



VERWALTUNGSGERICHT BERLIN

BESCHLUSS

In der Verwaltungsstreitsache

des Herrn

Verfahrensbevollmächtigte:
Wieland Rechtsanwälte GbR,
Rheinweg 23, 53113 Bonn,

Antragstellers,

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland,
vertreten durch die Deutsche Telekom AG,
Friedrich-Ebert-Allee 140, 53113 Bonn,

Antragsgegnerin,

Verfahrensbevollmächtigter:
Arbeitgeberverband für Telekommunikation und IT e.V.,
Gradestraße 18, 30163 Hannover,

beigeladen:

1. _____

2. _____

hat die 7. Kammer des Verwaltungsgerichts Berlin
durch

den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Eiling,
die Richterin am Verwaltungsgericht Dr. Kriegel und
die Richterin am Verwaltungsgericht Seedorf

am 10. November 2016 beschlossen:

Der Antragsgegnerin wird im Wege einstweiliger Anordnung vorläufig untersagt, die Beigeladenen unter Einweisung in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 8 aus der Beförderungsliste „TPS_Zuw_extern“ zu befördern, bevor über die Beförderung des Antragstellers erneut entschieden wurde und zwei Wochen seit der Mitteilung dieser Entscheidung vergangen sind.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst tragen.

Der Streitwert wird auf 5.000,00 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

Der Antragsteller konkurriert mit den Beigeladenen um eine Beförderung in ein Amt der Besoldungsgruppe A 8.

Der Antragsteller steht als Beamter auf Lebenszeit im Amt eines Technischen Fernmeldeobersekretärs (Besoldungsgruppe A 7) im Dienst der Antragsgegnerin und ist bei der Deutschen Telekom AG beschäftigt. Dem für diese Tätigkeit beurlaubten Antragsteller ist dauerhaft eine nach Besoldungsgruppe A 9 bewertete Tätigkeit als „Technician“ bei der [redacted] GmbH zugewiesen.

Am 21. März 2016 erstellte die Deutsche Telekom AG für den Antragsteller eine dienstliche Beurteilung für den Zeitraum vom 1. November 2013 bis 31. Mai 2015. Der Antragsteller erhielt in der Gesamtbewertung nach einer Bewertungsskala mit sechs Notenstufen („in geringem Maße bewährt“ bis „hervorragend“), die ihrerseits dreifach unterteilt sind („Basis“, „+“ und „++“), das Gesamturteil „hervorragend“ mit dem Ausprägungsgrad „+“.

Der Beurteilung lag die „Stellungnahme zur Erstellung der dienstlichen Beurteilung“ vom 12. Juni 2015 der unmittelbaren Führungskraft des Antragstellers zugrunde, in der der Antragsteller in allen Einzelmerkmalen nach einer fünfstufigen Bewertungsskala („in geringem Maße bewährt“ bis „sehr gut“) jeweils mit „sehr gut“ bewertet worden war. In der dienstlichen Beurteilung wurde der Antragsteller ebenfalls in allen Einzelmerkmalen mit „sehr gut“ beurteilt.

Mit Schreiben vom 1. August 2016 teilte die Deutsche Telekom AG dem Antragsteller mit, er könne in dieser Beförderungsrunde nicht befördert werden. Es ständen auf der Beförderungsliste „TPS_Zuw_extern“, auf der er geführt werde und die insgesamt 51 Beförderungsbewerber umfasse, nur zwei Planstellen für eine Beförderung in ein Amt der Besoldungsgruppe A 8 zur Verfügung. Es könnten deshalb nur Beamte befördert werden, die mit mindestens „hervorragend ++“ bewertet worden seien.

Am 1. September 2016 hat der Antragsteller den Erlass einer einstweiligen Anordnung zur vorläufigen Sicherung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs beantragt. Er rügt, seine dienstliche Beurteilung sei fehlerhaft. U.a. sei die Höherwertigkeit des Dienstpostens nicht hinreichend berücksichtigt worden.

Der Antragsteller beantragt,

der Antragsgegnerin im Wege einstweiliger Anordnung vorläufig zu untersagen, die Beigeladenen unter Einweisung in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 8 aus der Beförderungsliste „TPS_Zuw_extern“ zu befördern, bevor über seine Bewerbung erneut entschieden wurde und zwei Wochen seit der Mitteilung dieser Entscheidung vergangen sind.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Die Beigeladenen haben keinen Antrag gestellt.

II.

Der als Antrag auf Sicherungsanordnung (§ 123 Abs. 1 Satz 1 Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO –) statthafte und auch im Übrigen zulässige Antrag hat Erfolg. Der Antragsteller hat einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht (vgl. § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 Zivilprozessordnung – ZPO –).

1. Nach Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz – GG – hat jeder Deutsche nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Danach sind öffentliche Ämter nach Maßgabe des Leistungsgrundsatzes zu besetzen (vgl. auch § 9 Bundesbeamtengesetz). Art. 33 Abs. 2 GG vermittelt ein grundrechtsgleiches Recht auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl. Ein Bewerber um ein öffentliches Amt kann verlangen, dass seine Bewerbung nur aus Gründen zurückgewiesen wird, die durch den Leistungsgrundsatz gedeckt sind (Bewerbungsverfahrensanspruch). Der Bewerberauswahl dürfen nur Gesichtspunkte zugrunde

gelegt werden, die den von Art. 33 Abs. 2 GG geforderten Leistungsbezug aufweisen. In Bezug auf die Vergabe höherer Ämter einer Laufbahn durch Beförderungen handelt es sich um Kriterien, die darüber Aufschluss geben, in welchem Maße der Beamte den Anforderungen seines Amtes genügt und sich in dem höheren Amt voraussichtlich bewähren wird. Ein abgelehnter Bewerber, dessen subjektives Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG durch eine fehlerhafte Auswahlentscheidung des Dienstherrn verletzt worden ist, kann eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung zumindest dann beanspruchen, wenn seine Erfolgsaussichten bei einer erneuten Auswahl offen sind, seine Auswahl also möglich erscheint (vgl. BVerwG, Beschluss vom 22. November 2012 – BVerwG 2 VR 5.12 –, juris Rn. 22 ff. m.w.N.; BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember 2015 – 2 BvR 1958/13 –, juris Rn. 57).

Der für die Auswahlentscheidung maßgebliche Leistungsvergleich der Bewerber muss auf aussagekräftige, d.h. hinreichend differenzierte, aktuelle und auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhende dienstliche Beurteilungen gestützt werden. Dies sind regelmäßig die aktuellen Beurteilungen (vgl. BVerwG, Urteil vom 17. August 2005 – BVerwG 2 C 37.04 –, juris Rn. 19). Im Streit über die Auswahl für ein Beförderungsamts hat das Gericht daher 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 Konkurrentenstreit geltend gemacht werden (vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. Januar 2004 – BVerwG 2 VR 3.03 –, Buchholz 310 § 123 VwGO Nr. 23 Rn. 7 ff., juris Rn. 10 m.w.N.).

Bei Zugrundelegung dieser Maßstäbe verletzt die getroffene Auswahl den Antragsteller in seinem Bewerbungsverfahrensanspruch. Gegen die der Auswahl zugrunde liegende dienstliche Beurteilung des Antragstellers bestehen durchgreifende rechtliche Bedenken, da ihr eine hinreichende Tatsachengrundlage dafür fehlt, den Umstand zu berücksichtigen, dass der Antragsteller während des gesamten Beurteilungszeitraums auf einem höherwertigen Dienstposten eingesetzt wurde.

Die am 31. Oktober 2013 in Kraft getretenen „Beurteilungsrichtlinien für die bei der Deutschen Telekom AG beschäftigten Beamtinnen und Beamten“ (im Folgenden BeurteilungsRL) sehen in Nr. 4.2 ein Beurteilungsverfahren mit Erst- und Zweitbeurteiler vor. Sofern die Beurteiler nicht selbst in der Lage sind, sich aus eigener Anschauung ein vollständiges Bild von den Leistungen sowie der Befähigung und Eignung der zu beurteilenden Beamten zu machen, müssen sie auf mündliche und

schriftliche Stellungnahmen/Beurteilungsbeiträge der unmittelbaren Führungskräfte zurückgreifen (Nr. 5. BeurteilungsRL). Nach § 1 Abs. 3, § 2 Abs. 3 des „Leitfadens Führungskräfte (Anlage 4 zu den BeurteilungsRL) bleibt das Statusamt im Rahmen dieser Stellungnahmen unberücksichtigt. Die dienstliche Beurteilung erfolgt dagegen vorrangig am Maßstab des Statusamtes (vgl. Nr. 6 BeurteilungsRL).

Der Antragsteller war während des gesamten Beurteilungszeitraums höher als seinem Statusamt (Besoldungsgruppe A 7) entsprechend beschäftigt, nämlich auf einem Arbeitsposten, den die Antragsgegnerin entsprechend Besoldungsgruppe A 9 bewertet. Dieses Auseinanderfallen stellt mit Blick auf das Beurteilungssystem der Antragsgegnerin besondere Anforderungen an die Beurteiler. Fallen Statusamt und Bewertung des tatsächlich wahrgenommenen Arbeitspostens auseinander, muss der Beurteiler im Beurteilungssystem der Antragsgegnerin diesen Umstand bei dem Rückgriff auf die allein am Arbeitsposten ausgerichtete Stellungnahme der unmittelbaren Führungskraft gesondert berücksichtigen. Denn es besteht der allgemeine Erfahrungssatz, dass mit einem höheren Statusamt die Wahrnehmung höherwertiger Aufgaben verbunden ist, die im Allgemeinen gegenüber einem niedrigeren Statusamt gesteigerte Anforderungen beinhalten und mit einem größeren Maß an Verantwortung verbunden sind (vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - BVerwG 2 VR 1.13 -, juris Rn. 52). Deshalb ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Beamter, der die Aufgaben eines Dienst- oder Arbeitspostens, der einer deutlich höheren Besoldungsgruppe zugeordnet ist, als sie seinem Statusamt entspricht, „gut“ erfüllt, die (wesentlich) geringeren Anforderungen seines Statusamtes in mindestens ebenso guter oder besserer Weise erfüllt. Je weiter der innegehabte Dienst- oder Arbeitsposten und das Statusamt auseinanderfallen, umso konkreter und ausführlicher muss sich der Beurteiler mit dieser Annahme auseinandersetzen (vgl. etwa VGH München, Beschluss vom 12. November 2015 - 6 CE 15/2031 -, juris Rn. 16; OVG Münster, Beschluss vom 18. Juni 2015 - 1 B 146/15 -, juris Rn. 33 ff.).

Die Beurteiler haben in der dienstlichen Beurteilung vom 21. März 2016 die sieben Einzelmerkmale – in enger Anlehnung an den Beurteilungsbeitrag vom 12. Juni 2015 – verbal erläutert und auf der fünfstufigen Skala jeweils die beste Note „sehr gut“ vergeben. Beim Gesamturteil haben sie auf der sechsstufigen Skala die beste Note („hervorragend“) mit dem Ausprägungsgrad „+“ vergeben. Aus dem Deckblatt der dienstlichen Beurteilung wird zwar deutlich, dass den Beurteilern sowohl das Statusamt als auch die höherwertige Beschäftigung des Antragstellers bekannt war. Darüber hinaus wird die höherwertige Beschäftigung auch in der Einleitung der verbalen Begründung des Gesamtergebnisses erwähnt. Es fehlt jedoch eine hinrei-

chende Tatsachengrundlage dafür, die auf dem höherwertigen Dienstposten erbrachten Leistungen am Maßstab des innegehabten Statusamts zu bemessen, und deshalb auch jegliche Begründung, in welcher Weise die höherwertige Beschäftigung berücksichtigt wurde. Erforderlich wäre gewesen, dass in der Beurteilung die im Rahmen des höherwertigen Dienstpostens erbrachten Leistungen zunächst in einem ersten Schritt zu den abstrakten Anforderungen des von dem Beamten innegehabten Statusamts in Beziehung gesetzt werden, bevor sie dann in einem zweiten Schritt den in der Notenskala geltenden Bewertungsstufen zugeordnet werden (vgl. OVG Münster, Beschluss vom 4. April 2016 – 1 B 1514/15 –, juris Rn. 15). Schon für ersteres fehlt es vorliegend indes an einer ausreichenden Tatsachengrundlage. Denn der Beurteilungsbeitrag der Führungskraft erschöpft sich in eigenen Wertungen, die sich dann – lediglich umformuliert – in der dienstlichen Beurteilung wiederfinden. Er liefert kaum Tatsachenmaterial, das eine eigene Wertung durch den Beurteiler ermöglichen würde. Weder ist erkennbar, welche Anforderungen den Dienstposten kennzeichnen, noch wird deutlich, welche konkreten Umstände der Leistungsbewertung mit „sehr gut“ zugrunde lagen. Schließlich bleibt offen, ob der Antragsteller die Höchstbewertung „sehr gut“ nur knapp erreichte oder ob seine Leistung weit über dem lag, was zu deren Erreichen erforderlich war. Gerade dies aber ist notwendig, um zu verhindern, dass – beurteilungsfehlerhaft – die höchste Beurteilung nur vom Inhaber des am höchsten bewerteten Dienstpostens erreicht werden kann.

Die Auswahl des Antragstellers im Rahmen einer neuen Auswahlentscheidung erscheint möglich, da offen ist, mit welchem Gesamturteil der Antragsteller beurteilt wird, wenn die dienstliche Beurteilung die höherwertige Beschäftigung des Antragstellers nachvollziehbar berücksichtigt. Angesichts dessen kann dahingestellt bleiben, ob sich die Beurteilungen der ausgewählten Bewerber aus denselben Gründen als beurteilungsfehlerhaft erweisen.

2. Der Antragsteller hat auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Er ist auf die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes angewiesen, um die bevorstehende Beförderung der Beigeladenen und damit einen endgültigen Rechtsverlust zu verhindern (vgl. BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 – BVerwG 2 C 16.09 –, juris Rn. 31 ff.).

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 155 Abs. 1 Satz 3, 154 Abs. 3, 162 Abs. 3 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes; die Kammer folgt damit der Rechtsprechung der beiden mit Beamtenrecht befassten Senate des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Sachentscheidung ist die Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg zulässig.

Die Beschwerde ist bei dem Verwaltungsgericht Berlin, Kirchstraße 7, 10557 Berlin, schriftlich oder in elektronischer Form (Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr mit der Justiz im Lande Berlin vom 27. Dezember 2006, GVBl. S. 1183, in der Fassung der Zweiten Änderungsverordnung vom 9. Dezember 2009, GVBl. S. 881) einzulegen. Die Frist für die Einlegung der Beschwerde endet zwei Wochen nach Zustellung dieses Beschlusses.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses schriftlich oder in elektronischer Form zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Hardenbergstraße 31, 10623 Berlin, 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.

Vor dem Oberverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte und 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 mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Darüber hinaus können auch die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 der Verwaltungsgerichtsordnung bezeichneten Personen und Organisationen auftreten. Ein als Bevollmächtigter zugelassener Beteiligter kann sich selbst vertreten. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt vertreten lassen; das Beschäftigungsverhältnis kann auch zu einer anderen Behörde, juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem der genannten Zusammenschlüsse bestehen. Richter dürfen nicht vor dem Gericht, ehrenamtliche Richter nicht vor einem Spruchkörper auftreten, dem sie angehören.

Gegen die Streitwertfestsetzung ist die Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,00 Euro übersteigt. Die Beschwerde ist bei dem Verwaltungsgericht Berlin, Kirchstraße 7, 10557 Berlin, schriftlich oder in elektronischer Form oder zu Protokoll der Geschäftsstelle einzulegen. Sie ist innerhalb von sechs Monaten einzulegen, nachdem

die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat. Der Vertretung durch einen Prozessbevollmächtigten bedarf es nicht.

Eiling

Dr. Kriegel

Seedorf

