

6 CE 13.499
M 21 E 12.5939



EINGEGANGEN
10. Mai 2013
RAe Meidert & Kollegen

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

In der Verwaltungsstreitsache

bevollmächtigt:
Rechtsanwälte Meidert & Kollegen,
Bergiusstr. 15, 86199 Augsburg,

- Antragsteller -

gegen

Bundesrepublik Deutschland,
vertreten durch:
Deutsche Telekom AG
SBR BRS,
Rechtsservice Dienstrecht,
Gradestr. 18, 30163 Hannover,

- Antragsgegnerin -

wegen

Beförderung (Antrag nach § 123 VwGO);
hier: Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Bayerischen
Verwaltungsgerichts München vom 15. Februar 2013,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 6. Senat,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Schmitz,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Traxler,
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Rickelmann

ohne mündliche Verhandlung am **2. Mai 2013**

folgenden

Beschluss:

- I. Die Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts München vom 15. Februar 2013 – M 21 E 12.5939 – wird zurückgewiesen.
- II. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.
- III. Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren und – insoweit unter Abänderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts – für das erstinstanzliche Verfahren auf jeweils 5.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Der Antragsteller steht als Technischer Fernmeldebetriebsinspektor (Besoldungsgruppe A 9vz) im Dienst der Antragsgegnerin. Er ist bei der Deutschen Telekom AG (DTAG) beschäftigt, die ihm eine Tätigkeit bei ihrem Tochterunternehmen Deutsche Telekom Technischer Service GmbH (DTTS) zugewiesen hat.
- 2 Das Bundesministerium der Finanzen hat für das Jahr 2012 Beförderungsplanstellen ausgebracht, die von der DTAG auf die einzelnen Betriebseinheiten des Konzerns verteilt worden sind und aufgrund von Beförderungsranglisten vergeben werden sollen. Der Antragsteller wird auf der Beförderungsrangliste „DTTS-Gesamt“ für 52 zu vergebende Beförderungsplanstellen mit der Wertigkeit nach A 9vz+Z auf der Rangstelle 492 geführt. Gegen die dieser Einstufung zugrunde liegende dienstliche Beurteilung vom 30. August 2012 mit der Gesamteinschätzung „erfüllt die Anforderungen im vollen Umfang“ (Note Q) hat er Widerspruch eingelegt, über den bislang nicht entschieden ist. Auf seine Bewerbung um eine der zu vergebenden Beförderungsplanstellen hat die DTAG mit Schreiben vom 14. November 2012 mitgeteilt, dass die Anzahl der genehmigten Beförderungsplanstellen nur ausreichen würde, um die

Beamten seines Betriebes mit dem – höchsten – Gesamturteil „übertrifft die Anforderungen im besonderen Umfang“ (Note O) zu befördern. Der Antragsteller hat auch hiergegen Widerspruch eingelegt. Er begehrt vorläufigen Rechtsschutz gegen die von der DTAG beabsichtigte Beförderung von Mitbewerbern.

- 3 Das Verwaltungsgericht hat der Antragsgegnerin mit Beschluss vom 15. Februar 2013 vorläufig untersagt, die für den Betrieb DTTS ausgebrachten 52 Beförderungsstellen der Bewertung A 9vz+Z im Rahmen der Beförderungsrunde 2012 zu besetzen, bevor über den Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers bestandskräftig entschieden worden ist. Den darüber hinausgehenden Antrag, vorläufig die Besetzung sämtlicher Beförderungsstellen dieser Wertigkeit bei der DTAG zu untersagen, hat es abgelehnt.
- 4 Die Antragsgegnerin hat Beschwerde eingelegt und beantragt,
- 5 den Beschluss des Verwaltungsgerichts zu ändern und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung insgesamt abzulehnen.
- 6 Der Antragsteller beantragt,
- 7 die Beschwerde zurückzuweisen.

II.

- 8 Die Beschwerde der Antragsgegnerin ist zulässig, aber unbegründet.
- 9 Die Beschwerdegründe, die die Antragsgegnerin fristgerecht (§ 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO) dargelegt hat und auf deren Prüfung der Senat beschränkt ist (§ 146 Abs. 4 Satz 4 VwGO), rechtfertigen nicht die Abänderung des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses. Das Verwaltungsgericht hat zutreffend festgestellt, dass der Antragsteller glaubhaft gemacht hat, durch die Beförderung eines Mitbewerbers auf eine der streitigen, nach Besoldungsgruppe A 9vz+Z bewerteten Beförderungsplanstellen könne die Verwirklichung seiner eigenen Rechte vereitelt oder wesentlich erschwert werden (§ 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

- 10 Die in der Beförderungsrangliste zum Ausdruck kommende (und durch Schreiben vom 14.11.2012 bekannt gegebene) Auswahlentscheidung ist entgegen der Ansicht der Beschwerde fehlerhaft und verletzt den Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers (1.). Dieser kann eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung beanspruchen, weil seine Erfolgsaussichten bei einer erneuten Auswahl offen sind, seine Auswahl nämlich als möglich erscheint (2).
- 11 1. Die Auswahlentscheidung ist fehlerhaft und verletzt den Antragsteller in seinem Bewerbungsverfahrensanspruch.
- 12 a) Der Dienstherr ist an den Leistungsgrundsatz nach Art. 33 Abs. 2 GG gebunden, wenn er ein Amt im statusrechtlichen Sinn nicht durch Umsetzung oder eine den Status nicht berührende Versetzung, sondern durch Beförderung des Inhabers eines niedrigeren Amtes vergeben will. Das gilt auch für Beförderungen, die – wie hier – nicht gleichzeitig mit der Übertragung eines neuen Dienstpostens einhergehen wie es für Beförderungen im Rahmen der „Topfwirtschaft“ typisch ist. Gemäß Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Danach sind öffentliche Ämter nach Maßgabe des Grundsatzes der Bestenauslese zu besetzen. Die Geltung dieses Grundsatzes wird nach Art. 33 Abs. 2 GG unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistet. 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. Mit diesen Begriffen eröffnet Art. 33 Abs. 2 GG bei Entscheidungen über Beförderungen einen Beurteilungsspielraum des Dienstherrn. Dieser unterliegt schon von Verfassungs wegen einer nur begrenzten gerichtlichen Kontrolle. Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG verleiht Beamten in diesem Rahmen das Recht, eine dienstrechtliche Auswahlentscheidung dahingehend überprüfen zu lassen, ob der Dienstherr ermessens- und beurteilungsfehlerfrei über ihre Bewerbung entschieden hat (BVerfG, B.v. 25.11.2011 – 2 BvR 2305/11 – DVBl 2012, 900/901 Rn. 12; B.v. 7.3.2013 – 2 BvR 2582/12 – juris Rn. 15).
- 13 Der von Art. 33 Abs. 2 GG geforderte Leistungsvergleich der Bewerber um ein Beförderungsamts muss anhand aussagekräftiger, d.h. aktueller, hinreichend differenzierter und auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhender dienstlicher Beurteilungen vorgenommen werden. Maßgebend für den Leistungsvergleich ist in erster

Linie das abschließende Gesamturteil der Beurteilung, das durch eine Würdigung, Gewichtung und Abwägung der einzelnen leistungsbezogenen Gesichtspunkte zu bilden ist (vgl. BVerwG, B.v. 27.9.2011 – 2 VR 3.11 – NVwZ-RR 2012, 71/72; BayVGH, B.v. 2.4.2013 – 6 CE 13.59 – juris Rn. 16). Ergibt der Vergleich der Gesamturteile, dass mehrere Bewerber als im Wesentlichen gleich geeignet einzustufen sind, kann der Dienstherr auf einzelne Gesichtspunkte abstellen, wobei er deren besondere Bedeutung begründen muss. So kann er der dienstlichen Erfahrung, der Verwendungsbreite oder der Leistungsentwicklung, wie sie sich aus dem Vergleich der aktuellen mit früheren Beurteilungen ergibt, Vorrang einräumen. Die Entscheidung des Dienstherrn, welches Gewicht er den einzelnen Gesichtspunkten für das abschließende Gesamturteil und für die Auswahl zwischen im Wesentlichen gleich geeigneten Bewerbern beimisst, unterliegt nur einer eingeschränkten gerichtlichen Nachprüfung. Jedoch muss er die dienstlichen Beurteilungen heranziehen, um festzustellen, ob und inwieweit die einzelnen Bewerber mit gleichem Gesamturteil diese Anforderungen erfüllen. Weitere Erkenntnisquellen können nur ergänzend herangezogen werden (vgl. BVerwG, B.v. 25.10.2011 – 2 VR 4.11 – NVwZ-RR 2012, 241/242; BayVGH, B.v. 17.4.2013 – 6 CE 13.119 – juris Rn. 11 m.w.N.).

- 14 Bei der Überprüfung einer Auswahlentscheidung kann der Beamte sowohl geltend machen, selbst in rechtswidriger Weise benachteiligt worden zu sein, als auch eine auf sachfremden Erwägungen beruhende unzulässige Bevorzugung des ausgewählten Konkurrenten rügen. Der Fehler kann daher sowohl in der Qualifikationsbeurteilung des Beamten als auch in derjenigen des erfolgreichen Bewerbers oder im Leistungsvergleich zwischen den Bewerbern liegen (BVerfG, B.v. 25.11.2011 – 2 BvR 2305/11 – DVBl 2012, 900/902). Auch bei der danach im Rahmen des Streits um die Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung inzident vorzunehmenden Kontrolle dienstlicher Beurteilungen sind diese verwaltungsgerichtlich nur beschränkt überprüfbar. Nur der Dienstherr bzw. der für ihn handelnde jeweilige Vorgesetzte soll nach dem Sinn der Regelungen über dienstliche Beurteilungen ein persönlichkeitsbedingtes Werturteil darüber abgeben, ob und inwieweit der Beamte den – ebenfalls grundsätzlich vom Dienstherrn zu bestimmenden – fachlichen und persönlichen Anforderungen seines Amtes und seiner Laufbahn entspricht. Bei einem derartigen dem Dienstherrn vorbehaltenen Akt wertender Erkenntnis steht diesem eine der gesetzlichen Regelung immanente Beurteilungsermächtigung zu. Gegenüber dieser hat sich die verwaltungsgerichtliche Rechtmäßigkeitskontrolle darauf zu beschränken, ob die Verwaltung gegen Verfahrensvorschriften verstoßen, den anzuwenden-

den Begriff oder den gesetzlichen Rahmen, in dem sie sich frei bewegen kann, verkannt, einen unrichtigen Sachverhalt zugrunde gelegt, allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt hat. Soweit der Dienstherr Richtlinien für die Abgabe dienstlicher Beurteilungen erlassen hat, ist vom Gericht auch zu prüfen, ob diese – über Art. 3 Abs. 1 GG den Dienstherrn gegenüber dem Beamten rechtlich bindenden – Richtlinien eingehalten sind und ob sie mit den gesetzlichen Regelungen über die dienstliche Beurteilung im einschlägigen Beamtenengesetz und der Laufbahnverordnung wie auch sonst mit gesetzlichen Vorschriften im Einklang stehen (BVerwG, U.v. 11.12.2008 – 2 A 7.07 – juris Rn. 11 m.w.N.).

- 15 b) Diesen Grundsätzen wird die „Beförderungspotentialliste Stichtag 01.06.2012“, die die DTAG ihrer Auswahlentscheidung auf der Grundlage des in den aktuellen Regelbeurteilungen enthaltenen Gesamturteils zugrunde gelegt hat, nicht gerecht. Das hat das Verwaltungsgericht zutreffend – und in Übereinstimmung mit der soweit ersichtlich einhelligen Rechtsprechung zur Beförderungsrunde 2012 bei der DTAG (vgl. nur OVG NW, B.v. 15.3.2013 – 1 B 133/13 – juris Rn. 41-48; VGH BW, B.v. 21.3.13 – 4 S 227/13 – juris Rn. 12-23; jeweils m.w.N.) – entschieden.
- 16 Nach den unstreitigen Feststellungen des Verwaltungsgerichts hat die DTAG eine Entsprechung der Zahl der jeweils mit der bestmöglichen Gesamteinschätzung beurteilten Beamten und der Zahl der jeweils für eine Besetzung freigegebenen Beförderungsplanstellen angestrebt. Das hat sie gesteuert, indem sie im Jahr 2012 für einen einjährigen Beurteilungszeitraum Regelbeurteilungen erstellt und dabei den Beurteilern aufgegeben hat, das höchste Gesamturteil so oft zu vergeben wie Beförderungsplanstellen zur Verfügung stehen. Dementsprechend finden sich auf der für den Antragsteller herangezogenen Beförderungsrangliste DTTS-Gesamt bei 52 zu vergebenden Beförderungsplanstellen der Wertigkeit A 9vz+Z genau 52 Beamte mit der Bestbeurteilung O („übertrifft die Anforderungen im besonderen Umfang“), während ab dem 53. Rang die Beamten mit der zweithöchsten Note P („übertrifft die Anforderungen“) eingeordnet sind. Grundlage hierfür waren die Konzernbetriebsvereinbarung über das Personalentwicklungsinstrument Compass (i.d.F. vom 4.5.2012) und deren Anlage 1 „Richtlinien für die Beurteilung der Beamtinnen und Beamten im Rahmen des Personalentwicklungsinstruments Compass bei der Deutschen Telekom“; nach Nr. 4 dieser Anlage werden die Prozentsätze für die höchste und zweithöchste Note jährlich neu festgelegt. Dementsprechend heißt es in den sog. CC HRM News der DTAG vom 29. Mai 2012, wie sie vom Verwaltungs-

gericht Minden in seinem Beschluss vom 14. Januar 2013 – 10 L 745/12 – (juris Rn. 19) zitiert werden:

- 17 „Nach dem neuen Beförderungsverfahren kommt der strikten Einhaltung des Beurteilungsmaßstabes bei der dienstlichen Beurteilung essenzielle Bedeutung zu. Die gerichtliche Forderung, bei gleichem Beurteilungsergebnis vor sog. Hilfskriterien die Beurteilung inhaltlich weiter zu differenzieren, ist bei der Masse der Beurteilten unlösbar. Deshalb erfolgt die Steuerung über den Beurteilungsmaßstab, die eine weitere Differenzierung überflüssig macht. Der Maßstab für das beste und zweitbeste Beurteilungsergebnis wird passgenau so vorgegeben, dass Beförderungsentscheidungen orientiert am Gesamturteil der dienstlichen Beurteilungen getroffen werden können und nur komplette Gruppen mit gleichem Gesamturteil in einem Zug befördert werden. Der Erfolg der diesjährigen Beförderungsrunde steht und fällt mit der Maßstabseinhaltung.“
- 18 Ein solchermaßen gezielt herbeigeführter, ausnahmsloser Gleichlauf von Spitzenbeurteilung und positiver Beförderungsentscheidung ist entgegen der Auffassung der Beschwerde rechtswidrig und insbesondere nicht durch § 50 Abs. 2 BLV zu rechtfertigen. Durch das praktizierte System ist zwangsläufig vorgezeichnet, dass mit einer Beurteilung in Widerspruch zu den allgemeinen Grundsätzen (§ 48 Abs. 1 BLV) nicht etwa Eignung, Befähigung und fachliche Leistung nach einem einheitlichen Maßstab bewertet werden; vielmehr soll eine durch die Anzahl der vorhandenen Beförderungsplanstellen strikt vorgegebene Zahl von Bestnoten vergeben werden, ohne dass dabei berücksichtigt werden kann, ob diese Anzahl mit der Anzahl der nach den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG besten Beamtinnen und Beamten tatsächlich übereinstimmt. Das zwingt den Beurteiler unter Umständen dazu, zwei gleich geeignete Beamten, die beide eine Bestbeurteilung verdienen würden, allein deshalb ungleich zu beurteilen, weil nicht genügend Beförderungsplanstellen in der betroffenen Einheit vorhanden sind. Ebenso kann der Fall eintreten, dass eine Spitzenbeurteilung lediglich zur Ausschöpfung des Kontingents vergeben werden muss, obwohl sie nach den Leistungskriterien nicht angebracht wäre. Individuell gerechte und vergleichbare Beurteilungen sind damit nicht mehr gewährleistet; vielmehr erfolgt die Beurteilung des einzelnen Beamten in Abhängigkeit von der Anzahl der zu besetzenden Beförderungsplanstellen und damit einer Größe ohne Leistungsbezug.
- 19 Aus § 50 Abs. 2 BLV (in der hier maßgeblichen Fassung vom 12.2.2009, BGBl I S. 284) ergibt sich entgegen der Ansicht der Beschwerde nichts anderes. Nach dieser Vorschrift soll der Anteil der Beamtinnen und Beamten einer Besoldungs-

gruppe oder einer Funktionsebene, die beurteilt werden, bei der höchsten Note zehn Prozent und bei der zweithöchsten Note zwanzig Prozent nicht überschreiten (Satz 1). Im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit ist eine Überschreitung um jeweils bis zu fünf Prozentpunkte möglich (Satz 2). Ein Unterschreiten der Obergrenzen wird zwar, wie die Antragsgegnerin zu Recht hervorhebt, nicht ausgeschlossen. Bei dieser durch § 50 Abs. 2 BLV vorgegebenen Notenquotierung handelt es sich indes um ein Instrument, der Inflation guter Beurteilungsnoten vorzubeugen; den Noten soll damit ihre Aussagekraft bewahrt und ihre Funktion erhalten werden, ein angemessenes Bild von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung eines Beamten zu ermöglichen. Diese Vorschrift ergänzt die allgemeine Befugnis, die Beurteilungsmaßstäbe durch Angabe des erwarteten anteiligen Verhältnisses der erteilten Gesamtnoten (Richtwerte) für den gesamten jeweiligen Verwaltungsbereich oder einzelne, hinreichend große Verwaltungseinheiten zu konkretisieren (vgl. Lemhöfer in Lemhöfer / Leppke, Das Laufbahnrecht der Bundesbeamten, § 49 BLV 2009 Rn. 26 ff. m.w.N.).

- 20 Um solche Richtwerte oder Soll-Obergrenzen geht es aber in dem von der DTAG praktizierten Beurteilungssystem nicht. In diesem ist anders als bei den Soll-Obergrenzen nach § 50 Abs. 2 BLV die absolute Anzahl der Bestnoten vorgegeben, ohne dass dem Beurteiler im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit eine Abweichungsmöglichkeit nach oben oder unten eröffnet wäre. Hinzu kommt, dass die Notenquote nicht – wie bei § 50 Abs. 2 Satz 1 BLV – an die Zahl der zu beurteilenden Beamtinnen und Beamten gekoppelt ist, sondern ausschließlich an die Zahl der zu vergebenden Beförderungsplanstellen. Das führt dazu, dass sich die Anzahl der Spitzenleistungen innerhalb einer Vergleichsgruppe in Abhängigkeit von vorhandenen Beförderungsstellen entwickelt, dass also beim Vorhandensein vieler Beförderungsstellen auch viele Beamte Spitzenleistungen erbringen, während beim Fehlen von Beförderungsplanstellen Spitzenleistungen systembedingt ausscheiden müssen (OVG NW, B.v. 15.3.2013 – 1 B 133.13 – juris Rn. 45). Das kann nicht rechtens sein und lässt sich weder mit Praktikabilitätsüberlegungen für personalstarke Bereiche noch mit den Besonderheiten bei den Postnachfolgeunternehmen rechtfertigen.
- 21 2. Das Verwaltungsgericht ist entgegen der Ansicht der Beschwerde zu Recht davon ausgegangen, dass nach dem im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes anzulegenden Maßstab (vgl. BVerfG, B v. 24.9.2002 – 2 BvR 857/02 – DVBl 2002, 1633;

BayVGH, B.v. 17.4.2013 – 6 CE 13.119 – juris Rn. 12 m.w.N.) die Auswahl des Antragstellers zumindest möglich erscheint.

- 22 Zwar hat der Antragsteller in der aktuellen Regelbeurteilung lediglich das drittbeste Gesamturteil („erfüllt die Anforderungen im vollen Umfang“) erhalten und müsste bei einer erneuten Auswahl neben den 52 Bestbeurteilten auch mit weiteren 52 Bewerbern konkurrieren, die die zweithöchste Note erhalten haben. Das Verwaltungsgericht hat aber zutreffend hervorgehoben, dass die konkreten Einwände des Antragstellers gegen seine Beurteilung nicht von der Hand zu weisen sind, weil der erläuternde, äußerst positive Kommentar zur Gesamteinschätzung in einem deutlichen Widerspruch zur vergebenen mittelmäßigen Note steht und dieser Widerspruch sich auch nicht durch die im Vergleich zur vorangegangenen Beurteilungsrunde strengeren Beurteilungsmaßstäbe auflösen lässt. Dem hat die Beschwerde nichts Greifbares entgegengesetzt. Schon deshalb lässt sich nicht ausschließen, dass bei einer erneuten Auswahlentscheidung der Antragsteller ausgewählt werden würde.
- 23 3. Die Antragsgegnerin hat gemäß § 154 Abs. 2 VwGO die Kosten der ohne Erfolg eingelegten Beschwerde zu tragen.
- 24 Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 52 Abs. 1 und 2 GKG. Der Senat setzt in Abänderung seiner früheren Rechtsprechung für beamtenrechtliche Konkurrentenstreitverfahren, die – wie hier – auf die vorläufige Freihaltung einer zu besetzenden Beförderungsplanstelle gerichtet sind, seit seinem Beschluss vom 16. April 2013 – 6 C 13.284 – in Absprache mit dem ebenfalls für Beamtenstatusrecht zuständigen 3. Senat des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs nicht mehr den halben, sondern den vollen Auffangstreitwert des § 52 Abs. 2 GKG in Höhe von 5.000 Euro an. Die beantragte Anzahl der freizuhaltenden Stellen wirkt sich dabei nicht streitwerterhöhend aus. Der Streitwert für das erstinstanzliche Verfahren wird von Amts wegen entsprechend herabgesetzt (§ 63 Abs. 3 Satz 1 GKG).
- 25 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).



Für den Gleichlaut der Ausfertigung mit der Urschrift
München, den 3. Mai 2013

Als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle des
Bayerischen Verwaltungsgeschichtshofs:

A handwritten signature in black ink, appearing to read "E. Peters".

E. Peters, ROStin