

Liegt für eine langjährig als Gleichstellungsbeauftragte vollständig freigestellte Beamtin keine aktuelle dienstliche Beurteilung vor und kann die letzte regelmäßige Beurteilung mangels belastbarer Tatsachengrundlage nicht mehr fiktiv fortgeschrieben werden, sind in einem nach dem Prinzip der Bestenauslese durchzuführenden Auswahlverfahren ausnahmsweise die Beurteilungen aller Bewerberinnen und Bewerber unberücksichtigt zu lassen und allein Hilfskriterien heranzuziehen. In diesem Fall ist dem Leistungsgrundsatz bei der Anwendung der Hilfskriterien größtmögliche Geltung zu verschaffen, insbesondere indem der Dienstherr vorrangig auf wissenschaftliche fundierte Verfahren zur Eignungsfeststellung (z. B. strukturierte Auswahlgespräche, Assessment-Center) zurückgreift.

Art. 33 Abs. 2 GG
§ 28BGleiG

OVG NRW, Beschluss vom 19.3.2019 – 1 B 1301/18 –;
I. Instanz: VG Köln, Beschluss vom 16.8.2018 – 15 L 1118/18 –.

Die Antragstellerin wendet sich gegen die Entscheidung der Antragsgegnerin, ihre Bewerbung für die Leitung der B. nicht zu berücksichtigen, weil für sie nach fast 16-jähriger Freistellung als Gleichstellungsbeauftragte keine aktuelle dienstliche Beurteilung vorliege und eine solche auch nicht mehr fiktiv fortgeschrieben werden könne.

Aus den Gründen:

Soweit der Antrag zulässig ist, ist er auch begründet.

Das Beschwerdevorbringen stellt die tragende Argumentation in dem angefochtenen Beschluss durchgreifend in Frage. Der Ausschluss vom weiteren Auswahlverfahren verletzt die Antragstellerin in ihrem Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG. Zwar hat das VG im Ausgangspunkt zutreffend angenommen, die Antragsgegnerin sei zu einer weiteren Fortschreibung der letzten dienstlichen Beurteilung der Antragstellerin nicht mehr verpflichtet (dazu 1.). Dies stellt aber keinen Grund dar, sie im Rahmen des Auswahlverfahrens von vornherein von einem Leistungsvergleich mit den anderen Bewerberinnen und Bewerbern auszuschließen. Vielmehr sind in dieser Situation ausnahmsweise andere Erkenntnismittel in Form von Hilfskriterien heranzuziehen (dazu 2.). In der Folge kann von einer Chancenlosigkeit der Antragstellerin nicht ausgegangen werden (dazu 3.).

1. Die Antragsgegnerin hat das Auswahlverfahren für die Besetzung der Leitung der B. nach dem Grundsatz der Bestenauslese durchgeführt. In diesem Fall hat der Dienstherr die Auswahlkriterien des Art. 33 Abs. 2 GG auf allen Stufen des Besetzungsverfahrens zu beachten. Die danach erforderlichen Feststellungen über Eignung, Befähigung und fachliche Leistung sind in der Regel auf der Grundlage aktueller dienstlicher Beurteilungen zu treffen (vgl. § 33 Abs. 1 Satz 1 BLV). Liegt – wie bei der Antragstellerin – aufgrund einer Freistellung als Gleichstellungsbeauftragte keine aktuelle dienstliche Beurteilung vor, ist nach § 33 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BLV die letzte regelmäßige dienstliche Beurteilung unter Berücksichtigung der Entwicklung vergleichbarer Beamtinnen und Beamten fiktiv fortzuschreiben.

Allerdings setzt eine solche Fortschreibung als Prognoseentscheidung darüber, wie der Beamte ohne Freistellung voraussichtlich zu beurteilen wäre, eine belastbare Tatsachengrundlage voraus. Ob eine Nachzeichnung möglich ist, hängt von der Dauer des Zeitraums ab, der zwischen der letzten beurteilten Dienstleistung und dem Beurteilungszeitraum liegt, für den die fiktive Fortschreibung erfolgen soll. Ab welcher Zeitspanne die tatsächlichen Erkenntnisse eine Prognose über die Leistungsentwicklung nicht mehr tragen können, ist eine Frage des Einzelfalles, wobei auch das Verhältnis zwischen dem Zeitraum, in dem tatsächlich Dienst geleistet wurde und dem Zeitraum, in dem kein Dienst geleistet wurde, von Bedeutung ist. Jedenfalls bei einem Zeitraum von fast 16 Jahren vermitteln die der letzten Beurteilung vor der Freistellung zugrunde liegenden tatsächlichen Erkenntnisse keine tragfähige Grundlage mehr für eine verlässliche Prognose über die voraussichtliche Leistungsentwicklung.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 16.12.2010 – 2 C 11.09 –,
juris, Rn. 10 f.

Dies zugrunde gelegt war die Antragsgegnerin – auch wenn der Wortlaut des § 33 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BLV eine solche Einschränkung nicht ausdrücklich vorsieht – nicht verpflichtet, die letzte dienstliche Beurteilung der Antragstellerin weiter fortzuschreiben. Angesichts des großen zeitlichen Abstands zwischen der letzten beurteilten Dienstverrichtung und dem Fortzeichnungszeitraum fehlt eine belastbare Prognosebasis. Die Antragstellerin wurde zuletzt am 15.3.2001 beurteilt. Eine weite-

re Fortschreibung dieser dienstlichen Beurteilung würde den Zeitraum nach der letzten Nachzeichnung vom 9.8.2016 betreffen. Zwischen diesen Zeitpunkten liegen etwa 15 ½ Jahre.

2. Die von der Antragsgegnerin gezogene Konsequenz, die Antragstellerin in Ermangelung einer aktuellen (fortgeschriebenen) dienstlichen Beurteilung nicht in die streitige Auswahlentscheidung einzubeziehen, verletzt diese in ihrem Bewerbungsverfahrensanspruch und verstößt gegen das Benachteiligungsverbot gemäß § 28 Abs. 1 Satz 2 BGG. Grundsätzlich sind zwar bei einer nach dem Leistungsgrundsatz zu treffenden Auswahlentscheidung vorrangig die dienstlichen Beurteilungen der Bewerberinnen und Bewerber und nur nachrangig Hilfskriterien heranzuziehen.

Vgl. § 33 Abs. 1 Satz 1 und 2 BLV; zur Rangfolge von Auswahlkriterien auch BVerwG, Urteil vom 27.2.2003 – 2 C 16.02 –, juris, Rn. 12 ff.

Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass es nicht möglich wäre, allein auf die grundsätzlich nachrangigen Hilfskriterien zurückzugreifen, wenn für einen der Bewerber keine aktuelle dienstliche Beurteilung erstellt und auch dessen letzte vorhandene (regelmäßige) Beurteilung nicht fiktiv fortgeschrieben werden kann. Ist eine Auswahlentscheidung auf der Grundlage vergleichbarer dienstlicher Beurteilungen ausnahmsweise ausgeschlossen, ist es vielmehr geboten, ihr andere geeignete Erkenntnismittel in Form von Hilfskriterien zugrunde zu legen.

Vgl. – zu freigestellten Personalratsmitgliedern – Bay. VGH, Beschluss vom 28.7. 2014 – 3 ZB 13.1642 –, juris, Rn. 16; OVG NRW, Beschluss vom 31.3.2017 – 6 B 1463/16 –, juris, Rn. 18 ff.; Schnellenbach/Bodanowitz, Die dienstliche Beurteilung der Beamten und Richter, 62. Aktualisierung Dezember 2018, Rn. 222b; Schnellenbach, Konkurrenzen im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2018, Seite 68 unter Fn. 10.

Diese Maßgaben lassen sich ohne weiteres auch auf Gleichstellungsbeauftragte übertragen, die über einen langen Zeitraum von anderweitigen Tätigkeiten freigestellt waren und deren Beurteilung deswegen nicht weiter fortgeschrieben werden kann. Diese sind aufgrund ihrer Funktion in gleicher Weise wie ein freigestelltes Personal-

ratsmitglied schutzwürdig und dürfen ebenfalls bei ihrer beruflichen Entwicklung nicht benachteiligt werden (§ 8 Satz 2 BPersVG, § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGleIG).

Die Antragsgegnerin war danach bei der vorliegenden Zusammensetzung des Bewerberfeldes gehalten, ihre Auswahlentscheidung unter Einbeziehung der Antragstellerin ausnahmsweise allein anhand von Hilfskriterien zu treffen und die dienstlichen Beurteilungen der Mitbewerber – auch wenn sie wie bei der Beigeladenen mit Bestnote abschließen – auszublenden. Dies ist (alternativlose) Konsequenz des Umstandes, dass die letzte Beurteilung der Antragstellerin nicht mehr fortschreibungsfähig ist und sich ihre Tätigkeit als Gleichstellungsbeauftragte einer dienstlichen Beurteilung entzieht.

Vgl. – zu einem freigestellten Personalratsmitglied – Bay. VGH, Beschluss vom 28.7.2014 – 3 ZB 13.1642 –, juris, Rn. 18; zur Unzulässigkeit einer Beurteilung der Tätigkeit von Gleichstellungsbeauftragten Schnellenbach/Bodanowitz, Die dienstliche Beurteilung der Beamten und Richter, 62. Aktualisierung Dezember 2018, Rn. 222d.

Dem Prinzip der Bestenauslese ist dabei im Rahmen der Anwendung der Hilfskriterien größtmögliche Geltung zu verschaffen. Dem kann der Dienstherr insbesondere dadurch Rechnung tragen, dass er sich primär auf solche Hilfskriterien stützt, die am besten über Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber Aufschluss geben. Dies wird regelmäßig auf wissenschaftlich fundierte Verfahren zur Eignungsfeststellung wie z. B. strukturierte Auswahlgespräche oder Assessment-Center zutreffen. Allenfalls eine nachrangige Bedeutung kann demgegenüber eignungsfernen Hilfskriterien wie dem Dienst- bzw. Lebensalter der Konkurrenten oder der Standzeit im aktuellen Statusamt zukommen.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, auf eine dienstliche Beurteilung als vorrangiges Auswahlkriterium könne hier nicht verzichtet werden, weil ein Auswahlgespräch nur eine Momentaufnahme sei, bei der die Güte des politischen Verständnisses, das Maß an Erfahrungen und die Qualität des Fachwissens lediglich punktuell erfasst würden. Die mit der ausschließlichen Orientierung an Hilfskriterien verbundene Beschränkung des in Art. 33 Abs. 2 GG verankerten Leistungsprinzips ist nämlich gerechtfertigt, um den ebenfalls in dieser Verfassungsnorm als grundrechtsgleiches

Recht verbürgten Bewerbungsverfahrensanspruch der Antragstellerin zu gewährleisten und ihre in § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGleiG gesetzlich konkretisierten Schutzrechte als Gleichstellungsbeauftragte zu wahren. Ein Festhalten am Grundsatz des Vorrangs dienstlicher Beurteilungen als Auswahlkriterium würde zu dem mit diesen Gewährleistungen ersichtlich nicht zu vereinbarenden Ergebnis führen, dass die Antragstellerin allein aufgrund der Dauer ihrer Tätigkeit als Gleichstellungsbeauftragte von einem (weiteren) beruflichen Aufstieg generell ausgeschlossen wäre. Dies gilt auch in Ansehung des von der Antragsgegnerin weiter angeführten Umstandes, dass es sich bei der Leitung der B. um eine Spitzenposition in der Bundesverwaltung handelt. Die Antragsgegnerin kann der Bedeutung der zu besetzenden Funktion auch auf der Ebene der Hilfskriterien Rechnung tragen. Sie kann insbesondere das von ihr zu bestimmende Auswahlinstrument so ausgestalten, dass das im Rahmen ihres Organisationsermessens für das streitige Amt aufgestellte Anforderungsprofil – zu dem auch die beispielsweise hervorgehobene Kompetenz „politisches Verständnis“ gehört – bestmöglich erfasst wird.

3. Nach alledem ist für die entscheidungstragende Erwägung des VG, die Antragstellerin sei bei einem Vergleich des Gesamturteils ihrer letzten (fortgeschriebenen) Beurteilung vom 9.8.2016 („X“) mit der Gesamtbewertung der Beurteilung der Beigeladenen vom 2.5.2018 („P“) aufgrund des Leistungsabstandes von mehr als einer Notenstufe chancenlos, kein Raum. Die dienstlichen Beurteilungen dürfen bei der Besetzung des streitigen Amtes (ausnahmsweise) keine Berücksichtigung finden. Es ist auch nicht absehbar, welche Hilfskriterien die Antragsgegnerin im Rahmen einer neuerlichen Auswahlentscheidung zugrunde legen wird. Damit sind die Aussichten der Antragstellerin, bei einer künftigen, die aufgezeigten Rechtsfehler vermeidenden Auswahlentscheidung zum Zuge zu kommen, als hinreichend offen anzusehen.