

Az.: 12 L 1611/12

AUSFERTIGUNG

Die Übersendung geschieht  
zum Zwecke der Zustellung!

Beschluss

in dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

des

proT-in  
Bundesvorstand  
Kellerbergstr. 16  
57319 Bad Berleburg  
eMail bundesvorstand@proT-in.de  
Tel. (0 27 51) 95 91 96  
Antragsteller

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Christian Loh, Hochstraße 21,  
57319 Bad Berleburg,

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Vorstand der Deutschen  
Telekom AG, SBR-BRS, Rechtsservice Dienstrecht, Gradestraße 18,  
30163 Hannover,

Antragsgegnerin,

Prozessbevollmächtigter: Herr Wolfram Bear, bei der Deutschen Telekom AG,  
Gradestraße 18, 30163 Hannover,

beigeladen:

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

wegen Beförderung  
hier: Vorläufiger Rechtsschutz

hat die 12. Kammer des

**VERWALTUNGSGERICHTS GELSENKIRCHEN**

am 21. Januar 2013

durch

den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Prof. Dr. Andrick,  
den Richter am Verwaltungsgericht Dr. Weisel,  
den Richter Dr. Pflug

beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, die nach A 13\_VZ bewerteten Stellen in der Einheit „VCS-Gesamt“ mit einem anderen Bewerber als dem Antragsteller zu besetzen, bis über die Bewerbung des Antragstellers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden worden ist.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens. Ausgenommen hiervon sind die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst tragen.

2. Der Streitwert wird auf 14.866,02 € – das 3,25-fache des monatlichen Endgrundgehaltes des angestrebten Amtes in Höhe von 4.574,16 € – festgesetzt.

**Gründe:**

Die Kammer legt den schriftsätzlichen Antrag,

der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu untersagen, sämtliche für den Antragsteller in Frage kommenden Beförderungsplanstellen im Bereich des Unternehmens VCS GmbH der Besoldungsgruppe A 13 mit anderen Bewerbern als dem Antragsteller zu besetzen,

gemäß §§ 86, 88 der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – nach dem erkennbaren, die ausgehend von dem Statusamt des Antragstellers nächsthöhere Besoldungsgruppe betreffenden Antragsbegehren in dem aus dem Tenor ersichtlichen Sinne aus. Der in der Antragsschrift formulierten Fassung des Antrags lag ersichtlich die auf einem Fehlverständnis der tatsächlichen Bedeutung der Besoldungsgruppe A 13\_VZ beruhende, fehlerhafte Annahme zugrunde, der Antragsteller sei einer Beförderungsliste der für ihn übernächsten Besoldungsgruppe A 13 + Zulage zugeordnet worden. Da dieses Missverständnis durch die klarstellenden Ausführungen der Antragsgegnerin (Bl. 3 oben der Antragsrwiderrung), die den Erkenntnissen der Kammer entsprechen, ausgeräumt worden ist, hat die Kammer den Antrag entsprechend umgedeutet.

Dieser Antrag ist zulässig begründet.

Der Erlass einer Sicherungsanordnung setzt gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 und § 123 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 920 Abs. 2 und § 294 Zivilprozessordnung – ZPO – voraus, dass der Antragsteller einen Anspruch auf eine bestimmte Leistung glaubhaft macht (Anordnungsanspruch) und dass dieser Anspruch gefährdet ist und durch eine vorläufige Maßnahme gesichert werden muss (Anordnungsgrund).

Der Antragsteller hat sowohl einen Anordnungsgrund als auch einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht.

Der Anordnungsgrund ist gegeben, da die Antragsgegnerin beabsichtigt, die streitbefangenen Stellen mit den Beigeladenen zu besetzen. Die einstweilige Anordnung ist notwendig und geeignet, den Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers zu sichern und dadurch vorläufig einen endgültigen Rechtsverlust des Antragstellers abzuwenden.

Der Antragsteller hat auch einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht.

Bei der Entscheidung, welchem von mehreren in Betracht kommenden Beamten ein Beförderungsdienstposten übertragen wird, ist das Prinzip der Bestenauslese zu beachten. Der Dienstherr hat Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber zu bewerten und zu vergleichen (Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz – GG –, § 9 Beamtenstatusgesetz – BeamtStG –). Ist ein Bewerber besser qualifiziert, darf er nicht übergangen werden. Bei im Wesentlichen gleicher Qualifikation der Konkurrenten liegt die Auswahl im pflichtgemäßen Ermessen des Dienstherrn. Der einzelne Bewerber hat insoweit ein Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Stellenbesetzung (so genannter Bewerbungsverfahrensanspruch). Dieses Recht ist nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO sicherungsfähig.

Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt voraus, dass die Verletzung des Rechts auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über das Beförderungsbegehren glaubhaft ist und die Möglichkeit besteht, dass die noch zu treffende rechtmäßige Auswahlentscheidung tatsächlich zur Beförderung des Antragstellers führt. Mit dem letztgenannten Erfordernis wird zwei für den vorläufigen Rechtsschutz im Konkur-

rentenstreit wesentlichen Aspekten Rechnung getragen: Zum einen besteht für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes kein Anlass, wenn feststeht, dass die geltend gemachte Rechtsverletzung für das Entscheidungsergebnis bedeutungslos war, wenn also die Wiederholung des Stellenbesetzungsverfahrens unter Vermeidung der Rechtsverletzung zu keiner für den Antragsteller günstigeren Entscheidung führen kann. Zum anderen muss für den Erlass einer einstweiligen Anordnung die Möglichkeit einer günstigeren Entscheidung genügen. Dass die erneute Entscheidung des Dienstherrn zwangsläufig oder auch nur mutmaßlich zugunsten des Antragstellers ausfallen wird, kann dagegen nicht verlangt werden. Es genügt vielmehr für die Wiederholung der Auswahlentscheidung jeder Fehler im Auswahlverfahren einschließlich etwaiger Fehler der dabei zugrunde gelegten dienstlichen Beurteilungen, der für das Auswahlergebnis kausal gewesen sein kann; vorausgesetzt werden dabei die Berücksichtigungsfähigkeit des Fehlers und dessen potentielle Kausalität für das Auswahlergebnis.

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 13. September 2001 – 6 B 1776/00 – und vom 19. Dezember 2003 – 1 B 1972/03 –; Schnellenbach, Konkurrenzen um Beförderungsämter – geklärt und ungeklärt Fragen, ZBR 1997, 169 (170); ders., Anm. zu BVerwG, Urteil vom 13. September 2001, ZBR 2002, 180 (181).

Hingegen ist es im Hinblick auf den dem Dienstherrn bei der Auswahlentscheidung zustehenden Ermessensspielraum nicht Aufgabe des Gerichts, den besser geeigneten Bewerber zu bestimmen und eine eigene Prognose der Erfolgsaussichten der Bewerbung vorzunehmen.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. September 2002 – 2 BvR 857/02 –, ZBR 2002, 427 (428).

Bei der Auswahlentscheidung ist in erster Linie auf die aktuellen dienstlichen Beurteilungen zurückzugreifen. Denn dienstliche Beurteilungen dienen vornehmlich dem Zweck, eine Grundlage für die Verwirklichung des verfassungsrechtlichen Gebots, Beamte nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung einzustellen, einzusetzen und zu befördern (Art. 33 Abs. 2 GG), zu bieten. Fehler im Beurteilungsverfahren können auf den Bewerbungsverfahrensanspruch eines im Auswahlverfahren über ein Beförderungsamt oder einen Beförderungsdienstposten unberücksichtigt gebliebe-

nen Bewerbers nur dann zu dessen Gunsten durchschlagen, wenn sie ihrer Art nach die Annahme stützen, dass der Auswahlentscheidung – und zwar gerade den in Rede stehenden Bewerber betreffend – eine hinreichende Orientierung an den materiellen Kriterien der Bestenauslese fehlt.

OVG NRW, Beschluss vom 12. Juli 2010 – 1 B 58/10 – juris Rn. 6 m. w. N.

Gemessen an diesen Grundsätzen liegt eine Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs des Antragstellers vor. Der Auswahlentscheidung lag keine über den Antragsteller erstellte dienstliche Beurteilung zugrunde. Der Anspruch des Antragstellers auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Beförderung ist deshalb durch den Erlass der einstweiligen Anordnung zu sichern, weil ein Fehlen der dienstlichen Beurteilung der Auswahlentscheidung die Grundlage entzieht.

Die in dem von der Antragsgegnerin vorgelegten Verwaltungsvorgang enthaltene Beurteilung konnte nicht Grundlage der Auswahlentscheidung sein, weil sie ausweislich der dort aufgeführten Daten am 20. Dezember 2012 nachträglich erstellt und dem Antragsteller am selben Tage eröffnet worden ist, als die Auswahlentscheidung bereits getroffen und dem Antragsteller durch Konkurrentenmitteilung vom 19. November 2012 mitgeteilt worden war. Die pauschale Behauptung der Antragsgegnerin, die Beurteilung sei zum Zeitpunkt der Konkurrentenmitteilung bereits fertig gewesen, ändert hieran – ungeachtet des Umstandes, dass sie mit den auf dem Beurteilungsvordruck enthaltenen Daten nicht in Einklang zu bringen ist – schon deshalb nichts, weil es auf die Bekanntgabe der Beurteilung ankommt.

Die dienstliche Beurteilung vom 20. Dezember 2012 begegnet weiteren Bedenken, weil sie ausweislich des Beurteilungsvordrucks vom direkten und nächsthöheren Vorgesetzten bei Vivento Customer Services GmbH (VCS), der der Antragsteller gemäß § 4 Abs. 4 PostPersRG dauerhaft zugewiesen ist, verfasst worden ist. Zwar können auch diejenigen Beamten, die im Wege der Zuweisung außerhalb der Deutschen Telekom AG beschäftigt sind, in deren Beurteilungsdurchgänge einbezogen werden. Dies folgt aus § 29 Abs. 3 BBG, wonach die Rechtsstellung dieses Personenkreises „unberührt“ bleibt. Der Beurteilungskompetenz solcher externer Einrichtungen wie der VCS steht aber entgegen, dass sie keine Dienstherrenfähigkeit besitzen und deshalb keine dienstlichen Beurteilungen abgeben können. Dies dürfte auch

für Beurteilungsbeiträge im allgemeinen dienstrechtlichen Sprachgebrauch gelten. Allenfalls dürften die „Beurteilungsäußerungen“ solcher externer Einrichtungen Orientierungsmaßstäbe für eine beamtenrechtlich zulängliche Einschätzung der zugewiesenen Beamten sein.

Darüber hinaus deutet vieles auf einen Verstoß gegen den Grundsatz der individuellen leistungsgerechten Beurteilung hin.

Vgl. hierzu im Zusammenhang mit der Einhaltung zwingender Richtwerte: Schnellenbach, Die dienstliche Beurteilung der Beamten und der Richter, B Rn. 403.

Ausgangspunkt einer dienstlichen Beurteilung müssen danach allein die in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien oder andere Kriterien von Verfassungsrang sein, die unter Berücksichtigung des jeweiligen Beurteilungsverfahrens in der dienstlichen Beurteilung im Einzelfall konkretisiert werden müssen.

Dass dieser Grundsatz hinreichend beachtet worden ist, erscheint hier deshalb zweifelhaft, weil die Anzahl der zu vergebenden Spitzennoten zum Zeitpunkt der Beurteilungserstellung bereits feststand. Die Vergabe der Spitzennoten war, wovon aufgrund des Vortrags in der Antragsabweisung vom 20. Dezember 2012 auszugehen ist, auf die der Einheit „VCS-Gesamt“ zugewiesenen Beförderungsplanstellen beschränkt. Diese Beurteilungspraxis der Antragsgegnerin scheint nicht, wie es Art. 33 Abs. 2 GG fordert, die individuelle Leistung des Beamten zum Maßstab für die dienstliche Beurteilung zu nehmen, sondern ausschließlich am Beförderungsstellenkontingent ausgerichtete personalpolitische Erwägungen. Im konkreten Fall stand zum Zeitpunkt der Erstellung der dienstlichen Beurteilung vom 20. Dezember 2012 fest, dass in der streitgegenständlichen Einheit „VCS-Gesamt“ zur Vermeidung der an sich gebotenen „Ausschärfung“ der dienstlichen Beurteilungen nur so viele Spitzennoten mit dem Prädikat „übertrifft die Anforderungen in besonderem Umfang“ vergeben wurden, wie Beförderungsplanstellen zur Verfügung stehen. Aus der Beförderungsliste ist dementsprechend ersichtlich, dass ausschließlich die Beigeladenen mit der Höchstnote bedacht worden sind.

Diese Beurteilungspraxis scheint in unzulässiger Weise die dienstliche Beurteilung mit der Auswahlentscheidung zu verknüpfen. Die Beurteilungserstellung orientiert sich streng an der Auswahlentscheidung – und zwar nach der Antragserrückmeldung vom 20. Dezember 2012 (vgl. Blatt 6) bewusst,

so auch: VG Amsberg, Beschluss vom 13. Dezember 2012  
– 13 L 913/12 –, S. 7,

so dass das Beförderungsauswahlverfahren leerläuft und demnach seiner Funktion beraubt wird.

Diesem Monitum kann die Antragsgegnerin nicht mit dem Hinweis auf die aus ihrer Sicht zulässige Unterschreitung der anzuwendenden Richtwerte bei dienstlichen Beurteilungen begegnen. Richtwerte dienen dazu, vernünftigen, hinreichend differenzierten Gesamturteilsskalen erfahrungsorientierte quantitativ Bezugsgrößen zuzuordnen, um auf diese Weise Maßstabgerechtigkeit und Vergleichbarkeit optimal zu erfüllen. Ob und in welchem Umfang sie vor dem Hintergrund des § 50 Abs. 2 Sätze 1 und 2 BLV, Nr. 4 Anlage 1 zu KBV Compass unterschritten werden dürfen, bedarf hier keiner Klärung. Jedenfalls berechtigen die Richtwerte die Antragsgegnerin nicht dazu, die Gesamturteile der dienstlichen Beurteilungen „zwecks Vermeidung möglicher Ausschärfungen“ im Rahmen einer Auswahlentscheidung an der Anzahl der zu besetzenden Beförderungsstellen auszurichten. Vielmehr ist die Antragsgegnerin gehalten, die Beamtinnen und Beamten offen und gerecht zu beurteilen und in diesem Zusammenhang durch die maßstababbildenden Richtwerte eventuelle Korrekturen bei den Gesamtergebnissen vorzunehmen. In Ansehung der dadurch in rechtlich zulässiger Weise geschaffenen Grundlage hat anschließend die Auswahlentscheidung stattzufinden. Der von der Antragsgegnerin demgegenüber beschrittene Weg „zäumt das Pferd von hinten auf“ und verkehrt die Reihenfolge der einzelnen von der Rechtsordnung vorgesehenen und gebilligten Schritte bei der Besetzung von Beförderungsstellen.

Klarstellend wird darauf hingewiesen, dass es hingegen keinen Einwendungen im Sinne von Rechtsmissbräuchlichkeit unterliegen dürfte, sollte die Antragsgegnerin bei der Ausbringung und Bewirtschaftung besetzbarer Beförderungsstellen eine Abgleichung zwischen der Zahl der – zuvor unabhängig von konkret in Aussicht genommenen Beförderungen – jeweils mit der besten Gesamtnote beurteilten Beamten

einerseits und der Zahl der jeweils für eine Besetzung freigegebenen Stellenkontingente andererseits vornehmen.

Auch wenn der Antragsteller in seiner dienstlichen Beurteilung vom 20. Dezember 2012 nur die dritthöchste Beurteilungsnote mit dem Prädikat „erfüllt die Anforderungen in vollem Umfang“ erhalten hat, ist nicht ausgeschlossen, dass sein Bewerbungsverfahrensanspruch durch die Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin verletzt ist. Denn zum einen ist die streitgegenständliche Auswahlentscheidung gänzlich ohne eine dienstliche Beurteilung des Antragstellers getroffen worden und zum anderen betrifft der aufgezeigte Mangel das Beurteilungssystem als solches. Im Falle einer erneuten Auswahlentscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichtes ist nicht absehbar, wie die Antragsgegnerin die nach Art. 33 Abs. 2 GG maßgeblichen Kriterien in einem erneuten Beurteilungsverfahren gewichten will, so dass auch nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Antragsteller in diesem Fall nicht zum Zuge käme.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 154 Abs. 1, 162 Abs. 3 VwGO. Es entspricht der Billigkeit, dass die Beigeladenen etwaige ihnen entstandene außergerichtlichen Kosten selbst zu tragen haben, da sie keine Anträge gestellt und sich damit auch nicht dem Risiko der Auferlegung von Kosten gemäß § 154 Abs. 3 VwGO ausgesetzt haben.

Die Streitwertfestsetzung beruht entsprechend der geänderten Streitwertpraxis der mit dem Beamtenrecht befassenen Senate des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen,

vgl. OVG NRW, Beschluss vom 19. März 2012 – 6 E  
1406/11 –, juris Rn. 2 ff.

auf § 53 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 52 Abs. 1 i.V.m. Abs. 5 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 des Gerichtskostengesetzes (3,25-facher Betrag des Endgrundgehalts, das der Wertigkeit der begehrten Stelle entspricht).

### Rechtsmittelbelehrung:

Gegen den Beschluss zu 1. steht den Beteiligten die Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster zu.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe des Beschlusses schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Verwaltungsgerichten und den Finanzgerichten im Lande Nordrhein-Westfalen - ERVVO VG/FG - vom 7. November 2012 (GV. NRW. S. 548) bei dem Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, Bahnhofsvorplatz 3, 45879 Gelsenkirchen, einzulegen. Sie ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, beim Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Aegidii Kirchplatz 5, 48143 Münster, schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der ERVVO VG/FG vom 10. Dezember 2010 (GV. NRW. S. 647) einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen. Das Oberverwaltungsgericht prüft nur die dargelegten Gründe.

Im Beschwerdeverfahren gegen den Beschluss zu 1. muss sich jeder Beteiligte durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten lassen. Dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde. Als Prozessbevollmächtigte sind nur die in § 67 Abs. 4 in Verbindung mit Abs. 2 Verwaltungsgerichtsordnung bezeichneten und ihnen kraft Gesetzes gleichgestellten Personen zugelassen.

Gegen den Beschluss zu 2. findet innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, Beschwerde statt, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200 Euro übersteigt.

Die Beschwerde ist schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Verwaltungsgerichten und den Finanzgerichten im Lande Nordrhein-Westfalen - ERVVO VG/FG - vom 7. November 2012 (GV. NRW. S. 548) bei dem Verwaltungsgericht Gelsenkirchen einzulegen. Über sie entscheidet das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Aegidii Kirchplatz 5, 48143 Münster, falls das beschließende Gericht ihr nicht abhilft.

Prof. Dr. Andrick

Dr. Weisel

Dr. Pflug



Ausgefertigt

*Lewandowsky*

Lewandowsky, Verwaltungsgerichtsbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle