

Az.: 12 L 71/17

Helmut Legarth
Rechtsanwalt
Reitzensteinstraße 4
45657 Recklinghausen
Tel.: 0 23 61 - 92 72-0

Begl. Abschrift

Beschluss

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

in dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

des Herrn

Antragstellers,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Breitreutz und andere,
Reitzensteinstraße 4, 45657 Recklinghausen,

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Vorstand der
Deutschen Telekom AG, Leitung des Betriebes Civil Servant
Services/Social Matters/Health & Safety (CSH),
Langer Grabenweg 33-43, 53175 Bonn,

Antragsgegnerin,

Prozessbevollmächtigter: Arbeitgeberverband für Telekommunikation und
IT e.V., Gradestraße 18, 30163 Hannover,
Gz.: 17.013-19BRS,

beigeladen: Herr

wegen vorläufiger Untersagung der Besetzung von Beförderungsstellen

hat die 12. Kammer des

VERWALTUNGSGERICHTS GELSENKIRCHEN

am 14. Juli 2017

durch
die Richterin am Verwaltungsgericht
die Richterin am Verwaltungsgericht
den Richter am Verwaltungsgericht

Der Antragsteller hat auch einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Die zu seinen Lasten getroffene Auswahlentscheidung verletzt seinen aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Bewerbungsverfahrensanspruch.

Nach der Rechtsprechung zu beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitigkeiten um Beförderungsämter folgt aus Art. 33 Abs. 2 GG ein Bewerbungsverfahrensanspruch, der Bewerbern um ein öffentliches Amt ein grundrechtsgleiches Recht auf leistungsgerechte Einbeziehung – nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung – in die Bewerberauswahl gibt; die Bewerbung darf nur aus Gründen abgelehnt werden, die durch Art. 33 Abs. 2 GG gedeckt sind. Danach dürfen der Bewerberauswahl für die Besetzung eines öffentlichen Amtes nur Kriterien zugrunde gelegt werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung betreffen. Hierbei handelt es sich um Kriterien, die darüber Aufschluss geben, in welchem Maße der Beamte den Anforderungen seines Amtes genügt und sich in einem höheren Amt voraussichtlich bewähren wird. Anderen Kriterien darf nur Bedeutung beigemessen werden, wenn sich aus dem Vergleich anhand leistungsbezogener Kriterien kein Vorsprung von Bewerbern ergibt. Der für die Auswahlentscheidung maßgebliche Leistungsvergleich der Bewerber muss grundsätzlich auf aussagekräftige, d. h. hinreichend differenzierte und auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhende dienstliche Beurteilungen gestützt werden. Dies sind regelmäßig die aktuellen dienstlichen Beurteilungen.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 17. August 2005 – 2 C 37.04 –, juris Rn. 18 f.

Der so ausgestaltete Bewerbungsverfahrensanspruch ist nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO sicherungsfähig. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung ist dann gerechtfertigt, wenn die Verletzung des Rechts auf fehlerfreie Entscheidung über das Begehren des Antragstellers glaubhaft gemacht worden ist und die Möglichkeit besteht, dass die noch zu treffende rechtmäßige Auswahlentscheidung zur Besetzung der Stelle mit dem Antragsteller führen kann. Für den Erfolg des Antrags genügt mithin jeder Fehler, einschließlich möglicher Fehler in den dabei zugrunde gelegten dienstlichen Beurteilungen, der für das Auswahlergebnis kausal gewesen sein kann. Ist die getroffene Auswahlentscheidung fehlerhaft, kann die Verweigerung vorläufigen

Rechtsschutzes nur dann in Betracht kommen, wenn im Sinne einer „offensichtlichen Chancenlosigkeit“ von vornherein ausgeschlossen erscheint, dass die Wiederholung des Stellenbesetzungsverfahrens unter Vermeidung der Rechtsverletzung zu einer günstigeren Entscheidung für den Antragsteller führen kann.

Vgl. zu letzterem BVerfG, Beschluss vom 25. November 2015 – 2 BvR 1461/15 –, juris Rn. 20; OVG NRW, Beschluss vom 14. März 2016 – 1 B 1512/15 –, juris Rn. 19.

Gemessen an diesen Grundsätzen verletzt die zu Lasten des Antragstellers getroffene Entscheidung der Antragsgegnerin über sein Beförderungsbegehren seinen Bewerbungsverfahrensanspruch, weil sie auf einer rechtswidrigen dienstlichen Beurteilung beruht (dazu I.). Der Antragsteller kann auch eine erneute Entscheidung über sein Beförderungsbegehren beanspruchen, da seine Auswahl bei einer rechtmäßigen Vorgehensweise der Antragsgegnerin zumindest möglich erscheint (dazu II.).

I.

Die hier streitgegenständliche Auswahlentscheidung betreffend die Beförderungsrunde 2016 genügt den Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG in Bezug auf den Antragsteller nicht, weil sie auf einer rechtswidrigen dienstlichen Beurteilung beruht.

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 zugrunde gelegt, 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.

Ferner darf nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen ein Beamter in einem niedrigeren Statusamt grundsätzlich nicht einen Beamten in einem höheren Statusamt dienstlich beurteilen. 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.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 21. März 2017 – 1 B 1361/16 –, juris Rn. 5 ff. m. w. N.

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe erweist sich die der Auswahlentscheidung zugrunde gelegte dienstliche Beurteilung des Antragstellers vom 12./16. August 2016 unter mehreren Gesichtspunkten als rechtswidrig.

Zunächst durfte der Antragsteller nicht von der Zweitbeurteilerin Frau dienstlich beurteilt werden. Denn die Zweibeurteilerin hat ein um eine Besoldungsgruppe niedrigeres Statusamt (Besoldungsgruppe A 12 BBesO) inne als der Antragsteller (Besoldungsgruppe A 13 BBesO). Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Umstand, dass die Zweitbeurteilerin nach den Angaben der Antragsgegnerin auf einem nach der Besoldungsgruppe A 13 BBesO bewerteten Dienstposten eingesetzt

ist. Denn ein Beamter in einem niedrigeren Statusamt darf 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.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 21. März 2017 – 1 B 1361/16 –, a. a. O. 16 ff.

Insoweit käme es auch nicht entscheidungserheblich darauf an, ob die Zweitbeurteilerin zur Wahrnehmung einer Tätigkeit bei der Deutschen Telekom AG unter Wegfall der Besoldung beurlaubt ist. Zwar hat das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen die Frage der Zulässigkeit einer Beurteilung durch einen rangniedrigeren oder ranggleichen Beamten, der während einer rechtmäßigen Beurlaubung nach § 4 Abs. 2 PostPersRG als Angestellter bei der Deutschen Telekom AG tätig ist, mangels Entscheidungserheblichkeit in dem dort entschiedenen Fall ausdrücklich offen gelassen. Den in diesem Zusammenhang gemachten Ausführungen ist jedoch zu entnehmen, dass in einer solchen Konstellation jedenfalls die von dem als Beurteiler eingesetzten beurlaubten Beamten wahrgenommene Tätigkeit gemessen an dem Statusamt des zu Beurteilenden höherwertig sein muss.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 21. März 2017
– 1 B 1361/16 –, a. a. O. Rn. 20.

Letzteres ist hier bereits nicht der Fall. Denn die Zweitbeurteilerin ist auf einem nach der Besoldungsgruppe A 13 BBesO bewerteten Dienstposten und damit im Vergleich zum Antragsteller nicht höherwertig eingesetzt.

Dass die Zweitbeurteilerin trotz ihres niedrigeren Statusamtes in der Lage gewesen wäre, 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 seit Jahrzehnten im Personalbereich tätig. Allein aus einer nicht näher umschriebenen Tätigkeit im Personalbereich folgt jedoch nicht, dass die Zweitbeurteilerin in der Lage ist, einen Beamten der Besoldungsgruppe A 13 BBesO sachgerecht beurteilen zu können.

Die Rechtswidrigkeit der dienstlichen Beurteilung folgt hier ferner daraus, dass die Antragsgegnerin – auch im gerichtlichen Verfahren – nicht nachvollziehbar und schlüssig aufgezeigt hat, welche Bewertungsmaßstäbe der Notenvergabe im Gesamtergebnis zugrunde liegen.

Nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen bedarf es (jedenfalls im Grundsatz) notwendig einer Begründung, wie es zu der Gesamtnote gekommen ist. Diese Begründung darf sich nicht allein in stereotypen Sätzen/ Textbausteinen, die keine am konkreten Fall orientierte inhaltliche Substanz aufweisen, erschöpfen. Dieses Erfordernis trägt dem Umstand Rechnung, dass das bei der Deutschen Telekom AG aktuell praktizierte Beurteilungssystem nicht bereits aus sich heraus hinreichend hervortreten lässt, in welcher Weise die Zuordnung der für die Bewertung der Einzelkriterien geltenden fünfstufigen Notenskala von „In geringen Maße bewährt“ bis „Sehr gut“ zu der sechsstufigen Notenskala mit der zusätzlichen Notenstufe „Hervorragend“ für das Gesamtergebnis der Beurteilung mit insgesamt 18 verschiedenen Bewertungsmöglichkeiten (Aufteilung der sechs Notenstufen in die Teilnotenstufen „Basis“, „+“ und „++“) erfolgen soll.

Vgl. nur OVG NRW, Beschluss vom 23. Mai 2017 – 1 B 99/17 –, juris Rn. 21 m. w. N.

Die Plausibilisierung der erforderlichen Begründung des Gesamturteils muss bereits von vornherein in der dienstlichen Beurteilung selbst angelegt sein und kann nicht nach deren Eröffnung nachgeholt werden.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 7. Juni 2017 – 1 B 186/17 –, juris Rn. 20 m. w. N.

Diesen Anforderungen wird die hier streitgegenständliche dienstliche Beurteilung des Antragstellers nicht gerecht. Der Antragsteller ist in drei Einzelkriterien mit „Sehr gut“ und in vier Einzelkriterien mit „Gut“ bewertet worden. Zur Begründung des Gesamtur-

teils ist u. a. ausgeführt: „Nach Würdigung aller Erkenntnisse wird das oben angegebene Gesamtergebnis festgelegt. Hierbei wird das zeitliche Verhältnis der zugrundeliegenden Stellungnahmen berücksichtigt.“

Diese vage und inhaltsleere Begründung erfüllt ersichtlich nicht die vorstehenden Anforderungen an Begründungstiefe und -umfang im vorliegenden Einzelfall. Dass die Begründung des Gesamturteils hier ausnahmsweise nicht erforderlich bzw. entbehrlich sein könnte, weil sich die vergebene Gesamtnote – vergleichbar einer Ermessensreduzierung auf Null – geradezu aufdrängt, ist weder dargetan noch drängt es sich angesichts des oben genannten uneinheitlichen Leistungsbildes in den Einzelkriterien auf.

Eine nachvollziehbare Begründung des Gesamturteils „Gut“ mit der Ausprägung „++“ folgt auch nicht aus den folgenden Ausführungen: „Das Gesamtergebnis der dienstlichen Beurteilung war in Anbetracht der erzielten Leistungen der Beamtinnen und Beamten dieser Beurteilungsliste anzupassen, um den nach § 50 Abs. 2 BLV einzuhaltenden Richtwert umsetzen zu können. Viele Beamte sind höherwertig eingesetzt.“

Dieser Aussage fehlt es bereits an jedweder Substantiierung, die eine gerichtliche Nachprüfung der sachlichen Richtigkeit insoweit erst ermöglichen würde. Soweit die Antragsgegnerin im gerichtlichen Verfahren angibt, auf der Beförderungsliste des Antragstellers bestehe eine hohe Leistungs- und Performancedichte mit überdurchschnittlichen Stellungnahmen und zwei Beamte seien zudem höherwertig eingesetzt, weckt dieser Vortrag ungeachtet seines im allgemeinen bleibenden Gehalts erhebliche rechtliche Zweifel an einem sachgerechten Vorgehen bei der Umsetzung der nach § 50 Abs. 2 Satz 1 BVL einzuhaltenden Richtwerte. Der Beförderungsliste des Antragstellers sind 21 Beamte zugeordnet, wovon (lediglich) zwei Beamte höherwertig eingesetzt sind. Angesichts dessen erschließt sich die Verwendung des Zahlwortes „viele“ in der Begründung des Gesamturteils der dienstlichen Beurteilung in diesem Zusammenhang nicht. Diese Begründung weist vielmehr in die Richtung des Vortrags des Antragstellers, wonach ihm im Rahmen des von ihm gewünschten Beurteilungsgesprächs am 23. September 2016 erklärt worden sei, ein „Admin“ habe ent

schieden, wer in Anwendung des § 50 Abs. 2 BVL heruntergestuft werden müsse. Diesen Ausführungen, die eher für die Verwendung eines vorformulierten Textes ohne Einzelfallwürdigung sprechen, ist die Antragsgegnerin im gerichtlichen Verfahren nicht entgegengetreten.

Schließlich drängt sich der Eindruck auf, dass das von der Antragsgegnerin im Zusammenhang mit § 50 Abs. 2 Satz 1 BLV praktizierte System solche Beamte in nicht mehr zu rechtfertigender Weise benachteiligt, die – wie der Antragsteller – amtsangemessen eingesetzt sind. Denn die höherwertig eingesetzten Beamten, bei denen die höherwertige Tätigkeit sowohl bei der Bewertung der Einzelkriterien als auch bei der Bildung des Gesamturteils angemessen zu berücksichtigen ist,

vgl. etwa OVG NRW, Beschluss vom 23. Mai 2017 – 1 B 99/17 –, a. a. O. Rn. 21,

werden offenbar von vornherein bei der Einhaltung der Richtwerte nicht in den Blick genommen. Rechtfertigungsgründe hierfür sind weder dargetan noch sonst ersichtlich.

II.

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Erwägungen erscheint eine Auswahl des Antragstellers bei einer erneuten – rechtmäßigen – Entscheidung aufgrund einer rechtmäßig erstellten dienstlichen Beurteilung nicht im Sinne einer „offensichtlichen Chancenlosigkeit“ von vornherein ausgeschlossen. Etwas anderes behauptet auch die Antragsgegnerin nicht.

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

Die Streitwertfestsetzung erfolgt auf der Grundlage der §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 1, Abs. 6 Satz 1 Nr. 1, Sätze 2 bis 4 GKG. Danach ist hier im Ergebnis auszugehen von

einem Viertel (Reduzierung des Jahresbetrages im Sinne von § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 GKG wegen Satz 4 der vorgenannten Vorschrift und wegen des im Eilverfahren lediglich verfolgten Sicherungszwecks) der dem Antragsteller nach Maßgabe des im Zeitpunkt der Antragsstellung geltenden Besoldungsrechts fiktiv für das angestrebte Amt der Besoldungsgruppe (hier: A 13 BBesO mit Amtszulage) angesichts der maßgeblichen Erfahrungsstufe (hier: Stufe 8) im Kalenderjahr 2017 an Beamte der Postnachfolgeunternehmen zu zahlenden Bezüge mit Ausnahme nicht ruhegehaltsfähiger Zulagen und ohne Bezügebestandteile, die vom Familienstand oder von Unterhaltsbezügen abhängig sind. Zu berücksichtigen ist, dass sich die Besoldung ab dem 1. Februar 2017 erhöht hat. Daraus ergibt sich unter Mitberücksichtigung der für die Amtszulage geltenden Regelungen (Anlage I, BesGr A 13 Fn. 1, Anlage IX – Postnachfolgeunternehmen – a. E.) der im Tenor festgesetzte Streitwert (Januar 2017: 4.970,34 € zuzüglich der Amtszulage in Höhe von 284,57 € = 5.254,90 €; Februar bis Dezember 2017: 5.087,14 € + 291,25 € = 5.378,39 € x 11 = 59.162,29 €; Jahressumme: 64.417,19 € dividiert durch den Faktor 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, Aegidiikirchplatz 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 Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Aegidiikirchplatz 5, 48143 Münster, falls das beschließende Gericht ihr nicht abhilft.



Beglaubigt

Verwaltungsgerichtsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle