

Datum: 27.08.2010
Gericht: Oberverwaltungsgericht NRW
Spruchkörper: 1. Senat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 1 B 332/10

Tenor: Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 2.500,- Euro festgesetzt.

<u>Gründe</u>	1
Die Beschwerde hat keinen Erfolg.	2
Die gegen den angefochtenen Beschluss vorgebrachten Gründe, auf deren Überprüfung der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO in der Sache beschränkt ist, soweit es um die begehrte Abänderung des angefochtenen Beschlusses geht, rechtfertigen es nicht, die erstinstanzliche Entscheidung zu ändern. Mit ihr hat das Verwaltungsgericht der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung aufgegeben,	3
die ihr zugewiesenen Beförderungsplanstellen der Wertigkeit B 3 BBesO so lange nicht zu vergeben, bis über die Bewerbung des Antragstellers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden worden ist.	4
Das Verwaltungsgericht hat seinen stattgebenden Beschluss im Kern auf folgende Begründung gestützt:	5
Die Anordnung sei erforderlich, um den beamtenrechtlichen Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers zu sichern. Bereits mit Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 21. September 2009 – 15 L 927/09 – sei der Antragsgegnerin aufgegeben worden, die ihr zugewiesenen Beförderungsplanstellen der Wertigkeit B 3 BBesO so lange nicht zu vergeben, bis sie den Antragsteller über den Ausgang des Auswahlverfahrens über die Vergabe der jeweiligen Planstelle informiert und ihm eine ausreichende Zeitspanne vor der Ernennung des Konkurrenten eingeräumt habe, um ein gerichtliches Rechtsschutzverfahren einleiten zu können. Die Antragsgegnerin habe den Antragsteller infolge dieses Beschlusses mit Schreiben vom 24. November 2009 zwar von dem für ihn negativen Ausgang des Auswahlverfahrens informiert. Weder seien ihm aber die Auswahlerwägungen mitgeteilt noch sonst schriftlich fixiert worden. Die Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin demnach ins Blaue hinein angreifen zu müssen, sei dem Antragsteller nicht zumutbar. Die Tatsache, dass der Antragsteller gegenwärtig an das Bundesministerium für C. und G. abgeordnet sei, stehe einer Beförderung auch nicht entgegen, zumal er glaubhaft gemacht habe, dass er auch dort einen Referatsleiterposten mit einer Wertigkeit von A 16/B 3 der BBesO bekleide. Es schade auch nicht, dass er während der Abordnung bei der Antragsgegnerin weiterhin ein abstrakt-funktionelles Amt der Wertigkeit A 16 der BBesO innehabe, weil die Zuweisung eines abstrakt-funktionellen Amtes einer höheren Wertigkeit immer erst mit der Beförderung erfolge. Eine Beförderung des Antragstellers sei auch nicht deswegen ausgeschlossen, weil ihm nach Beendigung der Abordnung im Bereich der Antragsgegnerin ein Dienstposten mit der Wertigkeit B 3 der BBesO zur Verfügung gestellt werden müsste; insoweit unterscheide sich die Abordnung nicht von einer Beurlaubung, die gemäß § 4 Abs. 3 Satz 4 und Abs. 4 Satz 7 Postpersonalrechtsgesetz (PostPersRG) gesetzlich vorgesehen sei. Es sei schließlich nicht ersichtlich,	6

dass die Antragsgegnerin entschieden habe, Bewerber während der Dauer ihrer Abordnung grundsätzlich von Beförderungsverfahren auszuschließen.

- I. 7
- Die Antragsgegnerin wendet gegen die Entscheidung des Verwaltungsgerichts ein, der Antragsteller hätte schon allein deswegen nicht in das Auswahlverfahren mit einbezogen werden müssen, weil er zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung entgegen der Beförderungspraxis der Antragsgegnerin kein abstrakt-funktionelles Amt der auch statusrechtlich erstrebten Besoldungsgruppe B 3 innegehabt habe. Die Antragsgegnerin stimme dem Verwaltungsgericht zwar insoweit zu, dass grundsätzlich das abstrakt-funktionelle Amt zeitgleich mit der Beförderung übertragen werden könne. Allerdings sei das im konkreten Fall ausgeschlossen. Nach ihrer Beförderungspraxis erfolge eine Beförderung in ein höheres Statusamt immer erst, nachdem der Bewerber für das höhere Statusamt zuvor in einen dem erhöhten Statusamt entsprechenden Dienstposten und ein entsprechendes abstrakt-funktionelles Amt eingewiesen worden sei und sich dort bewährt habe. Da der Antragsteller sich in der Abordnung befinde und er bei der Antragsgegnerin auf einer A 16-Stelle geführt werde, sei eine Bewährung in einem höheren Amt und damit auch die Beförderung in das höhere Statusamt ausgeschlossen. 8
- Diese Einwände gehen fehl. Das Verwaltungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Ausschluss des Antragstellers aus dem Auswahlvorgang ihn in seinem auf Art. 33 Abs. 2 GG beruhenden Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt. Inhalt des Bewerbungsverfahrensanspruchs ist es, dass der Dienstherr bei bestehenden Bewerbungskonkurrenzen um Beförderungsdienstposten oder Beförderungen nach dem durch Art. 33 Abs. 2 GG und einfach-gesetzlich in § 9 BBG i.V.m. § 22 Abs. 1 Satz 1 BBG und § 2 Abs. 3 Satz 2 PostPersRG verbürgten Prinzip der Bestenauslese entscheidet. Die in diesem Rahmen erforderliche Orientierung an Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gibt darüber Aufschluss, in welchem Maße der Beamte den Anforderungen seines gegenwärtigen Amtes genügt und erlaubt eine Prognose, inwieweit er sich voraussichtlich in einem höheren Amte bewähren wird. 9
- Vgl. BVerwG, Urteil vom 17. August 2005 – 2 C 37.04 -, BVerwGE 124, 99 = juris Rn. 19, sowie Urteil des Senats vom 28. April 2004 – 1 A 1721/01 – IÖD 2004, 211 = juris Rn. 53. 10
- Bei den Begriffen Eignung, Befähigung und fachliche Leistung handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe wertenden Inhalts. Dem Vorgesetzten, der die Auswahlentscheidung in einer Bewerberkonkurrenz trifft, steht damit ein Beurteilungsspielraum zu, der nur beschränkter gerichtlicher Kontrolle unterliegt. Das Gericht ist darauf beschränkt zu prüfen, ob der Entscheider den anzuwendenden Begriff oder den gesetzlichen Rahmen des Beurteilungsspielraums verkannt hat, ob er von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet, sachfremde Erwägungen angestellt oder gegen Verfahrensvorschriften verstoßen hat. 11
- Vgl. BVerwG, Beschluss vom 27. Januar 2010 12
- 1 WB 52.08 -, juris Rn. 24 m.w.N. 13
- Die Antragsgegnerin hat gegen allgemein gültige Wertmaßstäbe, namentlich gegen den Leistungs- und Gleichheitsgrundsatz nach Art. 33 Abs. 2 GG, verstoßen, indem sie den Antragsteller aus dem Auswahlverfahren ausgeschlossen hat. Der Einbeziehung des Antragstellers in Beförderungsverfahren für Statusämter nach B 3 stehen weder gesetzliche Vorschriften entgegen, noch hat die Antragsgegnerin zulässigerweise Voraussetzungen für die Einbeziehung in ein solches Verfahren aufgestellt, die den Ausschluss des Antragstellers rechtfertigen. 14
1. 15
- Es entspricht zwar nicht nur der von der Antragsgegnerin dargestellten eigenen Beförderungspraxis, sondern auch den gesetzlichen Anforderungen des § 32 Nr. 2 BLV i.V.m. § 34 BLV, dass der zu befördernde Beamte seine Eignung für das höherwertige Amt durch eine Erprobungszeit auf einem entsprechend höherwertigen Dienstposten nachgewiesen haben muss. Diese Vorschriften finden gemäß § 2 Abs. 3 Satz 2 PostPersRG auch für die Beamten der Antragsgegnerin, zu denen der Antragsteller gehört, Anwendung. 16
- Fehlt einem Bewerber eine für die Beförderung von Gesetzes wegen unerlässliche laufbahnrechtliche Voraussetzung, so ist es auch nicht rechtsfehlerhaft, wenn die Behörde den Bewerber bei dem 17

durchzuführenden Auswahlverfahren nicht berücksichtigt. In diesem Fall könnte der Bewerbungsverfahrensanspruch nicht verletzt sein, weil eine Beförderung rechtlich ausgeschlossen wäre.

Vgl. Beschluss des Senats vom 24. Mai 2002 – 1 B 751/02 -, NWVBl. 2003, 13 = juris Rn. 4. 18

Im Hinblick auf den Antragsteller ist eine Beförderung aber nicht von Rechts wegen ausgeschlossen. 19
Namentlich kann dem Antragsteller im Beförderungsverfahren für Statusämter nach B 3 nicht etwa das Fehlen einer Erprobung auf einem nach B 3 bewerteten Dienstposten entgegengehalten werden. Dies folgt allerdings nicht aus dem Umstand, dass der Antragsteller am 29. September 1994 zum Ministerialrat (A 16) befördert und rückwirkend zum 1. Juli 1994 in eine Planstelle nach A 16 eingewiesen worden ist. Denn selbst wenn diese Stelle nach ihren Anforderungen eine Bündelung nach A 16/B 3 aufgewiesen hätte, könnte die Innehabung dieses Dienstpostens für den Zeitraum von der Beförderung an bis zum Beginn der sog. Insiehbeurlaubung des Antragstellers nach § 4 Abs. 3 PostPersRG nicht als Erprobungszeit für ein höheres Statusamt der Wertigkeit B 3 angesehen werden, auch wenn es der Praxis der Antragsgegnerin entspricht, die Erprobungszeiten für Stellen der Wertigkeit B 3 auf Dienstposten nach A 16/B 3 durchzuführen. Denn bei sog. gebündelten Dienstposten ist davon auszugehen, dass diese für die Inhaber der beiden genannten Besoldungsstufen jeweils den amtsangemessenen Dienstposten und nicht den höher bewerteten darstellen.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 25. Januar 2007 – 2 A 2.06 –, Buchholz 232.1 § 11 BLV Nr. 4 = juris 20
Rn. 12 ff.

Das gilt insbesondere für denjenigen Beamten, der nach der Beförderung zu dem dem niedriger 21
bewerteten der beiden gebündelten Dienstposten entsprechenden Statusamt (hier: A 16) auf diesem Dienstposten verbleibt. Mit der Beförderung wird die ihr vorgelagerte Prognose, dass der Beamte aufgrund seiner erfolgten Bewährung für das übertragene Amt geeignet ist, nachvollzogen. Sie beinhaltet nicht schon zugleich die Verleihung des nächsthöheren Dienstpostens zur weiteren Erprobung.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 25. Januar 2007 – 2 A 2.06 –, a.a.O. 22

Aus den gleichen Gründen kann eine Erprobung auf einer B 3-Stelle nicht daraus hergeleitet werden, 23
dass der Antragsteller schon vor jener Beförderung einen Dienstposten innehatte, der nach dem Schreiben der Rechtsvorgängerin der Antragsgegnerin (E. C.) vom 22. April 1991 mit Wirkung vom 01. März 1991 in einen Dienstposten "nach BesGr A 16/B 3" umbewertet worden war.

Für die Zeit vor der Beförderung muss die Innehabung dieses gegenüber dem mit A 15 bewerteten 24
Statusamt des Antragstellers höherwertigen Dienstpostens zwar als eine Erprobungszeit im Sinne von § 11 BLV i.V.m. § 12 Abs. 2 Satz 1 BLV, jeweils in der Fassung der Bekanntmachung vom 08. März 1990 (BGBl. I S. 449) angesehen werden, allerdings als eine solche nach A 16 und nicht nach B 3.

Der Antragsteller ist aber schon deswegen so zu behandeln, als ob eine Bewährung auf einem mit B 3 25
bewerteten Dienstposten erfolgt ist, weil die Antragsgegnerin es rechtswidrig versäumt hat, während seiner Beurlaubung seinen weiteren laufbahnrechtlichen Werdegang nachzuzeichnen. Es ist davon auszugehen, dass diese Nachzeichnung zur Erfüllung zumindest der streitrelevanten Beförderungsvoraussetzung der Erprobung geführt hätte.

Die Pflicht zur Nachzeichnung folgt allerdings noch nicht aus der Erprobungsfiktion des zu Beginn der 26
Beurlaubung geltenden § 11 Satz 5 BLV in der Fassung der Bekanntmachung vom 08. März 1990 (BGBl. I S. 449) bzw. aus der Verpflichtung zur fiktiven Fortschreibung von dienstlichen Beurteilungen des gegenwärtig geltenden § 33 Abs. 3 BLV in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Februar 2009 (BGBl. I S. 284). Letztere stellt die leicht modifizierte Nachfolgevorschrift der zuvor genannten dar. Diese Vorschriften haben zum Zweck, die Benachteiligung eines bestimmten Personenkreises zu vermeiden, dem aufgrund von Freistellung oder Beurlaubung reguläre laufbahnrechtliche Maßnahmen wie Beurteilungen oder Erprobungszeiten verwehrt bleiben. Sie beinhalten indes einen numerus clausus von Anwendungsfällen. Nur die Beurlaubung zwecks der Verwendung bei internationalen Einrichtungen und Parlamentsfraktionen bzw. im Fall der jüngeren Vorschrift auch die Inanspruchnahme von Elternzeit und die Freistellung wegen der Mitgliedschaft im Personalrat etc. werden erfasst. Die Beurlaubung den Zweck der Tätigkeit bei einem der zur Antragsgegnerin gehörenden Aktiengesellschaften gehört nicht hierzu.

Die Pflicht zur Nachzeichnung ergibt sich vielmehr aus der Regelung des § 4 Abs. 3 Satz 4 PostPersRG. Danach steht eine Beurlaubung einer Beförderung im Rahmen einer regelmäßigen Laufbahnentwicklung nicht entgegen. Die Vorschrift des § 4 PostPersRG regelt die Rechtsverhältnisse der Beamten der E. Q. AG, welche sich zum Zweck der Aufnahme einer Tätigkeit in einer der zur E. Q. AG gehörenden Aktiengesellschaften beurlauben lassen. Die Möglichkeit der Beurlaubung wurde im Zuge der Privatisierung der Bundespost zur Erhöhung der personellen Beweglichkeit geschaffen.	27
Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 12/6718,	28
S. 93.	29
Um die Bereitschaft der Beamten zu wecken und/oder zu fördern, sich beurlauben zu lassen, sollten diese möglichst keine Nachteile erleiden. Für die laufbahnrechtliche Entwicklung sieht § 4 Abs. 3 Satz 4 PostPersRG daher das genannte Benachteiligungsverbot vor. Um dieser gesetzlichen Vorgabe wie auch der dahinter zum Tragen kommenden Verpflichtung zur Bestenauslese gemäß Art. 33 Abs. 2 GG nachzukommen, muss der Dienstherr dem beurlaubten Beamten eine berufliche Entwicklung zuschreiben, wie sie ohne die Beurlaubung verlaufen wäre. Insbesondere im Falle fehlender Beurteilungen, die geeignet wären, einen Rückschluss auch auf die beamtenrechtliche Laufbahnentwicklung zuzulassen, muss der Dienstherr den beruflichen Werdegang unter Heranziehung vorhandener Erkenntnisquellen nachzeichnen. Selbst im Fall einer fehlenden beruflichen Tätigkeit, die Grundlage einer Bewertung nach den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG sein könnte, ist durch den Dienstherrn die Prognose vorzunehmen, wie der Beamte sich laufbahnrechtlich entwickelt hätte. Zur Erstellung der Prognose hat der Dienstherr sämtliche Erkenntnisse über den Beamten heranzuziehen, die einen Aufschluss über seine fiktive Bewährung bzw. seine fiktive laufbahnrechtliche Entwicklung zulassen.	30
Vgl. BVerwG, Urteil vom 21. September 2006 – 2 C 13.05 –, BVerwGE 126, 333 = juris Rn. 17 ff., sowie das Urteil des Senats vom 8. Juni 2010 – 1 A 2859/07 - zur Nachzeichnungspflicht bei freigestellten Personalratsmitgliedern.	31
Von dieser Nachzeichnungspflicht ist der Dienstherr allenfalls dann befreit, wenn eine belastbare Prognose trotz Heranziehung allen verfügbaren Erkenntnismaterials nicht möglich ist.	32
Vgl. BVerwG, Urteil vom 21. September 2006, a.a.O., juris Rn. 20.	33
Dafür ist aber nichts ersichtlich. Es spricht vielmehr alles dafür, dass die Antragsgegnerin während der über zehnjährigen Beurlaubungszeit in der Lage und damit verpflichtet war, den laufbahnrechtlichen Werdegang des Antragstellers auf der Grundlage vorhandenen Erkenntnismaterials nachzuzeichnen. Hierbei ist zunächst hervorzuheben, dass es sich nach der gesetzlichen Regelung (Fiktion) des § 4 Abs. 1 PostPersRG bei der beruflichen Tätigkeit der Beamten - und damit mangels abweichender Regelung auch derjenigen Beamten, die sich in der Insichbeurlaubung befinden - um Dienst im beamtenrechtlichen Sinne handelt. Das bedeutet, dass der beruflichen Tätigkeit jeweils ein Amt zugeordnet werden muss.	34
Vgl. BVerwG, Urteil vom 22. Juni 2006 – 2 C 26.05 – BVerwGE 126, 182 = juris Rn. 19.	35
Nach § 5 Abs. 2 PostPersRG sollen zudem freie Arbeitsposten, auf die sich Beamte der Antragsgegnerin für eine Anstellung während der Insichbeurlaubung bewerben können, Besoldungsgruppen zugeordnet werden. Durch eine solche Zuordnung wäre es beispielsweise möglich, die Eignung eines Arbeitspostens für eine fiktive Bewährung auf einem höheren Dienstposten festzustellen.	36
Die Antragsgegnerin hat während der Zeit der Beurlaubung des Antragstellers keine Bemühungen unternommen, die tatsächlich von ihm erbrachten Leistungen zu bewerten und in eine beamtenlaufbahnrechtliche Bewertung zu "übertragen". Auch hat sie nicht den Versuch unternommen, die Leistungen des Antragstellers fiktiv nachzuzeichnen.	37
a)	38
Zunächst ist es als Verstoß gegen § 5 Abs. 2 PostPersRG zu werten, dass die Arbeitsposten, auf denen der Antragsteller während seiner Beurlaubung eingesetzt war, nicht bewertet waren. Letzteres hat die Antragsgegnerin zumindest für einige Tätigkeiten mit Schriftsatz vom 25. Juni 2010 eingeräumt. Auch für die übrigen Tätigkeiten des Antragstellers ist eine Bewertung nach Besoldungsgruppen weder vorgetragen noch aufgrund der vorgelegten Verwaltungsvorgänge ersichtlich. Mangelt es an einer	39

solchen Bewertung der Arbeitsposten, ist der Dienstherr jedenfalls verpflichtet, im Zuge einer Bewertung der Leistungen des Beamten den Arbeitsposten von seinem Aufgabenspektrum her zu gewichten, um eine Vergleichbarkeit mit den Dienstposten der beamtenrechtlichen Laufbahnen herzustellen. Ohne eine solche Gewichtung kann eine Einordnung der Leistungen des Beamten und damit eine Bewertung seiner möglichen Bewährung auf einem bestimmten Arbeitsposten nicht erfolgen.

Unterlässt es der Dienstherr aber, seiner Nachzeichnungspflicht nachzukommen und verhindert er dadurch, dass der Beamte überhaupt die Möglichkeit erhält, sich während der Beurlaubung auf einem fiktiven Dienstposten zu bewähren, so liegt allein schon deswegen ein Verstoß gegen die allgemeinen Grundsätze der Beförderungsauswahl, insbesondere den Leistungs- und Gleichheitsgrundsatz vor. 40

Vgl. Urteil des Senats vom 10. Juni 2010 – 1 A 2859/07 -. 41

Im Falle des Antragstellers kommt hinzu, dass ausweislich der Beurteilung der Antragsgegnerin vom 10. Oktober 2006, welche anlässlich der Bewerbung des Antragstellers um eine Abordnungsstelle erstellt wurde, und ausweislich der durch den Antragsteller glaubhaft gemachten Beschreibung seiner Tätigkeiten während der gut zehnjährigen Beurlaubung alles dafür spricht, dass diese Tätigkeiten tatsächlich zumindest denjenigen Tätigkeiten entsprochen haben, die auf einem Dienstposten der Wertigkeit B 3 wahrzunehmen sind. 42

So wird in der genannten Beurteilung u. a. ausgeführt, dass der Antragsteller als leitender Angestellter bzw. Abteilungsleiter in verschiedenen Bereichen tätig gewesen sei. In diesem Zusammenhang habe er u. a. Geschäftsführertätigkeiten ausgeübt und über Einzelprokura in Höhe von 50 Mio. DM verfügt. Die abschließende Bewertung, dass der Antragsteller die ihm übertragenen Aufgaben stets zur vollen Zufriedenheit der Antragsgegnerin erfüllt habe, legt zudem die Bewährung auf den ausgefüllten Arbeitsposten nahe. 43

Unterstrichen und ergänzt wird diese Einschätzung durch die Darstellung des Antragstellers, wonach er u. a. Verantwortung für die Errichtung von 33 Fracht- und 83 Briefzentren getragen habe, die ein zentrales Element bei der Umstrukturierung der E. Q. gewesen seien. 44

Dafür dass der Antragsteller die genannten Arbeitsposten nicht nur innegehabt, sondern sich auf ihnen auch bewährt hat, spricht ferner, dass er unstreitig bei der Errichtung der Fracht- und Briefzentren einen Einsparbetrag für die Antragsgegnerin in Höhe von 200 Mio. DM erwirtschaftet hat. Auch wurden seine Leistungen durch regelmäßige jährliche Leistungszulagen (Boni) im fünfstelligen DM- und später Euro-Bereich honoriert. Ausweislich der in der Personalakte des Antragstellers vorhandenen Aufstellungen zur Berechnung der jeweiligen Leistungszulage war deren Höhe an den Grad der durch den Antragsteller erbrachten Zielerreichung gekoppelt. Die Bewertungskategorien führten in vier Stufen von "Das Ziel ist verfehlt", über "Das Ziel ist noch nicht ganz erreicht" und "Das Ziel ist erreicht" zu "Das Ziel ist übertroffen". Die Leistungen des Antragstellers wurden über den zehnjährigen Tätigkeitszeitraum fast ausnahmslos mit den beiden letztgenannten Leistungsstufen bewertet, was dazu führte, dass die Auszahlungen an den Antragsteller jeweils nicht wesentlich unterhalb des möglichen Höchstbetrags lag. 45

b) 46

Selbst unterstellt, der Antragsgegnerin hätte das beschriebene Erkenntnismaterial zur Nachzeichnung der laufbahnrechtlichen Entwicklung des Antragstellers nicht tatsächlich zur Verfügung gestanden, so hätte sie diese jedenfalls fiktiv nachzeichnen müssen. Dabei ist zunächst von der zuletzt beurteilten Leistung des Beamten auszugehen und anzunehmen, dass er auch weiterhin dieses Leistungsniveau halte. Schließlich ist das Leistungsbild des Beamten anhand der Leistungsentwicklung vergleichbarer Kollegen zu messen und entsprechend einzuordnen. 47

Vgl. BVerwG, Urteil vom 21. September 2006 – 2 C 13.05 –, BVerwGE 126, 333 = juris Rn. 18 f.; Urteil des Senats vom 10. Juni 2010 – 1 A 2859/07 – sowie OVG NRW, Beschluss vom 14. Februar 2005 48

– 6 B 2496/03 -, PersV 2005, 271 = juris Rn. 17 f. 49

All dies hat die Antragsgegnerin unterlassen. Weder hat sie eine Prognose über die potentiellen Leistungen des Antragstellers bei unterstelltem Verbleiben im Beamtenverhältnis angestellt noch hat sie eine Vergleichsgruppe von anderen Beamten erstellt, die zum Zeitpunkt des Beginns der Beurlaubung 50

als dem Antragsteller gleich leistungsstark, befähigt und geeignet eingestuft waren und die gegebenenfalls – unter entsprechender Bewährung auf höherwertigen Posten – weiter aufgestiegen sind. Auch aus diesem Grund ist der Antragsteller auf der Grundlage des Benachteiligungsverbots so zu stellen, als hätte er sich auf einem mit B 3 bewerteten Dienstposten bewährt.

c) 51

Dass der Antragsteller nach alledem bei einer rechtmäßig erfolgten Nachzeichnung seines laufbahnrechtlichen Werdegangs in das Bewerbungsverfahren für eine Beförderung nach B 3 einzubeziehen gewesen wäre, wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass er nach Beendigung der Beurlaubung und bis zum heutigen Tage bei der Antragsgegnerin auf einer haushaltsrechtlich mit A 16 bewerteten Stelle geführt wird. Denn dieser Umstand rechtfertigt lediglich die Bewertung, dass damit allenfalls die schon während der zehnjährigen Beurlaubung rechtsfehlerhaft unterbliebene Einbeziehung des Antragstellers in Beförderungsverfahren verfestigt worden ist. Die Fortsetzung jenes rechtsfehlerhaften Verhaltens kann aber nicht zu dessen Rechtfertigung herangezogen werden. Aus ihm können dem Antragsteller keine weiteren Nachteile erwachsen. 52

2. 53

Schließlich geht – obschon nach dem oben Ausgeführten nicht mehr unmittelbar entscheidungsrelevant – auch die Einschätzung der Antragsgegnerin fehl, die gegenwärtige Innehabung eines unstrittig mit A 16/B 3 bewerteten Dienstpostens bei dem Bundesministerium für C. und G. könne deswegen nicht als eine Bewährung auf einem höherwertigen Dienstposten bewertet werden, weil dieser Dienstposten nicht bei der Antragsgegnerin, sondern bei der Abordnungsbehörde bestehe. Es mag zutreffen, dass – wie in der Beschwerdebegründung ausgeführt – dieser Ausschluss der Verwaltungspraxis der Antragsgegnerin entspricht. Die Aufstellung solcher objektiver Voraussetzungen in Form von Beförderungsrichtlinien oder schlicht der Verwaltungspraxis durch den Dienstherrn ist aber immer nur dann zulässig, wenn diese Voraussetzungen nicht mit dem Grundsatz der Bestenauslese in Konflikt stehen. Von einem solchen Konflikt ist bei einem pauschalen Ausschluss aller abgeordneter Beamten auszugehen, wie es ebenso rechtswidrig wäre, pauschal behördenfremde Bewerber gerade deswegen nicht in das Auswahlverfahren einzubeziehen. Ziel der Verwendung eines Beamten auf einem höherwertigen Dienstposten ist es gemäß § 32 Nr. 2 BLV, einen Nachweis über die Eignung des Beamten für das höherwertige Amt zu erlangen. Diese Vorschrift füllt das Prinzip der Bestenauslese aus, das neben der Leistung und Befähigung eben auch die Eignung für das höherwertige Amt zum Maßstab für die Beurteilung des Beamten macht. Andere als diese Bewertungskriterien, welche aus dem Grundsatz der Bestenauslese aus Art. 33 Abs. 2 GG folgen, können wegen der umfassenden Geltung dieses Grundsatzes nur dann geltend gemacht werden, wenn ihnen ebenfalls Verfassungsrang zukommt. 54

Vgl. BVerwG, Urteil vom 25. November 2004 – 2 C 17.03 - BVerwGE 122, 237 = juris Rn. 14. 55

Vor diesem Hintergrund geht die Einschätzung der Antragsgegnerin fehl, der Eignungsnachweis könne grundsätzlich nur bei der Stammbehörde erbracht werden. Ein solcher Einwand wäre allenfalls dann berechtigt, wenn feststünde, dass die auf dem konkreten Dienstposten bei der Abordnungsbehörde zu erbringende Leistung ungeeignet ist, die erforderliche Eignungsprognose für eine spätere Verwendung im Beförderungsamt bei der Stammbehörde zu ermöglichen, etwa weil die dort gestellten Anforderungen sich wesentlich von denjenigen bei der Stammbehörde unterscheiden und sie auch nicht in eine vergleichbare Wertung einbezogen werden können. Hierzu ist im konkreten Fall aber von der Antragsgegnerin nichts vorgetragen. Es ist auch sonst nicht ersichtlich, dass die Antragsgegnerin Überlegungen zur Erprobungsgeeignetheit des Dienstpostens beim Bundesministerium für C. und G. angestellt hat. Ein pauschaler Ausschluss einer Erprobung bei einer Abordnungsbehörde verbietet sich zudem schon allein aufgrund der bereits aufgezeigten und zum Teil in § 33 Abs. 3 BLV vorgesehenen Möglichkeit der Bewährung während der Beurlaubung. 56

3. 57

Soweit die Antragsgegnerin geltend macht, abgeordnete Beamte könnten deswegen nicht befördert werden, weil sie dann mit Beendigung der Abordnung Anspruch auf eine Beschäftigung auf einem ihrem neuen Amt angemessenen Dienstposten hätten, ist diese Begründung nicht tragfähig. Zum einen hätte auch derjenige Beamte, der zum Zeitpunkt der Beförderungsentscheidung bei der Stammbehörde tätig ist, einen Anspruch auf amtsangemessene Beschäftigung bezogen auf das Beförderungsamt. Wenn für ihn ein solcher Dienstposten zur Verfügung steht, ist nicht ersichtlich, warum dies im Fall von Beamten, 58

die erst nach der Beendigung der Abordnung zur Stammbehörde zurückkehren, ausgeschlossen sein soll, zumal der Zeitpunkt der Rückkehr zur Stammbehörde in der Regel mit einigem zeitlichen Vorlauf feststeht und somit planbar ist. Sollte dies der Antragsgegnerin im Rahmen der für alle Behörden üblichen Personalwirtschaft nicht möglich sein, besteht auch immer die Möglichkeit einen höher bewerteten Dienstposten in der Art für den erwarteten Rückkehrer freizuhalten, dass er vorübergehend unterwertig besetzt wird, eine Praxis, die der Antragsgegnerin nach ihren eigenen Ausführungen und auch unter Anschauung des Werdegangs des Antragstellers nicht fremd zu sein scheint.

II. 59

Die Antragsgegnerin wendet weiterhin gegen die Entscheidung des Verwaltungsgerichts ein, sie habe die Auswahlentscheidung dem Antragsteller gegenüber weder begründen noch in sonstiger Weise dokumentieren müssen. Sie habe keinerlei Auswahlentscheidung im Verhältnis zwischen dem Antragsteller und anderen Beamten getroffen, sodass sie gegenüber dem Antragsteller auch nicht begründungs- bzw. dokumentationspflichtig gewesen sei. Die schlichte Mitteilung vom 24. November 2009, in dem dem Antragsteller mitgeteilt worden sei, dass er im Rahmen des Auswahlverfahrens für eine Beförderungsplanstelle der Wertigkeit B 3 nicht habe berücksichtigt werden können, habe damit den rechtlichen Anforderungen genügt. 60

Auch dieser Einwand geht fehl. Zu ihm ist zunächst zu bemerken, dass sich ein Dienstherr in einer objektiv bestehenden Konkurrenz um höherwertige Dienstposten oder um Beförderungen – wie hier – seiner Dokumentationspflicht hinsichtlich seiner für diesen Fall von Art. 33 Abs. 2 GG vorgesehenen Pflicht zur Auswahl nicht dadurch entledigen kann, dass er, anstatt nachvollziehbare Auswahlerwägungen anzustellen, sich auf den rechtswidrigen Standpunkt stellt, er könne Dienstpostenbesetzungen oder Beförderungen statt durch Auswahl durch Kooptation von hoher Hand vornehmen. Im Rahmen von Auswahlentscheidungen in Beförderungsverfahren trifft den Dienstherrn im übrigen immer die Pflicht, seine Auswahlerwägungen schriftlich niederzulegen. Hintergrund dieser Anforderung ist der Grundsatz der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG in Verbindung mit der in Art. 19 Abs. 4 enthaltenen Rechtsschutzgarantie. Nur wenn die Behörde ihre Auswahlentscheidung schriftlich fixiert, kann ein unterlegener Bewerber – ggf. nach Akteneinsicht – sachgerecht darüber befinden, ob er die Entscheidung des Dienstherrn akzeptieren oder um Rechtsschutz nachsuchen soll. Eine Anfechtung ins Blaue hinein ist unzumutbar. 61

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 9. Juli 2007 – 2 BvR 206/07 – NVwZ 2007, 1178 (1179), 62
BVerwG, Beschluss vom 16. Dezember 2008 – 1 WB 59.08 – BVerwGE 133, 20 = juris Rn. 35, sowie
Urteil des Senats vom 28. April 2004 – 1 A 1721/01 – IÖD 2004, 211 = juris Rn. 57 und Beschluss des
Senats vom 16. Februar 2010 – 1 B 1483/09 - .

Es mag zutreffend sein, dass das Unterbleiben der entsprechenden Dokumentation demjenigen gegenüber nicht rechtsfehlerhaft ist, der von der Auswahlentscheidung (zweifelsfrei) nicht betroffen ist. Das gilt jedenfalls nicht für den Antragsteller. 63

Zunächst erscheint der im gerichtlichen Verfahren durchgängig vorgebrachte Einwand der Antragsgegnerin, der Antragsteller sei nicht in das Auswahlverfahren einbezogen worden, weil es bei ihm bereits an einer objektiven Voraussetzung für die Beförderung gefehlt habe, vor dem Hintergrund des Inhalts der Verwaltungsvorgänge nicht ganz widerspruchsfrei. Denn in der hinter dem Absageschreiben an den Antragsteller vom 24. November 2009 abgehefteten "Reihungsliste für die Einweisung in eine Planstelle nach BesGr B 3" wird auch der Antragsteller - wenn auch auf wenig aussichtsreicher Position - aufgeführt. In dieser Reihungsliste, die übrigens auch einige Beamte in der Inanspruchnahme berücksichtigt, scheint die Antragsgegnerin auch eine Rangfolge der Bewerber festgelegt zu haben, denn der erstplatzierte Bewerber soll nach der unter der Reihungsliste befindlichen schriftlich niedergelegten Entscheidung in die Planstelle nach B 3 eingewiesen werden. Wäre die Antragsgegnerin wirklich der Auffassung, eine Beförderung des Antragstellers sei von vornherein ausgeschlossen, erschiene es konsequent, ihn hier erst gar nicht aufzuführen, oder diesen Umstand (woran es ebenfalls fehlt) wenigstens anderweitig in dem Auswahlvorgang zu dokumentieren. 64

Sodann war der Antragsteller, wie unter I. ausgeführt, sehr wohl in die Auswahlentscheidung einzubeziehen, sodass die Dokumentationspflichten auch ihm gegenüber bestanden. Die in den Akten befindliche Begründung für die Beförderungsentscheidung genügt jedoch in keinerlei Hinsicht den Anforderungen. Die Begründung einer Auswahlentscheidung in einer Beförderungskonkurrenz muss sich nach dem Grundsatz der Bestenauslese zu Leistung, Eignung und Befähigung der Kandidaten verhalten, 65

sich an vorhandenen Beurteilungen orientieren und wesentliche Auswählerwägungen vollständig dokumentieren.

Vgl. Beschlüsse des Senats vom 04. September 2001 – 1 B 205/01 -, vom 16. Februar 2009 – 66 1 B 1918/08 –, juris Rn. 11 und 14, und vom 02. April 2009 – 1 B 1833/08 – ZBR 2009, 344 = juris Rn. 17.

Die von der Antragsgegnerin dokumentierte Begründung hinsichtlich des dem Antragsteller mitgeteilten Entscheidungsergebnisses genügt diesen Anforderungen nicht. Sie beschränkt sich im Wesentlichen auf die drei Aussagen, dass der ausgewählte Beamte nach den Kriterien der Bestenauslese ausgewählt worden sei, dass er eine hervorgehobene Position innehatte und dass er sich von den übrigen Bewerbern abhebe. An keiner Stelle nimmt die dürftige Begründung Bezug auf Beurteilungen des ausgewählten Beamten oder der konkurrierenden Bewerber. Die Orientierung am Grundsatz der Bestenauslese sowie die Überlegenheit des ausgewählten Beamten werden schlicht behauptet, ohne dies mit Gründen zu untermauern. Insbesondere werden die Leistungen des ausgewählten Beamten nicht einmal im Ansatz in einen Vergleich zu den übrigen Beamten gebracht. Konkret auf den Antragsteller bezogen werden an keiner Stelle die von der Antragsgegnerin verfassten Beurteilungen vom 31. August 2006 und vom 30. März 2009 berücksichtigt und seine Leistungen während der Inanspruchnahme und auch danach gewürdigt. 67

III. Auch der Einwand der Antragsgegnerin, die mit der Beschwerde angefochtene Anordnung des Verwaltungsgericht sei unverhältnismäßig, weil sie sich nicht darauf beschränkt habe, der Antragsgegnerin aufzugeben "mindestens eine" Beförderungsplanstelle der Wertigkeit B 3 BBesO nicht zu vergeben, sondern diese Verpflichtung auf "alle" ihr zugewiesenen Planstellen dieser Wertigkeit erstreckt habe, trägt nicht. Eine solche reduzierte Anordnung könnte allenfalls dann den Bewerbungsverfahrenanspruch des Antragstellers wahren, wenn es ihm möglich wäre, sich in einem transparenten Verfahren auf eine konkrete Stelle zu bewerben. Diesen Anforderungen genügt das Verfahren bei der Antragsgegnerin jedoch nicht. Nach den im Verfahren 15 L 927/09 (VG Köln) vom Antragsteller glaubhaft gemachten und von der Antragsgegnerin unwidersprochenen Darstellung werden letzterer in regelmäßigen Zeitabständen Beförderungsplanstellen zugewiesen. Die Anzahl der Stellen wird potentiellen Bewerbern aber nicht bekannt gegeben. Eine Ausschreibung erfolgt nicht. Angesichts dieser undurchsichtigen Praxis stellt es sich für den Antragsteller als mit Blick auf den durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleisteten Anspruch auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes unzumutbar dar, die gerichtliche Anordnung auf eine Stelle zu beschränken. 68

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO; die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 1 und 2, § 47 Abs. 1 Satz 1 GKG. 69

Dieser Beschluss ist nach § 152 Abs. 1 VwGO und hinsichtlich der Streitwertfestsetzung gemäß §§ 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG unanfechtbar. 70
