

VERWALTUNGSGERICHT HANNOVER



Az.: 13 B 7374/16

BESCHLUSS

In der Verwaltungsrechtssache

des

Antragsteller,

Proz.-Bev.:

Rechtsanwälte Koch und andere,
Hohenzollernstraße 25, 30161 Hannover, -

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch die Deutsche Telekom AG

Antragsgegnerin,

Proz.-Bev.:

Beigeladener

Streitgegenstand: Stellenbesetzung
- Antrag nach § 123 VwGO -

hat das Verwaltungsgericht Hannover - 13. Kammer - am 2. Mai 2017 beschlossen:

Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, vor Ablauf von zwei Wochen nach Bekanntgabe einer erneuten Beförderungsentscheidung an den Antragsteller, längstens bis zur Bestandskraft der dem Antragsteller unter dem 28. November 2016 bekanntgegebenen Auswahlentscheidung, den Beigeladenen auf der Beförderungsliste „■“ nach A 13_vz BBesO zu befördern.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen sind nicht erstattungsfähig.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 29.822,04 Euro festgesetzt.

G r ü n d e

I.

Der Antragsteller wendet sich gegen die beabsichtigte Besetzung eines nach Besoldungsgruppe A 13 BBesO bewerteten Dienstpostens bei der Antragsgegnerin mit dem Beigeladenen.

Der 1962 geborene Antragsteller ist Bundesbeamter und steht als Technischer Fernmeldeamtsrat (BesGr. A 12 t BBesO) im Dienst der Deutschen Telekom AG. Dort ist er gemäß § 4 Abs. 3 PostPersRG i.V.m. § 13 Abs. 1 SURVO zur Wahrnehmung einer Tätigkeit als angestellter ■ bei der T ■ GmbH im Bereich ■, beurlaubt. Diese Tätigkeit ist mit T 10 bewertet und entspricht in ihrer Wertigkeit der Besoldungsgruppe A 13h/A14 BBesO.

Der Beigeladene ist ebenfalls Bundesbeamter und steht als Technischer Postamtsrat (BesGr. A 12 BBesO) im Dienst der Deutschen Telekom AG. Er ist als Projekt-Manager im selben Bereich wie der Antragsteller tätig. Seine zuletzt wahrgenommene konkrete Tätigkeit ist ebenfalls mit T 10 bewertet und entspricht in ihrer Wertigkeit der Besoldungsgruppe A 13h/A14 BBesO.

Die Antragsgegnerin hat „Beurteilungsrichtlinien für die bei der Deutschen Telekom AG beschäftigten Beamtinnen und Beamten“ erlassen, die zuletzt am 29. Juli 2016 aktualisiert wurden.

Der Antragsteller wurde im August 2016 in einer für den Zeitraum vom 1. November 2013 bis zum 31. August 2015 erstellten Regelbeurteilung mit dem Gesamtergebnis „Sehr gut +“ beurteilt. Diese Beurteilung wurde am 12. August 2016 von der Zweitbeurteilerin und am 24. August 2016 von der Erstbeurteilerin unterzeichnet.

Der Beigeladene erhielt ebenfalls im August 2016 eine Regelbeurteilung für den Zeitraum vom 1. November 2013 bis zum 31. August 2015; darin wurde er mit dem Gesamtergebnis „Hervorragend +“ beurteilt.

Mit Schreiben vom 28. November 2016 teilte die Antragsgegnerin dem Antragsteller mit, dass dieser im Zuge der Beförderungsrunde 2016 auf der Beförderungsliste „■“ nach A 13_vz nicht befördert werden könne. Da bei ■ Beförderungsbewerbern nur ■ Planstellen zur Verfügung stünden, könnten nur Beamte befördert werden, die mindestens mit „Hervorragend +“ beurteilt worden seien. Daraufhin legte der Antragsteller unter dem 8. Dezember 2016 Widerspruch ein, über den bislang noch nicht entschieden wurde.

Ebenfalls am 8. Dezember 2016 hat der Antragsteller bei dem Verwaltungsgericht um Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nachgesucht. Er macht geltend, die Auswahlentscheidung verletze seinen Bewerbungsverfahrensanspruch. Dabei beanstandet er die Rechtmäßigkeit seiner eigenen Beurteilung sowie der des Beigeladenen. Hinsichtlich seiner eigenen Beurteilung trägt er unter anderem vor, es sei nicht rechtmäßig, dass die Zweitbeurteilung ausweislich der Reihenfolge der Unterzeichnungen der Beurteilung offenbar vor der Erstbeurteilung erstellt worden sei.

Der Antragsteller beantragt,

der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu untersagen, den Konkurrenten Herrn ■ auf der Beförderungsliste „■“ nach A 13_vz zu befördern, bis die gegenüber dem Antragsteller ergangene Auswahlentscheidung bestandskräftig geworden ist.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Sie verteidigt die von ihr getroffene Auswahlentscheidung. Dabei hat sie hinsichtlich der Erstellung der Beurteilung durch die Erst- und Zweitbeurteilerin nicht weiter Stellung genommen, sondern lediglich die ihrerseits auf Nachfrage bei der Erstbeurteilerin von dieser abgegebene dienstliche Erklärung im Wortlaut wie folgt mitgeteilt:

„in der Zeit vom 08.-23-08 war ich im Urlaub.

Um keine Zeit mit der Versendung der Beurteilungen zu verlieren, wurden die Beurteilungen zunächst in [REDACTED] von der Zweitbeurteilerin unterschrieben.

Am 24.08 bin ich aus dem Urlaub zurück und habe die Beurteilungen unterschrieben und versandt.“

Der Beigeladene hat sich nicht zur Sache geäußert und keinen Antrag gestellt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge Bezug genommen.

II.

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

a. Der Antragsteller 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, dem Beigeladenen den in Rede stehenden höherwertigen Dienstposten zu übertragen und hat gemäß Ihrer Mitteilung vom 9. Dezember 2016 allein im Hinblick auf das vorliegende Eilverfahren bis zu dessen rechtskräftigen Abschluss die einschlägige Beförderungsliste [REDACTED] BesGr A 13_vz gesperrt. 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. Der Antragsteller hat auch einen Anordnungsanspruch gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO glaubhaft gemacht.

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 BeamStG 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 fach-

liche 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 Besetzung des für den Antragsteller und den Beigeladenen höherwertigen Dienstpostens 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).

Dabei gebietet der aus Art. 33 Abs. 2 GG folgende Grundsatz der Bestenauslese, zur Ermittlung des Leistungsstandards konkurrierender Bewerber in erster Linie auf unmittelbar leistungsbezogene Kriterien zurückzugreifen. Diese sind gemäß § 33 Abs. 1 S. 1 BLV in der Regel den aktuellen dienstlichen Beurteilungen zu entnehmen (BVerfG, Beschl. v. 4.2.2016, 2 BvR 2223/15, juris Rn. 70 m.w.N.; OVG Sachsen, Beschl. v. 19.2.2010, 2 B 576/09, juris Rn. 15) Der danach vorzunehmende Leistungsvergleich muss anhand aussagekräftiger, d.h. aktueller, hinreichend differenzierter und auf gleichen Beurteilungsmaßstäben beruhender dienstlicher Beurteilungen vorgenommen werden (BVerwG, Beschl. v. 19.12.2014, 2 VR 1/14, juris Rn. 35).

Erweist sich eine dienstliche Beurteilung, die Grundlage eines Vergleichs zwischen den Bewerbern um ein Beförderungsamtsamt ist, als rechtsfehlerhaft, kann dies im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung - auch bereits im Verfahren auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes - Konsequenzen im Hinblick auf die Auswahlentscheidung haben (vgl. BVerwG, Urt. v. 18.4.2002, 2 C 19.01, juris Rn. 16).

Soweit dabei - wie hier von dem Antragsteller - im Streit über die Auswahl für ein Beförderungsamtsamt die der Auswahl zugrundeliegende dienstliche Beurteilung angegriffen wird, ist weiter zu berücksichtigen, dass dienstliche Beurteilungen nur eingeschränkt überprüfbar sind. Die verwaltungsgerichtliche Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt sich insofern darauf, ob die Verwaltung den anzuwendenden Begriff oder den gesetzlichen Rahmen, in dem sie sich frei bewegen kann, verkannt hat, ob sie von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, allgemeingültige Wertmaßstäbe nicht beachtet, sachfremde Erwägungen angestellt oder gegen Verfahrensvorschriften insbesondere auch gegen mit höherrangigem Recht vereinbare Richtlinien (Verwaltungsvorschriften) verstoßen hat (ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BVerwG, Beschl. v. 18.06.2009, 2 B 64.08, juris Rn. 6; Nds. OVG, Beschl. v. 28.11.2012, 5 ME 240/12, juris Rn. 26).

Bei der im Eilverfahren lediglich gebotenen summarischen Prüfung, bei der eine weitergehende Sachverhaltsaufklärung grundsätzlich ausgeschlossen ist, sprechen nach der vorliegenden Aktenlage überwiegende Anhaltspunkte dafür, dass die in Rede stehende Anlassbeurteilung des Antragstellers vom August 2016 in verfahrensfehlerhafter Weise zustande gekommen sein könnte.

Hier dürfte hinsichtlich der Beurteilung des Antragstellers vom August 2016 ein Verstoß gegen die gemäß § 50 Abs. 2 BLV erlassene Beurteilungsrichtlinie der Antragsgegnerin vorliegen.

Zwar handelt es sich bei solchen Beurteilungsrichtlinien nicht um Rechtsnormen, sondern nur um Verwaltungsvorschriften, die eine einheitliche Verwaltungsübung sicherstellen sollen (BVerwG, Urt. v. 2. März 2000, 2 C 7/99, juris Rn. 19). Erlässt der Dienstherr indes solche Richtlinien, so hat er diese gemäß Art. 33 Abs. 2 i. V. m. Art 3 Abs. 1 GG gleichmäßig auf alle Beamten anzuwenden, die bei beamtenrechtlichen Entscheidungen über ihre Verwendung und ihr dienstliches Fortkommen miteinander in Wettbewerb treten können. Die Verwaltungsgerichte haben daher im Einzelfall auch zu prüfen, ob die Beurteilungsrichtlinien gleichmäßig eingehalten worden sind (BVerwG, Urt. v. 30. April 1981, 2 C 26/78, juris Rn 25). Denn solche Beurteilungsrichtlinien stellen entweder im Falle ihrer erstmaligen Anwendung eine - der Verwaltung und den Bewerbern im Voraus bekannt gegebene - antizipierte Verwaltungspraxis dar (vgl.

BVerwG, Urt. v. 29. April 1971, II C 20.69, juris Rn. 35, Urt. v. 24. März 1977, II C 14.75, juris Rn. 20) oder sie sind im Falle ihre dauerhaften Anwendung selbst Anknüpfungsgrundlage für eine Selbstbindung der Verwaltung, solange nicht konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich die Verwaltungspraxis von den Beurteilungsrichtlinien entfernt haben könnte (VG Düsseldorf, Urt. v. 08. März 2005, 2 K 6383/04, juris Rn. 30 m.w.N.). Für Letzteres ist hier nichts ersichtlich. Auch ist nicht ersichtlich, dass die Beurteilungsrichtlinien gegen höherrangiges Recht verstoßen würden.

Demnach sind die Beurteilungsrichtlinien der Antragsgegnerin, insbesondere auch die sich daraus ergebenden Verfahrensweisen zur Erstellung von Beurteilungen verbindlich.

Im vorliegenden Fall spricht die derzeitige Aktenlage dafür, dass gegen das System der Erst- und Zweitbeurteilung verstoßen wurde, welches eigentlich durch Nr. 4.2 der Beurteilungsrichtlinie sowie §§ 2 und 3 der dazu ergangenen Anlage I („Leitfaden für Erst- und Zweitbeurteiler(innen) zur Erstellung der dienstlichen Beurteilungen für die Beamtinnen und Beamten der Deutschen Telekom AG“) vorgesehen ist. Nach Nr. 4.2 der Beurteilungsrichtlinie erstellt der Erstbeurteiler einen Beurteilungsvorschlag, der mit dem Zweitbeurteiler zu erörtern ist. Der Zweitbeurteiler ist insbesondere dafür verantwortlich, dass ein einheitlicher Beurteilungsmaßstab Anwendung findet und er hat auf die Schlüssigkeit des Beurteilungsentwurfs zu achten. Die endgültige Entscheidung über die Beurteilung bleibt dem Zweitbeurteiler vorbehalten. Auch nach § 2 der Anlage I zur Beurteilungsrichtlinie erstellt der Erstbeurteiler einen Beurteilungsvorschlag; nach § 3 wirkt der Zweitbeurteiler mit, prüft den Beurteilungsvorschlag des Erstbeurteilers und erörtert von ihm gewollte Abweichungen mit dem Erstbeurteiler.

Diese Verfahrensvorschriften lassen deutlich erkennen, dass - den jeweils unterschiedlichen Mitwirkungskompetenzen von Erst- und Zweitbeurteiler folgend - zunächst ein Beurteilungsentwurf des Erstbeurteilers erstellt werden muss und erst danach der Zweitbeurteiler tätig wird.

Dass dieses Verfahren im Fall des Antragstellers eingehalten worden ist, ist indes nicht ersichtlich. Vielmehr spricht - worauf der Antragsteller zu Recht hinweist - für einen Verstoß gegen diese Vorschriften, dass die Beurteilung zuerst am 12. August 2016 von der Zweitbeurteilerin und erst danach, am 24. August 2016, von der Erstbeurteilerin unterzeichnet worden ist. Diese Chronologie lässt nämlich gerade nicht erkennen, dass tatsächlich zunächst die Erstbeurteilerin einen - durch eine Unterschrift entsprechend autorisierten - eigenständigen Beurteilungsentwurf erstellt hätte, den die Zweitbeurteilerin überprüft hätte. Vielmehr steht zu befürchten, dass hier umgekehrt vorge-

gangen wurde und die Zweitbeurteilerin eine Beurteilung erstellt hat, welche die Erstbeurteilerin nur noch unterschrieben hat ohne zuvor einen eigenen Beurteilungsentwurf erarbeitet zu haben. Auch aus den von der Antragsgegnerin vorgelegten Akten lässt sich der genaue zeitliche und inhaltliche Verlauf der Beurteilungsentstehung nicht nachvollziehen, weil dieser aktenmäßig nicht weiter dokumentiert ist. Die Antragsgegnerin hat insofern im gerichtlichen Verfahren trotz des entsprechenden Angriffs des Antragstellers auch nicht weiter inhaltlich Stellung genommen. Die in diesem Zusammenhang von ihr lediglich zitierte dienstliche Erklärung der Erstbeurteilerin vermag hingegen die Zweifel der Kammer an der korrekten Verfahrensweise nicht auszuräumen. Dass die Erstbeurteilerin angibt, in der Zeit vom 8. bis zum 23. August (wohl 2016) im Urlaub gewesen zu sein, lässt offen, ob sie vor der Erstellung der Beurteilung durch die Zweitbeurteilerin überhaupt einen eigenen Beurteilungsentwurf erstellt hat. Wenig hilfreich ist insofern auch der weitere Hinweis der Erstbeurteilerin darauf, dass keine Zeit mit der Versendung der Beurteilungen verloren werden sollte und die Beurteilungen daher zunächst in [REDACTED] von der Zweitbeurteilerin unterschrieben werden sollten. Denn insofern erschließt sich nicht, warum sie ihren Beurteilungsentwurf, sofern sie diesen bereits vor ihrem Urlaub erstellt hatte, nicht auch noch vor ihrem Urlaubsantritt durch ihre Unterschrift autorisiert, sondern dies erst nach ihrer Urlaubsrückkehr am 24. August 2016 getan hat.

Der insofern naheliegende Verfahrensfehler bei der Erstellung der Beurteilung des Antragstellers ist auch nicht etwa unbeachtlich, sondern könnte sich auf das Auswahlverfahren ausgewirkt haben. Denn es erscheint nicht ausgeschlossen, dass die Beurteilung bei Einhaltung des durch die Beurteilungsrichtlinie vorgeschriebenen Verfahrens anders hätte ausfallen können.

Da der Antrag bereits insofern Erfolg hat, kam es auf die weiteren vom Antragsteller angesprochenen Angriffe gegen seine Beurteilung sowie gegen die Beurteilung des Beigeladenen nicht mehr entscheidend an.

2. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 und § 162 Abs. 3 VwGO, wobei es der Billigkeit entspricht, die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen, der keinen Antrag gestellt und sich daher auch keinem Kostenrisiko ausgesetzt haben (vgl. § 154 Abs. 3 VwGO), nicht für erstattungsfähig zu erklären.

3. Die Streitwertfestsetzung beruht auf den § 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 zu-

grunde zu legende sechsfache Betrag des Endgrundgehalts der angestrebten Besoldungsgruppe A 13 beträgt - bezogen auf den Zeitpunkt der Antragstellung gemäß § 20 Abs. 2 BBesG i.V.m. Anlage IV und § 78 Abs. 2 BBesG (5.218,75 Euro x 0,9524 = 4.970,34 Euro) (4.970,34 Euro x 6 =) 29.822,04 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