

1 B 1361/16

12 L 1911/16 Gelsenkirchen

B e s c h l u s s

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

des Technischen Fernmeldeoberamtsrats Dipl. Ing.

U. Breitkreutz, Dr. U. Wiese, H. Legarth
Rechtsanwälte ·

J. Dicker

Rechtsanwalt und Notar

Reitzensteinstraße 4

45657 Recklinghausen

Telefon 02361 / 92 72 0

Telefax 02361 / 138.32

Antragstellers,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Kupferschläger und Kollegen,
Reitzensteinstraße 4, 45657 Recklinghausen
Az.:

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Vorstand der Deutschen Telekom AG, dieser vertreten durch die Leitung des Betriebes Civil Services/Social Matters/Health & Safety (CSH), Langer Grabenweg 33 - 53175 Bonn,

Antragsgegnerin,

Prozessbevollmächtigter: Arbeitgeberverband für Telekommunikation und IT e. V.
(agv:community e. V.), Gradestraße 18, 30163 Hannover,
Az.: 16.162-19BRS,

Beigeladene: 1. Technischer Fernmeldeoberamtsrat

2. Technische Fernmeldeoberamtsrätin

3. Technischer Fernmeldeoberamtsrat

wegen Beförderung;
hier: Beschwerde im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

hat der 1. Senat des

OBERVERWALTUNGSGERICHTS FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN

am 21. März 2017

proT-in
Bundesvorstand
Kellerbergstr. 16
57319 Bad Berleburg
Mail: bundesvorstand@proT-in.de
Tel. (0 27 51 99 94 96

durch

den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht **H o l t b r ü g g e ,**

den Richter am Oberverwaltungsgericht **Dr. K n o k e ,**

die Richterin am Oberverwaltungsgericht **S a r n i g h a u s e n**

auf die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen vom 10. November 2016

beschlossen:

Der angefochtene Beschluss wird mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung geändert.

Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig untersagt, die aus der Beförderungsrunde 2015 noch nicht besetzten nach A 13_vz+Z bewerteten Stellen auf der Beförderungsliste/der Einheit „Beteiligung intern_VCS“ mit den Beigeladenen zu besetzen, bis über die Bewerbung des Antragstellers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut entschieden worden ist.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen mit Ausnahme etwaiger außergerichtlicher Kosten der Beigeladenen, welche diese selbst tragen.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 15.708,17 Euro festgesetzt.

Gründe

Die Beschwerde ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

Das fristgerecht vorgelegte Beschwerdevorbringen rechtfertigt es nach Maßgabe des § 146 Abs. 4 Satz 3 und 6 VwGO, die angefochtene Entscheidung wie begehrt zu ändern. Der Antragsteller hat sowohl einen Anordnungsanspruch (dazu I.) als auch einen Anordnungsgrund (dazu II.) glaubhaft gemacht (vgl. § 123 Abs. 1 und 3 VwGO i. V. m. den §§ 920 Abs. 2, 294 Abs. 1 ZPO).

I. Dem Antragsteller steht ein Anordnungsanspruch zu, weil die zu seinen Lasten getroffene Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin seinen aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Anspruch auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung (Bewerbungsverfahrensanspruch) verletzt (dazu 1.) und seine Auswahl in einem erneuten Auswahlverfahren zumindest möglich erscheint (dazu 2.).

1. Die Auswahlentscheidung zur Besetzung der in Rede stehenden Beförderungstellen mit den Beigeladenen ist zu Lasten des Antragstellers rechtswidrig. Sie verletzt dessen Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG. Die dienstliche Beurteilung des Antragstellers, welche der Auswahlentscheidung zugrunde lag, ist rechtswidrig, weil sie von Beurteilerinnen erstellt worden ist, welche ein niedrigeres Statusamt (Besoldungsgruppe A 12) als der Antragsteller (Besoldungsgruppe A 13) innehaben.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hat der Dienstherr mangels normativer Regelung im Rahmen seiner organisatorischen Gestaltungsfreiheit zu bestimmen, durch wen er die Aufgabe der dienstlichen Beurteilung der Beamten wahrnimmt. Dies muss nicht der Dienstvorgesetzte sein. Die persönliche Kompetenz, dienstliche Beurteilungen zu verfassen, ist auch nicht durch den Status beschränkt. Die Rechtmäßigkeit einer dienstlichen Beurteilung hängt nicht davon ab, ob der Beurteiler in einem beamtenrechtlichen Dienstverhältnis zum Dienstherrn steht; vielmehr dürfen grundsätzlich auch Soldaten oder Angestellte z. B. Vorgesetzte sein und (als solche) Beamte beurteilen.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 27. November 2014 – 2 A 10.13 –, juris, Rn. 17, und vom 17. April 1986 – 2 C 8.83 –, juris, Rn. 15, sowie Beschluss vom 20. August 2004 – 2 B 64.04 –, juris, Rn. 3, jeweils m. w. N.; OVG NRW, Beschluss vom 2. Juni 2015 – 1 B 206/15 –, juris, Rn. 7 f.; vgl. zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Ausübung von Dienstherrnenbefugnissen durch Nichtbeamte im Bereich der Postnachfolgeunternehmen BVerfG, Beschluss vom 2. Mai 2016 – 2 BvR 1137/14 –, juris.

Der Dienstherr darf bei der Bestimmung, durch wen er die Aufgabe der dienstlichen Beurteilung wahrnimmt, im Interesse des beurteilten Beamten allerdings nur sachgerecht vorgehen. Er darf den sachlichen Zusammenhang dieser Aufgabe mit der

Wahrnehmung der Dienst- und Fachaufsicht nicht außer Acht lassen. Das vom Dienstherrn durch den oder die Beurteiler abzugebende Werturteil darüber, ob und inwieweit der beurteilte Beamte den zahlreichen fachlichen und persönlichen Anforderungen des konkreten Amtes und der Laufbahn entspricht, enthält zugleich eine konkretisierende Bestimmung dieser zahlreichen Anforderungen, die gleichfalls in weitgehender Ermessens- und Beurteilungsfreiheit des Dienstherrn liegt.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 17. April 1986 – 2 C 8.83 –, juris, Rn. 16; OVG NRW, Beschluss vom 2. Juni 2015 – 1 B 206/15 –, juris, Rn. 11 f.

Dieser sachliche Zusammenhang mit der Dienst- und Fachaufsicht schließt als Beurteiler grundsätzlich Beamte aus, die ein niedrigeres Statusamt innehaben als der zu beurteilende Beamte. Denn solche Beurteiler üben im Regelfall weder Dienst- noch Fachaufsicht aus, noch sind sie in der Lage, die Leistungen des Beamten gemessen an dessen Statusamt, das sie selbst nicht innehaben und dessen Anforderungen sie nicht notwendig kennen, zu bewerten *und* gleichzeitig diese Leistungen ins Verhältnis zu den Leistungen anderer Beamter mit demselben – höheren – Statusamt zu setzen. Ihnen fehlt im Regelfall der Überblick über die Leistungsfähigkeit der in der Behörde beschäftigten Beamten einer höheren Besoldungsgruppe.

Ebenso, aber mit anderer Begründung, OVG NRW, Urteil vom 29. September 2005 – 1 A 4240/03 –, juris, Rn. 36 (kein Beurteiler, der einer niedrigeren Besoldungsgruppe angehört); dem folgend VG Düsseldorf, Urteil vom 18. August 2006 – 13 K 5904/04 –, juris, Rn. 44; von einem rangniedrigeren Beurteiler abratend auch Bodanowitz, in: Schnellenbach/Bodanowitz, Die dienstliche Beurteilung der Beamten und der Richter, Stand: Jan. 2017, B V Rn. 275; offen lassend für die Erstellung eines Beurteilungsentwurfs OVG NRW, Beschluss vom 14. September 2016 – 6 B 892/16 –, juris, Rn. 24 („Es ist jedenfalls nicht von der Hand zu weisen, dass es durch die Ausübung eines rangniedrigeren Amtes, als es der zu Beurteilende inne hat, zu Einschränkungen in Bezug auf die Aussagekraft der in dem Beurteilungsentwurf enthaltenen Beschreibungen und Einschätzungen kommen kann.“); eine bloße Mitwirkung eines nachgeordneten Mitarbeiters bzw. rangniedrigeren Beamten als Informanten halten für zulässig OVG Bremen, Beschluss vom

22. September 2016 – 2 B 123/16 –, juris, Rn. 31;
VG Meiningen, Urteil vom 26. Januar 2009 – 1 K
497/06 Me –, juris, Rn. 38; a. A., allerdings unter
Verweis auf das eben zuerst genannte Urteil des
Senats, das eine derartige Aussage nicht beinhaltet,
und ohne weitere Begründung Lemhöfer, in:
Lemhöfer/Leppek, Das Laufbahnrecht der Bundes-
beamten, Stand: Okt. 2016, § 48 BLV 2009, Rn. 25.

Dass die beiden Beurteilerinnen des Antragstellers trotz ihres niedrigeren Statusamtes in der Lage gewesen wären, den Antragsteller unter Berücksichtigung der oben genannten Anforderungen und dessen Statusamt sachgerecht zu beurteilen, hat die Antragsgegnerin auf die betreffende Rüge des Antragstellers hin nicht substantiiert erläutert. Sie hat vielmehr nur darauf hingewiesen, die Beurteilerinnen seien aktive, also nicht beurlaubte, seit 1988 bzw. seit 2014 im Personalbereich tätige Beamtinnen, und behauptet, die persönliche Befähigung dazu, Beurteilungen zu erstellen, folge aus den Kenntnissen der mit dieser Aufgabe betrauten Person. Welche Kenntnisse dies im Einzelnen sein sollen, hat sie nicht näher dargelegt. Allein aus einer nicht näher umschriebenen Tätigkeit im Personalbereich folgt nicht, dass die Beurteilerinnen in der Lage sind, einen Beamten der Besoldungsgruppe A 13 sachgerecht beurteilen zu können.

An der Fehlerhaftigkeit der Beurteilung ändert der Umstand nichts, dass jedenfalls die Zweitbeurteilerin (Status: A 12) in einer nach T9 (entspricht A 13g) bewerteten Funktion, also höherwertig tätig ist.

Schon die Beurteilung durch einen nach seinem Statusamt ranggleichen Beamten wäre aus folgenden Gründen rechtlich bedenklich: Der Dienstherr muss den Beamten gerecht, unvoreingenommen und möglichst objektiv in einem fairen Verfahren beurteilen. Dies ergibt sich neben der Fürsorgepflicht des Dienstherrn sowohl aus dem Gebot der Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) als auch aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art 20 Abs. 3 GG). Die hiernach gebotene Unparteilichkeit wird verletzt, wenn ein möglicher Konkurrent am Beurteilungsverfahren als Beurteiler beteiligt ist. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Beurteilung von einem Beamten erstellt wird, der derselben Laufbahngruppe und – in Bezug auf den beurteilten Beamten – der gleichen Besoldungsgruppe angehört. Es soll schon der „böse Schein“ vermie-

den werden, die Beurteilung erfolge wegen einer abstrakt möglichen Konkurrenzsituation nicht unvoreingenommen.

Vgl. OVG NRW, Urteile vom 29. September 2005 – 1 A 4240/03 –, juris, Rn. 36, und vom 15. Mai 1995 – 1 A 2881/91 –, juris, Rn. 23 ff.; Thür. OVG, Beschluss vom 31. Januar 2005 – 2 EO 1170/03 –, juris, Rn. 76; Bay. VGH, Urteil vom 23. Mai 1990 – 3 B 89.03631 –, juris, Rn. 16, 19, relativierend im Urteil vom 17. Juli 2003 – 3 B 98.3170 –, juris, Rn. 45, 47; VG Berlin, Beschluss vom 30. November 2012 – 28 L 405.12 –, juris, Rn. 8; VG Düsseldorf, Urteil vom 18. August 2006 – 13 K 5904/04 –, juris, Rn. 44; zweifelnd auch Schnellenbach, Konkurrenzen im öffentlichen Dienst, 2015, Anhang 2, Rn. 114; a. A., allerdings unter Verweis auf das oben zuerst genannte Urteil des Senats, das eine derartige Aussage nicht beinhaltet, und ohne weitere Begründung Lemhöfer, in: Lemhöfer/Leppek, Das Laufbahnrecht der Bundesbeamten, Stand: Okt. 2016, § 48 BLV 2009, Rn. 25; eine bloße Mitwirkung eines ranggleichen Beamten als Informant hält BVerwG, Urteil vom 21. März 2007 – 2 C 2.06 –, juris, Rn. 10, für grundsätzlich zulässig.

Ein derartiges Konkurrenzverhältnis ist zwar vorliegend jedenfalls im Hinblick auf den beamtenrechtlichen Status nicht unmittelbar anzunehmen angesichts eines insoweit bestehenden Unterschiedes von (allerdings nur) einer Besoldungsgruppe.

Allerdings darf ein Beamter in einem niedrigeren Statusamt grundsätzlich auch dann nicht einen Beamten in einem höheren Statusamt dienstlich beurteilen, wenn er tatsächlich eine gegenüber seinem Statusamt (ggf. weit) höherwertige Funktion wahrnimmt, die auch gegenüber dem Statusamt des Beurteilten gleich- oder höherwertig ist. Aus einem bloß tatsächlichen höherwertigen Einsatz eines aktiven Beamten folgen grundsätzlich keine rechtlichen Beurteilungsbefugnisse, welche diesem sonst nicht zukämen. Denn ein längerfristiger höherwertiger Einsatz aktiver Beamter ist grundsätzlich objektiv rechtswidrig. Nach den Angaben der Antragsgegnerin sind bei ihr etwa 10% der aktiven Beamten höherwertig eingesetzt. Der langjährige (bloße) Einsatz von aktiven (d. h. nicht beurlaubten) Beamten auf höherwertigen Dienstposten widerspricht grundsätzlich dem verfassungsrechtlich verankerten Gebot amtsangemessener Beschäftigung (Art. 33 Abs. 5 GG),

vgl. zum Anspruch auf amtsangemessene Beschäftigung BVerfG, Beschluss vom 7. März 2013 – 2 BvR 2582/12 –, juris, Rn. 23; BVerwG, Urteil vom 19. Mai 2016 – 2 C 14.15 –, juris, Rn. 16 ff., 24 f., m. w. N.,

sowie unabhängig von einem (stillschweigenden) Einverständnis des betreffenden Beamten der einfachgesetzlichen Vorgabe, die Funktionen der Beamten ihren Anforderungen entsprechend sachgerecht zu bewerten und Ämtern zuzuordnen (§ 18 Satz 1 BBesG, § 8 Satz 1 PostPersRG). Kennzeichnend hierfür ist, dass aktive Beamte losgelöst von ihrem beamtenrechtlichen Status mit höherwertigen Aufgaben unterschiedlicher (Höher-)Wertigkeit betraut sind. Diese Verfahrensweise umgeht die gesetzlich grundsätzlich angeordnete Zuweisung von Funktionen zu Ämtern sowie die sich hieraus ergebende grundsätzlich hierarchische Behördenstruktur und baut eine daneben bestehende Parallelstruktur auf. Eine Rechtsgrundlage für diese Verfahrensweise ist nicht ersichtlich, auch nicht für die Postnachfolgeunternehmen (vgl. § 2 Abs. 2 Satz 2 PostPersRG; siehe aber auch § 6 PostPersRG zur Zulässigkeit der zeitlich befristeten unterwertigen Verwendung von Beamten). Sie wird im vorliegenden Fall auch nicht im Sinne von § 8 Satz 2 PostPersRG durch eine Bündelung mehrerer Statusämter in einem Dienstposten gerechtfertigt, auf dem Beamte verschiedener Statusämter jeweils amtsangemessen beschäftigt sein können. Denn nach Auskunft der Antragsgegnerin sind bei ihr nur noch Dienstposten mit der Bewertung T 3 (= A 7/A 8) gebündelt.

Die Rechtswidrigkeit des höherwertigen Einsatzes des Beurteilers ist im Verhältnis zum beurteilten Beamten in Bezug auf dessen Beurteilung zu berücksichtigen, weil dem Beurteiler ohne diese (rechtswidrige) Tätigkeit nach allgemeinen rechtlichen Vorgaben keinerlei Beurteilungskompetenzen für den Beurteilten zukämen. Sie verletzt damit den beurteilten Beamten in seinem Recht auf eine rechtmäßige Beurteilung sowie in Konkurrenzsituationen in seinem Bewerbungsverfahrensanspruch.

Ob es demgegenüber zulässig wäre, wenn ein rangniedrigerer oder ranggleicher Beamter, der während einer rechtmäßigen Beurlaubung nach § 4 Abs. 2 PostPersRG als Angestellter bei der Deutschen Telekom AG tätig ist, dem in rechtmäßiger Weise Beurteilungsbefugnisse übertragen worden sind und der eine gemessen an seinem Statusamt und gemessen an dem Statusamt des zu Beurteilenden höherwertige Funktion ausübt, einen anderen bei der Deutschen Telekom AG beschäf-

tigten Beamten beurteilt, ist im vorliegenden Fall nicht entscheidungserheblich und kann daher offen bleiben.

Zur Vermeidung von Missverständnissen weist der Senat darauf hin, dass der höherwertig eingesetzte Beamte selbstverständlich grundsätzlich beanspruchen kann, dass die Höherwertigkeit seiner Tätigkeit im Rahmen seiner eigenen dienstlichen Beurteilung berücksichtigt wird.

Vgl. zuletzt den Beschluss des Senats vom 2. März 2017 – 1 B 138/17 –, juris.

2. Die Auswahl des Antragstellers bei einer erneuten – rechtmäßigen – Entscheidung aufgrund einer rechtmäßig erstellten dienstlichen Beurteilung erscheint möglich. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Antragsteller in einem erneuten, die Vergabe der streitigen Stellen betreffenden Auswahlverfahren erfolgreich sein wird. Denn es bedarf als Grundlage für eine erneute Auswahlentscheidung zumindest für den Antragsteller einer neuen dienstlichen Beurteilung. Wie diese konkret ausfallen wird, ist offen. Denkbar ist, dass der Antragsteller, dessen dienstliche Beurteilung bisher mit dem Gesamturteil „Sehr gut“ mit der Ausprägung „Basis“ endet, bei einer Neubeurteilung das Gesamturteil „Sehr gut“ mit der – besseren – Ausprägung „++“ erreicht, mit dem er befördert werden könnte.

II. Der erforderliche Anordnungsgrund ist ebenfalls gegeben. Die Antragsgegnerin beabsichtigt, die Beigeladenen unmittelbar und zeitnah zu befördern.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 1 und 3, 162 Abs. 3 VwGO. Es entspricht nicht der Billigkeit, die etwaigen außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen für erstattungsfähig zu erklären, weil diese im Beschwerdeverfahren keine Anträge gestellt haben und damit kein Kostenrisiko eingegangen sind.

Die Streitwertfestsetzung erfolgt gemäß den §§ 40, 47 Abs. 1 Satz 1, 53 Abs. 2 Nr. 1 GKG sowie § 52 Abs. 1 GKG i. V. m. Abs. 6 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 bis 4 GKG nach einem Viertel der fiktiv an den Antragsteller für die in Rede stehende Stelle (hier: A 13 mit Amtszulage, Stufe 8) im Kalenderjahr 2016 an Beamte der Postnachfolgeunternehmen zu zahlenden Bezüge mit Ausnahme nicht ruhegehaltstfähiger

Zulagen und ohne Bezügebestandteile, die vom Familienstand oder von Unterhaltsverpflichtungen abhängen. Zu berücksichtigen ist, dass sich die Besoldung einschließlich der Amtszulage ab dem 1. März 2016 erhöht hat. Daraus ergibt sich der im Tenor festgesetzte Streitwert: $[2 \times (4.863,34 \text{ Euro} + 278,44 \text{ Euro}) + 10 \times (4.970,34 \text{ Euro} + 284,57 \text{ Euro})] : 4$. Eine Änderung der erstinstanzlichen Streitwertfestsetzung war nicht geboten, weil die Streitwertstufe dieselbe bliebe.

Der Beschluss ist hinsichtlich der Streitwertfestsetzung nach den §§ 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG und im Übrigen gemäß § 152 Abs. 1 VwGO unanfechtbar.

Holtbrügge

Dr. Knoke

Sarnighausen



Beglaubigt
Würfel, VG-Beschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle