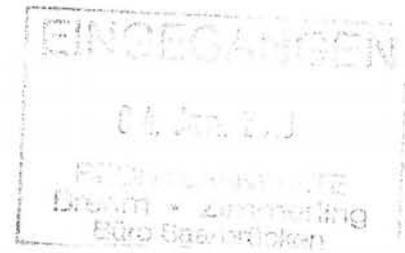


1 B 470/09
2 L 627/09



OBERVERWALTUNGSGERICHT DES SAARLANDES

BESCHLUSS

In dem Verfahren

- Antragstellerin und Beschwerdegegnerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. Brehm, Zimmerling - Büro Saarbrücken -, Berliner Promenade 15, 66111 Saarbrücken,
- 8148/09 -

g e g e n

das Ministerium für Umwelt, Energie und Verkehr, Keplerstraße 18,
66117 Saarbrücken,
- A/3-1.2 226/09 -

- Antragsgegner und Beschwerdeführer -

weiter beteiligt:

- 1.
- 2.
- 3.
- 4.

5.

6.

- Beigeladene -

- Beigeladener zu 2. nur erstinstanzlich beteiligt -

Prozessbe

ße

wegen einstweiliger Untersagung des Vollzugs von Beförderungsentscheidungen

hat der 1. Senat des Oberverwaltungsgerichts des Saarlandes in Saarlouis durch den Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts Böhmer, den Richter am Oberverwaltungsgericht Haßdenteufel und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Freichel am 23. Dezember 2009 beschlossen:

Unter teilweiser Abänderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts des Saarlandes vom 30. September 2009 - 2 L 627/09 - wird Satz 1 des Beschlusstextes wie folgt neu gefasst:

Dem Antragsgegner wird einstweilen untersagt, die Beigeladenen zu 1., 3., 5. und 6. vor der Antragstellerin in ein Amt der Besoldungsgruppe A 13 g.D. zu befördern.

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Für die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens gilt:

Die Antragstellerin trägt 1/3 und der Antragsgegner trägt 2/3 der Gerichtskosten.

Von den außergerichtlichen Kosten trägt die Antragstellerin diejenigen des Beigeladenen zu 2. ganz und 1/3 derjenigen des Antragsgegners. Der Antragsgegner trägt 2/3 der außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin. Im Übrigen findet keine Kostenerstattung statt.

Für die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens gilt:

Die Antragstellerin trägt 1/5 und der Antragsgegner trägt 4/5 der Gerichtskosten.

Von den außergerichtlichen Kosten tragen die Antragstellerin 1/5 derjenigen des Antragsgegners und dieser 4/5 derjenigen der Antragstellerin. Darüber hinaus findet keine Kostenerstattung statt.

Der Streitwert wird - auch - für das Beschwerdeverfahren auf 13.638,66 € festgesetzt.

G r ü n d e

Die zulässige Beschwerde des Antragsgegners ist nur insoweit begründet, als das Verwaltungsgericht diesem - auch - untersagt hat, der Beigeladenen zu 4. zum Beförderungstermin 1.4.2009 ein Amt der Besoldungsgruppe A 13 g.D. zu übertragen.

Das Verwaltungsgericht hat die einstweilige Untersagung einer Beförderung der Beigeladenen zu 1. und 3. bis 6. im Kern damit begründet, dass der Antragsgegner es zu Unrecht unterlassen habe, „die vorausgegangenen dienstlichen Beurteilungen der Konkurrenten in den Blick zu nehmen und vor der ausschlaggebenden Berücksichtigung der Hilfskriterien ... als weitere Erkenntnismittel heranzuziehen, die über Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Beamten Aufschluss ge-

ben“. Diese Annahme des Verwaltungsgerichts ist unter gebotener Berücksichtigung der Verwaltungsunterlagen nicht zutreffend.

Der Antragsgegner hat die den aktuellen Anlassbeurteilungen vorausgegangenen dienstlichen Beurteilungen aller Konkurrenten durchaus „in den Blick“ genommen. Das wird bereits durch die jeweiligen detaillierten Anschreiben an den Personalrat und die Frauenbeauftragte, mit denen deren personalvertretungsrechtlich erforderliche Zustimmung bzw. Stellungnahme gemäß § 23 LGG erbeten wurde, belegt. Darin heißt es: „Auch die Berücksichtigung der vorherigen Beurteilung der Konkurrenten lässt keinen Leistungsvorsprung eines Konkurrenten oder einer Konkurrentin erkennen

vgl. die entsprechenden Anschreiben an den Personalrat und die Frauenbeauftragte in den vorgelegten Verwaltungsunterlagen.

Dem Antragsgegner war die rechtlich gebotene Notwendigkeit der Einbeziehung vorausgegangener dienstlicher Beurteilungen im Rahmen einer Auswahlentscheidung, bei der die miteinander konkurrierenden Bewerber aufgrund der vorrangig zu berücksichtigenden aktuellen dienstlichen Beurteilung als im Wesentlichen gleich geeignet eingestuft wurden, durchaus bekannt

siehe zu diesem Erfordernis BVerwG, Urteile vom 19.12.2002 - 2 C 31/01 -, ZBR 2003, 359 = NVwZ 2003, 1398 = DÖD 2003, 200 = IÖD 2003, 147, vom 27.2.2003 - 2 C 16/02 -, ZBR 2003, 420 = NVwZ 2003, 1397 = DÖD 2003, 202 = IÖD 2003, 170, sowie vom 21.8.2003 - 2 C 14/02 -, BVerwGE 118, 370 = ZBR 2004, 101 = NJW 2004, 870 = IÖD 2004, 38; siehe auch Beschluss des Senat vom 8.9.2004 - 1 W 32/04 -, IÖD 2005, 50 = DÖD 2005, 106 = RiA 2005, 152.

Denn bereits mit Beschluss vom 10.8.2007 - 2 L 843/07 - hatte das Verwaltungsgericht eine Beförderungsauswahl des Antragsgegners beanstandet, weil dieser es unterlassen hatte, zumindest die der letzten Regelbeurteilung vorausgegangene Beurteilung mit in den Blick zu nehmen und vor dem Abstellen auf Hilfskriterien als weiteres Erkenntnismittel heranzuziehen

mit Beschluss vom 28.9.2007 - 1 B 389/07 - hat der Senat diese Entscheidung bestätigt.

Dementsprechend heißt es in den „Leitlinien für die Beförderungsentscheidungen im MfU“ vom 23.3.2009 unter Bezugnahme auf die vorgenannten Entscheidungen des Verwaltungsgerichts und des Senats in „I.2 (Bedeutung der Vorbeurteilung)“:

„Sofern die Mitbewerber nach der aktuellen dienstlichen Beurteilung auch unter Beachtung des arithmetischen Mittels im Wesentlichen gleich beurteilt sind, dient die Vorbeurteilung als primär heranzuziehendes Erkenntnismittel“.

Bei den danach entsprechend den Anschreiben an den Personalrat und die Frauenbeauftragte berücksichtigten Vorbeurteilungen aller Bewerber handelt es sich ersichtlich um die den jeweiligen aktuellen Anlassbeurteilungen vorausgegangenen Regelbeurteilungen. Das gilt auch in Bezug auf die (letzte) Regelbeurteilung der Antragstellerin, die für den Beurteilungszeitraum 1.5.2004 bis 1.5.2007 noch vom Ministerium für Wirtschaft und Wissenschaft erstellt worden ist. Allein diese Regelbeurteilung kann als rechtlich relevante Vorbeurteilung in den Blick genommen worden sein, nicht aber die der hier maßgeblichen aktuellen Anlassbeurteilung vorausgegangene Anlassbeurteilung. Denn Letztere ist nach den Gegebenheiten durch die der jetzigen Auswahlentscheidung zugrunde gelegte aktuelle Anlassbeurteilung betreffend den Beurteilungszeitraum 2.10.2007 bis 31.5.2009 ersetzt worden. Das ergibt sich bereits daraus, dass der Antragsgegner entsprechend dem Hinweis des Verwaltungsgerichts im Beschluss vom 5.5.2009 - 2 L 197/09 - zum Erfordernis wesentlich gleicher Beurteilungszeiträume für alle in der Besoldungsgruppe A 12 befindlichen Beamten eine aktuelle Anlassbeurteilung durchgeführt hat, wobei er den Beurteilungszeitraum einheitlich auf den 2.10.2007 (Tag der Versetzung der Antragstellerin zum Antragsgegner) bis zum 31.5.2009 festgelegt hat. Diese neue Anlassbeurteilung sollte offenkundig die der vom Verwaltungsgericht beanstandeten Auswahlentscheidung zugrunde liegende und den Beurteilungszeitraum 1.5.2007 bis 30.9.2008 betreffende Anlassbeurteilung der

Antragstellerin ersetzen. Dafür spricht mit Gewicht dann auch der Umstand, dass der der ersten Anlassbeurteilung zugrunde liegende Beurteilungszeitraum ganz überwiegend - ausgenommen die fünf Monate, in denen die Antragstellerin noch beim Ministerium für Wirtschaft und Wissenschaft bedienstet war - auch der aktuellen Anlassbeurteilung zugrunde liegt.

Dass der Antragsgegner die erwähnte (letzte) Regelbeurteilung der Antragstellerin als Vorbeurteilung in den Blick genommen hat, ergibt sich letztendlich aus dem vorangegangenen Auswahlverfahren, das - wie bereits erwähnt - vom Verwaltungsgericht mangels vergleichbarer Beurteilungszeiträume beanstandet wurde. Auch in diesem Auswahlverfahren hatte der Antragsgegner in seinen an den Personalrat gerichteten Schreiben, mit denen er dessen Zustimmung zu den beabsichtigten Beförderungen erbat, darauf hingewiesen, dass „auch die Berücksichtigung der vorherigen Beurteilung der Konkurrenten keinen Leistungsvorsprung eines Konkurrenten oder einer Konkurrentin erkennen“ lasse

vgl. dazu die Verwaltungsunterlagen in den Gerichtsakten 2 L 197/09
(= 1 B 371/09).

In diesem (ersten) Auswahlverfahren kam als Vorbeurteilung zur Anlassbeurteilung betreffend den Beurteilungszeitraum 1.5.2007 bis 30.9.2008 indes allein die zum Beurteilungsstichtag 1.5.2007 erstellte Regelbeurteilung des Ministeriums für Wirtschaft und Wissenschaft in Betracht.

Hat der Antragsgegner nach alledem - auch - die der aktuellen Anlassbeurteilung der Antragstellerin vorausgehende Regelbeurteilung in den Blick genommen, so ist im Weiteren aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass er bei dem aktuellen Leistungsvergleich aus dieser Regelbeurteilung keinen leistungsbezogenen Vorrang der Antragstellerin vor den Beigeladenen zu 1. und 3. bis 6. hergeleitet, sondern die Genannten alle als im Wesentlichen gleich geeignet angesehen hat. In diesem Zusammenhang hat der Antragsgegner insgesamt überzeugend dargelegt, dass angesichts der unterschiedlichen Beurteilungsrichtlinien im Ministerium

für Wirtschaft und Wissenschaft und im Ministerium für Umwelt sowie der - nahe-
liegenden - Möglichkeit des Bestehens gravierender Unterschiede in der Vergabe-
praxis von Noten zwischen den beiden Ministerien jedenfalls keine positivere Leis-
tungsentwicklung bei der Antragstellerin als bei den Beigeladenen erkennbar ist

vgl. dazu die Antragsabweisung vom 22.7.2009 (Seite 4) sowie die Be-
schwerdebegründung vom 22.10.2009 (Seiten 4 bis 7).

Ist mithin die Annahme einer im Wesentlichen gleichen Qualifikation der Antrag-
stellerin und der Beigeladenen zu 1. und 3. bis 6. zu billigen, so ist die Bevorzu-
gung der Beigeladenen zu 4. gegenüber der Antragstellerin auf der Grundlage von
Hilfskriterien ebenfalls rechtsfehlerfrei. Der Antragsgegner hat ausweislich der
Vorlage an den Personalrat gemäß Schreiben vom 24.6.2009 dabei auf das bes-
sere arithmetische Mittel der aktuellen dienstlichen Beurteilung abgestellt (Antrag-
stellerin 2,1 und Beigeladene zu 4. 1,9). Weiter hilfsweise hat er das höhere
Rangdienstalter herangezogen. Auch hier ergibt sich ein Vorrang der Beigelade-
nen zu 4. (Beförderung in die Besoldungsgruppe A 12 im Jahr 1996) gegenüber
der Antragstellerin (Beförderung in die Besoldungsgruppe A 12 im Jahr 2000)

vgl. hierzu Schreiben des Antragsgegners an die Frauenbeauftragte
vom 22.6.2009, Seite 3.

Mithin ist der Anordnungsantrag der Antragstellerin mit Blick auf die Absicht des
Antragsgegners, die Beigeladene zu 4. zu befördern, unter Abänderung der erst-
instanzlichen Entscheidung zurückzuweisen.

Hinsichtlich der Beigeladenen zu 1., 3., 5. und 6. erweist sich die Auswahlent-
scheidung zu Lasten der Antragstellerin dagegen deshalb als rechtsfehlerhaft, weil
sie gegen § 13 LGG verstößt. Nach dieser Vorschrift sind Frauen (u.a.) bei Beför-
derungen bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung solange vor-
rangig zu berücksichtigen, bis sie (u.a.) in jeder Besoldungsgruppe der jeweiligen
Dienststelle mindestens zu 50 v.H. vertreten sind, sofern nicht in der Person eines

Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen. Dass der Antragsgegner es im Auswahlverfahren unter Außerachtlassung des § 13 LGG schlicht versäumt hat, zu prüfen, ob der der Antragstellerin von § 13 LGG bei - wie hier - im Wesentlichen gleicher Qualifikation zugedachte Vorrang ausnahmsweise entfällt, weil die in der Person der männlichen Bewerber liegenden Gründe deutlich überwiegen (sogenannte Öffnungsklausel), hat das Verwaltungsgericht überzeugend dargelegt. Darauf kann zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden (Seiten 10 bis 12 des Beschlusses vom 30.9.2009). Das Beschwerdevorbringen (Schriftsatz vom 22.10.2009, Seiten 7 bis 9, und Schriftsatz vom 30.11.2009, Seite 2) vermag die Richtigkeit der diesbezüglichen Erwägungen des Verwaltungsgerichts nicht zu erschüttern. Es ist dabei nochmals zu betonen, dass bei der rechtlichen Einordnung und Handhabung des Gesichtspunkts der Frauenförderung bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung in der Person eines männlichen Mitbewerbers liegende Gründe sich gegenüber dem Gesichtspunkt der Frauenförderung dann durchsetzen können und zu einer Anwendung der Öffnungsklausel des § 13 LGG führen, wenn deutliche Unterschiede zugunsten des männlichen Bewerbers bestehen. Hierzu ist eine Einzelfallprüfung erforderlich, die gebietet, dass stets sämtliche relevanten Hilfskriterien - und nicht nur das Kriterium der Frauenförderung - ernst genommen und ihrem Gewicht entsprechend einbezogen werden

vgl. etwa VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 6.6.2008 - 1 L 505/08 -, NVwZ-RR 2009, 174, unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des OVG Nordrhein-Westfalen, der sich im Übrigen auch der Senat angeschlossen hat, vgl. dazu Beschluss vom 22.7.2009 - 1 B 380/09 -.

Ausweislich der vorgelegten Verwaltungsunterlagen, insbesondere auch der Schreiben an die Frauenbeauftragte zwecks Beteiligung gemäß § 23 LGG, hat der Antragsgegner die Möglichkeit der gebotenen Frauenförderung überhaupt nicht in Erwägung gezogen. Dieses Versäumnis im Rahmen der Auswahlentscheidung konnte und kann im vorliegenden gerichtlichen Verfahren nicht mehr ausgeräumt werden

vgl. zur Unzulässigkeit der Nachholung der Auswählerwägungen im gerichtlichen Verfahren grundlegend BVerfG, Beschluss vom 9.7.2007 - 2 BvR 206/07 -, NVwZ 2007, 1178 = ZBR 2008, 169 = DÖD 2007, 279; siehe auch OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 26.11.2008 - 6 B 1416/08 -, IÖD 2009, 88.

Nach allem hat das Verwaltungsgericht dem Antrag der Antragstellerin auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes - soweit dieser in der Beschwerdeinstanz noch anhängig ist - in Bezug auf die Beigeladenen zu 1., 3., 5. und 6. zu Recht entsprochen.

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 155 Abs. 1, 154 Abs. 3, 162 Abs. 3 VwGO. Dabei sind das Obsiegen des Beigeladenen zu 2. (für die erste Instanz) und der Beigeladenen zu 4. ebenso zu berücksichtigen wie der Umstand, dass der obsiegende Beigeladene zu 2. - anders als die Beigeladene zu 4. - einen Antrag gestellt und sich somit einem Kostenrisiko ausgesetzt hat.

Die Streitwertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren beruht auf den §§ 63 Abs. 2, 53 Abs. 3 Nr. 1, 52 Abs. 1 i.V.m. Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 Satz 2, 47 Abs. 1 GKG.

Dieser Beschluss ist nicht anfechtbar.

gez. Böhmer Haßdenteufel Freichel

Saarlouis, 28. Dezember 2009



Ausgefertigt:

Verw.-Amtsinspektor

als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle