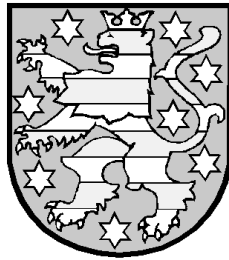

THÜRINGER OBERVERWALTUNGSGERICHT



- 2. Senat -

2 EO 471/09

Verwaltungsgericht Gera

- 1. Kammer -

1 E 281/09 Ge

Beschluss

In dem Verwaltungsstreitverfahren

des Kriminaloberkommissars _____ H_____,
L_____, _____ G_____

Antragsteller und Beschwerdeführer

bevollmächtigt:
Rechtsanwälte Müller u. a.,
Clara-Zetkin-Str. 28, 07545 Gera

gegen

den Freistaat Thüringen,
vertreten durch den Thüringer Innenminister,
Steigerstr. 24, 99096 Erfurt

Antragsgegner und Beschwerdegegner

beigeladen:

1. Kriminaloberkommissar _____ S_____,
S_____, _____ G_____

2. Kriminaloberkommissar _____ S_____,
T_____, _____ G_____

wegen

Recht der Landesbeamten,
hier: Beschwerde nach § 123 VwGO

hat der 2. Senat des Thüringer Oberverwaltungsgerichts durch den Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts Lindner, den Richter am Oberverwaltungsgericht Gravert und die an das Gericht abgeordnete Richterin am Verwaltungsgericht Hampel

am 18. März 2011 **beschlossen**:

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Gera vom 12. Juni 2009 - 1 E 281/09 Ge - abgeändert und dem Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, die bei der Polizeidirektion G_____ zum 1. April 2009 vorgesehenen Beförderungsstellen für ein Amt der Besoldungsgruppe A 11 im gehobenen Polizeivollzugsdienst mit den Beigeladenen zu besetzen, bis über die Bewerbung des Antragstellers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden worden ist.

Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens zu tragen, mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst zu tragen haben.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 20.790,51 € festgesetzt.

Gründe

I.

Der Antragsteller begehrt vorläufigen Rechtsschutz gegen die beabsichtigte Ernennung der Beigeladenen zu Kriminalhauptkommissaren (BesGr A 11 ThürBesG).

Der am _____ 1957 geborene Antragsteller wurde mit Wirkung vom 1. Februar 1992 unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Probe zum Kriminalkommissar z. A. (BesGr A 9) ernannt. Mit Wirkung vom 1. März 1995 ernannte der Antragsgegner den Antragsteller unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zum Kriminalkommissar und beförderte ihn mit Wirkung vom 1. Juni 1995 zum Kriminaloberkommissar (BesGr A 10).

Mit Wirkung vom 1. Oktober 2002 übertrug der Antragsgegner dem Antragsteller den Dienstposten eines "nicht funktionsgebundenen Sachbearbeiters (BesGr A 9/A 11)" in der KPI G_____. Mit Wirkung vom 1. Februar 2004 wurde der Antragsteller für die Dauer von zwölf Monaten mit der Wahrnehmung der Dienstgeschäfte als "Sachbearbeiter Dienstgruppe (BesGr A 11) (Wachleiter im Rahmen des BSM)" beauftragt und zugleich zur PI G_____ befristet umgesetzt. Zum Zwecke der Erprobung beauftragte der Antragsgegner den Antragsteller mit Wirkung vom 1. Juli 2004 bis zum 30. September 2004 mit der Wahrnehmung der Dienstgeschäfte als "Leiter Dienstgruppe (BesGr A 11/A 12) (Schichtleiter im Rahmen des BSM)". Mit Wirkung vom 1. Oktober 2004 setzte er den Antragsteller zur PI G_____ um und bestellte ihn - nunmehr mit der Amtsbezeichnung "Polizeioberkommissar" - zum "Leiter Dienstgruppe (BesGr A 11/A 12) (Schichtleiter im Rahmen des BSM)". Mit Wirkung vom 1. Juni 2005 erfolgte die Umsetzung des Antragstellers - zunächst befristet bis zum 31. Dezember 2005 - von der PI G_____ zur PI G_____ und die Beauftragung mit der Wahrnehmung der Dienstgeschäfte als "Leiter Verfügungsgruppe (BesGr A 12/A 13) (im BSM Leiter Außendienst)". Mit Schreiben vom 21. November 2005 verlängerte der Antragsgegner diese Verwendung "bis auf weiteres". Mit Wirkung vom 1. Februar 2007 setzte der Antragsgegner den Antragsteller von der PI G_____ zur PI G_____ um und bestellte ihn zum "Leiter Dienstgruppe (BesGr A 11/A 12) (im Rahmen des BSM Schichtleiter)" unter Aufrechterhaltung der Beauftragung mit der Wahrnehmung der Dienstgeschäfte als "Leiter Verfügungs-

gruppe". Mit Wirkung vom 1. April 2007 wurde der Antragsteller für die Dauer von sechs Monaten zur PI G_____ umgesetzt und zugleich mit der Wahrnehmung der Dienstgeschäfte als "Leiter Ermittlungsgruppe (BesGr A 11/A 12)" beauftragt. Die Beauftragung mit der Wahrnehmung der Geschäfte als "Leiter Verfügungsgruppe" endete zum 31. März 2007. Mit Wirkung vom 1. September 2007 setzte der Antragsgegner den Antragsteller zur PI G_____ um und übertrug ihm zugleich den Dienstposten eines "Sachbearbeiters Ermittlungsgruppe (A 11)". Mit Wirkung vom 1. März 2008 wurde der Antragsteller zur KPI G_____ umgesetzt und ihm dort der Dienstposten "nicht funktionsgebundener Sachbearbeiter KPI (BesGr A 9/A 11)" übertragen. Er führt seither die Amtsbezeichnung "Kriminaloberkommissar".

Der Antragsteller wurde zum Stichtag 1. Januar 2007 vom Leiter der Polizeidirektion G___ unter dem 18. August 2008 periodisch beurteilt. Die Regelbeurteilung (Beurteilungszeitraum 1. Januar 2004 bis 31. Dezember 2006) schließt mit dem Prädikat "übertrifft die Anforderungen - obere Grenze" (4,33 Punkte). Die Vorbeurteilung zum Stichtag 1. Januar 2004 (Beurteilungszeitraum 1. Januar 2001 bis zum 31. Dezember 2003) lautet auf das Prädikat "entspricht den Anforderungen obere Grenze" (3,33 Punkte).

Der am _____ 1961 geborene Beigeladene zu 1) wurde mit Wirkung vom 1. Februar 1992 unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Probe zum Kriminalkommissar z. A. (BesGr A 9) ernannt. Durch Urkunde vom 23. März 1994 ernannte der Antragsgegner den Beigeladenen zu 1) unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zum Kriminalkommissar und beförderte ihn mit Wirkung vom 1. Juni 1995 zum Kriminaloberkommissar (BesGr A 10). Mit Wirkung vom 1. Juli 2001 wurde der Beigeladene zum "1. Sachbearbeiter im K_____" (BesGr A 11/A 12)" in der KPS A_____ bestellt. Nach einer befristeten Umsetzung zur KPI G_____ im Zeitraum vom 3. November 2003 bis zum 23. Januar 2004 ist der Beigeladene mit Wirkung vom 1. Dezember 2006 zum "Leiter K_____" - Staatsschutz (BesGr A 12)" bei der KPS A_____ bestellt worden. Zum Stichtag 1. Januar 2007 wurde der Beigeladene zu 1) vom Polizeidirektor der Polizeidirektion G___ am 16. Juli 2008 periodisch beurteilt. Die Beurteilung endet mit dem Gesamturteil "übertrifft erheblich die Anforderungen" (5,0 Punkte). Die Vorbeurteilung zum Stichtag 1. Januar 2004 schließt mit dem Gesamturteil "entspricht den Anforderungen obere Grenze" (3,33 Punkte).

Der am ____ 1956 geborene Beigeladene zu 2) wurde mit Wirkung vom 1. Februar 1992 unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Probe zum Kriminalkommissar z. A. (BesGr A 9) ernannt. Durch Urkunde vom 7. September 1993 ernannte der Antragsgegner den Beigeladenen zu 2) zum Kriminaloberkommissar (BesGr A 10) und durch Urkunde vom 8. März 1994 verlieh er ihm die Eigenschaft eines Beamten auf Lebenszeit. Seit dem 1. März 2000 ist der Beigeladene zu 2) - abgesehen von einzelnen Unterbrechungen in den Jahren 2001 und 2007 - auf dem Dienstposten "Sachbearbeiter Kriminaltechnik/Erkennungsdienst (BesGr A 9/A 11)" in der KPI G____ eingesetzt. Zum Stichtag 1. Januar 2007 wurde der Beigeladene zu 2) vom Polizeidirektor der Polizeidirektion G___ am 16. Juli 2008 periodisch beurteilt. Die Beurteilung endet mit dem Gesamturteil "übertrifft erheblich die Anforderungen" (5,0 Punkte). Die Vorbeurteilung zum Stichtag 1. Januar 2004 schließt mit dem Gesamturteil "übertrifft die Anforderungen" (4 Punkte).

Der Antragsteller legte gegen die periodische Beurteilung zum Stichtag 1. Januar 2007 vom 18. August 2008 am 9. September 2009 Widerspruch ein. Zur Begründung trug er im Wesentlichen vor, der Erstbeurteiler PHK W____ sei im gesamten Beurteilungszeitraum nicht sein Vorgesetzter gewesen. Beurteilungsbeiträge lägen nicht vor, obwohl solche im Hinblick auf seine verschiedenen Verwendungen hätten erstellt werden müssen. Über die Zurückstellung seiner periodischen Beurteilung wegen der anhängigen Ermittlungsverfahren sei er nicht informiert worden. Im Widerspruch dazu stehe, dass er trotz der Ermittlungsverfahren auf höherwertigen Dienstposten eingesetzt worden sei. Das erzielte Prädikat von 4,33 Punkten entspreche auch nicht den von ihm erbrachten Leistungen auf zum Teil wesentlich höher bewerteten Dienstposten. Die Bewertungen der Einzelmerkmale seien nicht in sich schlüssig. Während das Merkmal Planungsvermögen und Zielorientierung mit 4 Punkten beurteilt worden sei, sei das Merkmal Zielentwicklung mit 5 Punkten benotet worden. Zudem sei es unlogisch, die Leistungsmerkmale mit überwiegend 5 Punkten zu beurteilen, die Eignungsmerkmale dagegen mit 4 Punkten. Die Bewertung seiner Führungseigenschaften sei nicht mit dem Umstand in Einklang zu bringen, dass er stets mit der Wahrnehmung höherwertiger Dienstposten beauftragt worden sei. Entgegen der Beurteilungsrichtlinie und trotz seines mehrfachen Verwendungswechsels fehle es an einer wörtlichen Begründung der Beurteilung.

Mit Widerspruchsbescheid vom 15. Oktober 2008 hob der Antragsgegner die angefochtene Beurteilung unter Hinweis auf formalrechtliche Gründe auf.

Am 28. November 2008 erstellte der Leiter der Polizeidirektion G_____ für den Antragsteller erneut eine Regelbeurteilung zum Stichtag 1. Januar 2007, die auf das Gesamtprädikat "übertrifft die Anforderungen - obere Grenze" lautet. Gegen diese, dem Antragsteller am 10. Februar 2009 eröffnete Beurteilung legte er mit Schreiben vom selben Tag Widerspruch ein. Zur Begründung nahm er im Wesentlichen Bezug auf seine Einwendungen im früheren Widerspruchsverfahren. Ergänzend trug er vor, die Einbeziehung seiner jeweiligen Vorgesetzten sei bei der Erstellung der Beurteilung nicht ordnungsgemäß erfolgt. Herr EPHK B_____ sei während des Beurteilungszeitraums nicht sein Vorgesetzter gewesen. Herr EPHK S_____ habe ihm gegenüber geäußert, keinen Beurteilungsbeitrag erstellt zu haben. Seine Regelbeurteilung sei arithmetisch angepasst worden, um die Beförderung der Beigeladenen zu ermöglichen.

Mit Widerspruchsbescheid vom 6. März 2009, zugestellt am 10. März 2009, wies der Antragsgegner den Widerspruch des Antragstellers gegen die dienstliche Beurteilung vom 28. November 2008 zurück. Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus: Die Beurteilung des Antragstellers zum Stichtag 1. Januar 2007 sei aufgrund seiner (zu diesem Zeitpunkt bestehenden) Zugehörigkeit zur PI G_____ vom Leiter dieser Dienststelle als Erstbeurteiler gefertigt worden. Zum Zeitpunkt der Erstellung der Beurteilung habe PHK W_____ diese Funktion wahrgenommen. PHK W_____, der im Beurteilungszeitraum nicht selbst Vorgesetzter des Antragstellers gewesen sei, habe den Beurteilungsvorschlag unter Mitwirkung der Vorgesetzten des Antragstellers, EPHK Z_____, PHK P___ und EPHK S_____, erstellt. Förmliche Beurteilungsbeiträge für die vom Antragsteller jeweils ausgeübten Funktionen hätten nicht eingeholt werden müssen. Eine verbale Begründung der erzielten Einzelprädikate sei nach der Beurteilungsrichtlinie im Falle des Antragstellers nicht erforderlich gewesen. Der Widerspruch des Antragstellers gebe auch keinen Anlass, die Einzelbewertungen oder das Gesamturteil abzuändern. Die Bewertungen der Einzelmerkmale Zielorientierung und Zielentwicklung widersprächen sich nicht. Das Einzelmerkmal Zielorientierung sei eine Leistungsbewertung, die die Arbeitsergebnisse des Beamten betreffe. Dagegen sei das Merkmal Zielentwicklung ein Leistungsmerkmal, das die Einschätzung des Beamten als Führungskraft zum Inhalt habe. Hinsichtlich

der Leistungsmerkmale für Führungskräfte sei festzuhalten, dass dem Antragsteller mit der Benotung von 4 Punkten bestätigt werde, dass er die an ihn gestellten Anforderungen erheblich übertreffe, d. h. über das normale Maß hinaus erfülle, obwohl ihm erst ab dem 1. Februar 2004 Führungsaufgaben übertragen worden seien. Die Verbesserung des Gesamtprädikats von 3,33 Punkten in der periodischen Beurteilung zum Stichtag 1. Januar 2004 auf 4,33 Punkte in der periodischen Beurteilung zum Stichtag 1. Januar 2007 mache die Wertschätzung der vom Antragsteller erbrachten Leistungen deutlich.

Für den Beförderungstermin zum 1. April 2009 gab der Antragsgegner für den Bereich der Polizeidirektion G___ ein Kontingent von 22 Beförderungsmöglichkeiten für den mittleren und gehobenen Polizeivollzugsdienst frei. Aus diesem Kontingent sollten für den Bereich des gehobenen Polizeivollzugsdienstes zwei Beförderungen von BesGr A 10 nach BesGr A 11 erfolgen. Nach Zustimmung des örtlichen Personalrats teilte der Antragsgegner dem Antragsteller mit Schreiben vom 10. März 2009 mit, dass beabsichtigt sei, die Beigeladenen zu 1) und 2) zum Kriminalhauptkommissar (BesGr A 11) zu befördern. Mit Schreiben vom 19. März 2009 legte der Antragsteller gegen die für ihn negative Auswahlentscheidung Widerspruch ein.

Am 19. März 2009 erhob der Antragsteller Klage mit dem Antrag, die dienstliche Beurteilung zum Stichtag 1. Januar 2007 vom 28. November 2008 und den Widerspruchsbescheid vom 6. März 2009 aufzuheben und ihm eine neue dienstliche Beurteilung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu erstellen. Über diese Klage mit dem Aktenzeichen 1 K 272/09 Ge ist bislang nicht entschieden worden.

Hinsichtlich der beanstandeten Auswahlentscheidung hat der Antragsteller am 23. März 2009 vor dem Verwaltungsgericht Gera um die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nachgesucht.

Der Antragsteller wiederholte und vertiefte im Wesentlichen seine Ausführungen aus dem Verwaltungsverfahren.

Der Antragsteller hat beantragt,

dem Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig zu untersagen, die beiden Beförderungsstellen zum Kriminalhauptkommissar (A 11) bei der Polizeidirektion G_____ zum 30. März 2009 mit den Beigeladenen zu besetzen.

Der Antragsgegner hat beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Er hat die Auswahlentscheidung verteidigt und die Vorwürfe des Antragstellers zurückgewiesen.

Die Beigeladenen haben keinen Antrag gestellt und sich nicht zum Verfahren geäußert.

Das Verwaltungsgericht Gera hat den Antrag des Antragstellers durch Beschluss vom 12. Juni 2009 abgelehnt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Der Antragsteller habe keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Die Auswahlentscheidung sei rechtsfehlerfrei ergangen. Die Auswahl beruhe auf hinreichend aktuellen, zum Stichtag 1. Januar 2007 erstellten Regelbeurteilungen. Es bestünden keine Bedenken gegen die Vergleichbarkeit der dienstlichen Beurteilungen, auch nicht vor dem Hintergrund, dass der Antragsteller während eines erheblichen Teils des Beurteilungszeitraums auf einem höherwertigen Dienstposten verwendet worden sei. Ausschlaggebend sei, dass alle Beteiligten anhand derselben Maßstäbe in demselben Statusamt (BesGr A 10) beurteilt worden seien. Die Regelbeurteilungen der Beteiligten zum Stichtag 1. Januar 2007 begegneten auch inhaltlich keinen Bedenken.

Insbesondere sei die dienstliche Beurteilung des Antragstellers weder in verfahrensrechtlicher noch in materiell-rechtlicher Hinsicht zu beanstanden. Der Leiter der PI G_____ PHK W_____ sei zuständiger Erstbeurteiler gewesen. Dabei könne offen bleiben, ob es für die Bestimmung des zuständigen Erstbeurteilers bei einer Auslegung der Beurteilungsrichtlinie aus sich selbst heraus auf den Zeitpunkt des Stichtags oder aber - wofür namentlich der Vergleich mit dem maßgeblichen Zeitpunkt bei der Bestimmung des Zweitbeurteilers spreche - auf den Zeitpunkt der Erstellung der Beurteilung ankomme. Denn die Beurteilungsrichtlinie als Verwaltungsvorschrift sei nicht wie eine Rechtsnorm auszulegen, sondern als Willenserklärung unter Berück-

sichtigung ihrer tatsächlichen Handhabung. Unter Berücksichtigung der tatsächlichen Handhabung sei gegen die Auslegung des Antragsgegners, bei der Bestimmung des zuständigen Erstbeurteilers sei auf den Zeitpunkt des Stichtags abzustellen, nichts zu erinnern. Hiervon ausgehend habe der Leiter der PI G_____ zu Recht als Erstbeurteiler bei der Erstellung der Beurteilung des Antragstellers mitgewirkt. Der Antragsteller sei der PI G_____ im maßgeblichen Zeitpunkt des Stichtags personalrechtlich zugeordnet gewesen. Der Erstbeurteiler habe sich sein Urteil unter Mitwirkung der direkten Vorgesetzten des Antragstellers gebildet. Der Antragsgegner habe im Widerspruchsbescheid vom 6. März 2009 substantiiert ausgeführt, unter Mitwirkung welcher Vorgesetzter der Erstbeurteiler sein Votum verfasst habe. Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit dieser Angaben habe der Antragsteller nicht vorgebracht und seien im Übrigen auch nicht erkennbar. Die Einholung von förmlichen Beurteilungsbeiträgen sei entbehrlich gewesen. Förmliche Beiträge seien nach der Beurteilungsrichtlinie nur erforderlich, wenn Polizeibeamte an andere Behörden abgeordnet worden seien. Zwischen der Zurückstellung der periodischen Beurteilung zum Stichtag 1. Januar 2007 wegen eines gegen den Antragsteller eingeleiteten Disziplinarverfahrens einerseits und der Verwendung des Antragstellers auf höherwertigen Dienstposten trotz dieses Verfahrens andererseits bestehe kein Widerspruch. Dem lägen unterschiedliche sachliche Erwägungen zu Grunde. Die in der Regelbeurteilung vergebenen Einzelnoten seien nicht verbal zu begründen gewesen. Die Beurteilungsrichtlinie sehe eine Begründung nur bei der Vergabe der Punkte 1 oder 6 vor. Im Übrigen stehe sie im Ermessen des Dienstherrn, das dieser in den bislang vom Gericht entschiedenen Fällen einheitlich im Sinne eines Verzichts auf eine verbale Begründung ausgeübt habe. Es sei auch nicht erkennbar, dass der Dienstherr die Grenzen des ihm eingeräumten Beurteilungsspielraums überschritten habe. Das Vorbringen des Antragstellers erschöpfe sich der Sache nach in einer abweichenden Selbsteinschätzung. Der Antragsgegner habe die vom Antragsteller im Beurteilungszeitraum bewältigten höherwertigen Aufgaben hinreichend berücksichtigt. Es gebe keinen allgemeinen Grundsatz, wonach die Wahrnehmung höherwertiger Aufgaben zwangsläufig zu einem besseren Gesamturteil oder zur Bejahung der Beförderungseignung führe. Entscheidend sei, der Beurteiler habe erkannt und berücksichtigt, dass der zu Beurteilende höherwertige Dienstposten begleitet habe. Dies sei der Fall. Der Beurteilung vom 28. November 2008 liege eine zutreffende Aufgabenbeschreibung zu Grunde. Die Wertigkeit der vom Antragsteller verrichteten

Dienstaufgaben sei nicht verkannt worden. Der Antragsgegner habe mehrfach dargetan, dass der Antragsteller in zahlreichen Einzelmerkmalen, die auch seine Führungsqualität widerspiegeln, überdurchschnittliche bis weit überdurchschnittliche Leistungen erbracht habe. Dementsprechend habe er sich auch im Gesamtprädikat um einen vollen Notenpunkt verbessert. Dass diese Bewertung un schlüssig sei oder gar auf sachfremden Erwägungen beruhe, habe der Antragsteller nicht dargetan.

Gegen diesen ihm am 17. Juni 2009 zugestellten Beschluss hat der Antragsteller am 26. Juni 2009 beim Verwaltungsgericht Gera Beschwerde eingelegt, die er mit beim Oberverwaltungsgericht am 17. Juli 2009 eingegangenen Schriftsatz begründet hat.

Der Antragsteller meint, das Verwaltungsgericht habe wesentliche Verfahrensabschnitte übergangen. So habe es die Gründe seines Beschlusses vom 11. November 2008 - 1 E 1035/08 Ge - übersehen, wonach dem Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt worden sei, die vormals getroffene Auswahlentscheidung vom 11. September 2008 zu Gunsten der Beigeladenen zu vollziehen. Es sei nicht nachvollziehbar, wie die von ihm bereits im damaligen Verfahren - unter Bezugnahme auf sein Widerspruchsvorbringen vom 9. September 2008 - gerügten Beurteilungsmängel zum Erfolg des Verfahrens - 1 E 1035/08 Ge - führen konnten, im hiesigen Verfahren dagegen nicht. In beiden Fällen gehe es um dieselbe Sache. Soweit die erste Instanz bei der Bestimmung des Erstbeurteilers auf die tatsächliche Handhabung der Beurteilungsrichtlinie abstelle, sei dem nicht zu folgen. Bei den zur Begründung herangezogenen Beispielfällen aus der Praxis verkenne das Gericht, dass diese Fälle mit der vorliegenden Fallkonstellation nicht vergleichbar seien. Mit der Annahme, der Erstbeurteiler habe sich sein Urteil durch Heranziehung der Beiträge seiner seinerzeitigen Vorgesetzten, Z_____, P_____ und S_____, gebildet, übergehe das Gericht seinen Vortrag in der Antragsschrift. Hier sei vorgetragen worden, dass ihm ein Beurteilungsbeitrag von EPHK S_____ niemals vorgelegt worden sei. Herr S_____ habe ihm persönlich gegenüber geäußert, dass er einen derartigen Beitrag nicht erstellt habe. Auch in der Personalakte befänden sich keinerlei Beurteilungsbeiträge. Ohne eine Beurteilung durch Herrn EPHK S_____ sei der Erstbeurteiler aber gar nicht in der Lage gewesen, sich ein abschließendes Urteil zu bilden. Hinzu komme, dass ein Beitrag von seinem Vorgesetzten EPHK B_____ für die Monate April und Mai 2005 fehle. Im

Übrigen sei es sachfremd, dass die an der Beurteilung Mitwirkenden zum selben Ergebnis im zugearbeiteten Beurteilungsvorschlag gekommen seien. Es spreche vieles dafür, dass vorher Absprachen in der Polizeidirektion stattgefunden haben. Entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts habe der Antragsgegner die von ihm bewältigten höherwertigen Aufgaben nicht hinreichend berücksichtigt. Der Antragsgegner habe selbst im Verwaltungsstreitverfahren zur vormaligen Besetzungsentscheidung vom September 2008 ausgeführt, dass in dem Fall, in dem der Vergleich der aktuellen Regelbeurteilungen nicht ausreiche, der Einsatz auf einem höherwertigen Dienstposten Auswirkungen auf die Auswahl haben müsse. Gleichwohl habe die jahrelange beanstandungsfreie Wahrnehmung eines mit BesGr A 12/A 13 bewerteten Dienstpostens nicht dazu geführt, dass der Antragsgegner ihn mit einem höheren Gesamtprädikat benote. Zu berücksichtigen sei insofern auch, dass es nicht gängige Praxis der PD G___ sei, Kriminaloberkommissare mit der Wahrnehmung der Dienstgeschäfte des "Leiters Verfügungsgruppe", bewertet nach BesGr A 12/A 13, zu betrauen. Dieser Umstand hätte sich im Beurteilungszeitraum zumindest im Vergleich mit dem Beigeladenen zu 2), der eine solche Tätigkeit nicht ausgeübt habe, in der Bewertung niederschlagen müssen.

Der Antragsteller beantragt,

unter Aufhebung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts Gera vom 12. Juni 2009 dem Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig zu untersagen, die beiden Beförderungsplanstellen zum Kriminalhauptkommissar (BesGr A 11) bei der Polizeidirektion G_____ zum 30. März 2009 mit den Beigeladenen zu besetzen.

Der Antragsgegner beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Zur Begründung verteidigt er die erstinstanzliche Entscheidung und weist die Rügen des Antragstellers zurück.

Die Beigeladenen stellen keinen Antrag und haben sich nicht zur Sache geäußert.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands, insbesondere zum beruflichen Werdegang des Antragstellers und der Beigeladenen, zum Auswahl-

verfahren sowie zum Vortrag der Beteiligten wird auf die gerichtliche Verfahrensakte (zwei Bände), die Verfahrensakte zum Klageverfahren beim Verwaltungsgericht Gera 1 K 272/09 Ge (ein Band) nebst der dortigen Verwaltungsakte (ein Band) sowie die Verfahrensakte zum Eilverfahren beim Verwaltungsgericht Gera 1 E 1035/08 Ge (ein Band), die Personalakten des Antragstellers und der Beigeladenen, die Auswahlakte (eine Heftung) und die Sachakte zur Beurteilung des Antragstellers zum Stichtag 1. Januar 2007 (eine Heftung) Bezug genommen, die Gegenstand der Beratung waren.

II.

Die Beschwerde des Antragstellers hat Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat den vorläufigen Rechtsschutzantrag des Antragstellers zu Unrecht abgelehnt.

Die zulässige Beschwerde (§§ 146 Abs. 4, 147 VwGO) ist begründet. Ungeachtet dessen, dass die vom Antragsteller begehrte einstweilige Anordnung bereits wegen der fehlenden Dokumentation der Auswahlentscheidung zu erlassen gewesen wäre, zeigt der Antragsteller mit seinem Beschwerdevorbringen auch weitere Gründe auf, aus denen die - von einem zutreffenden rechtlichen Rahmen ausgehende (vgl. 1.) - Entscheidung des Verwaltungsgerichts keinen Bestand haben kann (vgl. 2. und 3.). Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob die erstinstanzliche Entscheidung ausnahmsweise - ungeachtet der vom Beschwerdeführer dargelegten Gründe - auch allein wegen der fehlenden Dokumentation der Auswahlentscheidung (vgl. 2 a.) hätte abgeändert werden können oder ob der Senat hieran gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO gehindert gewesen wäre (vgl. zur Abänderungsbefugnis bei offensichtlichen Fehlern: Thüringer OVG, Beschluss vom 11. Februar 2003 - 3 EO 387/02 - ThürVGRspr 2003, 173; Hessischer VGH, Beschluss vom 18. Januar 2006 - 5 TG 1493/05 - DÖV 2006, 1055; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 20. Mai 2010 - 13 B 170/10 - DVBl 2010, 1254; vgl. auch Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 16. Auflage, § 146 Rn. 43 a. E.; Meyer-Ladewig/Rudisile in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Loseblattkommentar, Stand Mai 2010, § 146 Rn. 15 m. w. N.).

Der Antragsteller hat auch aus den von ihm gemäß § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO noch hinreichend dargelegten Beschwerdegründen (vgl. 2 b.) einen Anspruch darauf, dass

dem Antragsgegner vorläufig bis zur erneuten Entscheidung über seine Bewerbung untersagt wird, die Beigeladenen zum Kriminalhauptkommissar (BesGr A 11) zu ernennen.

Die vom Antragsteller begehrte einstweilige Anordnung ist zu erlassen, wenn in Bezug auf den Streitgegenstand die Gefahr besteht, dass durch die Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (§ 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Der Anordnungsgrund und der Anordnungsanspruch sind glaubhaft zu machen (§ 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO in entsprechender Anwendung). Dies ist dem Antragsteller gelungen.

1. Im Interesse der Gewährung effektiven Rechtsschutzes gilt im Rahmen der beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren ein herabgestufter Prüfungsmaßstab. Ein Anordnungsanspruch ist dann gegeben, wenn nach dem im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung erkennbaren Sach- und Streitstand nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden kann, dass die vom Dienstherrn getroffene Auswahlentscheidung zu Lasten des Antragstellers rechtsfehlerhaft ist, weil dessen Bewerbungsverfahrensanspruch keine hinreichende Beachtung gefunden hat. Zugleich müssen die Aussichten des Betroffenen, in einem neuen rechtmäßigen Verfahren ausgewählt zu werden, zumindest „offen“ sein (vgl. Beschlüsse des Senats vom 25. August 2010 - 2 EO 735/09 - n. v., vom 17. Juni 2009 - 2 EO 222/08 - Juris, vom 16. Dezember 2008 - 2 EO 239/08 - Juris und - 2 EO 228/08 - ThürVGRspr 2009, 45, vom 5. März 2008 - 2 EO 888/07 - n. v. und vom 30. Januar 2008 - 2 EO 236/07 - ThürVGRspr 2009, 49 m. w. N; BVerfG, Beschlüsse vom 29. Juli 2003 - 2 BvR 311/03 - NVwZ 2004, 1524 und vom 24. September 2002 - 2 BvR 857/02 - NVwZ 2003, 200; BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - NJW 2011, 695; Beschlüsse vom 20. Januar 2004 - 2 VR 3.03 - Buchholz 310 § 123 VwGO Nr. 23 und vom 21. August 2003 - 2 C 14.02 - BVerwGE 118, 370).

Kommt der Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren weitgehend die Bedeutung der Entscheidung im Hauptsacheverfahren zu, ist die gerichtliche Überprüfung auch nicht lediglich auf eine summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage beschränkt; vielmehr ist grundsätzlich eine eingehende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Anspruchs auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerber-

auswahl geboten (vgl. nur zuletzt Beschlüsse des Senats vom 25. August 2010 - 2 EO 735/09 - und vom 17. Juni 2009 - 2 EO 222/08 - a. a. O.; BVerfG, Beschluss vom 12. Mai 2005 - 1 BvR 569/05 - NVwZ 2005, 927; BVerwG, Urteile vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - a. a. O. und vom 17. August 2005 - 2 C 38.04 - Juris).

Grundlage des vom Antragsteller geltend gemachten Bewerbungsverfahrensanspruchs ist Art. 33 Abs. 2 GG. Danach hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Öffentliche Ämter sind nach Maßgabe des Bestenauslesegrundsatzes zu besetzen. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner ständigen Rechtsprechung (vgl. nur BVerfG, Beschlüsse vom 8. Oktober 2007 - 2 BvR 1846/07 -, vom 2. Oktober 2007 - 2 BvR 2457/04 - und vom 20. September 2007 - 2 BvR 1972/07 - Juris, jeweils m. w. N. hierzu ausgeführt, dass die Geltung dieses Grundsatzes unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistet wird. Die Vorschrift dient zum einen dem öffentlichen Interesse der bestmöglichen Besetzung des öffentlichen Dienstes. Dessen fachliches Niveau und rechtliche Integrität sollen gerade durch die ungeschmälernte Anwendung des Bestenauslesegrundsatzes gewährleistet werden. Zum anderen trägt Art. 33 Abs. 2 GG dem berechtigten Interesse der Beamten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen dadurch Rechnung, dass er grundrechtsgleiche Rechte auf eine ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl begründet. Der Beamte kann beanspruchen, dass der Dienstherr das ihm bei der zu treffenden Entscheidung zustehende Auswahlermessen unter Einhaltung etwaiger Verfahrensvorschriften fehlerfrei ausgeübt hat (Bewerbungsverfahrensanspruch); vgl. zu allem auch: Beschlüsse des Senats vom 25. August 2010 - 2 EO 735/09 -, vom 17. Juni 2009 - 2 EO 222/08 - a. a. O., vom 30. Januar 2008 - 2 EO 236/07 - a. a. O., vom 26. Juli 2007 - 2 EO 14/07 - n. v., vom 31. Januar 2005 - 2 EO 1170/03 - ThürVBI 2005, 134, vom 31. März 2003 - 2 EO 545/02 - ThürVBI 2003, 256 und vom 29. Oktober 2001 - 2 EO 515/01 - ThürVBI 2002, 139, jeweils m. w. N.; vgl. auch BVerwG, Beschluss vom 27. April 2010 - 1 WB 39.09 - Juris, Urteile vom 16. Oktober 2008 - 2 A 9.07 - BVerwGE 132, 110 und vom 28. Oktober 2004 - 2 C 23.03 - BVerwGE 122, 147).

Art. 33 Abs. 2 GG gibt dabei die entscheidenden Maßstäbe für die Bewerberauswahl zur Besetzung von öffentlichen Ämtern abschließend vor. Die von Art. 33 Abs. 2 GG

erfassten Auswahlentscheidungen können grundsätzlich nur auf Gesichtspunkte gestützt werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffen. Anderen Umständen darf nur Bedeutung beigemessen werden, wenn ihnen ebenfalls Verfassungsrang eingeräumt ist oder sich aus dem Vergleich anhand von unmittelbar leistungsbezogenen Kriterien kein Vorsprung von Bewerbern ergibt.

Wird der Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG durch eine fehlerhafte Auswahlentscheidung des Dienstherrn verletzt, ergibt sich daraus regelmäßig kein 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 (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. September 2002 - 2 BvR 857/02 - a. a. O.; BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - a. a. O., m. w. N.).

Aus Art. 33 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG folgt daher die Möglichkeit des unterlegenen Bewerbers, in einem gerichtlichen Verfahren überprüfen zu lassen, ob er durch die Auswahlentscheidung in seinem subjektiv-öffentlichen Recht auf fehlerfreie Auswahl verletzt worden ist. Die gerichtliche Prüfung ist wegen der dem Dienstherrn eingeräumten Beurteilungsmächtigung für seine Einschätzung der fachlichen Leistung, Befähigung und Eignung beschränkt. Das Gericht ist nur befugt zu prüfen, ob der Dienstherr den gesetzlichen Rahmen und die anzuwendenden Rechtsbegriffe zutreffend gewürdigt hat, ob er von einem richtigen Sachverhalt ausgegangen ist, ob er allgemeingültige Wertmaßstäbe beachtet hat und ob er schließlich sich nicht von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen. Dem Dienstherrn bleibt es unbenommen, welchen der zur Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zuzurechnenden Umständen er das größere Gewicht beimisst. Die Auswahlkriterien als solche sind allerdings durch die Verfassung vorgegeben. Der Dienstherr ist insoweit verpflichtet, alle entscheidungserheblichen Tatsachen festzustellen, zu gewichten und seiner Entscheidung zu Grunde zu legen (vgl. Beschlüsse des Senats vom 25. August 2010 - 2 EO 735/09 - und vom 17. Juni 2009 - 2 EO 222/08 - a. a. O., vom 30. Januar 2008 - 2 EO 236/07 - a. a. O., vom 26. Juli 2007 - 2 EO 14/07 - a. a. O. und vom 31. März 2003 - 2 EO 545/02 - a. a. O.; BVerwG, Urteil vom 22. September 1988 - 2 C 35.86 - Juris).

Der Beamte kann im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens sowohl geltend machen, selbst in rechtswidriger Weise benachteiligt worden zu sein (vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 28. Oktober 2004 - 2 C 23.03 - a. a. O.), als auch eine auf sachfremden Erwägungen beruhende unzulässige Bevorzugung des ausgewählten Konkurrenten rügen (vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 17. August 2005 - 2 C 37.04 - BVerwGE 124, 99). Der Fehler kann sowohl in der Qualifikationsbeurteilung des Beamten als auch in derjenigen des erfolgreichen Bewerbers oder im Leistungsvergleich zwischen den Bewerbern liegen (vgl. BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - a. a. O., m. w. N.; Zängl, in: Fürst, GKÖD, Loseblattkommentar, Stand März 2011, Bd. I, K § 8 Rn. 127). Rechtsfehler können sich aber auch auf das der Bestenauslese dienende Verfahren selbst beziehen.

Zu diesen Anforderungen an das Verfahren der Bewerberauswahl hat der Senat in seiner Rechtsprechung ausgeführt, dass der Bewerbungsverfahrensanspruch die Einhaltung eines Verfahrens umfasst, das den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG möglichst wirksam Geltung verschafft. So hat der eigentlichen Auswahlentscheidung, die durch die aufgezeigten Beurteilungsspielräume des Dienstherrn geprägt ist, in aller Regel ein mehrgliedriges Auswahlverfahren voraus zu gehen. Neben der Einhaltung von im Einzelfall gesetzlich festgelegten Anforderungen ist Grundlage eines jeden Auswahlverfahrens die Festlegung eines Anforderungsprofils der ausgeschriebenen Stelle. Auf dieses Anforderungsprofil hin sind die Leistungen der Bewerber festzustellen. Anhand der verfassungsrechtlichen Leistungskriterien ist dann ein Vergleich anzustellen sowie eine darauf begründete Reihenfolge der Bewerber durch den Dienstherrn festzulegen (vgl. Beschlüsse des Senats vom 25. August 2010 - 2 EO 735/09 - und vom 30. Januar 2008 - 2 EO 236/07 - a. a. O., vom 26. Juli 2007 - 2 EO 14/07 - a. a. O., vom 30. März 2007 - 2 EO 729/06 - ThürVBI 2007, 187, vom 13. April 2006 - 2 EO 1065/05 - ThürVBI 2006, 745, vom 31. Januar 2005 - 2 EO 1170/03 - a. a. O., vom 31. März 2003 - 2 EO 545/02 - a. a. O. und vom 29. Oktober 2001 - 2 EO 515/01 - a. a. O.).

Aus Art. 33 Abs. 2 GG i. V. m. Art. 19 Abs. 4 GG folgt des Weiteren die Verpflichtung des Dienstherrn, die seiner Entscheidung zugrunde liegenden wesentlichen Auswählerwägungen schriftlich niederzulegen. Nur durch eine schriftliche Fixierung der wesentlichen Auswählerwägungen - deren Kenntnis sich der unterlegene Bewerber gegebenenfalls durch Akteneinsicht verschaffen kann - wird der Mitbewerber in die

Lage versetzt, sachgerecht darüber befinden zu können, ob er die Entscheidung des Dienstherrn hinnehmen soll oder ob Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen den Anspruch auf faire und chancengleiche Behandlung seiner Bewerbung bestehen und er gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen will. Darüber hinaus eröffnet erst die Dokumentation der maßgeblichen Erwägungen dem Gericht die Möglichkeit, die angegriffene Entscheidung eigenständig nachzuvollziehen. Schließlich stellt die schriftliche Dokumentation der Auswählerwägungen sicher, dass die Bewertungsgrundlagen der entscheidenden Stelle vollständig zur Kenntnis gelangt sind; sie erweist sich damit als verfahrensbegleitende Absicherung der Einhaltung der Maßstäbe des Art. 33 Abs. 2 GG (so ausdrücklich: BVerwG, Beschlüsse vom 27. Januar 2010 - 1 WB 52/08 - BVerwGE 136, 36 sowie vom 16. Dezember 2008 - 1 WB 19/08 - BVerwGE 133, 13 und - 1 WB 59/08 - BVerwGE 133, 20 unter Bezugnahme auf BVerfG, Beschluss vom 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 - NVwZ 2007, 1178; Beschluss des Senats vom 30. Juni 2010 - 2 EO 516/09 - n. v.; OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 24. Januar 2011 - 1 M 1/11 - Juris und vom 26. Oktober 2010 - 1 M 125/10 - DVBI 2011, 55; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 12. Januar 2011 - 1 B 1585/10 - Juris; OVG Niedersachsen, Beschluss vom 14. Januar 2008 - 5 ME 317.07 - NVwZ-RR 2008, 552; Bayerischer VGH, Beschluss vom 21. Januar 2005 - 3 CE 04.2899 - BayVBI 2006, 91; Hessischer VGH, Beschluss vom 17. Juni 1997 - 1 TG 2183/97 - ESVGH 48, 78).

2. Gemessen an diesen Anforderungen ist der Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers verletzt. Abgesehen davon, dass es bereits an einer schriftlichen Dokumentation der Auswählerwägungen fehlt, mit denen nachvollziehbar begründet ist, weshalb bei vergleichender Bewertung von Leistung, Eignung und Befähigung der zu berücksichtigenden Bewerber den Beigeladenen der Vorrang vor dem Antragsteller eingeräumt worden ist (vgl. a.), stellt sich die Auswahlentscheidung auch aus den vom Antragsteller dargelegten Gründen als rechtswidrig dar, weil ihr eine rechtsfehlerhafte Beurteilung des Antragstellers zum Stichtag 1. Januar 2007 zu Grunde liegt (vgl. b.).

a. Der vom Antragsgegner vorgelegte Auswahlvorgang (Beiakte 1) enthält eine "Liste der beförderungsfähigen Beamten der BesGr A 10 zur Beförderung in ein Amt der BesGr A 11" vom 9. März 2009 (Bl. 1 der Beiakte 1), den Antrag an den Vorsitzenden des örtlichen Personalrats vom 5. März 2009 auf Mitbestimmung gemäß § 75

Abs. 2 Satz 1 Ziffer 2 des Thüringer Personalvertretungsgesetzes - ThürPersVG - bei der Verwendung der Beförderungsmöglichkeiten, die der Polizeidirektion G_____ zum 1. April 2009 zugewiesen wurden (Bl. 2 ff. der Beiakte 1), die Zustimmung des Personalrats vom 9. März 2009 (Bl. 5 f. der Beiakte 1) und die Information des Antragstellers als unterlegener Bewerber vom 10. März 2009 (Bl. 7 der Beiakte 1).

Keine dieser Unterlagen, auch nicht eine der beiden erstgenannten, erfüllt die rechtlichen Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG i. V. m. Art. 19 Abs. 4 GG an die niederzulegende Auswahlentscheidung.

Die "Liste der beförderungsfähigen Beamten der BesGr A 10 zur Beförderung in ein Amt der BesGr A 11" vom 9. März 2009 besteht lediglich aus einer Tabelle, die die beförderungsfähigen Beamten der BesGr A 10 mit Haushaltsstelle, Amtsbezeichnung und Geburtsdatum, dem wahrgenommenen Dienstposten und dessen besoldungsrechtlicher Bewertung, dem Zeitpunkt ihrer letzten Ernennung und mit dem erreichten Prädikat zum Beurteilungsstichtag 1. Januar 2007 bzw. 1. Juli 2008 ausweist. Die Reihung der Beamten erfolgte nach dem erzielten Prädikat in der Note aufsteigend. Innerhalb der Notengruppen erschließt sich das Ranking nicht. Auswählerwägungen, anhand deren die Platzierung der Beamten inhaltlich nachvollzogen werden kann, lassen sich der Liste nicht entnehmen. Es ist weder erkennbar, wie der Kreis der beförderungsfähigen Beamten bestimmt wurde, noch von welchen allgemeinen Beförderungsgrundsätzen der Antragsgegner ausgegangen ist und wie er sie im konkreten Fall angewendet hat. Nicht ersichtlich ist auch, worin der Grund für die unterschiedlichen Beurteilungsstichtage liegt und wie der Antragsgegner die unterschiedlichen Beurteilungszeiträume berücksichtigt hat. Es fehlt auch an einer konkreten Billigung der "Liste" durch den für Personalentscheidungen zuständigen Polizeidirektor der PD G_____ (vgl. § 11 Abs. 1 Satz 1 und 2 ThürBG a. F. <nunmehr § 8 Abs. 1 ThürBG n. F.>, § 1 Abs. 1 der Anordnung über die Ernennung und Entlassung der Bediensteten des Landes vom 20. November 1990 <VOBl. 1990, S. 19>; § 2 Abs. 4 der Verwaltungsvorschrift über Zuständigkeiten von Behörden und Einrichtungen im Geschäftsbereich des Thüringer Innenministeriums vom 23. November 2005 - VVZustTIM - <ThürStAnz 2005, 2428>).

Hinzu kommt, dass die "Liste der beförderungsfähigen Beamten der BesGr A 10 zur Beförderung in ein Amt der BesGr A 11" auf den 9. März 2009 und damit auf einen Zeitpunkt nach der Auswahl datiert. Die Auswahlentscheidung des Dienstherrn muss

nach Aktenlage bereits am oder vor dem 5. März 2009 getroffen worden sein. Der Antrag an den örtlichen Personalrat gemäß § 75 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ThürPersVG, den Beförderungsentscheidungen zum Beförderungstermin 1. April 2009 zuzustimmen, wurde ausweislich des Verwaltungsvorgangs am 5. März 2009 gestellt. Von selbst versteht sich, dass in dem an den örtlichen Personalrat gerichteten Schreiben nicht zugleich die Auswahlentscheidung des Dienstherrn liegt oder diese dadurch ersetzt wird. Die Einleitung des Mitbestimmungsverfahrens setzt regelmäßig voraus, dass der Dienstherr eine Auswahlentscheidung *getroffen* hat. Für diese Entscheidung ist vor ihrer Vollziehung im Rahmen des personalvertretungsrechtlichen Verfahrens das Einverständnis des Personalrats einzuholen. Hierauf war auch der Antrag der PD G_____ vom 5. März 2009 gerichtet, wie sich aus der Betreffzeile und der Antragsbegründung ohne Zweifel ergibt. In der Antragsbegründung wird unter Verwendung der Vergangenheitszeitform die *getroffene* Auswahl dargestellt (vgl. Bl. 3 der Beiakte 1).

Soweit der Antragsgegner meint, die Grundlagen der Auswahl ergäben sich aus der Zusammenschau der Liste vom 9. März 2009 und dem Anschreiben an den örtlichen Personalrat vom 5. März 2009 weil beide Dokumente und die aktuellen Beurteilungen dem Antragsteller bei der Akteneinsicht zugänglich gemacht worden seien, verkennt er, dass es - ungeachtet des Widerspruchs in der zeitlichen Abfolge - nicht Sache der in der Regel im Dienstrecht nicht kündigen unterlegenen Bewerber ist, die allgemeinen und im konkreten Fall vom Antragsgegner angewandten Beförderungsgrundsätze in Erfahrung zu bringen, sich in den Verwaltungsakten die mutmaßlich wesentlichen Auswahlüberlegungen des Dienstherrn selbst zusammensuchen oder auf eigene Nachfrage zur Kenntnis zu erhalten. Dies liefe der effektiven Gewährleistung des verfassungsrechtlich verbürgten Bewerbungsverfahrensanspruchs zuwider (vgl. auch OVG Sachen-Anhalt, Beschluss vom 24. Januar 2011 - 1 M 1/11 - a. a. O.). Abgesehen von Vorstehendem befindet sich an keiner Stelle in der Beiakte 1 eine Billigung des gesamten Aktenkonvoluts durch den für die Auswahl und Ernennung zuständigen Polizeidirektor der PD G_____.

Der Antragsgegner hat auf den Hinweis des Senats, dass die Auswahlentscheidung in den vorgelegten Verwaltungsakten mangelhaft dokumentiert sei, trotz mehrfach eingeräumter Fristverlängerungen keine weiteren Unterlagen zum Auswahlverfahren zur Gerichtsakte gereicht. Soweit er mit Schreiben vom 28. Februar 2011 versucht,

die Auswahl nachträglich zu begründen, kann dies bei der Überprüfung der Auswahlentscheidung keine Berücksichtigung finden. Für die Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung kommt es allein auf die Erwägungen an, die der Dienstherr im Zeitpunkt der Entscheidung in Ausübung seines Verwendungsermessens und des ihm vorbehaltenen Beurteilungsspielraums angestellt hat. Mit dieser Entscheidung wird zugleich die Sach- und Rechtslage fixiert, die maßgeblich für die gerichtliche Beurteilung ist. Zwar können Ermessenserwägungen sowie Einschätzungen, bei denen ein Beurteilungsspielraum besteht, in entsprechender Anwendung des § 114 Satz 2 VwGO im gerichtlichen Verfahren ergänzt werden. Hierzu gehört indes nicht die vollständige Nachholung oder die Auswechslung der die Entscheidung tragenden Gründe. Derartige Erwägungen sind vielmehr unzulässig und bei der gerichtlichen Kontrolle der Auswahlentscheidung nicht berücksichtigungsfähig. Gegenteiliges folgt auch nicht aus § 45 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 ThürVwVfG, weil die Nachholung einer Begründung danach bereits dokumentierte materielle Auswählerwägungen voraussetzt, die hier gerade fehlen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 16. Dezember 2008 - 1 WB 19/08 -, a. a. O.; OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 26. Oktober 2010 - 1 M 125/10 -, a. a. O.; OVG Sachsen, Beschluss vom 15. März 2010 - 2 B 516/09 - Juris).

Soweit der Antragsgegner mit seinen Ausführungen im Schriftsatz vom 28. Februar 2011 zu verstehen geben will, die Forderung eines Auswahlvermerks sei bloße Förmerei, weil der für die Auswahl und Ernennung Zuständige nach dem beamtenrechtlichen Grundsatz der Bestenauslese ohnehin gehalten sei, den Vergleich des Leistungs-, Eignungs- und Befähigungsbilds der Bewerber in der Regel nach der letzten dienstlichen Beurteilung vorzunehmen, wird deutlich, dass er die Bedeutung und Tragweite des Bewerbungsverfahrensanspruchs verkennt. Der Bewerbungsverfahrensanspruch umfasst neben der materiell-rechtlichen Seite eben auch die Einhaltung des Verfahrens, um den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG möglichst wirksam Geltung zu verschaffen. Dass bei der personalentscheidenden Stelle und dem Antragsgegner ein Missverständnis über die Reichweite des Bewerbungsverfahrensanspruchs besteht, zeigt sich im Übrigen nicht nur in der fehlenden Dokumentation des Auswahlverfahrens, sondern auch darin, dass der Hintergrund der gerichtlichen Aufforderung zur Nachreichung der Unterlagen über die Gründe der Auswahlentscheidung, deren Vorhandensein der Senat als selbstverständlich vorausgesetzt hat, zunächst nicht erfasst wurde.

Diese insoweit schon offenbaren Rechtsfehler mögen im Ergebnis auf sich beruhen.

b. Die Auswahlentscheidung ist jedenfalls auch aus den vom Antragsteller dargelegten Gründen rechtswidrig. Ihr liegt erkennbar eine rechtswidrige Beurteilung des Antragstellers zu Grunde.

Der Antrag nach § 123 VwGO im beamtenrechtlichen Konkurrentenverfahren ist zwar nicht schon deshalb erfolgreich, weil ein Bewerber - wie hier der Antragsteller - seine der Stellenbesetzung zu Grunde liegende dienstliche Beurteilung mit Widerspruch und Klage angegriffen hat. Dies führt im Ausgangspunkt nicht dazu, dass der Inhalt dieser Beurteilung im Konkurrentenstreitverfahren des vorläufigen Rechtsschutzes von vornherein unberücksichtigt bleiben müsste. Allerdings hat sich das Gericht im Rahmen des Eilverfahrens mit den gegen die dienstliche Beurteilung gerichteten Angriffen in der Sache auseinanderzusetzen, folglich insoweit die Beurteilung inzident auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen (vgl. hierzu Beschluss des Senats vom 21. September 2005 - 2 EO 870/05 - ThürVBI 2006, 66).

Die zur Auswahl herangezogene periodische Beurteilung des Antragstellers vom 28. November 2008 zum Stichtag 1. Januar 2007 leidet an Rechtsmängeln. Sie ist zwar nicht in verfahrensmäßiger Hinsicht (aa.), aber inhaltlich zu beanstanden (bb.).

aa. Unter formellen Gesichtspunkten ist gegen die dienstliche Beurteilung des Antragstellers nichts zu erinnern. Insbesondere hat das Verwaltungsgericht zu Recht angenommen, dass die Zuständigkeit des Erstbeurteilers PHK W_____ keinen durchgreifenden Bedenken begegnet. Unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verwaltungspraxis ist die Auslegung des Antragsgegners, Nr. 6.1.1 der Beurteilungsrichtlinie der Thüringer Polizei vom 19. März 2001 (ThürStAnz 16/01, S. 775, nachfolgend: Beurteilungsrichtlinie) stelle im Fall nachzuholender Beurteilungen auf den Zeitpunkt des Beurteilungsstichtags ab, nicht zu beanstanden. Zur Begründung nimmt der Senat auf die zutreffenden Ausführungen des Verwaltungsgerichts Bezug, die er sich zu Eigen macht. Die Rüge des Antragstellers, diese Auslegung übersehe, dass der Erstbeurteiler nach der Beurteilungsrichtlinie in der Lage sein müsse, sich aus eigener Anschauung ein Urteil über den zu Beurteilenden zu bilden, hier aber der nach der Auslegung des Antragsgegners als Erstbeurteiler tätig gewordene PHK W_____ im Beurteilungszeitraum zu keiner Zeit sein Vorgesetzter bzw. Dienststellenleiter gewesen sei, verhilft der Beschwerde nicht zum Erfolg.

Zuständiger Erstbeurteiler ist der Leiter der Polizeiinspektion, die für den zu Beurteilenden zum maßgebenden Zeitpunkt des Beurteilungsstichtags der Stammdienstbereich war. Im Fall des Antragstellers ist der zuständige Erstbeurteiler für die Beurteilung zum Stichtag 1. Januar 2007 danach der Leiter der PI G_____. Der Antragsteller war zum Beurteilungsstichtag der PI G_____ personalrechtlich zugeordnet. Da der zum Stichtag kommissarisch eingesetzte Leiter der PI G_____ EPHK B_____ mit Wirkung vom 1. August 2007 in den Ruhestand getreten war, war er in der Zeit danach nicht mehr befugt, eine dienstliche Beurteilung zu erstellen. Ein im Ruhestand befindlicher Beamter darf grundsätzlich nicht mehr an dem Erlass verwaltungsrechtlicher Maßnahmen mitwirken. Er ist nicht mehr berechtigt, eine dienstliche Beurteilung zu erstellen und eine solche in dienstlicher Eigenschaft zu verantworten (vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. August 2004 - 2 B 64.04 - Buchholz 232.1 § 40 BLV Nr. 25). Unschädlich ist, dass der nunmehr zur Beurteilung berufene Amtsnachfolger PHK W_____ nicht unmittelbarer Vorgesetzter des Antragstellers war. In der Rechtsprechung ist geklärt, dass die Beurteilung nicht notwendig auf persönlichen Erkenntnissen oder Eindrücken beruhen muss. Der beurteilende Vorgesetzte kann sich die notwendigen Kenntnisse verschaffen und sich u. a. auf Arbeitsplatzbeschreibungen, schriftliche Arbeiten des Beurteilten und vor allem auch auf Berichte von dritter Seite stützen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 26. Februar 2004 - 2 B 41/03 - Buchholz 232.1 § 40 BLV Nr. 24, Urteile vom 7. Juni 1984 - 2 C 52.82 - NJW 1985, 1095 und vom 27. Mai 1982 - 2 A 1.81 - Buchholz 232.1 § 40 Nr. 2). Hiervon gehen im Übrigen auch die Bestimmungen in der Beurteilungsrichtlinie des Antragsgegners aus (vgl. Nr. 6.1.1 Abs. 3 2. Alt.), auf die unter bb. noch näher einzugehen sein wird.

Aus den im Beschwerdeverfahren auf die gerichtliche Verfügung vom 12. Januar 2011 hin vorgelegten Beurteilungsunterlagen des Antragsgegners (Sachakte zur Beurteilung des Antragstellers zum Stichtag 1. Januar 2007, Beiakte 7), die entgegen der Annahme des Antragstellers ebenso wenig wie förmliche Beurteilungsbeiträge zur Personalakte zu nehmen sind (vgl. Personalaktenführungsrichtlinie Ziffer 3.4, ThürStAnz 1998, S. 1812), ergibt sich, dass sich PHK W_____ die für die Beurteilung erforderlichen Kenntnisse in der gebotenen Weise verschafft hat, indem er auf Auskünfte und Beurteilungsvorschläge von den direkten Vorgesetzten des Antragstellers im Beurteilungszeitraum zurückgegriffen hat. PHK W_____ hat von EPHK Z_____, der bis zum 31. März 2005 als Dienststellenleiter der PI G_____ eingesetzt war, einen

Beurteilungsvorschlag für den Zeitraum vom 1. Februar 2004 bis zum 31. März 2005 und vom Dienststellenleiter EPHK S_____ der PI G_____ einen Beurteilungsvorschlag für den Zeitraum vom 1. Juni 2005 bis zum 31. Dezember 2006 eingeholt. Hinsichtlich des Zeitraums vom 1. April bis zum 31. Mai 2005, in dem die Stelle des Leiters der PI G_____ vakant war, ist PHK P_____ als stellvertretender Leiters der PI G_____ angehört worden. Ohne Auswirkungen bleibt, dass der Erstbeurteiler nicht versucht hat, für den ersten Monat des Beurteilungszeitraums, in dem der Antragsteller bei der KPI G_____ tätig war, Kenntnisse über das dort gezeigte Leistungs-, Eignungs- und Befähigungsbild zu erlangen. Grundsätzlich müssen zwar Regelbeurteilungen in zeitlicher Hinsicht an den von der Vorbeurteilung erfassten Zeitraum nahtlos anknüpfen und sich auf die gesamte in Rede stehende Beurteilungsperiode erstrecken, d. h. es darf keine sog. Beurteilungslücke entstehen (vgl. BVerwG, Urteil vom 5. November 1998 - 2 A 3/97 - BVerwGE 107, 360; OVG Niedersachsen, Urteil vom 28. November 2000 - 2 L 3264/00 - RiA 2001, 94; Schnellenbach, Die dienstliche Beurteilung der Beamten und Richter, Kommentar, Loseblattsammlung Stand November 2010, Bd. 2, B Rn. 352 f.). Allerdings führt nicht jeder Fehler bei der Erstellung einer dienstlichen Beurteilung zu ihrer Aufhebung. In entsprechender Anwendung des in § 46 ThürVwVfG zum Ausdruck kommenden Rechtsgedankens ist ein Fehler vielmehr dann unerheblich, wenn auszuschließen ist, dass er sich auf das Ergebnis der dienstlichen Beurteilung in den Einzelbewertungen und der Gesamtnote auswirkt (vgl. OVG Niedersachsen, ebenda). So liegt es nach Auffassung des Senats hier. Denn bei einem Gesamtbeurteilungszeitraum von drei Jahren kommt dem zu Beginn des Beurteilungszeitraums nicht einbezogenen "1-Monats-Zeitraum" zwischen dem 1. und 31. Januar 2004 zeitlich nur untergeordnete, nicht ins Gewicht fallende Bedeutung zu.

bb. Die Beurteilung des Antragstellers vom 28. November 2008 ist aber aus materiellen Rechtsgründen fehlerhaft. In der dienstlichen Beurteilung des Antragstellers ist der nicht zu beanstandenden Bestimmung zur Bildung des Gesamturteils in Ziffer 5.1 der Beurteilungsrichtlinie (vgl. 1.) nicht ausreichend Rechnung getragen worden (vgl. 2.).

Eine dienstliche Beurteilung ist, wie die Auswahlentscheidung, wegen der bereits aufgezeigten Beurteilungsermächtigung des Dienstherrn nur einer eingeschränkten gerichtlichen Prüfung zugänglich. Die Verwaltungsgerichte können wiederum nur

prüfen, ob der Beurteiler einen unrichtigen Sachverhalt zu Grunde gelegt hat, ob er den anzuwendenden Begriff oder den gesetzlichen Rahmen, in dem er sich frei bewegen kann, verkannt hat, ob allgemeine Bewertungsmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt worden sind und ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten ist. Soweit der Dienstherr Richtlinien für die Abfassung der dienstlichen Beurteilung erlassen hat, ist vom Gericht zu prüfen, ob diese - durch Art. 3 Abs. 1 GG den Dienstherrn gegenüber dem Gericht rechtlich bindenden - Richtlinien eingehalten sind und ob die Richtlinien mit der gesetzlichen Regelung im Einklang stehen (vgl. BVerwG, Urteile vom 21. März 2007 - 2 C 2.06 - RiA 2007, 275 und vom 19. Dezember 2002 - 2 C 31.01 - a. a. O.).

Derartige Verwaltungsvorschriften hat - wie hier bereits aufgezeigt - auch der Antragsgegner mit der Beurteilungsrichtlinie für die Thüringer Polizei vom 19. März 2001 in Durchführung des § 20 der Thüringer Laufbahnverordnung für den Polizeivollzugsdienst - ThürLbVOPol - i. V. m. § 53 Abs. 7 der Thüringer Verordnung über die Laufbahnen der Beamten - ThürLbVO - erlassen, die er damit auch im Fall des Antragstellers zu beachten hat.

(1.) Die Beurteilungsrichtlinie der Thüringer Polizei, insbesondere die Bestimmung in Ziffer 5.1 der Beurteilungsrichtlinie zur Bildung des Gesamturteils hält sich in dem durch § 17 ThürBG a. F. (nunmehr § 13 ThürBG n. F.) i. V. m. §§ 4a, 20 ThürLbVOPol i. V. m. §§ 50 bis 54 ThürLbVO gesetzten Rahmen und begegnet auch im Übrigen keinen einfach- oder verfassungsrechtlichen Bedenken. Insbesondere steht die Bestimmung in Ziffer 5.1 der Beurteilungsrichtlinie mit den Bestimmungen des § 53 Abs. 4 und 5 ThürLbVO in Einklang.

Die dienstliche Beurteilung, die sich an der Aufgabenbeschreibung auszurichten und die fachliche Leistung, Eignung und Befähigung des Beamten zu bewerten hat (§ 53 Abs. 1 und 2 ThürLbVO), ist nach § 53 Abs. 4 ThürLbVO mit einem Gesamtergebnis und einem Vorschlag für die weitere dienstliche Verwendung des Beamten abzuschließen. Das Gesamtergebnis der Beurteilung ist gemäß § 53 Abs. 5 Satz 1 ThürLbVO mit einem *Gesamturteil* zusammenzufassen. Als mögliche Gesamturteile sind vorgesehen: "hervorragend", "übertrifft erheblich die Anforderungen", "übertrifft die Anforderungen", "entspricht den Anforderungen", "entspricht noch den Anforderungen" oder "entspricht nicht den Anforderungen". Absatz 5 Satz 2 verlangt die Begründung des Gesamturteils.

Ziffer 5.1 der Beurteilungsrichtlinie konkretisiert die Regelungen der Laufbahnverordnung dahin, dass sich das Gesamturteil aus der Wertung aller für die wahrgenommene Funktion und das statusrechtliche Amt relevanten Beurteilungsmerkmale ergibt. Das arithmetische Mittel stellt dabei einen beachtlichen Anhaltswert dar. Es bestimmt sich durch die Addition der Punkte in allen Einzelmerkmalen dividiert durch die Anzahl aller Einzelmerkmale. Das Gesamturteil kann vom arithmetischen Mittel um maximal einen Punkt abweichen. Die Abweichung ist jedoch stimmig zu begründen. Das Gesamturteil ist in einer der vorgesehenen Bewertungen auszudrücken und im Verhältnis zur Gesamtpersönlichkeit, Funktion und Vergleichsgruppe zu begründen.

Die nach Ziffer 5.1 der Beurteilungsrichtlinie mögliche Berücksichtigung des arithmetischen Mittels bei der Bildung der Gesamtnote verstößt nicht gegen den in § 53 Abs. 5 Satz 1 ThürLbVO zum Ausdruck kommenden allgemeinen Bewertungsgrundsatz, wonach das Gesamturteil einen Akt der Gesamtwürdigung der bei den Leistungs-, Eignungs- und Befähigungsmerkmalen vergebenen Einzelnoten darstellt.

Zwar darf nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts das Gesamturteil nicht allein aus dem arithmetischen Mittel der Einzelnoten ermittelt werden (vgl. Urteile vom 21. März 2007 - 2 C 2/06 - a. a. O. und vom 24. November 1994 - 2 C 21.93 -, BVerwGE 97, 128, Beschluss vom 15. Oktober 1992 - 2 B 164/92 - Juris; Schnellenbach, ZBR 1995, 237). Das schließt aber nicht aus, dass der arithmetische Mittelwert bei der Bildung des Gesamturteils Berücksichtigung findet (vgl. BVerwG, Urteil vom 24. November 1994 - 2 C 21.93 - a. a. O.). Dies darf nur nicht in der Weise geschehen, dass dieser Mittelwert ohne weitere bewertende Überlegungen zwingend zu einem bestimmten Gesamturteil führt, etwa dass wie beim kaufmännischen Runden bei den Dezimalstellen 1, 2, 3, 4 abgerundet und bei den Dezimalstellen 5, 6, 7, 8, 9 aufgerundet wird. Bei der Bildung des Gesamturteils, das die Einzelbewertungen in einer nochmaligen eigenständigen Wertung zusammenfasst, darf sich der zuständige Beurteiler nicht auf die arithmetische Mittelwertbildung beschränken, sondern er muss die unterschiedliche Bedeutung der Einzelnoten wertend berücksichtigen, indem er diese allgemein oder in Beziehung auf das ausgeübte Amt gewichtet (vgl. OVG Niedersachsen, Urteil vom 22. Juni 2005 - 5 LB 306/04 - Juris; OVG Sachsen, Urteile vom 25. August 2010 - 2 A 488/08 - Juris und vom 14. November 2006 - 2 B 292/06 - SächsVBI 2007, 89).

Die Bestimmung in Ziffer 5.1 der Beurteilungsrichtlinie wird diesen Anforderungen gerecht. Sie sieht nicht vor, dass die Bildung des Gesamturteils rechnerischen Gesetzmäßigkeiten zu folgen hat, sondern verlangt, dass das Gesamturteil einen Akt der Gesamtwürdigung der Einzelnoten darstellt. Dies ergibt sich aus Folgendem:

Ausgangspunkt der Beurteilung der einzelnen Leistungs-, Eignungs- und Befähigungsmerkmale bildet die Beschreibung der Aufgaben, die der Beamte im Beurteilungszeitraum wahrgenommen hat und die der dienstlichen Beurteilung voranzustellen ist (vgl. Ziffer 4.1 der Beurteilungsrichtlinie). Bereits die Beurteilung der einzelnen Leistungs-, Eignungs- und Befähigungsmerkmale, die sich an dieser Aufgabenbeschreibung auszurichten hat, stellt einen Akt wertender Erkenntnis dar. Der Beurteiler hat sich schon bei der Vergabe der Punkte für die Einzelmerkmale an der wahrgenommenen Funktion und den Anforderungen des statusrechtlichen Amtes zu orientieren und im Hinblick darauf die unterschiedliche Bedeutung der einzelnen Bewertungsmerkmale zu berücksichtigen (vgl. Ziffer 4.3.2 Abs. 3 der Beurteilungsrichtlinie). Hinzu kommt, dass die Leistungs-, Eignungs- und Befähigungsmerkmale sich nicht grundsätzlich gleichwertig gegenüberstehen. Die Bewertungsgruppen Leistung, Eignung und Befähigung verfügen nicht über die gleiche Anzahl an Einzelmerkmalen (vgl. Anlage 1 zur Beurteilungsrichtlinie). Das zu bildende Gesamturteil ergibt sich nach Ziffer 5.1 Abs. 1 der Beurteilungsrichtlinie aus der *Wertung* aller für die wahrgenommene Funktion und das statusrechtliche Amt relevanten Beurteilungsmerkmale. Die Beurteilungsrichtlinie verlangt damit einen sich an die Einzelbewertung anschließenden und zugleich abschließenden Akt wertender Erkenntnis. Dass dabei das arithmetische Mittel der Einzelnoten einen beachtlichen Anhaltswert (Ziffer 5.1 Abs. 2 Satz 1 der Beurteilungsrichtlinie) darstellt, führt nicht dazu, dass das Gesamturteil den Charakter eines Werturteils verliert.

Der Richtliniengeber hat gerade nicht vorgesehen, dass der arithmetische Mittelwert zwingend ein bestimmtes Gesamturteil zur Folge hat. Im Gegenteil: Wie sich aus Ziffer 5.1 Abs. 2 Satz 3 der Beurteilungsrichtlinie ergibt, kann das Gesamturteil um einen Punkt, d. h. um ein ganzes Prädikat, nach oben oder nach unten vom arithmetischen Mittel abweichen. Damit verlangt die Beurteilungsrichtlinie denknotwendig, dass der Beurteiler in Ausübung seines Beurteilungsermessens eine Gesamtwürdigung der Leistung und der Persönlichkeit des Beamten vorzunehmen und sich im Rahmen dessen damit auseinanderzusetzen hat, ob ein dem arithmetischen Mittel-

wert entsprechendes Gesamturteil oder ein anderes Gesamturteil gerechtfertigt erscheint. Der Notenspielraum von drei Prädikaten zeigt deutlich, dass dem arithmetischen Mittel bei der Bildung des Werturteils die Funktion eines bloßen Anhalts zukommt (vgl. auch zur Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums des Innern über die dienstliche Beurteilung der Beamten im Geschäftsbereich des Sächsischen Staatsministeriums des Innern vom 28. Oktober 1998 <SächsVBl. S. 813>, die in Nr. 5 Abs. 3 Satz 3 ein Abweichen des Gesamturteils vom arithmetischen Mittel um 0,5 Punkte zulässt: hierzu OVG Sachsen, Urteile vom 25. August 2010 - 2 A 488/08 - und vom 14. November 2006 - 2 B 292/06 - a. a. O.).

(2.) Der Verfasser der angefochtenen Beurteilung des Antragstellers hat das ihm nach der Beurteilungsrichtlinie zustehende Beurteilungsermessen nicht erkannt. Er hat nicht nachvollziehbar dargelegt, dass das Gesamturteil in der Beurteilung des Antragstellers das Ergebnis einer Gesamtwürdigung ist und es nicht lediglich aus dem arithmetischen Mittel der Einzelnoten errechnet wurde.

Der Leiter der PD G_____ hat den Beurteilungsvorschlag des Erstbeurteilers vom 24. November 2008 in seine Endbeurteilung übernommen. Nach dem Beurteilungsvorschlag des Erstbeurteilers liegt es aber nahe, dass eine rein rechnerische und damit unzulässige Ermittlung des vergebenen Gesamturteils stattgefunden hat. Im verbalen Gesamturteil des Vorschlags des Erstbeurteilers werden das arithmetische Mittel und seine Berechnung ausdrücklich angegeben. Es lautet wie folgt:

"Übertrifft die Anforderungen obere Grenze

Punkte: 107 Merkmale: 24 arithm. Mittel: 4,46

In der Beurteilung seiner Leistung, Eignung und Befähigung übertrifft POK H_____ die Anforderungen, die an einen Beamten des gehobenen PVD (A 10) gestellt werden."

In der Notenskala ist das Prädikat "4,33 Punkte Übertrifft die Anforderungen obere Grenze" angekreuzt.

Angesichts der Bildung des arithmetischen Mittels in der verbalen Begründung des Gesamturteils und angesichts des Umstands, dass die verbale Begründung des Gesamturteils neben der wörtlich ausgedrückten Gesamtnote keine weiteren konkreten Begründungselemente bezogen auf das Leistungsbild des Antragstellers erkennen lässt, sowie unter Berücksichtigung des Umstands, dass das Gesamtprädikat die rechnerische Abrundung des arithmetischen Mittels sein könnte, besteht der Eindruck der bloßen Arithmetisierung der Gesamtnote. Dieser Eindruck setzt sich in der

Endbeurteilung fort, die den Erstbeurteilungsvorschlag in den Einzel- und in der Gesamtnote übernimmt und sich in der verbalen Begründung des Gesamturteils ebenfalls pauschal auf die verbale Wiedergabe des Prädikats beschränkt. Ausführungen oder sonstige Gesichtspunkte, die darauf hindeuten, dass der Endbeurteiler in Ausübung seines Beurteilungsermessens eine Würdigung der Leistung, Eignung und Befähigung des Antragstellers vorgenommen hat, fehlen.

Wegen des sich aufdrängenden Anscheins der Arithmetisierung war die Plausibilisierung der Beurteilung durch den Endbeurteiler geboten und zwar dahin, dass die dem Antragsteller erteilte Gesamtnote nicht bloß aus den Einzelbewertungen berechnet worden ist, sondern unabhängig davon eine Gesamtwürdigung der Leistungen des Antragstellers stattgefunden hat. Dies ist trotz gerichtlicher Aufforderung nicht geschehen.

Wird eine dienstliche Beurteilung auf allgemein gehaltene Tatsachenbehauptungen oder - wie hier in Großverwaltungen wie den Polizeiverwaltungen üblich - auf allgemeine oder pauschal formulierte Werturteile gestützt, hat der Dienstherr diese auf Verlangen zu konkretisieren bzw. plausibel zu machen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 29. Mai 2002 - 2 BvR 723/99 - Juris), was auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren erfolgen kann (vgl. BVerwG, Urteil vom 9. Juni 1994 - 2 A 1.93 - Juris und vom 26. Juni 1980 - 2 C 8/78 - BVerwGE 60, 245; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschlüsse vom 18. März 2010 - 6 A 3082/07 - und vom 14. August 2007 - 6 B 645/07 -, Urteil vom 31. Mai 2007 - 1 A 2601/05 -; OVG Niedersachsen, Beschluss vom 8. Juli 2009 - 5 ME 46/09 -; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 12. April 2005 - 4 S 439/05 - jeweils Juris; OVG Saarlouis, Beschluss vom 22. April 1999 - 1 W 4/99 - ZBR 2001, 339). Die Plausibilisierung muss inhaltlich so beschaffen sein, dass das Recht des Beurteilten, Einwände gegen die Beurteilung vorzutragen, ebenso gewährleistet ist wie das Recht auf gerichtliche Überprüfung der Beurteilung, Art. 19 Abs. 4, 33 Abs. 2 GG (vgl. BVerwG, Urteil vom 26. Juni 1980 - 2 C 8/78 - a. a. O.). Misslingt die Plausibilisierung der Beurteilung, ist sie rechtswidrig.

An einer solchen Plausibilisierung mangelt es hier. In der dienstlichen Stellungnahme vom 4. Februar 2011 führt der Endbeurteiler Polizeidirektor R_____ aus, dass der Antragsteller zweifelsohne ein Beamter sei, der sich bereits in jeder Hinsicht bewährt habe. Bei den im Beurteilungszeitraum von ihm wahrgenommenen Aufgaben in un-

terschiedlichen Dienstposten habe er unter Beweis gestellt, dass er geistig beweglich sei und sich schnell auf neue Aufgaben einstellen könne. Der Antragsteller verfüge als Beamter der BesGr A 10 über eine gute mündliche und schriftliche Ausdrucksweise, sei in der Lage, Initiative zu entwickeln und besitze das erforderliche Planungsvermögen, so dass die Bewertung der Einzelmerkmale in der vorliegenden Beurteilung des Beamten gerechtfertigt sei. Der Antragsteller sei daher mit "übertrifft die Anforderungen obere Grenze" zu bewerten. Damit wiederholt der Beurteiler lediglich die in der Beurteilungsrichtlinie dargestellte Definition des Prädikats "übertrifft die Anforderungen", ohne dass er auf das vom Antragsteller gezeigte Leistungsbild konkret Bezug nimmt. In der Beurteilungsrichtlinie heißt es in Ziffer 5.2.: "Dieses Urteil ist eine Beurteilung für Beamte, die sich bereits in jeder Hinsicht bewährt haben und sich erkennbar von denjenigen Beamten abheben, welche mit dem Prädikat 'entspricht den Anforderungen' zu beurteilen sind. Für die Zuerkennung dieses Gesamturteils ist weiter Voraussetzung, dass sie - abgesehen von den erforderlichen charakterlichen und menschlichen Qualitäten - geistig so beweglich sind, dass sie sich schnell auf neue Aufgaben einstellen können. Beamte des höheren und gehobenen Dienstes müssen über eine gute mündliche und schriftliche Ausdrucksweise verfügen, Initiative entwickeln sowie Planungsvermögen besitzen." Die pauschale Wiedergabe der Vorgaben in Ziffer 5.2 der Beurteilungsrichtlinie versetzt weder den Beurteilten noch das Gericht in die Lage, die Beurteilung und das vergebene Gesamtprädikat nachvollziehen zu können; eher ist wohl darin das Eingeständnis zu sehen, dass der Zweitbeurteiler zu einer Plausibilisierung des Gesamturteils nicht (mehr) in der Lage ist.

Hinzu kommt Folgendes: Zutreffend geht die angefochtene dienstliche Beurteilung von dem nach der BesGr A 10 bewerteten Amt des Polizeioberkommissars aus, das der Antragsteller im statusrechtlichen Sinne im Beurteilungszeitraum (1. Januar 2004 bis zum 31. Dezember 2006) innehatte und aus dem sich die von ihm zu erfüllenden Anforderungen ergeben (vgl. zur Statusamtsbezogenheit dienstlicher Beurteilungen: BVerwG, Urteil vom 2. April 1981 - 2 C 13.80 - ZBR 1981, 315; Schnellenbach, Dienstliche Beurteilung der Beamten und der Richter, a. a. O., Rn. 292 m. w. N.). Bei der Beurteilung der Art und Weise, wie die sich aus dem Statusamt ergebenden Anforderungen erfüllt werden, ist aber auch der Schwierigkeitsgrad zu berücksichtigen, der sich aus den Aufgaben ergibt, die mit dem übertragenen Amt im konkret funktionellen Sinne, dem Dienstposten, verbunden sind. Deshalb ist insbesondere zu be-

achten, ob der beurteilte Beamte einen Dienstposten, der seinem Statusamt der Bewertung nach entspricht, oder ob er einen höherwertigen Dienstposten wahrgenommen hat. Zwar gibt es - entgegen der Annahme des Antragstellers - keinen allgemeinen Bewertungsgrundsatz, wonach die Wahrnehmung höherwertiger Aufgaben zwangsläufig zu einem besseren Gesamturteil führt. Die Wahrnehmung eines höher bewerteten Dienstpostens kann aber besonderen Anlass dazu geben, ein abschließendes Werturteil auch im Hinblick auf diesen Gesichtspunkt plausibel zu machen (vgl. BVerwG, ebenda; OVG Niedersachsen, Urteil vom 3. Juni 2003 - 5 LB 211/02 - RiA 2004, 203). Diesem Plausibilisierungsgebot, das auch hier besteht, ist der Antragsgegner nicht gerecht geworden.

Dem Antragsteller waren im Beurteilungszeitraum gegenüber dem geführten Statusamt Kriminaloberkommissar (BesGr A 10) deutlich höher bewertete Dienstposten mit Leitungsfunktion übertragen. Er wurde mit Wirkung vom 1. Februar 2004 bei der PI G_____ mit der Wahrnehmung der Dienstgeschäfte als Sachbearbeiter Dienstgruppe (BesGr A 11) beauftragt, mit Wirkung vom 1. Juli 2004 mit der Wahrnehmung der Dienstgeschäfte als Leiter Dienstgruppe, bewertet nach BesGr A 11/A 12, und mit Wirkung vom 1. Oktober 2004 auf diesen Dienstposten bestellt (vgl. Bl. 49, 50, 54 Teilakte B der Personalakte). Mit Wirkung vom 1. Juni 2005 wurde er zur PI G_____ umgesetzt und hier mit der Wahrnehmung der Dienstgeschäfte als Leiter Verfügungsgruppe, bewertet nach den BesGr A 12/A 13, beauftragt (vgl. Bl. 57 Teilakte B der Personalakte). Nach der Aktenlage heben sich die vom Antragsteller wahrgenommenen Ämter im konkret-funktionellen Sinne in ihrer Wertigkeit von seinem Statusamt ab und insbesondere der letztgenannte auch von den Dienstposten, die die Beigeladenen und die übrigen Mitbewerber des Antragstellers bekleideten. Von den 22 Mitbewerbern haben 13 Bewerber einen bündelbewerteten Dienstposten nach BesGr A 9/A 11, ein Bewerber einen nach BesGr A 11 bewerteten Dienstposten, drei Bewerber einen nach BesGr A 12 bewerteten Dienstposten und fünf Bewerber einen nach BesGr A 11/A 12 bewerteten Dienstposten innegehabt (vgl. Bl. 1 Beiakte 1). Der Beigeladene zu 1.) nahm im Beurteilungszeitraum bis zum 30. November 2006 die Geschäfte eines nach BesGr A 11/A 12 bündelbewerteten Dienstpostens des 1. Sachbearbeiters im K_____ bei der KPS A_____ und ab dem 1. Dezember 2006 - im letzten Beurteilungsmonat des hier streitgegenständlichen Beurteilungszeitraums - die Dienstgeschäfte des Leiters des K_____ bewertet nach der BesGr A 12, wahr (vgl. Bl. 25, 51 der Teilakte B der Personalakte).

Der Beigeladene zu 2.) hatte während des gesamten Beurteilungszeitraums einen nach BesGr A 9/A 11 bündelbewerteten Dienstposten eines Sachbearbeiters Kriminaltechnik/Erkennungsdienst bei der KPI G_____ inne.

Die bloße Aufnahme der wahrgenommenen höherwertigen Tätigkeiten in die Aufgabenbeschreibung der Beurteilung des Antragstellers zum Stichtag 1. Januar 2007 und der pauschale Begründungssatz, der Antragsteller habe die Anforderungen erfüllt, die an einen Beamten des gehobenen Polizeivollzugsdienstes (A 10) gestellt werden, reicht für die Plausibilisierung des Gesamturteils im Hinblick auf die höherwertige Aufgabenerfüllung nicht aus. Diese Erklärung erlaubt nicht die durch Art. 19 Abs. 4 GG gebotene gerichtliche Überprüfung dahin, ob die Wahrnehmung des höher bewerteten Dienstpostens ins Gewicht gefallen ist und nicht etwa aus rechtlich fehlerhaften Erwägungen als unerheblich behandelt wurde, und ob Leistung und Eignung des Antragstellers, insbesondere beim Vergleich mit den Polizeioberkommissaren, die die Aufgaben entsprechend ihrem Statusamt wahrgenommen haben, wie etwa der Beigeladene zu 2.), aus sachgerechten oder sachfremden Gesichtspunkten weniger günstig beurteilt worden ist. Der Dienstherr hätte daher sein Werturteil durch weitere Darlegungen so weit erläutern, konkretisieren und dadurch plausibel machen müssen, dass es für den Beamten einsichtig und für außenstehende Dritte nachvollziehbar und für die Gerichte nachprüfbar ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 2. April 1981 - 2 C 13.80 -, a. a. O., OVG Niedersachsen, Urteil vom 3. Juni 2003 - 5 LB 211/02 - a. a. O.). Daran fehlt es hier.

Auf die im Verwaltungs- und gerichtlichen Verfahren erhobene Rüge des Antragstellers, seine höherwertige Verwendung sei in der dienstlichen Beurteilung nicht oder nicht zureichend berücksichtigt worden, folgte die nicht näher substantiierte Erklärung des Antragsgegners, die im Beurteilungszeitraum nachgewiesene Leistung, Eignung und Befähigung des Antragstellers sei im Vergleich mit den anderen Beamten seiner Besoldungsgruppe und Laufbahn unter Berücksichtigung der Anforderungen des statusrechtlichen Amtes und der Aufgabenbeschreibung gewürdigt worden (vgl. Widerspruchsbescheid vom 6. März 2009, S. 5 f.). Zudem verweist er pauschal darauf, dass die in den verschiedenen Funktionen erbrachte Leistungssteigerung des Antragstellers mit einer im Vergleich zum vorherigen Beurteilungszeitraum um einen Punkt besseren Gesamtnote hinreichend gewürdigt worden sei. Offen bleibt danach aber in welcher konkreten Weise. Nicht erkennbar ist, wie der

Beurteiler die Bedeutung und Schwierigkeit der vom Antragsteller wahrgenommenen Dienstposten im Vergleich zur Bedeutung und Schwierigkeit des dem statusrechtlichen Amt entsprechend bewerteten Dienstpostens eingeschätzt hat. Wie allein die um einen Punkt bessere Gesamtnote hierüber Aufschluss geben soll, erschließt sich nicht, zumal auch den Beigeladenen ähnliche oder gar noch größere Leistungssteigerungen bescheinigt wurden.

3. Nach den vorstehenden Ausführungen erweist sich die Beurteilung vom 28. November 2008 als rechtswidrig und damit die Auswahlentscheidung nicht nur formell-, sondern auch materiellrechtlich fehlerhaft. Der Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers ist hierdurch verletzt, weil sich nicht ausschließen lässt, dass er bei einer erneuten Auswahlentscheidung zum Zuge kommt; die Erfolgsaussichten sind als "offen" zu bewerten (vgl. zum Maßstab: BVerfG, Beschluss vom 24. September 2002 - 2 BvR 857/02 - a. a. O.; BVerwG, Beschluss vom 20. Januar 2004 - 2 VR 3/03 - Buchholz 310 § 123 VwGO Nr. 23). Denn angesichts des dem Dienstherrn zustehenden Beurteilungs- und Ermessensspielraums ist es dem Senat verwehrt, hinsichtlich der Frage, ob die Auswahl des unterlegenen Bewerbers als möglich erscheint, eine Prognose über den Inhalt einer neu zu fertigenden Beurteilung und Auswahlentscheidung abzugeben und der gerichtlichen Entscheidung zu Grunde zu legen. Denn hierfür ist allein der Dienstherr zuständig. Mutmaßungen über den Inhalt einer neu zu fertigenden Beurteilung sind vom Senat nicht anzustellen und auch nicht nachzuvollziehen.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 154 Abs. 2 VwGO. Es entspricht nicht der Billigkeit, dem Antragsgegner auch die außergerichtlichen Kosten der - im Übrigen auf seiner Seite streitenden - Beigeladenen aufzuerlegen. Diese haben im gesamten Verfahren weder einen Antrag gestellt noch in der Sache Stellung genommen mit der Folge, dass sie sich einem Kostenrisiko nicht ausgesetzt haben (vgl. §§ 154 Abs. 3, 162 Abs. 3 VwGO).

Der Streitwert ist auf Grundlage des § 63 Abs. 2 i. V. m. § 47, 53 Abs. 3 Nr. 1 sowie § 52 Abs. 1, Abs. 5 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 GKG festzusetzen; insoweit nimmt der Senat Bezug auf die Begründung der erstinstanzlichen Streitwertfestsetzung im angegriffenen Beschluss des Verwaltungsgerichts.

Hinweis:

Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, §§ 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Lindner

Gravert

Hampel