



Beglaubigte Abschrift



Verwaltungsgericht Hannover

Beschluss

13 B 6519/17

In der Verwaltungsrechtssache

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

– Antragstellerin –

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Koch und andere,
Hohenzollernstraße 25, 30161 Hannover

gegen

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch die Deutsche Telekom AG

– Antragsgegnerin –

Prozessbevollmächtigte:
Arbeitgeberverband

Beigeladen:

Prozessbevollmächtigte:

wegen Konkurrentenverfahren Telekom
- Antrag nach § 123 VwGO -

hat das Verwaltungsgericht Hannover - 13. Kammer - am 23. Januar 2018 beschlossen:

Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, vor Ablauf von zwei Wochen nach Bekanntgabe einer erneuten Beförderungsentscheidung an die Antragstellerin, längstens bis zur Bestandskraft der der Antragstellerin unter dem 3. Juli 2017 bekanntgegebenen Auswahlentscheidung, den Beigeladenen auf der Beförderungsliste „TPS_BPR“ nach A 12 BBesO zu befördern.

Die Antragsgegnerin und der Beigeladene tragen ihre außergerichtlichen Kosten jeweils selbst. Die übrigen Kosten des Verfahrens tragen die Antragsgegnerin und der Beigeladene je zur Hälfte.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 28.888,86 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

Die Antragstellerin wendet sich gegen die beabsichtigte Beförderung des Beigeladenen nach Besoldungsgruppe A 12 BBesO.

Die 19 geborene Antragstellerin ist Bundesbeamtin und steht als Amtfrau (BesGr. A 11 BBesO) in der Funktion einer Projektmanagerin im nichttechnischen Dienst der Deutschen Telekom AG. Sie wurde im August 2016 in einer für den Zeitraum vom 1. November 2013 bis zum 31. August 2015 erstellten Regelbeurteilung im Gesamtergebnis mit „Sehr gut +“ beurteilt. Diese Beurteilung wurde durch einen Aktualisierungsvermerk vom 5. April 2017 bestätigt.

Der Beigeladene ist ebenfalls Bundesbeamter und steht als Amtmann (BesGr. A 11 BBesO) in der Funktion eines Projektmanagers im technischen Dienst der Deutschen Telekom AG. Er wurde im August 2016 in einer für den Zeitraum vom 1. November 2013 bis zum 31. August 2015 erstellten Regelbeurteilung im Gesamtergebnis mit „Sehr gut +“ beurteilt.

Die Antragsgegnerin führte im Jahr 2017 eine sogenannte „Beförderungsrunde 2017“ auf der „Beförderungsliste „TPS_BPR“ durch mit dem Ziel einer Beförderung von BesGr. A 11 nach BesGr. A 12. Ohne vorherige Ausschreibung führte sie dabei ein internes Auswahlverfahren durch, in dem sie von 23 in die Auswahl einbezogenen Mitarbeitern den Beigeladenen auswählte. Mit Schreiben vom 3. Juli 2017 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass diese im Zuge der Beförderungsrunde 2017 auf der Beförderungsliste „TPS_BPR“ nach A 12

nicht befördert werden könne. Da bei 23 Beförderungsbewerbern nur eine Planstelle zur Verfügung stehe, könnten nur Beamte befördert werden, die mindestens mit „Sehr gut +“ beurteilt worden seien. Die Antragstellerin könne gleichwohl nicht befördert werden, weil sie die gemäß § 32 Nr. 2 BLV erforderliche Erprobungszeit von mindestens sechs Monaten (§ 34 Abs. 1 BLV) auf einer höherwertigen Tätigkeit nicht erbracht habe.

Daraufhin legte die Antragstellerin unter dem 14. Juli 2017, bei der Antragsgegnerin am 21. Juli 2017 eingegangen, Widerspruch ein, über den bislang noch nicht entschieden wurde.

Ebenfalls am 14. Juli 2017 hat die Antragstellerin bei dem Verwaltungsgericht um Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nachgesucht. Sie macht im Wesentlichen eine Verletzung des Gebotes der Chancengleichheit geltend, weil sie bislang keine Möglichkeit erhalten habe, sich im Rahmen einer höherwertigen Tätigkeit zu bewähren. Außerdem sei rechtswidrig ein Vergleich zwischen ihr als nichttechnischer Beamtin und dem Beigeladenen als technischem Beamten und damit zwischen Beamten unterschiedlicher Laufbahnen angestellt worden.

Die Antragstellerin beantragt,

der Antragsgegnerin durch Erlass einer einstweiligen Anordnung zu untersagen, bis zur Rechtskraft einer Entscheidung in der Hauptsache Beförderungen in der Beförderungsrunde 2017 nach A 12 auf der Beförderungsliste „TPS_BPR“ vorzunehmen, ohne für die Antragstellerin eine Beförderungsstelle freizuhalten.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen

und verteidigt die von ihr getroffene Auswahlentscheidung unter Hinweis darauf, dass der Beigeladene in der Zeit vom 15. September 2011 bis 30. April 2013 eine höherwertige Tätigkeit wahrgenommen habe.

Der Beigeladene beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Er teilt die Ansicht der Antragsgegnerin, dass die Antragstellerin die Beförderungsvoraussetzungen nicht erfülle. Zudem werde er, weil er seine Beurteilung inzwischen verwaltungsgerichtlich angefochten habe, nach der von ihm erwarteten Aufhebung seiner Beurteilung eine neue Beurteilung mit dem Gesamtergebnis "Hervorragend" erhalten, so dass völlig auszuschließen sei, dass die Antragstellerin an ihm „vorbeiziehen“ könne.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und des beigezogenen Verwaltungsvorgangs Bezug genommen.

II.

1. Der auf den Erlass einer einstweiligen Sicherungsanordnung (§ 123 Abs. 1 S. 1 VwGO) gerichtete Antrag ist zulässig und hat in der Sache nach Maßgabe des Tenors Erfolg.

a. Die Antragstellerin hat die Eilbedürftigkeit der begehrten Sicherungsanordnung und damit einen Anordnungsgrund nach § 123 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO glaubhaft gemacht. Denn die Antragsgegnerin beabsichtigt, den Beigeladenen nach A 12 zu befördern und hat gemäß Ihrer Mitteilung an das Verwaltungsgericht vom 19. Juli 2017 allein im Hinblick auf das vorliegende Eilverfahren bis zu dessen rechtskräftigen Abschluss zugesagt, die für die Antragstellerin in Betracht kommende Beförderungsstelle auf der Beförderungsliste „TPS_BPR“ nach A 12 nicht zu besetzen. Steht somit die von der Antragsgegnerin beabsichtigte - wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität grundsätzlich irreversible - Vergabe des streitgegenständlichen Statusamts an den Beigeladenen unmittelbar bevor, resultiert daraus zugleich die Gefahr, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung des Bewerbungsverfahrensanspruchs des Antragstellers vereitelt werden könnte.

b. Die Antragstellerin hat auch einen Anordnungsanspruch gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO glaubhaft gemacht. Das Auswahlverfahren der Antragsgegnerin ist rechtswidrig (aa.) und die Erfolgsaussichten der Antragstellerin sind bei einer erneuten Auswahl offen (bb.).

aa. Art. 33 Abs. 2 GG gewährt jedem Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Auf Basis dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe, die in § 9 BeamtStG und in § 9 BBG sowie in § 22 Abs. 1 S. 1 BBG für Beförderungen wiederholt werden, dürfen Ämter nur nach Kriterien vergeben werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung betreffen. Hierbei handelt es sich um Gesichtspunkte, die darüber Aufschluss geben, in welchem Maße der Beamte den Anforderungen seines Amtes genügt und sich in einem anderen Amt voraussichtlich bewähren wird. Der Dienstherr darf das Amt nur demjenigen Bewerber verleihen, den er aufgrund eines den Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG entsprechenden Leistungsvergleichs als den am besten geeigneten ausgewählt hat. Art. 33 Abs. 2 GG dient insoweit als objektiv-rechtliches Prinzip dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes. Fachliches Niveau und rechtliche Integrität des öffentlichen Dienstes sollen gerade durch die ungeschmälerte Anwendung des Leistungsgrundsatzes gewährleistet werden.

Zudem vermittelt Art. 33 Abs. 2 GG Bewerbern ein grundrechtsgleiches Recht auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl. Jeder Bewerber um das Amt hat einen Anspruch darauf, dass der Dienstherr seine Bewerbung nur aus Gründen zurückweist, die durch den Leistungsgrundsatz gedeckt sind. Ein Bewerber um ein öffentliches Amt kann die Einhaltung des beamtenrechtlichen Leistungsgrundsatzes einfordern (sog. Bewerbungsverfahrensanspruch; BVerwG, Urt. v. 04.11.2010, 2 C 16.09, juris Rn. 21 m. w. N.; BVerfG, Beschl. v. 29.07.2003, 2 BvR 311/03, juris Rn. 11).

In diesem Zusammenhang unterliegt die Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin über die Beförderung der Antragstellerin bzw. des Beigeladenen als Akt wertender Erkenntnis lediglich einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle. Die verwaltungsgerichtliche Nachprüfung beschränkt sich darauf, ob die Verwaltung den anzuwendenden Begriff oder den gesetzlichen Rahmen, in dem sie sich frei bewegen kann, verkannt hat oder ob sie von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe nicht beachtet, sachfremde Erwägungen angestellt oder gegen Verfahrensvorschriften verstoßen hat (OVG Lüneburg Beschl. v. 28. November 2012, 5 ME 240/12, juris Rn. 19).

Diesen Anforderungen wird das Auswahlverfahren der Antragsgegnerin nicht gerecht.

Denn die Antragstellerin durfte in diesem Fall nicht allein im Hinblick auf das Fehlen einer Erprobungszeit vom Beförderungsverfahren ausgeschlossen werden.

Die Beförderung von Absolventen einer 6-monatigen Erprobungszeit in einer höherwertigen Funktion i.S.v. §§ 22 Abs. 2 BBG, § 32 Nr. 2 BLV steht allenfalls dann mit Art. 33 Abs. 2 GG in Einklang, wenn auch die Übertragung der Wahrnehmung einer höherwertigen Tätigkeit zum Zweck der Erprobung seinerseits aufgrund einer Bewerberauswahl in Anwendung des Leistungsgrundsatzes vergeben worden ist. Denn die (entweder nur vorübergehende/kommissarische oder auch dauerhafte) Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit zum Zweck der Erprobung schafft insofern überhaupt erst die laufbahnrechtliche Voraussetzung für die spätere Beförderung. Die Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit zur Erprobung soll unter den Bedingungen praktischer Tätigkeit die Prognose bestätigen, dass der auf diese Weise Erprobte - besser als etwaige Mitbewerber - den Anforderungen des Beförderungsamtes genügen wird. Wird wie hier für eine Beförderung eine erfolgreiche Erprobungszeit vorausgesetzt, haben letztlich nur die erfolgreich erprobten Bewerber überhaupt eine Chance auf eine Beförderung. Andere Interessenten, die bislang nicht in höherwertigen Tätigkeiten erprobt worden sind, kommen für eine Beförderung aus laufbahnrechtlichen Gründen nicht in Betracht. Damit wird die Auswahl für Beförderungsämter gewissermaßen vorverlagert auf die Auswahl unter den Bewerbern um höherwertige Funktionen. Angesichts dieser Vorwirkung muss der insofern gebotene, die eigentliche Beförderungsauswahl vorwegnehmende Leistungsvergleich auch für den Zeitpunkt der nunmehr anstehenden Beförderungen noch Aussagekraft haben; er darf also seine Aktualität nicht schon eingebüßt haben (vgl. zum Ganzen: BVerwG, Beschl. v. 19. Dezember 2014,

2 VR 1/14, juris Rn. 17; Beschl. v. 20. Juni 2013, 2 VR 1/13, juris Rn. 11- 15; OVG Hamburg, Beschl. v. 8. Mai 2015, 5 Bs 227/14, juris Rn. 37 m.w.N.; OVG Münster, Urt. v. 27. April 2017, 1 A 1664/15, juris Rn. 55 f. m.w.N.). Auch steht der Grundsatz der Ämterstabilität einer solchen inzidenten Überprüfung der vorgelagerten früheren Auswahlentscheidung für die erprobungsgeeignete höherwertige Tätigkeit in dem jetzt anstehenden Beförderungsverfahren nicht entgegen, weil die seinerzeit getroffene Auswahl keine unmittelbar statusverändernden Wirkungen hatte.

Hier ist nicht ersichtlich, dass seinerzeit die Auswahl zur Ableistung der erprobungsgeeigneten höherwertigen Tätigkeit des Beigeladenen nach den vorgenannten Grundsätzen rechtmäßig erfolgt wäre.

Anhand der von der Antragsgegnerin vorgelegten Akten ist bereits nicht nachvollziehbar, dass der Beigeladene - wie sich aus dem Auswahlvorgang der Antragsgegnerin gar nicht, sondern nur aus deren Vorbringen in ihrem Schriftsatz vom 9. Januar 2018 ergibt - in der Zeit vom 15. September 2011 bis 30. April 2013 eine höherwertige Tätigkeit wahrgenommen hat. Vielmehr ergibt sich aus seiner für den Zeitraum vom 15. September 2011 bis zum 31. Oktober 2013 erstellten Beurteilung vom März 2015, dass seine Funktion nach A 11 bewertet und er im gesamten Beurteilungszeitraum „amtsangemessen“ - folglich nicht höherwertig - eingesetzt“ gewesen sei. Unklar bleibt insofern auch, ob dem Beigeladenen die höherwertige Tätigkeit nur bei Gelegenheit, etwa als kommissarische Vakanzvertretung, oder bereits zielgerichtet zum Zweck der Erprobung übertragen worden war.

Selbst wenn man jedoch insofern von der Richtigkeit des Vortrags der Antragsgegnerin in der Sache und von einer entsprechenden Erprobung des Beigeladenen ausgeht, ist die in diesem Verfahren in Rede stehende aktuelle Auswahlentscheidung (folge-)rechtswidrig. Denn obwohl die Antragstellerin insofern ausdrücklich eine Verletzung des Gebots der Chancengleichheit gerügt und das Gericht mit seiner Verfügung vom 18. Dezember 2017 ausdrücklich nachgefragt hat, in welchen Verfahren nach welchen Kriterien Beamte in ihrem Bereich die Möglichkeit haben, eine gemäß § 32 Nr. 2 BLV erforderliche Erprobung in Rahmen einer höherwertigen Tätigkeit zu absolvieren, hat die Antragsgegnerin hierzu nichts weiter mitgeteilt. Auch aus den vorgelegten Verwaltungsvorgängen der Antragsgegnerin und der Personalakte des Beigeladenen ist nicht ersichtlich, dass seinerzeit vor der Erprobung des Beigeladenen ein am Leistungsgrundsatz orientiertes Auswahlverfahren stattgefunden hätte, in dem die Antragstellerin sich hätte bewerben oder ihr Interesse bekunden können.

Falls seinerzeit ein solches Auswahlverfahren stattgefunden haben sollte, läge dieses, weil es vor dem 15. September 2011 und damit - bezogen auf die jetzige Auswahlentscheidung vom 3. Juli 2017 - vor circa fünf Jahren und zehn Monaten stattgefunden hätte, zeitlich jedenfalls zu weit zurück, und selbst die höherwertige Tätigkeit, die der Beigeladene nur bis zum 30. April

2013 wahrgenommen hatte, läge über vier Jahre zurück und hätte für einen Leistungsvergleich im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung am 3. Juli 2017 keine hinreichende Aussagekraft mehr.

bb. Die Chancen der Antragstellerin bei einer erneuten Auswahlentscheidung sind auch offen.

Denn es lässt sich nicht ausschließen, dass die Antragstellerin bei einer erneuten Auswahlentscheidung zum Zuge kommen könnte, ihre Auswahl also jedenfalls möglich erscheint (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 24.9.2002 - 2 BvR 857/02 -, juris Rn 11 ff.; BVerfG, Urteil vom 4.11.2010 - BVerfG 2 C 16.09 -, juris Rn 32; Nds. OVG, Beschluss vom 8.9.2011 - 5 ME 234/11 -, juris Rn 27).

Dies ergibt sich bereits daraus, dass der Beigeladene nach dem dem Gericht aus den Akten der Antragsgegnerin bekannten Sachstand möglicherweise selbst gar nicht die Voraussetzung einer Erprobung in einer höherwertigen Funktion erfüllt. Die Auswahl des dann gar nicht erprobten Beigeladenen wäre dann angesichts des sich aus den aktuellen dienstlichen Beurteilungen ergebenden Leistungsgleichstands zwischen Beigeladenem und Antragstellerin ohne Heranziehung weiterer Auswahlkriterien nicht rechtmäßig erfolgt und die Antragstellerin hätte Anspruch auf die Durchführung eines neuen Auswahlverfahrens.

Sollte der Beigeladene tatsächlich seinerzeit erprobt worden sein, ergibt sich die Erfolgsmöglichkeit für die Antragstellerin daraus, dass nach dem derzeit bekannten Sachstand seinerzeit für die Wahrnehmung der erprobungsgerechten höherwertigen Tätigkeit keine Auswahl nach dem Leistungsgrundsatz stattgefunden hat, so dass die heutige Auswahlentscheidung (folge-) rechtswidrig und neu durchzuführen wäre. Sollte dem Beigeladenen seinerzeit eine höherwertige Tätigkeit lediglich kommissarisch (ohne Erprobungszwecke) übertragen worden sein, wäre die heutige Auswahlentscheidung ebenfalls rechtswidrig und neu durchzuführen, weil der Beigeladene aufgrund der nur gelegentlichen Wahrnehmung höherwertiger Aufgaben nicht bessergestellt werden darf als die Antragstellerin, die eine solche Gelegenheit offenbar nur zufällig nicht hatte.

Sollte doch seinerzeit für die Wahrnehmung der erprobungsgerechten höherwertigen Tätigkeit eine Auswahl nach dem Leistungsgrundsatz stattgefunden haben, ergäbe sich die Erfolgsmöglichkeit für die Antragstellerin daraus, dass der damalige Leistungsvergleich heute keine ausreichende Aktualität mehr hätte und deshalb neu durchzuführen wäre.

2. Da der Antrag bereits aus den vorstehenden Gründen Erfolg hat, bedurfte es keiner Klärung der von der Antragstellerin angesprochenen weiteren Frage, ob die Auswahlentscheidung schon deshalb rechtswidrig sei, weil ein Vergleich zwischen einer nichttechnischen Beamtin und einem technischen Beamten und damit zwischen Beamtinnen unterschiedlicher Laufbahnen angestellt worden ist.

3. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 1 und Abs. 3, 159 S. 1 VwGO i.V.m. § 100 Abs. 1 ZPO, 162 Abs. 3 VwGO.

4. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 63 Abs. 2 Satz 1, 53 Abs. 2 und 52 Abs. 1 und 6 Satz 4 i.V.m. Satz 1 Nr. 1 GKG. Danach ist für ein Hauptsacheverfahren die Hälfte der Summe der für ein Kalenderjahr zu zahlenden Bezüge der in dem Beförderungsverfahren in Rede stehenden Besoldungsgruppe anzusetzen. Der somit zugrunde zu legende sechsfache Betrag des Endgrundgehalts der angestrebten Besoldungsgruppe A 12 beträgt - bezogen auf den Zeitpunkt der Antragstellung gemäß § 20 Abs. 2 BBesG i.V.m. Anlage IV und § 78 Abs. 2 BBesG (4.814,81 Euro x 6 =) 28.888,86 Euro. Eine Halbierung des so ermittelten Streitwertes für das Eilverfahren findet nicht statt (vgl. Nds. OVG, Beschl. v. 16.05. 2013, 5 ME 92/13, Rn. 29, juris).

Rechtsmittelbelehrung