



Verwaltungsgericht Köln

Beschluss

15 L 2110/20

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

Antragstellers,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Wieland Rechtsanwälte GbR, Rheinweg 23, 53113 Bonn,

Gz.:) fw/dh,

gegen

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Vorstand der Deutschen Telekom AG,

Antragsgegnerin,

Prozessbevollmächtigter:

Gz.) ,

Beigeladenen:

1. Herr
2. Herr
3. Frau
4. Frau
5. Herr
6. Frau

7. Herr

- 2 -

8. Frau
9. Herr ~

Prozessbevollmächtigter zu 2.:
Rechtsanwalt
Gz.:

wegen Beförderung

hat die 15. Kammer des Verwaltungsgerichts Köln
am 16.07.2021
durch
den Richter am Verwaltungsgericht
als Einzelrichter

Büllesbach

beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO untersagt, im Rahmen der Beförderungsrunde 2020/2021 nach Besoldungsgruppe A 13 die Beigeladenen zu 1. und zu 4. bis 9. auf der Beförderungsliste „TD_nT“ zu befördern, bis über die Bewerbung des Antragstellers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden wurde.
Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragsgegnerin mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese jeweils selbst tragen.
3. Der Streitwert wird auf 16.375,16 € festgesetzt.

Gründe

Der Antrag,

- 3 -

der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO zu untersagen, im Rahmen der Beförderungsrunde 2020/2021 nach Besoldungsgruppe A 13 die Beigeladenen auf der Beförderungsliste „TD_nT“ zu befördern, solange nicht über die Beförderung des Antragstellers unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden worden ist,

hat teilweise Erfolg.

Eine einstweilige Anordnung kann nach § 123 Abs. 1 und 3 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 Zivilprozessordnung (ZPO) ergehen, wenn der Antragsteller glaubhaft macht, dass ihm ein Recht zusteht (Anordnungsanspruch) und durch die Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung dieses Rechtes gefährdet ist (Anordnungsgrund). Als zu sicherndes Recht kommt vorliegend der beamtenrechtliche Bewerbungsverfahrenanspruch in Betracht. Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz gewährt jedem Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Ein Beförderungsbewerber hat dementsprechend einen Anspruch darauf, dass der Dienstherr über seine Bewerbung ermessens- und beurteilungsfehlerfrei entscheidet, mithin vor allem die Auswahlentscheidung nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung getroffen wird,

vgl. Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Urteil vom 21.08.2003 - 2 C 14.02 -; Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (OVG NRW), Beschluss vom 21.03.2002 - 1 B 100/02 -.

Hiernach hat der Antragsteller einen Anordnungsanspruch und -grund bezüglich der Auswahlentscheidung zu Gunsten der Beigeladenen zu 1. und zu 4. bis 9. glaubhaft gemacht. Die streitbefangene Auswahlentscheidung verletzt materiell den beamtenrechtlichen Bewerbungsverfahrenanspruch des Antragstellers, weil die der Auswahlentscheidung zu Grunde liegenden dienstlichen Beurteilungen zu beanstanden sind.

- 4 -

Bezüglich des Beigeladenen zu 1. folgt dies daraus, dass es sich auf der Grundlage der vorgelegten Unterlagen nicht überprüfen lässt, dass die Nachzeichnung der Regelbeurteilung des Beigeladenen zu 1. ordnungsgemäß erfolgt ist. Es fehlen jegliche Angaben dazu, auf Grundlage welcher Kriterien die Vergleichsgruppe zusammengestellt worden ist. So lässt es sich nicht überprüfen, ob etwa die für die Vergleichsgruppe ausgesuchten Beamten zum Zeitpunkt der Freistellung des Beigeladenen zu 1. mit diesem aufgrund ihres beruflichen Werdegangs und ihrer dienstlichen Beurteilungen leistungsmäßig vergleichbar waren und wie sich ihre berufliche Entwicklung während des Zeitraums der Freistellung in Einzelnen dargestellt hat. Aussagekräftige Unterlagen oder einen näher begründeten Vermerk zur Nachzeichnung hat die Antragsgegnerin trotz eines gerichtlichen Hinweises nicht vorgelegt. Allein die Vorlage der aktuellen Beurteilungen der Vergleichspersonen und dem Hinweis, dass man sich auf diese Personen als Vergleichsgruppe geeinigt habe, ermöglicht es dem Gericht nicht zu überprüfen, ob die Vergleichsgruppe sachgerecht gebildet worden ist.

Bezüglich der Beigeladenen zu 4. bis 9. kann auf der Grundlage der aktuellen dienstlichen Beurteilungen kein Leistungsvorsprung gegenüber dem Antragsteller festgestellt werden, da die Bildung der Gesamturteile in den jeweiligen dienstlichen Beurteilungen nicht plausibel begründet worden ist.

Der Leistungsvergleich muss anhand von aussagekräftigen, d.h. hinreichend differenzierten und auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhenden dienstlichen Beurteilungen vorgenommen werden. Im Streit über die Auswahl für ein Beförderungsamts hat das Gericht auch die der Auswahl zugrunde liegenden dienstlichen Beurteilungen zu überprüfen. Einwendungen gegen eine dienstliche Beurteilung, die als solche kein Verwaltungsakt und deshalb auch nicht der Bestandskraft fähig ist, können unmittelbar in einem Bewerbungsverfahren wie auch in einem anschließenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren geltend gemacht werden. Erweist sich eine dienstliche Beurteilung, die Grundlage eines Vergleichs zwischen den Bewerbern um ein Beförderungsamts ist, als fehlerhaft, hat das Gericht den Dienstherrn zur Neubescheidung zu verpflichten, wenn das Ergebnis des Auswahlverfahrens auf der fehlerhaften Grundlage beruhen kann. Dementsprechend ist die - mögliche - Fehlerhaftigkeit einer dienstlichen Beurteilung bereits im Verfahren auf Gewährung vorläufigen Rechts-

- 5 -

schutzes zu beachten, wenn sie Einfluss auf den Ausgang des Hauptsacheverfahrens haben kann,

vgl. BVerwG, Beschluss vom 20.01.2004 - 2 VR 3.03 -.

Nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen,

vgl. Beschlüsse vom 03.08.2017 - 1 B 434/17 -, vom 05.09.2017 - 1 B 498/17 - und vom 23.10.2018 - 1 B 666/18 -,

bedarf das Gesamturteil der dienstlichen Beurteilung im Beurteilungssystem der Antragsgegnerin regelmäßig einer gesonderten Begründung. Das folgt zunächst aus der Inkongruenz der angewendeten Bewertungsskalen. Für die Einzelbewertungen der Leistungsbeurteilung sieht das Beurteilungssystem fünf Notenstufen vor, für das Gesamturteil sechs Notenstufen. Hierdurch muss ein Beamter, der in allen Einzelmerkmalen die Spitzennote „Sehr gut“ erreicht hat, nicht zwingend die gleichlautende Gesamtnote erhalten, sondern ihm kann auch die Gesamtnote „Hervorragend“ vergeben werden. Die Antragsgegnerin hat in ihrem Beurteilungssystem für die Gesamtnote die Spitzennote „Hervorragend“ eingeführt, um zwischen dem Spitzenpersonal einer Vergleichsgruppe weiter ausdifferenzieren zu können. Sind Beamte – wie vorliegend der Antragsteller und die Beigeladenen - in allen Einzelmerkmalen mit der Spitzennote „Sehr gut“ bewertet worden, muss aus der Begründung des Gesamturteils nachvollziehbar sein, warum ihnen im Gesamturteil die beste oder nur die zweitbeste Note zuerkannt worden ist. Auch muss in der Begründung substantiell und nachvollziehbar dargelegt werden, nach welchen Kriterien die im Beurteilungssystem zur weiteren Differenzierung der Notenstufen vorgesehenen Ausprägungsgrade „Basis“, „+“ und „++“ im Gesamturteil vergeben worden sind.

Ein erhöhter Begründungsaufwand für das Gesamturteil ist zudem erforderlich, wenn - wie im hier vorliegenden Fall - die Beamten im Beurteilungszeitraum eine gegenüber ihrem Statusamt höherwertige Tätigkeit wahrgenommen haben. Die im Rahmen der höherwertigen Tätigkeit bezogen auf die Anforderungen des höherwertigen Dienstpostens erbrachten Leistungen müssen zunächst in einem ersten Schritt zu

- 6 -

den abstrakten Anforderungen des von dem Beamten innegehabten Statusamtes in Beziehung gesetzt werden, bevor sie dann in einem zweiten Schritt den in der Notenskala zum einen für die Einzelmerkmale und zum anderen für das Gesamturteil der Beurteilung geltenden Bewertungsstufen zugeordnet werden. Diese Schritte als wesentliche Bestandteile des Bewertungsvorgangs müssen für den beurteilten Beamten (und in einem Rechtsschutzverfahren auch für das Gericht) zumindest in Grundzügen nachvollziehbar gemacht werden, was die angemessene Berücksichtigung des jeweils vorliegenden Grades der höherwertigen Tätigkeit einschließt. Die schlichte Angabe des Bewertungsergebnisses und die Rechtsbehauptung, alle relevanten Gesichtspunkte in den Bewertungsvorgang einbezogen zu haben, reichen dafür nicht,

vgl. OVG NRW, Beschluss vom 12.04.2017 - 1 B 226/17 -,

In ihrem Ansatz genügen die streitbefangenen Beurteilungen diesen Anforderungen, soweit sie zunächst auf die Höherwertigkeit der Tätigkeiten der zu beurteilenden Beamten hinweisen und sodann die Bewertungen der Einzelmerkmale in den Stellungnahmen der unmittelbaren Führungskräfte und das zeitliche Verhältnis der zugrundeliegenden Stellungnahmen sowohl in den Einzelkriterien als auch im Gesamturteil entsprechend berücksichtigen. Sie setzen diese Kriterien aber nicht in der Begründung des Gesamturteils nachvollziehbar und plausibel um.

In der Begründung des Gesamturteils der Beurteilungen der Beigeladenen zu 4. bis 9. wird jeweils ausgeführt, die Beamten hätten in sämtlichen Einzelmerkmalen die Note „sehr gut“ erlangt und damit hervorzuhebende Leistungen erzielt. Daher werde ihnen aufgrund einer Gesamtbetrachtung aller Einzelmerkmale und im Vergleich mit den anderen Beamten der Beurteilungsliste das Gesamtergebnis „Hervorragend +“ vergeben. Die schlechtere Beurteilungsnote beim Antragsteller wird damit begründet, dass der Antragsteller in den Einzelmerkmalen (nur) überwiegend hervorzuhebende Leistungen erzielt habe, so dass in einer Gesamtbetrachtung aller Einzelmerkmale und im Vergleich mit den anderen Beamten der Beurteilungsliste das Gesamturteil „Hervorragend Basis“ vergebende werde.

- 7 -

Diese Wertung geht zwar von einem zutreffenden Sachverhalt aus, da der Antragsteller - anders als die Beigeladenen - nicht über den gesamten Beurteilungszeitraum in sämtlichen Einzelmerkmalen die Note „sehr gut“ in den Stellungnahmen der unmittelbaren Führungskraft erhalten hat. Grob zusammengefasst ist er für die Hälfte des Beurteilungszeitraums in den Einzelmerkmalen mit der Note „sehr gut“, für die andere Hälfte mit der Note „gut“ beurteilt worden. Ein Vergleich dieser Bewertungsnoten mit denen der Beigeladenen könnte auf einen Leistungsvorsprung der Beigeladenen zu 4. bis 9. hindeuten. Ein solcher unmittelbarer Vergleich der Bewertungsnoten ist jedoch nach den oben ausgeführten Grundsätzen nicht möglich, weil der Antragsteller die Bewertungen der Einzelmerkmale in den Stellungnahmen seiner unmittelbaren Führungskraft auf einem Arbeitsposten erlangt hat, der höher bewertet ist als die Arbeitsposten der Beigeladenen zu 4. bis 9. Der Arbeitsposten des Antragstellers war mit AT 3 (entspricht A 15 BBesG) bewertet, die Arbeitsposten der Beigeladenen jeweils mit AT 1-2 (entspricht A 14 BBesG). Damit dokumentiert eine mit „sehr gut“ bewertete Leistung in der Stellungnahme des unmittelbaren Vorgesetzten beim Antragsteller eine bessere Leistung als ein mit „sehr gut“ bewertete Leistung in den Stellungnahmen der unmittelbaren Vorgesetzten bei den Beigeladenen zu 4. bis 9. Und auch bei den mit „gut“ bewerteten Leistungen in der Stellungnahme des Antragstellers müssten die Beurteiler erwägen, ob aufgrund der höherwertigen Tätigkeiten des Antragstellers eine solche Leistung nicht als gleichwertig mit den als „sehr gut“ bewerteten Leistungen in den Stellungnahmen der unmittelbaren Vorgesetzten bei den Beigeladenen zu 4. bis 9 zu bewerten wäre. Jedenfalls in einer Gesamtschau der Stellungnahmen des Antragstellers erklärt es sich nicht, dass der Antragsteller trotz einer höherwertigen Tätigkeit schlechter als die Beigeladenen zu 4. bis 9. im Gesamturteil beurteilt worden ist. Die Beurteilungen der Beigeladenen verhalten sich in ihrer Begründung zu dieser Frage nicht; es erscheint so, dass allein auf eine durchgängige Bewertung der Einzelmerkmale mit „sehr gut“ abgestellt worden ist, der Gesichtspunkt der unterschiedlich bewerteten Arbeitsposten aber nicht weiter berücksichtigt worden ist. Dies hätte aber geschehen müssen. Insoweit sind die Beurteilungen nicht plausibel und eine Auswahlentscheidung zugunsten der Beigeladenen zu 4. bis 9. kann hierauf nicht gestützt werden.

Vor dem Hintergrund der zum Teil wohl besseren Bewertungen des Antragstellers in den Stellungnahmen der unmittelbaren Führungskraft und der zum Teil auch nicht

- 8 -

unbedingt schlechteren Bewertungen ist es auch möglich, dass der Antragsteller bei einer neuen, fehlerfreien Auswahlentscheidung auf der Grundlage fehlerfreier Beurteilungen gegenüber den Beigeladenen zu 4. bis 9. zum Zuge kommen könnte. Bei einer erneuten Auswahlentscheidung ist der Antragsteller mithin nicht chancenlos. Ein Anordnungsgrund wird durch die beabsichtigte Beförderung der Beigeladenen begründet.

Bezüglich der Beigeladenen zu 2. und 3. ist der Antrag des Antragstellers abzulehnen, weil er im Falle einer erneuten Auswahlentscheidung chancenlos ist. Der im Auswahlverfahren unterlegene Bewerber kann grundsätzlich im Falle einer - wie hier aufgrund der nicht plausiblen Beurteilungen - fehlerbehafteten, sein subjektives Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzenden Auswahlentscheidung eine erneute Auswahlentscheidung (nur) dann beanspruchen, wenn er glaubhaft macht oder sich in Würdigung unstreitiger Sachumstände ergibt, dass seine Aussichten, in einem zweiten rechtmäßigen Auswahlverfahren ausgewählt zu werden, offen sind, d. h. wenn seine Auswahl möglich erscheint,

vgl. OVG NRW, Beschluss vom 23.10.2018 - 1 B 666/18 -;

BVerfG, Kammerbeschluss vom 25.11.2015 - 2 BvR 1461/15 -.

Gegenüber den Beigeladenen zu 2. und 3. ist aber eine Beförderung des Antragstellers ausgeschlossen, so dass der Eilantrag des Antragstellers insoweit keinen Erfolg haben kann. Die Beigeladenen zu 2. und 3. sind ebenfalls wie der Antragsteller im Beurteilungszeitraum auf einem höherwertigen Dienstposten, der der Beamtenbesoldungsgruppe A 15 entspricht, tätig gewesen. Die Beigeladene zu 3. ist dabei in der Stellungnahme der unmittelbaren Führungskraft durchgängig mit der Spitzennote „sehr gut“ beurteilt worden. Dies trifft auch auf den Beigeladenen zu 2. zu. Denn der zweite Beurteilungsbeitrag ist hier nicht zu berücksichtigen, den er betrifft nur einen Beurteilungszeitraum von zwei Wochen. Ein solch kurzer Beurteilungszeitraum kann eine Gesamtbewertung nicht beeinflussen, da der unmittelbaren Führungskraft schon kein ausreichender Zeitraum zur Verfügung stand, um den Beigeladenen zu 2. sachgemäß zu bewerten.

- 9 -

An diese guten Beurteilungen der Beigeladenen zu 2. und 3. kann der Antragsteller auch im Falle einer fehlerfreien Neubeurteilung nicht aufschließen, weil er für nahezu den halben Beurteilungszeitraum in der Stellungnahme seiner unmittelbaren Führungskräfte um eine Notenstufe schlechter beurteilt worden war. Insoweit gehen nach dem Leistungsgrundsatz die Beigeladenen zu 2. und 3. dem Antragsteller auch bei einer erneuten Auswahlentscheidung vor.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 154 Abs. 1 und 3, 162 Abs. 3 VwGO. Dem Antragsteller trotz des formalen Teilunterliegens Kosten aufzuerlegen ist nicht sachgerecht, denn letztlich obsiegt er mit seinem eigentlichen Begehren, der Sicherung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs aus Art. 33 Abs. 2 GG,

vgl. OVG NRW, Beschluss vom 17.10.2018 - 1 B 1584/17 -.

Bezüglich der Beigeladenen ist es ermessensgerecht, dass sie ihre außergerichtlichen Kosten selbst tragen, da sie keinen Antrag gestellt und sich damit keinem Kostenrisiko ausgesetzt haben.

Die Festsetzung des Streitwertes beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 1 und Abs. 6 Gerichtskostengesetz (GKG) in der zum Zeitpunkt der Antragstellung geltenden Fassung. In beamtenrechtlichen Konkurrentenverfahren ist die Regelung des § 52 Abs. 6 GKG entsprechend anzuwenden. Hiernach ist bei der Wertberechnung die Hälfte der Summe der für ein Kalenderjahr zu zahlenden Bezüge mit Ausnahme nicht ruhegehaltenswürdiger Zulagen maßgebend, wobei Bezügebestandteile, die vom Familienstand oder von Unterhaltsverpflichtungen abhängig sind, außer Betracht bleiben. Im Hinblick auf eine nur vorläufige Regelung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist dieser Betrag zu halbieren. Der Streitwert errechnet sich mithin nach dem Endgrundgehalt (Stufe 8) der Besoldungsgruppe A 13 zum Zeitpunkt der Antragstellung von 5 731,19 € x Kürzungsfaktor 0,9524 nach § 78 BBesG x 3. Dass vom Antrag mehrere Planstellen betroffen sind, führt zu keiner Erhöhung des Streitwertes, weil das wirtschaftliche Interesse des Antragstellers, das hinter einem Beförderungsbeghären steht, hierdurch nicht berührt wird.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen Ziffer 1 dieses Beschlusses kann innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe schriftlich bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, Beschwerde eingelegt werden.

Statt in Schriftform kann die Einlegung der Beschwerde auch als elektronisches Dokument nach Maßgabe des § 55a der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – und der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung – ERVV) erfolgen.

Die Beschwerdefrist wird auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist schriftlich oder als elektronisches Dokument nach Maßgabe des § 55a VwGO und der ERVV bei dem Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Aegidiikirchplatz 5, 48143 Münster, eingeht.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem Oberverwaltungsgericht schriftlich oder als elektronisches Dokument nach Maßgabe des § 55a VwGO und der ERVV 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.

Die Beteiligten müssen sich bei der Einlegung und der Begründung der Beschwerde durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten lassen. Als Prozessbevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, die die Befähigung zum Richteramt besitzen, für Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts auch eigene Beschäftigte oder Beschäftigte anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Darüber hinaus sind die in § 67 Abs. 4 der Verwaltungsgerichtsordnung im Übrigen bezeichneten ihnen kraft Gesetzes gleichgestellten Personen zugelassen.

Gegen Ziffer 2 dieses Beschlusses kann innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, Beschwerde eingelegt werden. Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, so kann sie noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden.

- 11 -

Die Beschwerde ist schriftlich, zu Protokoll des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle oder als elektronisches Dokument nach Maßgabe des § 55a VwGO und der ERVV bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, einzulegen.

Die Beschwerde ist nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200 Euro übersteigt.

Die Beschwerdeschrift sollte zweifach eingereicht werden. Im Fall der Einreichung eines elektronischen Dokuments bedarf es keiner Abschriften.

Büllesbach



Beglaubigt
Pelzer, VG-Beschäftigte
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle