
THÜRINGER OBERVERWALTUNGSGERICHT



- 2. Senat -

2 EO 200/20

Verwaltungsgericht Weimar

- 1. Kammer -

1 E 433/19 We

Beschluss

In dem Verwaltungsstreitverfahren

des Regierungsdirektors _____ S _____,
A _____, _____ E _____

Antragsteller und Beschwerdeführer

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte Rochlitz u. a.,
Straße des Friedens 23, 99094 Erfurt

gegen

den Freistaat Thüringen,
vertreten durch den Chef der Thüringer Staatskanzlei,
Regierungsstraße 73, 99084 Erfurt

Antragsgegner und Beschwerdegegner

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte Dr. Leese u. a.,
Alfred-Hess-Straße 23, 99094 Erfurt

Herr Dr. _____ W _____,
G _____, _____ M _____

Beigeladener

wegen

Beförderungen,
hier: Beschwerde nach § 123 VwGO

hat der 2. Senat des Thüringer Oberverwaltungsgerichts durch den Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts Dr. Hinkel, den Richter am Oberverwaltungsgericht Gravert und den Richter am Oberverwaltungsgericht Best

am 3. Februar 2021 **b e s c h l o s s e n** :

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 3. März 2020 geändert. Dem Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung bis zum Erlass einer neuen Auswahlentscheidung untersagt, den Dienstposten der Leiterin/des Leiters des Landesarchivs Thüringen mit dem Beigeladenen zu besetzen, ihn zu befördern und in eine entsprechende Planstelle einzuweisen. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens im ersten und zweiten Rechtszug hat der Antragsgegner zu tragen, mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen, die dieser selbst zu tragen hat.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 22.210,98 € festgesetzt.

G r ü n d e

I.

Der Antragsteller begehrt einstweiligen Rechtsschutz gegen die beabsichtigte Besetzung des im Geschäftsbereich des Antragsgegners ausgeschriebenen Dienstpostens der Leiterin/des Leiters des Landesarchivs Thüringen mit dem Beigeladenen.

Der Antragsgegner schrieb den Dienstposten im April 2018 aus. Er ist mit der Besoldungsgruppe A 16 ThürBesO bewertet; für Tarifbeschäftigte besteht die Möglichkeit außertariflicher Vergütung. Auf die Ausschreibung bewarben sich unter anderem der Antragsteller und der Beigeladene.

Der Antragsteller absolvierte im Jahr 1990 ein Studium mit dem Abschluss als Diplom-Archivar. Im Jahr 1996 ernannte ihn der Antragsgegner unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Probe zum Regierungsrat z. A. (Besoldungsgruppe A 13 ThürBesO) und im Jahr 1999 zum Beamten auf Lebenszeit. Im Jahr 2002 wurde der Antragsteller zum Leiter des Thüringischen Staatsarchivs in G_____ bestellt und zuletzt mit Wirkung zum 1. Juli 2006 zum Regierungsdirektor (Besoldungsgruppe A 15 ThürBesO) ernannt. Seit der Zusammenlegung der Thüringischen Staatsarchive zum Landesarchiv Thüringen im Jahr 2016 leitet der Antragsteller das Staatsarchiv G_____ als eine von mehreren Abteilungen des Landesarchivs Thüringen. In der Bedarfsbeurteilung zum Stichtag 1. Mai 2018 (Beurteilungszeitraum 1. Januar 2014 bis 30. April 2018) erhielt er das Gesamturteil „Übertrifft die Anforderungen - obere Grenze“.

Der Beigeladene legte im Jahr 1998 die Erste Staatsprüfung für das Lehramt an Gymnasien u. a. in der Fachrichtung Geschichte ab. Von 2004 bis 2009 war er als Referent bei der S_____ -Kulturstiftung des S_____ Hessen-Thüringen beschäftigt. Seit 2010 ist er Amtsleiter des Stadtarchivs der Stadtverwaltung M_____ (Entgeltgruppe E 14 TVöD). Er erhielt unter dem 26. Oktober 2017 vom Oberbürgermeister der Stadt M_____ eine jährliche „systematische Leistungsbewertung“ gemäß § 18 TVÖD (Bewertungszeitraum 1. Oktober 2016 bis 30. September 2017) mit der Gesamtpunktzahl (Mittelwert) von 4,8 (von 5) Punkten. Auf eine entsprechende Nachforderung teilte der Oberbürgermeister der Stadt M_____ dem Antragsgegner mit, dass alle älteren Leistungsbewertungen des Beigeladenen vernichtet worden seien. Die bereits zugeleitete Leistungsbewertung für den Beigeladenen spiegle jedoch die Bewertung der Vorjahre wider; der Beigeladene habe über alle Bewertungskategorien und über Jahre hinweg stets höchste Punktzahlen erzielt.

Nach Durchführung von Bewerbungsgesprächen mit fünf Bewerbern entschied der Antragsgegner durch Auswahlvermerk vom 20. Februar 2019, am 25. Februar 2019 vom Behördenleiter gezeichnet, den ausgeschriebenen Dienstposten mit dem Beigeladenen zu besetzen. Gegen die Mitteilung vom 28. Februar 2019, dass beabsichtigt sei, den ausgeschriebenen Dienstposten mit dem Beigeladenen zu besetzen, erhob der Antragsteller am 6. März 2019 Widerspruch.

Das Verwaltungsgericht hat den am 14. März 2019 gestellten Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes durch Beschluss vom 3. März 2020 im Wesentlichen mit folgender Begründung abgelehnt:

Die Auswahlentscheidung sei rechtmäßig. Das der Auswahlentscheidung zugrunde gelegte Anforderungsprofil sei nicht zu beanstanden. Der Antragsteller könne sich nicht darauf berufen, dass das Anforderungsprofil auf Bewerber mit einem archivwissenschaftlichen Studium und einer Laufbahnbefähigung für den höheren Archivdienst sowie einer mehr als dreijährigen Leitungserfahrung in diesem Bereich hätte eingeeengt werden müssen. Der Antragsteller habe keinen Anspruch auf eine weitergehende Einschränkung des Anforderungsprofils. Es begegne keinen Bedenken, dass der Antragsgegner die im Rahmen der Berufserfahrung geforderte Laufbahnbefähigung für den höheren Archivdienst mit einer dreijährigen hauptberuflichen Tätigkeit in einer Archivverwaltung gleichgesetzt habe. Es sei auch nicht zu beanstanden, dass sich die Ausschreibung sowohl an Beamte als auch an Angestellte richte. Hierüber dürfe der Dienstherr im Rahmen seines Organisationsermessens entscheiden. Der Antragsgegner sei zutreffend davon ausgegangen, dass der Beigeladene alle zwingenden Kriterien des Anforderungsprofils erfülle. Im Hinblick auf die Anforderung, auf mindestens zwei verschiedenen Stellen in der Verwaltung tätig gewesen zu sein, habe der Antragsgegner annehmen dürfen, dass die Tätigkeit des Beigeladenen bei der S_____Kulturstiftung Hessen-Thüringen eine solche Tätigkeit dargestellt habe, auch wenn es sich um eine Stiftung des bürgerlichen Rechts handele.

Der bei der Auswahlentscheidung vorgenommene Leistungsvergleich weise ebenfalls keinen Rechtsfehler auf. Wenn die Beurteilungen der Bewerber auf unterschiedlichen Beurteilungsrichtlinien und -systemen beruhten, habe der für die Auswahl zuständige Dienstherr einen objektiven Vergleichsmaßstab zu bilden. Dies gelte auch für Auswahlentscheidungen zwischen Beamten und Tarifbeschäftigten. Der Antragsgegner habe seiner Auswahlentscheidung die systematische Leistungsbewertung des Oberbürgermeisters der Stadt M_____ für den Beigeladenen (Zeitraum 1. Oktober 2016 bis 30. September 2017) zugrunde legen dürfen. Dem Zweck nach diene diese Leistungsbewertung des Beigeladenen zwar der Entscheidung über eine leistungsorientierte Bezahlung des Beigeladenen nach dem Tarifvertrag. Inhaltlich enthalte die Leistungsbewertung jedoch eine mit einer

Beurteilung nach der maßgeblichen Beurteilungsrichtlinie vergleichbare, differenzierte und aussagekräftige Einschätzung der Eignung und Befähigung des Beigeladenen. Darüber hinaus weise die Leistungsbewertung des Beigeladenen auch hinsichtlich der Bewertung keinen großen Unterschied zur maßgeblichen Beurteilungsrichtlinie auf. Für die Bewertung nach der Beurteilungsrichtlinie stünden sechs, für die Leistungsbewertung des Beigeladenen fünf Bewertungsstufen zur Verfügung. Nach beiden Bewertungsgrundlagen seien aus den einzelnen Bewertungen eine Gesamtnote sowie ein Gesamturteil zu bilden. Es begegne zudem keinen rechtlichen Bedenken, dass der Antragsgegner diese Leistungsbewertung des Beigeladenen auch für die noch fehlenden Zeiten des für alle Bewerber gleichen Beurteilungszeitraums vom 1. Mai 2015 bis 1. September 2017 herangezogen habe. Da der Antragsgegner auf seine Nachfrage in der schriftlichen Ergänzung des Oberbürgermeisters der Stadt M_____ vom 15. Oktober 2018 die Auskunft erhalten habe, dass alle älteren Leistungsbewertungen des Beigeladenen gemäß einer Dienstvereinbarung vernichtet worden seien, die Leistungsbewertung des Beigeladenen für das Jahr 2016/2017 jedoch die Leistungsbewertungen der Jahre 2015 und 2016 widerspiegle, habe der Antragsgegner annehmen dürfen, dass der Beigeladene in den früheren Leistungsbewertungen vergleichbare Noten erhalten hätte. Das Anfordern einer wiederhergestellten Leistungsbewertung für die Jahre 2015 und 2016 sei insoweit entbehrlich gewesen. Diese Feststellungen zu den Leistungen und Fähigkeiten des Beigeladenen habe der Antragsgegner rechtsfehlerfrei nach Maßgabe der Beurteilung eines verbeamteten Bewerbers „übersetzt“. Der Antragsgegner habe die jeweiligen Bewertungsstufen und -kriterien für den Beigeladenen sowie den Antragsteller und einen weiteren verbeamteten Bewerber gegenübergestellt und zutreffend festgestellt, dass die drei Beurteilungsmodelle der Bewerber miteinander vergleichbar seien. Ausgehend hiervon habe der Antragsgegner fehlerfrei festgestellt, dass der Beigeladene mit einer Gesamtpunktzahl in Höhe von 4,8 von 5,0 Punkten eine Bewertung im Spitzenbereich erhalten habe und damit weit über der Gesamtpunktzahl des Antragstellers in Höhe von 4 von 6 Punkten liege. In der Folge habe der Antragsgegner den Vergleich auf den Beigeladenen und den ebenfalls im Spitzenbereich beurteilten dritten Bewerber beschränken dürfen.

Der Antragsteller hat gegen den am 6. März 2020 zugestellten Beschluss am 17. März 2020 Beschwerde eingelegt und diese am 3. April 2020 begründet.

Er macht im Wesentlichen geltend, dass das Anforderungsprofil fehlerhaft sei, weil die Stelle nur für Beamte, nicht auch für Angestellte habe ausgeschrieben werden dürfen. Darüber hinaus erfülle der Beigeladene das Anforderungsprofil (u. a. Hochschulstudium vorzugsweise im Fach Geschichte; Berufserfahrung auf mindestens zwei verschiedenen Stellen in der Verwaltung; überdurchschnittliche Kenntnisse des Archivrechts) nicht oder nicht so gut wie der Antragsteller. Ferner seien die dienstliche Beurteilung einerseits und die Leistungsbewertung des Beigeladenen andererseits zwei unterschiedliche Dokumente, die nicht miteinander verglichen werden könnten. Auch überschneiden sich die Zeiträume der Beurteilungen nur für einen untergeordneten Zeitraum.

Der Antragsteller beantragt,

unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers vom 6. März 2019 gegen die Entscheidung des Antragsgegners vom 28. Februar 2019, den ausgeschriebenen Dienstposten mit dem Beigeladenen zu besetzen, anzuordnen und den Antragsgegner im Wege einer einstweiligen Anordnung zu verpflichten, bis zum bestandskräftigen Abschluss eines erneuten Auswahlverfahrens über die vorgesehene Besetzung der öffentlich ausgeschriebenen Stelle des Amts und des Beförderungsdienstpostens der Leitung des Landesarchivs Thüringen zu untersagen, die Stelle mit dem Beigeladenen oder einem anderen Mitbewerber zu besetzen, diesen in die entsprechende Planstelle einzuweisen, zu befördern, zu ernennen oder einzustellen, solange nicht über die Bewerbung des Antragstellers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts bestandskräftig entschieden wurde.

Der Antragsgegner beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er hält dem Beschwerdevorbringen entgegen, dass der Antragsgegner das ihm zustehende Organisationsermessen fehlerfrei ausgeübt habe. Das Anforderungsprofil sei rechtlich nicht zu beanstanden. Der Antragsgegner habe auch zu Recht annehmen dürfen, dass der Beigeladene die geforderten Voraussetzungen erfülle. Wenn der

Antragsteller meine, dass er das Anforderungsprofil *besser* erfülle, sei dies unerheblich und vom Antragsgegner im Rahmen des Leistungsvergleichs zu würdigen. Auch der im Rahmen der Auswahlentscheidung vorgenommene Leistungsvergleich weise keine Rechtsfehler auf. Der Antragsgegner habe die früheren Leistungsbewertungen des Beigeladenen berücksichtigen dürfen, die vernichtet worden, aber im Schreiben des Oberbürgermeisters vom 15. Oktober 2018 mitgeteilt worden seien.

Der Beigeladene hat keinen Antrag gestellt und sich zur Sache nicht geäußert.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Gerichtsakten (zwei Bände), den Auswahlvorgang des Antragsgegners (ein Hefter), die Personalakte des Antragstellers (ein Ordner, zwei Heftungen) und die Personalakte des Beigeladenen (ein Ordner) Bezug genommen. Diese Unterlagen waren Gegenstand der Beratung.

II.

Die Beschwerde des Antragstellers hat Erfolg. Das in der Beschwerdebegründung enthaltene Vorbringen, auf dessen Nachprüfung der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, ergibt, dass das Verwaltungsgericht den Antrag zu Unrecht abgelehnt hat.

Die Auswahlentscheidung des Antragsgegners weist Mängel auf, durch die der Anspruch des Antragstellers auf eine ermessensfehlerfreie Auswahl zur Besetzung des streitbefangenen Dienstpostens verletzt wird.

Nach Art. 33 Abs. 2 GG sind öffentliche Ämter nach Maßgabe des Bestenauslesegrundsatzes zu besetzen. Dieser Grundsatz der Bestenauslese gilt unbeschränkt und vorbehaltlos. Er dient neben dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung des öffentlichen Dienstes auch dem berechtigten Interesse der Beamten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen. Der Beamte kann beanspruchen, dass der Dienstherr das ihm bei der zu treffenden Entscheidung zustehende Auswahlermessen unter Einhaltung etwaiger Verfahrensvorschriften ermessens- und beurteilungsfehlerfrei ausübt (sog. Bewerbungsverfahrensanspruch; stRspr., vgl. etwa BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1/13 - Juris, Rn. 19 f.; BVerfG,

1. Kammer des Zweiten Senats, Beschluss vom 11. Mai 2011 - 2 BvR 764/11 - Juris, Rn. 10; Beschluss des Senats vom 18. März 2011 - 2 EO 471/09 - ThürVBl. 2011, 245 m. w. N.). Art. 33 Abs. 2 GG gibt damit die entscheidenden Maßstäbe für die Bewerberauswahl abschließend vor. Der danach für die Bewerberauswahl grundsätzlich gebotene Leistungsvergleich ist vor allem anhand aussagekräftiger, d. h. aktueller, hinreichend differenzierter und auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhender dienstlicher Beurteilungen vorzunehmen. Maßgebend für den Leistungsvergleich ist in erster Linie das abschließende Gesamturteil der Beurteilung (vgl. BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16/09 - Juris, Rn. 24; Beschluss vom 22. November 2012 - 2 VR 5/12 - Juris, Rn. 24).

Feststellungen über Eignung, Befähigung und fachliche Leistung sind in der Regel auf der Grundlage aktueller dienstlicher Beurteilungen zu treffen (§ 34 Abs. 1 Satz 1 Thüringer Laufbahngesetz - ThürLaufbG). Das Ende des Beurteilungszeitraumes darf zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung höchstens drei Jahre zurückliegen (§ 34 Abs. 1 Satz 2 ThürLaufbG). Deshalb kommt der letzten dienstlichen Beurteilung regelmäßig ausschlaggebende Bedeutung zu. Auch wenn eine ältere dienstliche Beurteilung nicht zeitnah zu dem erreichten Leistungsstand des Beurteilten Stellung beziehen kann und daher in erster Linie aktuelle Beurteilungen maßgebend sind, können gleichwohl weitere objektive Umstände gebieten, ältere Beurteilungen in den Leistungsvergleich einzubeziehen. So verletzt der Dienstherr den Anspruch auf Chancengleichheit im Bewerbungsverfahren und mithin den Bewerbungsverfahrensanspruch, wenn Beurteilungen verglichen werden, die auf erheblich abweichenden Beurteilungszeiträumen beruhen. Es ist ohne sachlichen Grund nicht gerechtfertigt, in der Auswahlentscheidung allein Beurteilungen mit erheblich divergierenden Beurteilungszeiträumen zu berücksichtigen. Weichen die Zeiträume der aktuellen Beurteilungen der im Auswahlverfahren konkurrierenden Bewerber in erheblicher Weise voneinander ab, beruhen deren Beurteilungen der Leistungsfähigkeit auf unterschiedlichen Maßstäben. Liegen solche Unterschiede der Beurteilungszeiträume vor, so hindert dies nicht eine Auswahl; vielmehr muss der Dienstherr dies erfassen und andere Leistungseinschätzungen ergänzend heranziehen, die nach Art, Inhalt und betrachtetem Zeitraum eine Vergleichbarkeit ermöglichen. Daher kann es geboten sein, die Beurteilungszeiträume anzugleichen und im Interesse einer gleichgewichtigen Beurteilungslage auch ältere dienstliche Beurteilungen jedenfalls des Bewerbers heranzuziehen, für den nur eine aktuelle Beurteilung mit einem gegenüber

seinem Konkurrenten kürzeren Beurteilungszeitraum vorliegt (zum Beurteilungsvergleich bei Richtern: Beschluss des Senats vom 16. August 2012 - 2 EO 868/11 - Juris, Rn. 36; Beschluss vom 15. April 2014 - 2 EO 641/12 - Juris, Rn. 27; Beschluss vom 28. November 2017 - 2 EO 524/17 - Juris, Rn. 13; Beschluss vom 15. August 2019 - 2 EO 339/18 - Juris, Rn. 17; jeweils m. w. Nw.).

Inwiefern der Dienstherr eine frühere Beurteilung berücksichtigen darf oder berücksichtigen muss, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Unterschiede in den Beurteilungszeiträumen verlieren an Bedeutung, wenn auch der vergleichsweise kürzere Beurteilungszeitraum für sich genommen ausreichend lang ist, um eine verlässliche Aussage zur Eignung, Leistung und Befähigung zu treffen. Dagegen wird - neben den Fällen eines annähernden Gleichstands bei den aktuellen Beurteilungen (§ 34 Abs. 1 Satz 4 ThürLaufbG) - einer vorangegangenen Beurteilung umso mehr Bedeutung beizumessen sein, je kürzer der Beurteilungszeitraum der aktuellen Beurteilung ist, wenn zwischen der vorangegangenen und der aktuellen Beurteilung eine Leistungsverbesserung oder ein Leistungsabfall liegt oder wenn andere Umstände des Einzelfalls es angezeigt erscheinen lassen, Wertigkeit und Aussagekraft der aktuellen Beurteilung durch Heranziehung der früheren Beurteilung(en) ergänzend zu würdigen und abzusichern (vgl. Beschluss des Senats vom 16. August 2012 - 2 EO 868/11 - Juris, Rn. 37 f.; Beschluss vom 28. November 2017 - 2 EO 524/17 - Juris, Rn. 9 ff.).

Diesen Maßstäben wird die Auswahlentscheidung des Antragsgegners nicht in ausreichender Weise gerecht. Der Antragsgegner versuchte zwar, eine taugliche Grundlage für den Leistungsvergleich herzustellen. Er berücksichtigte auch, dass die Beurteilungen der verbeamteten Bewerber bzw. die Leistungsbewertung des Beigeladenen auf unterschiedlichen Maßstäben beruhen, und verwandte erkennbare Mühe darauf, sie miteinander vergleichbar zu machen. Ein den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG genügender Leistungsvergleich war allerdings an Hand der für den Beigeladenen erteilten systematischen Leistungsbewertung nicht möglich.

Nach dem Eingang der Bewerbungen forderte der Antragsgegner im Juni 2018 für alle Bewerber aktuelle dienstliche Beurteilungen „möglichst“ für den Beurteilungszeitraum vom 1. Mai 2015 bis 30. April 2018 an. Daraufhin wurde für den Antragsteller - wie oben dargestellt - eine Bedarfsbeurteilung für den Beurteilungszeitraum 1. Januar

2014 bis 30. April 2018 vorgelegt. Für den Beigeladenen übersandte der Oberbürgermeister der Stadt M_____ mit Schreiben vom 4. Juli 2018 eine „systematische Leistungsbewertung“ für den Bewertungszeitraum 1. Oktober 2016 bis 30. September 2017. Die Übersendung der Leistungsbewertung wurde damit erläutert, dass eine dienstliche Beurteilung für Beschäftigte der Stadtverwaltung nicht vorgeschrieben sei; die Leistungen der Beschäftigten würden aber jährlich gemäß § 18 TVöD bewertet. Am 11. Oktober 2018 bat der Antragsgegner, für den Beigeladenen noch die Leistungsbewertungen aus „diesem Jahr“ (2018) und den Jahren 2016 und 2015 nachzureichen. Darauf teilte der Oberbürgermeister der Stadt M_____ mit Schreiben vom 15. Oktober 2018 mit, dass für Tarifbeschäftigte der Stadtverwaltung gemäß der „Dienstvereinbarung zur Umsetzung einer leistungsorientierten Bezahlung nach § 18 Abs. 6 TVöD“ Leistungsbewertungen durchgeführt und protokolliert würden. Gemäß § 13 Abs. 4 der Dienstvereinbarung werde der Bewertungsbogen in die Personalakte aufgenommen und nach Ablauf eines Jahres entnommen und einschließlich der elektronischen Fassung vernichtet. Daher sei eine Übersendung der Bewertungsbögen für die Jahre 2015 und 2016 nicht möglich. Die von ihm durchgeführten Leistungsbewertungen für den Beigeladenen hätten aber auch in den Jahren vor 2017 stets höchste Punktzahlen ergeben; die bereits zugeleitete Leistungsbewertung spiegele die Bewertung der Vorjahre wider, in denen der Beigeladene über alle Bewertungskategorien und über Jahre hinweg stets höchste Punktzahlen erzielt habe.

Der Antragsgegner erkannte demnach selbst die Notwendigkeit, für den Vergleich der Bewerber insbesondere den Beurteilungszeitraum des Beigeladenen anzugleichen und über die vorliegende Leistungsbewertung hinaus, die sich lediglich auf einen Zeitraum von einem Jahr bezog, auf weitere Leistungsbewertungen zu erstrecken. Dabei hätte er es allerdings nicht bei der Mitteilung des Oberbürgermeisters bewenden lassen dürfen, dass die Leistungsbewertungen für den Beigeladenen auch vor 2017 höchste Punktzahlen ergeben hätten. Im Auswahlvermerk vom 20. Februar 2019 ist hierzu ausgeführt: „Damit kann angenommen werden, dass für frühere Beurteilungszeiträume vergleichbare Beurteilungsnoten vergeben wurden“. Dies genügt allerdings nicht.

Der nach Art. 33 Abs. 2 GG gebotene Vergleich von Leistung, Eignung und Befähigung ist, wie oben ausgeführt, auf der Grundlage aktueller dienstlicher

Beurteilungen zu treffen (§ 34 Abs. 1 Satz 1 ThürLaufbG); er kann nicht auf die bloße Mitteilung eines (anderen) Beurteilers gestützt werden, dass eine Beurteilung mit höchsten Punktzahlen erteilt worden sei. Dabei kommt es nicht darauf an, dass diese Mitteilung glaubhaft sein mag. Der zur Bewerberauswahl berufene Dienstherr kann einen sorgfältigen Leistungsvergleich nur auf Grund einer authentischen Beurteilungslage treffen; hierzu müssen die heranzuziehenden Beurteilungen grundsätzlich vollständig in schriftlicher Form vorliegen. Dies betrifft bereits die - auch hier - notwendige Feststellung, für welchen genauen Bewertungszeitraum die Leistungsbewertungen vorgenommen wurden. Für die Erteilung einer dienstlichen Beurteilung von Beamten gelten zudem formelle und inhaltliche Anforderungen. So müssen Gesamturteil und Einzelbewertungen einer dienstlichen Beurteilung in dem Sinne miteinander übereinstimmen, dass sich das Gesamturteil nachvollziehbar und plausibel aus den Einzelbewertungen herleiten lässt. Das abschließende Gesamturteil ist durch eine Würdigung, Gewichtung und Abwägung der einzelnen bestenauswahlbezogenen Gesichtspunkte zu bilden. Diese Gewichtung bedarf bei Beurteilungen, die im Ankreuzverfahren erstellt werden, einer Begründung, weil nur so die Einhaltung gleicher Maßstäbe gewährleistet und das Gesamturteil nachvollzogen und einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden kann (vgl. BVerwG, Beschluss vom 21. Dezember 2016 - 2 VR 1/16 - Juris, Rn. 39 f.; Urteil vom 17. September 2015 - 2 C 27/14 - Juris, Rn. 32 f.; anders, wenn sich eine bestimmte Note aufdrängt oder das Gesamturteil rechnerisch zu ermitteln ist: BVerwG, Urteil vom 17. September 2015 - 2 C 27/14 - Juris, Rn. 37; Urteil vom 17. September 2020 - 2 C 2/20 - Juris, Rn. 25 ff.). Dagegen sieht die für den Beigeladenen erteilte systematische Leistungsbewertung lediglich eine Vergabe von Punkten in Einzelkriterien, in der Gesamtbewertung der Einzelkriterien sowie eine Gesamtpunktzahl vor, jedoch keine verbal zu begründende Gewichtung des Gesamtergebnisses. Ob solche tarifvertraglichen Leistungsbewertungen ausreichen, um sie mit einer dienstlichen Beurteilung eines Beamten vergleichbar zu machen, bedarf an dieser Stelle keiner Klärung. Jedenfalls müssten sie vollständig vorliegen, damit der die Auswahl treffende Dienstherr die Bewertungen in den Einzelkriterien würdigen sowie die Vergabe der Gesamtpunktzahl prüfen und nachvollziehen kann; dies ist gegebenenfalls auch für die Inanspruchnahme einer gerichtlichen Kontrolle erforderlich. Nachdem der Antragsgegner demnach zu Recht weitere Zeiträume abdeckende Leistungsbewertungen angefordert hatte, diese aber ausblieben, konnte er sich nicht auf die bloße und unpräzise

Annahme beschränken, dass für frühere Beurteilungszeiträume „vergleichbare Beurteilungsnoten“ vergeben worden seien.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass erhebliche Bedenken bestehen, ob die systematische Leistungsbewertung des Beigeladenen eine für den Leistungsvergleich nach Art. 33 Abs. 2 GG taugliche Grundlage darstellt.

Ist eine Auswahlbehörde mit nicht unmittelbar vergleichbaren Beurteilungen konfrontiert, verlangt der Grundsatz der Bestenauslese des Art. 33 Abs. 2 GG Verhältnisse herzustellen, die einen rechtlich einwandfreien Vergleich der Bewerber ermöglichen. Die Auswahlbehörde ist dann gehalten, die Aussagen von Beurteilungen mit unterschiedlichen Beurteilungsinhalten miteinander „kompatibel“ zu machen. Eine Vergleichbarkeit der Leistungseinschätzungen scheitert nicht daran, dass die Bewerber nicht denselben Status (Beamte, Tarifbeschäftigte) oder nicht dieselben Statusämter innehaben. In einem solchen Fall müssen bei denjenigen Bewerbern, die über keine dienstlichen Beurteilungen verfügen, äquivalente Erkenntnismittel herangezogen werden. Ein naheliegendes und wesentliches Erkenntnismittel dieser Art stellen qualifizierte Arbeitszeugnisse der Stellen dar, bei denen der angestellte Bewerber in dem Zeitraum beschäftigt war, der dem Beurteilungszeitraum der auf Seiten der beamteten Bewerber herangezogenen dienstlichen Beurteilungen entspricht. Tauglich für einen Vergleich ist insbesondere das Arbeitszeugnis von einem Arbeitgeber der öffentlichen Hand. Ein qualifiziertes Arbeitszeugnis muss neben Angaben zu Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses auch alle wesentlichen Tatsachen und Bewertungen zu Leistung und Verhalten enthalten, die für die Gesamtbeurteilung des Arbeitnehmers von Bedeutung und für Dritte von Interesse sind. Wesentlich ist, dass jedes Instrument der Bestenauslese gleichmäßig und nach einheitlichen Maßstäben auf alle Bewerber angewendet wird, um auch insoweit die Vergleichbarkeit der Ergebnisse zu gewährleisten. Danach kann der Dienstherr grundsätzlich die in einem qualifizierten Arbeitszeugnis getroffenen Feststellungen zu den Leistungen und Fähigkeiten des Tarifbeschäftigten nach Maßgabe der für die Beamtenbeurteilungen einschlägigen Beurteilungsrichtlinie „übersetzen“. Wegen der sich dabei ergebenden Schwierigkeiten kann es im Interesse der Vergleichbarkeit der Leistungsbewertungen sachgerecht sein, dass der Dienstherr für den Tarifbeschäftigten eine Beurteilung wie für einen Beamten erstellen lässt oder nach Maßgabe seiner einschlägigen Beurteilungsrichtlinie und seines Beurteilungsmaßstabs bei dem Arbeitgeber, der das

Arbeitszeugnis erstellt hat, eine ergänzende Stellungnahme anfordert, um aus dem Arbeitszeugnis vergleichbare aussagekräftige Bewertungen zu gewinnen. Dies wird umso mehr geboten sein, je näher die Bewerber im Leistungsvergleich beieinander liegen (zum Vergleich eines qualifizierten Arbeitszeugnisses mit einer dienstlichen Beurteilung: Beschluss des Senats vom 26. Februar 2019 - 2 EO 883/17 - Juris, Rn. 16 ff., m. w. Nw.).

Im Streitfall wurde für den tarifbeschäftigten Beigeladenen jedoch kein qualifiziertes Arbeitszeugnis erstellt. Grundlage für die Auswahlentscheidung war lediglich eine systematische Leistungsbewertung nach § 18 TVöD. Ungeachtet dessen, dass diese Leistungsbewertung keinerlei Angaben über die wahrzunehmenden Aufgaben und keine nähere Beschreibung der in dieser Funktion gezeigten Leistung, Eignung und Befähigung enthält, ist die Zweckbestimmung dieser Bewertung eine andere als bei einer dienstlichen Beurteilung. Die jährliche systematische Leistungsbewertung ist Teil einer leistungs- und/oder erfolgsorientierten Bezahlung, die zusätzlich gezahlt wird und dazu beitragen soll, die öffentlichen Dienstleistungen zu verbessern (§ 18 Abs. 1 TVöD). Die Feststellung von Leistungen ist dementsprechend auf die Erreichung einer Zielvereinbarung oder eines wirtschaftlichen Erfolgs ausgerichtet; Leistungsbewertung ist die auf einem betrieblich vereinbarten System beruhende Feststellung der erbrachten Leistung nach möglichst messbaren oder anderweitig objektivierbaren Kriterien oder durch aufgabenbezogene Bewertung (§ 18 Abs. 4 und 5 TVöD). Demgegenüber dient eine dienstliche Beurteilung dazu, die Grundlage für eine Auswahlentscheidung zu schaffen, sowie der Personalentwicklung (vgl. § 34 Abs. 1, § 47 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 ThürLaufbG); sie soll darüber Aufschluss geben, in welchem Maß der Beamte den Anforderungen seines Amtes genügt und sich in einem höheren Amt voraussichtlich bewähren wird (vgl. BVerwG, Beschluss vom 10. Mai 2016 - 2 VR 2/15 - Juris, Rn. 15). So enthält die dienstliche Beurteilung, wie sie für den Antragsteller erstellt wurde, entsprechend ihrem Zweck auch die Bewertung grundlegender Eignungs- und Befähigungsmerkmale (wie etwa Auffassungsgabe, Urteilsfähigkeit, schriftliches Ausdrucksvermögen), die bei der systematischen Leistungsbewertung - ebenso ihrem Zweck entsprechend - in den Hintergrund treten oder darin gar nicht vorgesehen sind (so auch die Feststellung im Auswahlvermerk, S. 9, 1. Absatz). Unklar scheint nach Aktenlage auch, ob die systematische Leistungsbewertung unabhängig von Eingruppierung und Status des Beschäftigten allein an der Erreichung vereinbarter Ziele, Erfolge oder Leistungen bemessen wurde

oder wie bei einem qualifizierten Arbeitszeugnis oder bei der dienstlichen Beurteilung an den objektiven Anforderungen der übertragenen Aufgabe bzw. an den Anforderungen des statusrechtlichen Amtes (vgl. dazu Beschluss des Senats vom 26. Februar 2019 - 2 EO 883/17 - Juris, Rn. 20). Vor diesem Hintergrund bleiben erhebliche Zweifel, ob Bewertungen in der systematischen Leistungsbewertung mit denen einer beamtenrechtlichen Beurteilung verglichen werden können (vgl. dazu ablehnend: BayVGH, Beschluss vom 11. August 2020 - 3 CE 20.1370 - Juris, Rn. 6 f.; Lorse, ZBR 2007, S. 24 [29]; Bodanowitz in: Schnellenbach/Bodanowitz, Die dienstliche Beurteilung der Beamten und der Richter, Stand 10/2020, Rn. 92).

Der Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers ist schließlich auch sicherungsfähig, weil seine Aussichten bei einer erneuten Auswahl offen sind. An der Glaubhaftmachung des Anordnungsanspruchs fehlt es ausnahmsweise nur dann, wenn der Rechtsschutzsuchende in einem neuen Auswahlverfahren von vornherein chancenlos wäre. Dem Senat ist es angesichts des dem Dienstherrn zustehenden Organisationsermessens und Beurteilungsspielraums verwehrt, hinsichtlich der Frage, ob die Auswahl des unterlegenen Antragstellers als möglich erscheint, eine Prognose über eine neu zu treffende Auswahlentscheidung abzugeben und der gerichtlichen Entscheidung zu Grunde zu legen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. September 2002 - 2 BvR 857/02 - Juris, Rn. 10 ff.; BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - Juris, Rn. 32; Beschluss des Senats vom 15. April 2014 - 2 EO 641/12 - Juris, Rn. 38 ff.). Da der Auswahlentscheidung Fehler bei der Beurteilungs- und Vergleichsgrundlage anhaften, für den Beigeladenen nur eine Leistungsbewertung für einen vergleichsweise kurzen Zeitraum vorliegt und deren Vergleichbarkeit obendrein zweifelhaft ist, kann nicht mit der notwendigen hohen Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass die Auswahl des Antragstellers von vornherein ausgeschlossen wäre.

Abzulehnen ist der Antrag, soweit er darauf gerichtet ist, die Besetzung der streitbefangenen Stelle zu untersagen, bis der Antragsgegner in einem erneuten Auswahlverfahren bestandskräftig über die Vergabe des Dienstpostens entschieden hat. Der Antragsteller kann zunächst nur verlangen, dass sein Bewerbungsverfahrensanspruch in dem laufenden Besetzungsverfahren beachtet wird. Sowohl bei einer erneuten Auswahlentscheidung im laufenden Verfahren als auch im Falle eines neu durchzuführenden Auswahlverfahrens hätte der Antragsteller gegebenenfalls die

Möglichkeit, seine 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 Rechtschutz beantragt wird (vgl. BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - Juris, Rn. 33 ff.; BVerfG, 1. Kammer des Zweiten Senats, Beschluss vom 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 - Juris, Rn. 18; Beschluss des Senats vom 14. November 2013 - 2 EO 838/12 - Juris, Rn. 36).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 1 und 3 VwGO. Soweit der Antrag abzulehnen ist, unterliegt der Antragsteller nur zu einem geringen Teil, der bei der Kostenentscheidung nicht ins Gewicht fällt (§ 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO). Es entspricht nicht der Billigkeit, dem Antragsgegner auch die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen aufzuerlegen. Dieser hat im Verfahren keinen Antrag gestellt und sich keinem Kostenrisiko ausgesetzt (vgl. §§ 154 Abs. 3, 162 Abs. 3 VwGO).

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 63 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 47, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 1, Abs. 6 Satz 1 Nr. 1, Sätze 2 bis 4 GKG und entspricht der zutreffenden erstinstanzlichen Festsetzung.

Hinweis:

Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG in entsprechender Anwendung).

Dr. Hinkel

Gravert

Best