

Beql. Abschrift

Az.: 12 L 1451/15

U. Breitzkreutz
Dr. jur. U. Wiese
Rechtsanwälte und Notare

H. Legarth
des. Dieler
Rechtsanwälte

45657 Recklinghausen
Reitzensteinstraße 4
Tel. 0 23 61 / 92 72 - 0
Fax 0 23 61 / 1 38 32
Sparkasse Vest Recklinghausen
Kto.-Nr. 54 478 (BLZ 426 30)

Beschluss

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

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

Antragstellers,

Bevollmächtigte: Rechtsanwälte Breitzkreutz und andere,
Reitzensteinstraße 4, 45657 Recklinghausen,
Gz.:

gegen

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Vorstand der Deutschen
Telekom AG, SBR-BRS, Rechtsservice Dienstrecht, Gradestraße 18,
30163 Hannover,
Gz.: 15.179-5 BRS,

Antragsgegnerin,

beigefügt:

- 1.
- 2.
- 3.

wegen Stellenbesetzung
hier: Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes

hat die 12. Kammer des

VERWALTUNGSGERICHTS GELSENKIRCHEN

am 16. Dezember 2015

durch

den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Prof. Dr. Andrick,
die Richterin am Verwaltungsgericht Vollenberg,
den Richter Lier

beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, die in der Beförderungsliste „Beteiligung extern_STRABAG“ nach A 13_vz+Z im Rahmen der Beförderungsrunde 2015 ausgewiesenen und zu besetzenden Planstellen der Besoldungsgruppe A 13 BBesO mit Amtszulage mit den Beigeladenen zu 1. bis 3. zu besetzen, bis über das diesbezügliche Beförderungsbegehren des Antragstellers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden worden ist.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst tragen.

2. Der Streitwert wird auf 15.385,11 EUR festgesetzt.

Gründe:

Der Antrag hat Erfolg.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann eine einstweilige Anordnung zur Sicherung eines Rechts des Antragstellers nur getroffen werden, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung dieses Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Hierbei sind gemäß § 123 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO das Bestehen eines zu sichernden Rechts (Anordnungsanspruch) und die besondere Eilbedürftigkeit (Anordnungsgrund) glaubhaft zu machen.

Vom Vorliegen eines Anordnungsgrundes zur Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs aus Art. 33 Abs. 2 GG ist auszugehen, da die Antragsgegnerin beabsichtigt, die streitgegenständlichen Stellen den Beigeladenen zu übertragen.

Der Antragsteller hat im Hinblick auf die gemäß § 91 VwGO als sachdienlich anzusehende Antragsbeschränkung auf die Beigeladenen zu 1. bis 3. auch einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht.

Die zu seinen Lasten getroffene Auswahlentscheidung verletzt seinen aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Bewerbungsverfahrensanspruch.

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 Konkurrenzstreit 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 –, jeweils juris; Schnellenbach, Konkurrenzen um Beförderungsämtler – geklärte und ungeklärte 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).

Gemessen an diesen Grundsätzen genügt die Auswahlentscheidung nicht den Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG. Die der Auswahlentscheidung zugrundegelegte dienstliche Beurteilung des Antragstellers vom 10. März 2015 ist fehlerhaft, und es ist nicht auszuschließen, dass er bei einer rechtmäßig erstellten dienstlichen Beurteilung befördert würde.

Vor dem Hintergrund des Beschlusses der Kammer vom 27. Januar 2015 – 12 L 1932/14 – folgt die Fehlerhaftigkeit bereits aus dem Umstand, dass der beurlaubte Antragsteller im hier maßgeblichen Zeitraum vom 1. Juni 2011 bis zum 31. Oktober 2013 keinen Dienst in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis geleistet hat, der dienstlich zu beurteilen wäre. Stattdessen hätte die Laufbahn nachgezeichnet werden müssen mit der Maßgabe, dass sich eine solche Nachzeichnung als „Beurteilungssurrogat“ in einem Nachzeichnungsvermerk oder auch Nachzeichnungsbescheid hätte widerspiegeln müssen. Diese Rechtsauffassung wird vom Obergericht für das Land Nordrhein-Westfalen (OVG NRW) in seinem Beschluss vom 18. Juni 2015 – 1 B 146/15 –, juris, nicht geteilt. Es sieht die Zulässigkeit einer dienstlichen Beurteilung von beurlaubten Beamten insbesondere in dem Ziel, sie bei Beförderungen nicht zuletzt wegen eines hohen Grades an Unpraktikabilität der Fortschreibung dienstlicher Beurteilungen gegenüber nicht beurlaubten Beamten nicht zu benachteiligen. Es erhebt vor diesem Hintergrund – anders als die beschließende Kammer – keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken in Bezug auf die Regelung des § 1 Abs. 5 Nr. 2 PostLV, wonach die wahrgenommene Tätigkeit eines beurlaubten Beamten als „Dienst“ gilt. Der obergerichtlichen Sicht vermag die beschließende Kammer nach erneuter Prüfung nicht zu folgen, verweist hinsichtlich der fehlenden und gegebenen rechtlichen Möglichkeit einer dienstlichen

Beurteilung von beurlaubten und zugewiesenen Beamten der DTAG auf ihre diesbezügliche systematische und dogmatische Differenzierung und sieht nach wie vor in der Nachzeichnung der letzten dienstlichen Beurteilung von beurlaubten Beamten den rechtlich maßgeblichen Weg, ohne den systemimmanenten Widerspruch zwischen dem verfassungsrechtlichen Auftrag einer privatwirtschaftlichen Betätigung eines Postnachfolgeunternehmens einerseits und der verfassungsrechtlichen Garantie der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums (einschließlich des Bestenausleseprinzips) für den übernommenen Bestand an Beamten andererseits aus dem Blick zu verlieren.

Selbst wenn man mit dem OVG NRW von der Berechtigung zur dienstlichen Beurteilung eines telekombeurlaubten Beamten ausgeht, erweist sich die dienstliche Beurteilung des Antragstellers ebenfalls als rechtswidrig.

Bei der Auswahlentscheidung um die Vergabe eines Beförderungsdienstpostens ist in erster Linie auf die hinreichend aktuellen dienstlichen Beurteilungen zurückzugreifen. Denn dienstliche Beurteilungen dienen vornehmlich dem Zweck, eine Grundlage für am Leistungsgrundsatz orientierte Entscheidungen über die Verwendung der Beamten zu bieten.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 2002
– 2 C 31/01 –, DVBl. 2003, 1545 f.

Dienstliche Beurteilungen sind im Hinblick auf ihre inhaltliche Richtigkeit nur einer eingeschränkten verwaltungsgerichtlichen Kontrolle zugänglich. Nach Sinn und Zweck der dienstlichen Beurteilungen obliegt es allein dem Dienstherrn bzw. dem für ihn handelnden Vorgesetzten, in der Beurteilung ein persönlichkeitsbedingtes Werturteil darüber abzugeben, ob und in welcher Weise der zu Beurteilende den zahlreichen fachlichen und persönlichen Anforderungen des ausgeübten Amtes entspricht. Dem Gericht ist es demnach verwehrt, die fachliche und persönliche Beurteilung des Antragstellers durch den zuständigen Beurteiler in vollem Umfang nachzuvollziehen oder diese gar durch eine eigene Beurteilung zu ersetzen. Die verwaltungsgerichtliche Rechtmäßigkeitskontrolle hat sich darauf zu beschränken, ob die Verwaltung gegen Verfahrensvorschriften verstoßen, die anzuwendenden

Begriffe oder den gesetzlichen Rahmen, in dem sie sich frei bewegen kann, verkannt, einen unrichtigen Sachverhalt zugrundegelegt, allgemeingültige 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, speziell denen der Laufbahnverordnung über die dienstliche Beurteilung, und auch sonst mit gesetzlichen Vorschriften im Einklang stehen.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 11. Dezember 2008 – 2 A 7/07 –, juris Rn. 11 mit Verweis auf seine ständige Rechtsprechung; OVG NRW, Beschluss vom 24. April 2015 – 6 A 2748/13 –, juris Rn. 5 m. w. N.

Darüber hinaus setzt die Eignung aktueller dienstlicher Beurteilungen als Vergleichsgrundlage voraus, dass sie inhaltlich aussagekräftig sind. Hierfür ist erforderlich, dass sie die dienstliche Tätigkeit im maßgebenden Beurteilungszeitraum vollständig erfassen, auf zuverlässige Erkenntnisquellen gestützt sind, das zu erwartende Leistungsvermögen in Bezug auf das angestrebte Amt auf der Grundlage der im innegehabten Amt erbrachten Leistungen hinreichend differenziert darstellen sowie auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhen.

Vgl. nur BVerwG, Beschluss vom 19. Dezember 2014 – 2 VR 1/14 –, juris Rn. 22.

Die Rechtswidrigkeit der dienstlichen Beurteilung folgt hier jedenfalls daraus, dass die Antragsgegnerin auch im gerichtlichen Verfahren nicht nachvollziehbar aufgezeigt hat, dass die dienstliche Beurteilung des Antragstellers im Vergleich zu den dienstlichen Beurteilungen der Beigeladenen auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruht. Das ergibt sich aus Folgendem:

Der Antragsteller ist in fünf von sechs Einzelkriterien seiner dienstlichen Beurteilung vom 10. März 2015 mit der höchsten Note „sehr gut“ (bei einer fünfstufigen Notenskala), bewertet worden; lediglich in dem Einzelkriterium „Soziale Kompetenz“ hat er die zweitbeste Note „gut“ erhalten. Weshalb der Antragsteller in dem

Gesamturteil kein besseres Ergebnis erhalten hat als „gut“ (bei einer sechsstufigen Notenskala) mit der Ausprägung „++“ (dem höchsten von drei Ausprägungsgraden), erschließt sich dabei weder aus der Begründung des Gesamtergebnisses noch aus den Darlegungen der Antragsgegnerin im gerichtlichen Verfahren. Die fehlende Nachvollziehbarkeit des Gesamtergebnisses wird vor allem durch einen Vergleich mit den dienstlichen Beurteilungen der Beigeladenen erhärtet: Die Beigeladene zu 3. hat in ihrer von denselben Beurteilern S. . . . und K. . . . erstellten dienstlichen Beurteilung vom 10. März 2015 das Gesamtergebnis „sehr gut“ mit der Ausprägung „Basis“ (dem niedrigsten von drei Ausprägungsgraden) erhalten, obwohl sie in zwei Einzelkriterien (fachliche Kompetenz und wirtschaftliches Handeln) die zweitbeste Note („gut“) erhalten hat. Auch die Beigeladenen zu 2. und zu 3. haben in ihren dienstlichen Beurteilungen vom 10. März 2015 (ebenfalls durch die Beurteiler S. . . . und K. . . .) bzw. 13. März 2015 – wie der Antragsteller – in dem Einzelkriterium „Soziale Kompetenz“ nicht die höchste Note bekommen, im Gesamtergebnis sind sie aber mit der Note „sehr gut“ und der Ausprägung „+“ beurteilt worden. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin vermag auch der Umstand, dass der Antragsteller im Beurteilungszeitpunkt eine nach der Vergütungsgruppe 8, die der Besoldungsgruppe A 12 BBesO entsprechen soll, bewertete und damit im Vergleich zu seinem Statusamt der Besoldungsgruppe A 13 BBesO unterwertige Funktion ausgeübt hat, das Gesamtergebnis nicht in der erforderlichen Weise plausibel zu machen. Denn anders als die Stellungnahmen der unmittelbaren Führungskräfte, die nach § 1 und § 2 Abs. 3 der Anlage 4 zu den Beurteilungsrichtlinien ausdrücklich nicht das Statusamt des Antragstellers zu berücksichtigen haben, sondern die tatsächliche Aufgabenerfüllung auf dem wahrgenommenen Dienst- bzw. Arbeitsposten, erfolgt die dienstliche Beurteilung vorrangig am Maßstab des Statusamtes (vgl. Ziffer 6 der Beurteilungsrichtlinien). Es ist daher – mangels gegenteiliger Anhaltspunkte – davon auszugehen, dass die im Vergleich zu seinem Statusamt unterwertige Tätigkeit des Antragstellers bzw. die höherwertige Tätigkeit der Beigeladenen bereits in der Bewertung der Einzelkriterien berücksichtigt worden ist. Das Gesamturteil wiederum muss sich gemäß § 2 Abs. 4 der Anlage 1 zu den Beurteilungsrichtlinien schlüssig aus der Bewertung der einzelnen Beurteilungskriterien ergeben. An eben dieser Schlüssigkeit fehlt es vorliegend jedoch: Zum einen deshalb, weil sich aus der textlichen Begründung des Gesamtergebnisses der dienstlichen Beurteilung des Antragstellers nicht ergibt,

weshalb er dort (lediglich) die drittbeste Note, während er in fünf von sechs Einzelkriterien – gemessen an seinem Statusamt – die beste Note erhalten hat; insbesondere geht aus der Begründung nicht hervor, dass das Einzelkriterium „Soziale Kompetenz“ von den Beurteilern im Vergleich zu den übrigen Einzelkriterien als derart herausgehoben angesehen worden ist mit der Folge, dass aus deren Sicht eine bessere Note als „gut“ mit der Ausprägung „++“ nicht gerechtfertigt erscheint. Die fehlende Schlüssigkeit ergibt sich zum anderen angesichts des Umstands, dass der Antragsteller im Vergleich mit der Beigeladenen zu 3. ein schlechteres Gesamtergebnis erhalten hat, obwohl er lediglich in einem Einzelkriterium, die Beigeladene zu 3. – ebenfalls gemessen an ihrem Statusamt – hingegen in zwei Einzelkriterien nicht die beste Note erreicht hat. Ebenso wenig ist der Rückstand des Antragstellers im Gesamtergebnis gegenüber den Beigeladenen 1. und 2. nachvollziehbar dargelegt worden, obwohl alle drei in den Einzelkriterien dieselben Noten erhalten haben. Den Begründungen der Gesamtergebnisse der jeweiligen dienstlichen Beurteilungen kann dies jedenfalls nicht ohne weiteres entnommen werden. Vor diesem Hintergrund lässt sich das Gesamtergebnis der dienstlichen Beurteilung des Antragstellers entgegen der nicht weiter begründeten Ansicht der Antragsgegnerin nicht mit dem Beurteilungsspielraum der Beurteiler begründen.

In Anbetracht der Fehlerhaftigkeit der dienstlichen Beurteilung des Antragstellers erscheint es nicht als von vornherein ausgeschlossen, dass er bei einer rechtmäßigen Vorgehensweise in der vorliegenden Beförderungsrunde noch befördert wird. Ausweislich der von der Antragsgegnerin vorgelegten einschlägigen Beförderungsliste konnten diejenigen Beamten befördert werden, denen die Beurteilung „sehr gut“ mit dem Ausprägungsgrad „Basis“ zuerkannt worden war. Der Antragsteller ist also „nah dran“.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 1, 162 Abs. 3 VwGO. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen für erstattungsfähig zu erklären, entspricht nicht der Billigkeit, weil diese keinen Antrag gestellt und sich damit selbst keinem Kostenrisiko ausgesetzt haben (§ 154 Abs. 3 VwGO).

Die Streitwertfestsetzung erfolgt auf der Grundlage der §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 1, 6 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 bis 4 GKG. Danach ist hier auszugehen von einem Viertel der für ein Kalenderjahr zu zahlenden Bezüge (hier: Besoldungsgruppe A 13 BBesO der Stufe 8 mit Amtszulage für Beamte, die bei einem Postnachfolgeunternehmen beschäftigt sind) mit Ausnahme nicht ruhegehaltsfähiger Zulagen und ohne Bezügebestandteile, die vom Familienstand oder von Unterhaltsbezügen abhängen. Daraus ergibt sich der im Tenor festgesetzte Streitwert $([12 \times 5.128,37 \text{ Euro}] : 4)$.

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 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 Obergerverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Aegidiikirchplatz 5, 48143 Münster, falls das beschließende Gericht ihr nicht abhilft.

Prof. Dr. Andrick

Vollenberg

Lier



Beglaubigt

Bindewald

Verwaltungsgerichtsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle