

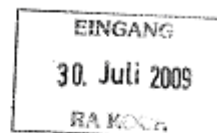
Abschrift

VERWALTUNGSGERICHT MAGDEBURG



- 5. Kammer -

Az.: 5 B 112/09 MD



BESCHLUSS

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn S

Antragstellers,

Proz.-Bev.: Rechtsanwälte Koch, Sobaci, Krahl und Dr. Grote,
Hohenzollernstraße 25, 30161 Hannover,

g e g e n

den Ministerpräsident

Antragsgegner,

Beigeladen:

Herr P

w e g e n

Beförderung (Konkurrentenstreit)

hat das Verwaltungsgericht Magdeburg - 5. Kammer - am 20. Juli 2009 beschlossen:

Dem Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig bis zu einer erneuten Entscheidung über die Bewerbung des Antragstellers untersagt, den Dienstposten des Abtei-

lungsleiters bei dem Ministerium mit einem anderen Bewerber zu besetzen und eine Beförderung vorzunehmen.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens.

Die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen sind nicht erstattungsfähig.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 20.101,45 Euro festgesetzt.

Gründe:

Der vorläufige Rechtsschutzantrag des Antragstellers, mit welchem er beantragt,

- wie erkannt -

ist zulässig und begründet.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 VwGO i. V. m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO kann das Verwaltungsgericht eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn die Gefahr besteht, dass durch die Veränderung eines bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Der zu sichernde Anspruch und der Grund der Anordnung sind glaubhaft zu machen.

1.) Die notwendige Eilbedürftigkeit, dass heißt der Anordnungsgrund für den Erlass einer einstweiligen Anordnung ist aufgrund der bevorstehenden und nicht rückgängig zu machenden Ernennung des Beigeladenen im Falle einer sogenannten Konkurrenzklage stets gegeben.

2.) Ebenso ist vorliegend der sogenannte Anordnungsanspruch für den Erlass der einstweiligen Anordnung gegeben. Dieser ist dann erfüllt, wenn die Erfolgsaussichten des abgelehnten Bewerbers bei einer erneuten Auswahl offen sind, seine Auswahl also möglich erscheint (vgl.: nur BVerfG, Beschluss vom 24.09.2002, 2 BvR 858/02; Beschluss vom 29.07.2003, 2 BvR 311/03; BVerfG, Beschluss vom 20.01.2004, 2 VR 3.03; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 16.07.2007, 4 S 1163/07, jeweils mit weiteren Nachweisen; alle juris).

Der aus Art. 33 Abs. 2 GG resultierende Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers ist durch die Auswahlentscheidung des Antragsgegners verletzt. Der Beamte kann geltend machen, selbst in rechtswidriger Weise benachteiligt worden zu sein, als auch z. B. eine auf sachfremden Erwägungen beruhende unzulässige Bevorzugung des ausgewählten Konkurrenten rügen. Der Fehler kann sowohl in der Beurtei-

lung des Beamten als auch in der des erfolgreich ausgewählten Konkurrenten liegen oder in dem Auswahlverfahren selbst, z. B. durch ein fehlerhaftes Anforderungsprofil bezüglich des Beförderungsamtes bzw. einer fehlerhaften diesbezüglichen Erkenntnismittelgrundlage (vgl. zusammenfassend: BVerfG; zuletzt Beschluss vom 02.10.2007, 2 BvR 2457/04; Beschluss vom 05.09.2007, 2 BvR 1855/07; Beschluss vom 20.09.2007, 2 BvR 1972/07; alle juris).

Die der Auswahlentscheidung zugrunde gelegte und überarbeitete dienstliche Anlassbeurteilung des Antragstellers vom 20.01.2009/22.01.2009 ist verfahrensfehlerhaft zustande gekommen. Auch deren Fehlerhaftigkeit darf im Besetzungsverfahren gerügt und überprüft werden (vgl. nur: BVerwG, Urteil vom 18.04.2002, 2 C 19.01; juris). Denn die dienstlichen Beurteilungen der Bewerber stellen eine entscheidende Bewertungsgrundlage für die vom Dienstherrn zu treffende Auswahlentscheidung dar. Ist bereits eine der herangezogenen Beurteilungen fehlerhaft erstellt, kann sie keine tragfähige Bewertungsgrundlage für die anzustellende Eignungsprognose für das Beförderungsamtsamt darstellen. Die daran orientierte Auswahlentscheidung bricht in sich zusammen.

a.) Bezüglich der der Auswahlentscheidung zugrunde gelegten überarbeiteten Anlassbeurteilung des Antragstellers ist festzustellen, dass diese aufgrund der vom Gericht im früheren vorläufigen Rechtsschutzverfahren (5 B 316/08) mit richterlicher Verfügung vom 16.12.2008 geäußerten Verfahrensfehler vom zum Beurteilungsstichtag 30.04.2008 zuständigen Erstbeurteiler erstellt wurde. Das Gericht folgt jedenfalls in dem hier zu entscheidenden Einzelfall nicht der Ansicht des Antragstellers, dass sich die Zuständigkeit der Beurteiler nach dem Zeitpunkt der Erstellung der Beurteilung richtet. Vielmehr ist für die Rechtmäßigkeit der Erstellung der hier vom Gericht zu überprüfenden Beurteilung, die Zuständigkeit der Beurteiler zum Datum des Stichtages der Beurteilung für den zurückliegenden Beurteilungszeitraum 2006 bis 2008 entscheidend. Unter dieser Voraussetzung ist die am 20.01.2009 vom früheren und zum Stichtag 30.04.2008 zuständigen Abteilungsleiter 3 und damit unmittelbaren Vorgesetzten des Antragstellers und jetzigem präsidenten erstellte Beurteilung nicht zu beanstanden. Ebenso war Staatssekretär Dr. S zum Beurteilungsstichtag nach Ziffer 6. 1 der Beurteilungsrichtlinien des ministeriums Sachsen-Anhalt vom 30.11.2006 (BeuRL) berufener Zweitbeurteiler.

Ein Ausscheiden des Beurteilers aus dem Amt oder sogar ein Wechsel des Dienstherrn nach dem Beurteilungsstichtag macht die danach erstellte dienstliche Beurteilung nicht per se verfahrensfehlerhaft. Dies entspricht dem Sinn und Zweck einer dienstlichen Beurteilung. Die Erstellung dienstlicher Beurteilungen ist eine unmittelbare Vorgesetzten- und Führungsaufgabe (Ziffer 1.3 BeuRL). Als eine solche Pflicht wirkt diese auch nach der Beendigung des beamtenrechtlichen Unterstellungsverhältnisses als nachwirkende beamtenrechtliche Pflicht des Beurteilers fort und muss von dem Vorgesetzten auch nach seinem Ausscheiden aus dem unmittelbaren Beurteilungsverhältnis wahrgenommen werden (VG Magdeburg, Urteil vom

12.05.2009, 5 A 268/08; juris gemeldet). Ob dies auch bei größeren Beurteilungsrunden zu einem Stichtag gilt, muss hier nicht entschieden werden.

Der zum 01.05.2008 zum präsidenten ernannte und zum Stichtag 30.04.2008 berufene Erstbeurteiler E hat lediglich sein Amt gewechselt, was keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Erstellung der Beurteilung für den hier streitbefangenen Zeitraum hat. Soweit die einschlägigen Beurteilungsrichtlinien des ministeriums unter Ziffer 7.1 und insbesondere unter Ziffer 7. 4 eine Regelung vorsehen, wonach bei einem bevorstehenden Ausscheiden des Erstbeurteilers dieser der personalführenden Stelle einen Beurteilungsbeitrag zu hinterlegen hat, ist dies auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Denn diese Regelungen beschreiben nach dem eindeutigen Wortlauf nur das Vorgehen, wenn der Beurteiler im Beurteilungszeitraum wechselt. Dies war vorliegend gerade nicht der Fall.

Auch nach allgemeinen Erwägungen des Beurteilungswesens sieht das Gericht bezüglich der Erstellung der Beurteilung durch Herrn E keine durchschlagenden rechtlichen Probleme. Zwar ist es misslich, dass Herr E erst ca. ein 3/4jahr nach dem Stichtag die Beurteilung erstellte. Dies ist im Beurteilungswesen jedoch kein ungewöhnlicher Vorgang und ist insbesondere dem Umstand geschuldet, dass das Gericht in dem früheren vorläufigen Rechtsschutzverfahren die Mängel der damaligen Beurteilung aufzeigte und diese erneut erstellt werden musste. Dabei war die erste Beurteilung zügig unter dem 02.07.2008/14.07.2008 erstellt worden. Jedenfalls – und das ist entscheidend – kann vorliegend nicht davon ausgegangen werden, dass Herr E aufgrund des Zeitraums zwischen seinem Ausscheiden aus der Dienststelle und der tatsächlichen Erstellung der Beurteilung kein Erinnerungsvermögen mehr an die zu beurteilenden dienstlichen Leistungen des Antragstellers und die denen zugrunde liegenden Tatsachen und Feststellungen gehabt hätte. Längere Zeiträume mögen allenfalls dann zu rechtlichen Problemen führen, wenn die tatsächliche Erstellung der Beurteilung in zeitlicher Hinsicht derart vom Beurteilungsstichtag abweicht, dass quasi kein Erinnerungsvermögen des Beurteilers an die Leistungen des Beamten im Beurteilungszeitraum mehr vorhanden sein dürfte (VG Magdeburg, Urteil vom 12.05.2009, 5 A 268/08; juris gemeldet). Für das Vorliegen eines derartigen Erinnerungsausfalls sind vorliegend keine Erkenntnisse vorhanden und werden von dem Antragsteller auch nicht vorgetragen.

—Im Übrigen ist die Erstellung der Beurteilung auch nach dem Ausscheiden des berufenen Beurteilers sachdienlich und entspricht dem Sinn und Zweck einer dienstlichen Beurteilung. Denn gerade der unmittelbare Vorgesetzte des zu beurteilenden Beamten soll die Beurteilung als Erstbeurteiler erstellen, weil nur er aus eigener Anschauung die Leistung und Befähigung des Beamten beurteilen kann. Soweit man der Ansicht des Antragstellers folgen würde, müsste der zum Zeitpunkt der tatsächlichen Erstellung der Beurteilung zuständige (neue) Beurteiler und augenblickliche Dienstvorgesetzte des Antragstellers die Leistungen des Antragstellers ohne eigene Erkenntnisse aus dem Beurteilungszeitraum zum Stichtag beurteilen und letztendlich blind auf einen einzuho-

lenden Beurteilungsbeitrag des damaligen Vorgesetzten vertrauen. Dies kann nicht dem Sinn und Zweck des auf unmittelbare eigene Erkenntnisse beruhenden Beurteilungswesens entsprechen und würde auch aus Sicht des Antragstellers zu neuen rechtlichen Problemen führen.

b.) Die der Auswahlentscheidung zugrunde gelegte Anlassbeurteilung des Antragstellers vom 20.01.2009/22.01.2009 genügt jedoch auch in ihrer überarbeiteten Form nicht den Anforderungen, die an die zwingend zu fordernde Begründung einer dienstlichen Beurteilung zu stellen sind. Das Gericht hat bereits in seiner richterlichen Verfügung vom 16.12.2008 zu früheren gerichtlichen Verfahren 5 B 316/08 ausgeführt:

„Aufgrund des dem Beurteiler zustehenden Beurteilungsspielraums ist es zwingend notwendig, dass dieser seine durch die Notenvergabe ausgedrückten Werturteile aussagekräftig und für den Beamten aber auch für das zur Überprüfung der Beurteilung berufene Gericht nachvollziehbar und plausibel begründet (ständige Rechtsprechung: vgl. nur: BVerwG, Urteil vom 11.12.2008, 2 A 7.07; VG Magdeburg, Urteil vom 20.02.2008, 5 A 217/07, m. w. Nachw., 5 A 66/06, Urteil vom 18.08.2006, Beschluss vom 04.12.2008, 5 B 318/08; OVG LSA Beschluss vom 16.01.2006, 1 M 492/05; alle juris). Diese Begründungsnotwendigkeit darf sich nicht in einer rein formelhaften Wendung ausdrücken. Vielmehr müssen je nach Beurteilung im Einzelfall, die Gründe und Argumente und damit der logische Gedankengang, der zu der Benotung geführt hat, erkennbar sein. Denn entscheidend ist nicht nur die Vergabe des „Kreuzchens“ sondern auch die dazu gegebene textliche Begründung. Beides bildet eine Einheit. Nur so wird dem durch den Beurteilungsspielraum bereits eingeschränkten Anspruch des Beamten auf effektiven Rechtsschutz genüge getan. Demnach muss auch das Gesamturteil die Bewertung der Einzelmerkmale tragen und hierzu je nach Einzelfall nähere Ausführungen machen. Dazu muss der Beurteiler auf bestimmte Vorkommnisse, Arbeitsergebnisse und sonstige Erkenntnisquellen zurückgreifen, um dadurch seinen Erkenntnisweg schlüssig darzulegen.“

Dementsprechend gehen auch die Beurteilungsrichtlinien des ministeriums unter Ziffer 5.1.1, 5.1.2, und 5.2.1 selbstverständlich von der Begründungsnotwendigkeit aus.

Die sodann von der Kammer als unzureichend bemängelten textlichen Begründungen zu den Einzelmerkmalen 1.2. („Gründlichkeit“), 1.3. („Rechtmäßigkeit des Handelns“), 3.2. („Eigenständigkeit“) und 4.2. („Motivierung und Förderung der Mitarbeiter“) hat der Erstbeurteiler in der hier zu überprüfenden Beurteilung sodann in ausreichender Form überarbeitet und ordnungsgemäß begründet. Bei allen anderen Einzelmerkmalen verblieb es bei den bisherigen kurzen Ausführungen aus der Beurteilung vom 02.07.2008/14.07.2008. Auch soweit das Gericht in der richterlichen Verfügung vom 16.12.2008 mitgeteilt hat, dass die weiteren zu den Merkmalen gegebenen Begrün-

dungen zwar knapp gehalten sind, aber die überdurchschnittliche Benotung mit „C“ noch stützen und erläutern, entbindet dies die Beurteiler nicht von ihrer Pflicht zur ordnungsgemäßen Begründung. Denn wie dem Gericht erst jetzt aufgrund der Einführung in das gerichtliche Verfahren durch den Antragsteller bekannt ist, hat das Ministerium seinen Beurteilungsrichtlinien vom 30.11.2006 (BeuRL) als Anlage 3 „Formulierungsbeispiele der Bewertungsstufen der Einzelmerkmale der Leistungs- und Befähigungsbeurteilung“ beigefügt.

Diese als „Formulierungsbeispiele“ und damit Hilfe der Beurteiler gedachten Vorgaben, erweisen sich bei der Anwendung durch die Beurteiler jedoch als vorgeprägte Beurteilungsbegründung und lassen nicht die Begründung in Einzelfall erkennen. Dies wird vorliegend besonders deutlich, da mit Ausnahme der vom Gericht in der Verfügung vom 16.12.2008 bemängelten Einzelmerkmale, sämtliche auf Blatt 3 des Beurteilungsvordrucks von Erstbeurteiler abgegebenen Begründungen der Einzelmerkmale, wortgleich den erwähnten „Formulierungsbeispielen“ entsprechen. Diese Pauschalbegründungen lassen eine Beurteilung der individuellen Leistungen des Beamten vermissen und stellen sich als grob verfahrensfehlerhaft dar. Denn dieses Vorgehen zeigt, dass die Beurteiler aufgrund vorgeprägter Formulierungen einerseits keine selbständige individuelle Beurteilung der Leistungen des Beamten vornehmen, andererseits auch nicht in der Lage sind, die von ihnen bewerteten Leistungen des Beamten aufgrund der von ihnen wahrgenommenen Tatsachen und sonstigen Erkenntnissen mit Hilfe ihres individuellen Wortschatzes zu bewerten und schließlich plausibel zu begründen. Insoweit kehrt sich der dem Richtliniengeber unterstellte gute Wille zur Vermeidung verfänglicher Formulierungen im Beurteilungswesen in das Gegenteil um. Denn das Anbieten derartiger Formulierungsbeispiele führt bereits aufgrund der zu erwartenden Bequemlichkeit der Beurteiler zu einheitlichen Begründungen und wiederkehrenden Formulierungen in den Beurteilungen die dann den Vergleich der Beurteilungen nicht zulassen. Das vorliegende Beispiel zeigt, dass es sich gerade nicht nur um die „vereinzelte Nutzung von Formulierungsbeispielen“ handelt, wie das Ministerium im Schriftsatz vom 05.05.2009 (Blatt 82 GA) meint.

Im Fall des Antragstellers ist dieses Vorgehen besonders misslich, da die Beurteiler durch die richterliche Verfügung vom 16.12.2008 im vormaligen einstweiligen Rechtsschutzverfahren auf die zwingende Notwendigkeit der aussagekräftigen Individualbegründung hingewiesen wurden und zudem der Zweitbeurteiler Staatssekretär die von ihm als Erstbeurteiler verfasste Beurteilung des Beigeladenen wesentlich fundierter und aussagekräftiger verfasste. Dies schließt im Übrigen auch die ungewöhnliche durchgängige Vergabe der Benotung „C“ („übertrifft die Leistungsanforderungen“) in der Leistungsbeurteilung des Antragstellers ein; wohin gehend sich die Benotungen der Einzelmerkmale in der Anlassbeurteilung des Beigeladenen als wesentlich varianter darstellen und von der Spitzenbenotung „A“ bis zur durchschnittlichen Benotung „D“ reicht.

Ist die der Auswahlentscheidung zugrunde gelegte überarbeitete Anlassbeurteilung des Antragstellers auch in dieser Form hinsichtlich der textlichen Begründungen der Benotungen der Einzelmerkmale verfahrensfehlerhaft, kann sie als unmittelbares Leistungskriterium bereits nicht als Grundlage der Auswahlentscheidung verwendet werden. Es ist demnach nicht auszuschließen, dass bei einer ordnungsgemäßen und nachvollziehbaren Begründung, die Beurteiler ihre bisherige Einschätzung überdenken und die Anlassbeurteilung des Antragstellers besser ausfällt.

3.) Erweist sich bereits dieser Verfahrensfehler als Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs des Antragstellers und macht damit den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung erforderlich, kommt es auf weitere Verfahrensfehler nicht an. Das Gericht weist jedoch darauf hin – ohne dass die Entscheidung darauf beruht – dass in der der Auswahlentscheidung zugrunde gelegten Anlassbeurteilung des Beigeladenen vom 30.06.2008/01.07.2008 keine durchschlagenden Zuständigkeitsfehler gesehen werden. Es erscheint aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls sachgerecht, dass diese Anlassbeurteilung durch den damaligen Staatssekretär als Erstbeurteiler und dem Minister als Zweitbeurteiler verfasst wurde. Denn vorliegend gilt die Besonderheit, dass der an sich berufene Erstbeurteiler und unmittelbare Vorgesetzte des Beigeladenen, Abteilungsleiter, seit Januar 2008 durchgängig erkrankt war und im August 2008 wegen Dienstunfähigkeit in den vorzeitigen Ruhestand versetzt wurde. Das Gericht hat keinen Anlass an dem diesbezüglichen Vortrag des ministeriums bereits im vorangegangenen gerichtlichen Verfahren zu zweifeln, dass sich Herr Gühl aufgrund einer schweren Erkrankung einer -Operation unterziehen musste, sich sein Gesundheitszustand derart verschlechterte, dass er psychisch destabilisiert gewesen sei und infolge dessen im April 2008 das Verfahren zur Ruhesetzung wegen Dienstunfähigkeit eingeleitet wurde.

Dabei mag dahin gestellt bleiben, ob die Annahme des Antragsgegners in ihrer Absolutheit gilt, dass eine Dienstunfähigkeit wegen Erkrankung den entsprechenden Dienstvorgesetzten stets von seiner Pflicht zur Erstellung der Beurteilung oder auch nur der Abgabe eines Beurteilungsbeitrages entbindet. Denn insoweit ist auch hier, wie oben stehend bereits bemerkt, von Bedeutung, dass auch bei einem Ausscheiden aus der Behörde und sogar aus dem Dienstverhältnis derartige Dienstpflichten nachwirken können. Insoweit liefert auch die vom Antragsgegner angeführte Entscheidung des OVG Bremen vom 06.07.2005 (2 A 85/04; juris) mit dem dortigen Verweis auf die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 07.06.2000 (1 D 4.99; juris) keine weiteren Erkenntnisse. Denn entscheidend wird man zwischen Art, Schwere und Dauer der Erkrankung des Beurteilers unterscheiden müssen. Nach der Gesamtwürdigung erscheint es demnach aufgrund dieser Kriterien nicht als verfahrensfehlerhaft gemäß der Regelungen nach Ziffer 6. der Beurteilungsrichtlinien für den Beigeladenen als Vertreter des Abteilungsleiters und damit amtierenden kommissarischen Abteilungsleiters die Beurteilung vom nächst höheren Dienstvorgesetzten vornehmen zu lassen. Denn aufgrund des dienstlichen Unterstellungsverhältnisses ist jedenfalls dem Staatssekretär als Dienstvorgesetzter der Abteilungsleiter die entsprechende Sachkunde und

das Beurteilungswissen nicht abzuspochen. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass sich die Beurteilung des Beigeladenen an den Erfordernissen seines Amtes als Referatsleiter und nicht als Abteilungsleiter zu orientieren hat (vgl. Ziffer 3.2 BeuRL).

Ob die Besonderheiten der Zuständigkeiten auch dann noch gelten, wenn aufgrund des missglückten Auswahlverfahrens jedenfalls die Beurteilung des Antragstellers erneut überarbeitet werden muss und sich wegen des Zeitablaufs auch eine Neubeurteilung des Beigeladenen unter nunmehriger Beteiligung des Herrn G, jedenfalls soweit dies sein Gesundheitszustand erlaubt, anbietet, muss vom Gericht nicht entschieden werden.

4.) Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 52 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 1 Nr. 1, 53 Abs. 3 Nr. 1 GKG. Der hiernach maßgebende 6,5-fache Betrag des Endgrundgehalts der Besoldungsgruppe B 5 BBesO ist im Hinblick auf den nur vorläufigen Rechtsschutz zu halbieren (vgl. Ziffer 1.5 des Streitwertkatalogs).

Rechtsmittelbelehrung: