler ist allerdings an die Feststellungen und Bewertungen Dritter nicht in der Weise gebunden, dass er sie in seine Beurteilung „fortschreibend“ übernehmen müsste. Er übt seinen Beurteilungsspielraum jedoch nur dann rechtmäßig aus, wenn er die Beurteilungsbeiträge in seine Überlegungen einbezieht und Abweichungen nachvollziehbar begründet (BVerwG, U.v. 2.3.2017 – 2 C 21.16 – juris Rn. 23).

26
Die Anlassbeurteilung enthält durchaus gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass die Beurteilerin von einer Bindung an die Beurteilungsbeiträge ausgegangen ist und ihren Beurteilungsspielraum nicht ausgeschöpft hat. Denn sie hat nicht nur die Feststellungen in den einzelnen Beiträgen im Wesentlichen vollständig und nahezu wortgleich übernommen. Sie hat vor allem die erheblich unterschiedlichen Einzelbewertungen der Vorsitzenden lediglich referiert und ohne eigene Würdigung einander gegenübergestellt (Seite 10 f. der Anlassbeurteilung), um darauf „in der Gesamtschau“ ihr eigenes, nicht weiter begründetes Gesamturteil zu stützen.

27
(2) Ferner enthalten die Einzelbewertungen im Beurteilungsbeitrag des Vorsitzenden B mehrere auf Voreingenommenheit hindeutende Formulierungen und Unklarheiten, die auf die Rechtmäßigkeit der Anlassbeurteilung durchschlagen, weil die Beurteilerin sie ohne nachvollziehbare Begründung uneingeschränkt übernommen (oder gar ohne eigene Würdigung fortgeschrieben) hat.

28
So heißt es etwa in dem wörtlich übernommenen Beitrag des Vorsitzenden B zum Einzelkriterium Persönlichkeit/Zusammenarbeit, Verhalten und Vorgehen der Antragstellerin wirkten so, „als ob sie über ihre wahren Beweggründe und Absichten nicht aufklären wolle“. Ihr Verhalten wirke gelegentlich „überheblich, befremdlich und unhöflich“. Diese und ähnliche Formulierungen, mit denen nach nur drei Monaten gemeinsamer Arbeit und in krassem Widerspruch zu den anderen Beurteilungsbeiträgen die soziale Kompetenz der Antragstellerin stark negativ bewertet wird, deutet auf erhebliche persönliche Spannungen zwischen dem Vorsitzenden B und der Antragstellerin hin, die möglicherweise zu sachfremden Erwägungen im Beurteilungsbeitrag geführt haben.

29
Zwar können grundsätzlich weder eine kritische Einschätzung der Arbeitsweise und des sonstigen dienstlichen Verhaltens des beurteilten Beamten oder Richters durch den Beurteiler oder eine am Beurteilungsverfahren mitwirkende Person noch das Bestehen dienstlich veranlasster Spannungen Anlass

geben, eine Befangenheit anzunehmen (OVG NW, U.v. 29.9.2005 – 1 A 4240/03 – juris Rn. 56). Hier ist aber zu beachten, dass das Auftreten der Antragstellerin von der Vorsitzenden Richterin A für den vorangegangenen Zeitraum Juni 2019 bis September 2019 ausdrücklich als „stets freundlich, höflich und zuvorkommend“ beschrieben wurde. Die Vorsitzende Richterin C wiederum bescheinigt der Antragstellerin für die nachfolgenden 21 Monate ein „ruhiges, freundliches Wesen“ und einen „allzeit höflichen Umgang mit Kollegen im richterlichen wie nichtrichterlichen Dienst wie auch mit den Parteien und Parteivertretern“.

30
Vor diesem Hintergrund hätte die Beurteilerin der sich aufdrängenden Frage nach einer Voreingenommenheit des Vorsitzenden B nachgehen müssen und in der Begründung des Gesamturteils die – offenkundige – Konfliktsituation jedenfalls würdigen müssen. Denn es stellt einen Verfahrensfehler dar, wenn die selbst nicht voreingenommene Beurteilerin den Beurteilungsbeitrag eines möglicherweise voreingenommenen Vorsitzenden der Beurteilung ungeprüft zugrunde legt, statt sich mit der gebotenen Sorgfalt etwa ein eigenes Bild davon zu machen, ob und inwieweit diese zutrifft (vgl. Bodanowitz in Schnellenbach/Bodanowitz, Die dienstliche Beurteilung der Beamten und der Richter, 3. Aufl., Stand April 2021, Rn. 469).

31
Zudem bleibt mit Blick auf einige – uneingeschränkt in die Anlassbeurteilung übernommene – negativen Wertungen unklar, ob der Vorsitzende B einen geeigneten Beurteilungsmaßstab angelegt hat. So wird etwa zum Einzelkriterium Arbeitsweise ausgeführt, das die Antragstellerin „sehr daran interessiert“ gewesen sei, „ihre Vorstellungen umzusetzen und eine hohe Zahl an Erledigungen zu erreichen“, wobei „sie zielorientiert und weitgehend ohne Rücksichtnahme auf die Belange des Vorsitzenden“ gearbeitet habe. So sei sie „seinem Wunsch, Beschlüsse bis zu einem bestimmten Termin vorzulegen, damit sie noch vor Jahresende von ihm unterschrieben werden könnten, nicht“ nachgekommen. „Vielmehr nahm sie während seines Urlaubs bereits von ihr als Berichterstatterin und dem Beisitzer unterschriebene Beschlüsse wieder an sich, änderte die Richterbesetzung und unterschrieb sie nunmehr als stellvertretende Vorsitzende.“ Mit Blick auf das Arbeitstempo heißt es: „Ihre Einsichts- und Kritikfähigkeit ist ausbaufähig. So hat <die Antragstellerin> am … als stellvertretende Vorsitzende insgesamt neun mündliche Verhandlungen anberaumt. Auf Nachfrage vermochte sie nicht einzusehen, dass die Terminierung so vieler Verhandlungen, auch unter Berücksichtigung des Wegfalls eines Teils von ihnen, im Bundespatentgericht völlig unüblich ist.“

32
Bei diesen und ähnlichen Bewertungen hat der Vorsitzende B seine unverändert in die Anlassbeurteilung übernommenen negativen Bewertungen auf Maßstäbe („Belange“ oder „Wunsch“ des Vorsitzenden, „Üblichkeit im Bundespatentgericht“) bezogen, deren Eignung jedenfalls nicht ohne weiteres nachvollziehbar ist. Denn dieser lediglich drei Monate umfassende Beurteilungsbeitrag stellt erkennbar auf eine Sondersituation kurz vor Auflösung des betreffenden Marken-Beschwerdesenats ab und ist im Wesentlichen geprägt durch die unterschiedlichen Arbeitsweisen und Erwartungshaltungen einerseits des Senatsvorsitzenden, der seine Funktion zusätzlich zu derjenigen in seinem Stammsenat ausübt und deshalb nur begrenzte Arbeitskapazitäten einsetzen kann, und andererseits der Antragstellerin, die als stellvertretende Vorsitzende in diesem Senat offenkundig noch möglichst viele Verfahren erledigen wollte. Es versteht sich jedenfalls nicht von selbst, dass die dabei entstehenden Konflikte einseitig zum Nachteil der Antragstellerin gewertet werden müssen. Ohne erläuternde Begründung durch die Beurteilerin sind diese negativen Wertungen und ihre Auswirkungen auf das Gesamturteil jedenfalls nicht nachvollziehbar.

33
Schließlich stützt der auch insoweit uneingeschränkt übernommene Beurteilungsbeitrag des Vorsitzenden B die Einzelbewertungen zum Kriterium Arbeitsergebnisse auf konkrete Vorgänge, die von der Antragstellerin bestritten worden sind: „Zu bemängeln waren des Weiteren sachliche Fehler in den Beschlussentwürfen …, die den Ruf des Bundespatentgerichts erheblich in Mitleidenschaft gezogen hätten. So hat sie in einem Beschluss unzutreffend ausgeführt, dass das Deutsche Patent- und Markenamt die Anmeldung einer Unionsmarke zurückgewiesen hätte. Hinzu kam die wiederholt fehlerhafte Wiedergabe von Registernummern oder Datumsangaben. Als Beisitzerin fiel ihr zudem nicht auf, dass ein Widersprechender seinen Antrag so eingeschränkt hatte, dass seiner Beschwerde in vollem Umfang entsprochen werden konnte und damit die im Tenor ausgesprochene Zurückweisung der Beschwerde im Übrigen unzutreffend war“ (Seite 8 der Anlassbeurteilung). Abgesehen davon, dass es schwer nachvollziehbar erscheint, der Ruf des Bundespatentgerichts könne durch fehlerhafte Angaben von Registernummern oder Datumsangaben

erheblich in Mitleidenschaft gezogen werden, hat die Antragstellerin die herausgestellten Einzelvorgänge ausdrücklich bestritten, ohne dass die Beurteilerin dem weiter nachgegangen wäre. Soweit aber der Dienstherr historische Einzelvorgänge ausdrücklich in der dienstlichen Beurteilung erwähnt oder die dienstliche Beurteilung bzw. einzelne in ihr enthaltene wertende Schlussfolgerungen nach dem Gehalt der jeweiligen Aussage erkennbar auf bestimmte Tatsachen begründet, muss er im Streitfall diese Tatsachen darlegen und trägt das Risiko ihres Beweises (BVerwG, U.v. 26.6.1980 – 2 C 8.78 – juris Rn. 22).

34
cc) Der Begründungsmangel kann nicht nachträglich im Rechtsbehelfsverfahren, sondern nur durch eine Neubeurteilung der Antragstellerin behoben werden.

35
Die – richtige – Begründung des Gesamturteils hat in der dienstlichen Beurteilung selbst zu erfolgen. Anders als etwa bei nachträglich erhobenen Einwänden gegen Einzelbewertungen in der dienstlichen Beurteilung genügt es nicht, das Gesamturteil nachträglich zu plausibilisieren. Zulässig ist allenfalls eine Intensivierung (im Sinn einer ergänzenden Anreicherung) einer schon in der dienstlichen Beurteilung enthaltenen Begründung. Die Begründung auszutauschen oder ihr einen weiteren, eigenständigen Argumentationsstrang hinzuzufügen, ist demnach ausgeschlossen. Die Begründungspflicht für das Gesamturteil einer dienstlichen Beurteilung bei uneinheitlichem Leistungsbild zielt auf die Herstellung einer materiell richtigen Entscheidung und nicht auf ihre Darstellung. Dies kann durch eine nachträgliche Begründung nicht erreicht werden (BVerwG, U.v. 1.3.2018 – 2 A 10.17 – juris Rn. 48).

36
2. Die Auswahl der Antragstellerin bei fehlerfreier Wiederholung des Auswahlverfahrens erscheint möglich (zum Maßstab BayVGH, B.v. 24.7.2017 – 3 CE 17.434 – juris Rn. 50 m.w.N.).

37
3. Ohne Erfolg bleibt die Beschwerde, soweit der mit ihr weiterverfolgte Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung in zeitlicher Hinsicht darauf gerichtet ist, die Besetzung der streitbefangenen Stelle bis zur bestandskräftigen Entscheidung über die Bewerbung der Antragstellerin zu untersagen.

38
Die Antragstellerin kann nur verlangen, dass ihr Bewerbungsverfahrensanspruch in dem laufenden Besetzungsverfahren beachtet wird. Insoweit gilt kein anderer Prüfungsmaßstab als im Hauptsacheverfahren (vgl. BVerfG, B.v. 4.2.2016 – 2 BvR 2223/15 – juris Rn. 83; BVerwG, U.v. 4.11.2010 – 2 C 16.09 – juris Rn. 32). Sowohl bei einer erneuten Auswahlentscheidung im laufenden Verfahren als auch im Fall eines neu durchzuführenden Auswahlverfahrens hätte die Antragstellerin gegebenenfalls die Möglichkeit, ihre Rechte aus Art. 33 Abs. 2 GG durch ein erneutes Eilverfahren zu sichern. Der Dienstherr muss mit der Ernennung eines ausgewählten Bewerbers nicht warten, bis über die Besetzung des Dienstpostens bestandskräftig entschieden ist; es genügt, dass er die sich aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, Art. 33 Abs. 2 GG ergebenden Mitteilungs- und Wartepflichten erfüllt und kein einstweiliger Rechtsschutz beantragt wird (vgl. BVerwG, U.v. 4.11.2010 – 2 C 16.09 – juris Rn. 33 ff.; BVerfG, B.v. 9.7.2007 – 2 BvR 206/07 – juris Rn. 18; BayVGH, B.v. 1.12.2021 – 3 CE 21.2593 – juris Rn. 8).

39
4. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen zu tragen, weil die Antragstellerin nur zu einem geringen Teil (zeitlicher Umfang des Anordnungsgrundes) unterlegen ist (§ 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO). Dem Beigeladenen ist kein Kostenanteil aufzuerlegen, obwohl er auf der Seite der unterlegenen Antragsgegnerin steht; denn er hat keinen eigenen Antrag gestellt (§ 154 Abs. 3 VwGO). Aus dem gleichen Grund entspricht es aber auch der Billigkeit, dass der Beigeladene seine außergerichtlichen Kosten selbst trägt, weil er sich im Beschwerdeverfahren keinem Kostenrisiko ausgesetzt hat (vgl. § 162 Abs. 3 VwGO).

40
Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 Sätze 2 bis 4 GKG.

41
Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO; § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).