

BEGL. ABSCHRIFT

Die Übersendung geschieht
zum Zwecke der Zustellung!Az.: 12 L 1932/14B e s c h l u s s

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

des Herrn

Antragstellers,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Breitreutz und andere
Reitzensteinstraße 4, 45657 Recklinghausen, Rechtsanwalt
Helmut Legarth
Reitzensteinstraße 4

g e g e n

45657 Recklinghausen

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Vorstand der Deutschen
Telekom AG, SBR-BRS, Rechtsservice Dienstrecht, Gradestraße 18,
30163 Hannover,
Gz.: 14.196-3BRS,
Sparkasse Bochum (BLZ 430 500 0)

Antragsgegnerin,

beigeladen:

bis

100.
101.
102.
103.
104.
105.
106.
107.
108.
115.

fortlaufend

109.
110.
111.
112.
113.
114.

wegen Stellenbesetzung
(hier: Vorläufiger Rechtsschutz)

hat die 12. Kammer des **VERWALTUNGSGERICHTS GELSENKIRCHEN**

am 27. Januar 2015

durch

den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Prof. Dr. Andrick,
die Richterin am Verwaltungsgericht Vollenberg und
den Richter Lier

b e s c h l o s s e n :

1. Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, die in der Einheit „DTT Technik“ im Rahmen der Beförderungsrunde 2014/15 ausgewiesenen und zu besetzenden Planstellen der Besoldungsgruppe A 8 BBesO mit den Beigeladenen zu 109 bis 114 zu besetzen, bis über das diesbezügliche Beförderungsbegehren des Antragstellers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden worden ist.

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

2. Der Streitwert wird auf bis zu 10000,- € festgesetzt.

G r ü n d e:

Der Antrag hat Erfolg.

Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist nach § 123 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 920 Abs. 2 und § 294 ZPO, dass der Antragsteller einen Anspruch auf eine bestimmte Leistung glaubhaft macht (Anordnungsanspruch) sowie, dass dieser Anspruch gefährdet und durch eine vorläufige Maßnahme zu sichern ist (Anordnungsgrund).

Der Antragsteller hat einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht.

Die zu seinen Lasten getroffene Auswahlentscheidung verletzt seinen aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Bewerbungsverfahrensanspruch und es ist nicht auszuschließen, dass er bei einer fehlerfreien Auswahl möglicherweise ausgewählt würde.

Der Erlass einer den Bewerbungsverfahrensanspruch nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO sichernden einstweiligen Anordnung setzt voraus, dass die Verletzung des Rechts auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über das Begehren glaubhaft ist und die Möglichkeit besteht, dass die noch zu treffende rechtmäßige Auswahlentscheidung tatsächlich zu Gunsten des jeweiligen Antragstellers ausfällt. Mit dem letztgenannten Erfordernis wird zwei für den vorläufigen Rechtsschutz im Konkurrentenstreit wesentlichen Aspekten Rechnung getragen: Zum einen besteht für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes kein Anlass, wenn feststeht, dass die geltend gemachte Rechtsverletzung für das Entscheidungsergebnis bedeutungslos ist, wenn also die Wiederholung des Stellenbesetzungsverfahrens unter Vermeidung der Rechtsverletzung zu keiner für den Antragsteller günstigeren Entscheidung führen kann. Zum anderen muss für den Erlass einer einstweiligen Anordnung die Möglichkeit einer günstigeren Entscheidung genügen. Dass die erneute Entscheidung des Dienstherrn zwangsläufig oder auch nur mutmaßlich zugunsten des Antragstellers ausfallen wird, kann dagegen nicht verlangt werden. Es genügt vielmehr für die Wiederholung der Auswahlentscheidung jeder Fehler im Auswahlverfahren einschließlich etwaiger Fehler der dabei zugrunde gelegten dienstlichen Beurteilungen, der für das Auswahlergebnis kausal gewesen sein kann; vorausgesetzt werden dabei die Berücksichtigungsfähigkeit des Fehlers und dessen potentielle Kausalität für das Auswahlergebnis.

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 13. September 2001 – 6 B 1776/00 – und vom 19. Dezember 2003 – 1 B 1972/03 –; Schnellenbach, Konkurrenzen um Beförderungssämter – geklärte und ungeklärte Fragen, ZBR 1997, 169 (170); ders., Anm. zu BVerwG, Urteil vom 13. September 2001, ZBR 2002, 180 (181).

Gemessen an diesen Grundsätzen ist hier eine Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs des Antragstellers festzustellen. Die Auswahlentscheidung genügt den Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG nicht. Denn es spricht einiges dafür, dass die dienstliche Beurteilung des Antragstellers fehlerhaft ist.

Der Mangel folgt allerdings nicht ohne Weiteres daraus, dass die dienstliche Beurteilung unter dem 13. August 2014 durch die Erstbeurteilerin und die Zweitbeurteilerin gefertigt worden ist. Der Dienstherr hat im Rahmen seiner organisatorischen Gestaltungsfreiheit zu bestimmen, durch wen er die Aufgabe der dienstlichen Beurteilung wahrnimmt. Denn die Zuständigkeit für die dienstliche Beurteilung ist weder im Bundesbeamtengesetz noch in der Bundeslaufbahnverordnung bzw. Postlaufbahnverordnung ausdrücklich geregelt. Zwar ist die Beurteilung durch den Dienstvorgesetzten (vgl. § 3 Abs. 2 BBG) die Regel; rechtlich zwingend ist dies aber nicht. Der Dienstherr hat allerdings bei der Bestimmung, durch wen er die Aufgabe der dienstlichen Beurteilung wahrnimmt, im Interesse des Beamten sachgerecht vorzugehen.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 17. April 1986 – 2 C 8/83 –, DVBl. 1986, 951 = NVwZ 1987, 135 f.; Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis, 8. Auflage, § 11 Rn. 20.

Die Wahrnehmung der Aufgabe der dienstlichen Beurteilung durch die beiden vorgenannten Beurteiler erscheint bei der hier lediglich vorzunehmenden summarischen Prüfung nicht von vornherein sachwidrig. Sie sind mit den beamtenrechtlichen Anforderungen der Beamten der Telekom vertraut und vermögen deren erbrachte Leistungen sachgerecht einzuschätzen. Nach der Darstellung der Antragsgegnerin (Seite 7 der Antragserwiderung) handelt es sich bei den Beurteilerinnen um Beschäftigte der Telekom aus dem Bereich HBS-BU, die durch den Dienstvorgesetzten beauftragt sind, die dienstlichen Beurteilungen der Beamtinnen und Beamten zu erstellen.

Die mögliche Fehlerhaftigkeit der dienstlichen Beurteilung folgt hier jedoch aus dem Umstand, dass der Antragsteller trotz der Beurlaubung nach § 13 Abs. 1 SUrlV dienstlich beurteilt worden ist und seine Laufbahn nicht, wie es geboten gewesen wäre, nachgezeichnet worden ist. Eine solche Nachzeichnung als „Beurteilungssurrogat“ hätte sich in einem Nachzeichnungsvermerk oder auch Nachzeichnungsbescheid widerspiegeln müssen.

Der Antragsteller ist für den Zeitraum vom 01. September 2011 bis zum 30. Juni 2016 gemäß § 13 Abs. 1 der SUrlV beurlaubt und übt in dieser Zeit eine Tätigkeit bei der Deutsche Telekom Netzproduktion GmbH, einer Tochtergesellschaft der Deutsche Telekom AG, aus. Er ist mithin ein Beamter, der im Beurteilungszeitraum und am Beurteilungstichtag damit keinen dem Unternehmen und dem Bund als Dienstherrn zurechenbaren „Dienst“ verrichtet hat, so dass seine Tätigkeit auch nicht dienstlich beurteilt werden konnte.

Etwas anderes kann nicht aus § 1 Abs. 5 Nr. 2 PostLV hergeleitet werden, wonach als Dienstposten und damit als „Dienst“ im Sinne der Bundeslaufbahnverordnung auch Tätigkeiten bei den Postnachfolgeunternehmen oder anderen Unternehmen gelten, die während einer ruhegehaltfähigen Beurlaubung nach § 13 Abs. 1 SUrlV wahrgenommen werden.

Vgl. hierzu OVG NRW, Beschluss vom 15. März 2013
– 1 B 133/13 –.

Der Ordnungsgeber geht hiernach im Grundsatz (zunächst) selbst davon aus, dass eine Tätigkeit während der vorgenannten Beurlaubung kein – für eine dienstliche Beurteilung erforderlicher - „Dienst“ ist; andernfalls hätte es der Fiktion nicht bedurft. Eine solche ist aber rechtlich zweifelhaft, da der zu verrichtende „Dienst“ und damit seine Verortung im jeweiligen Rechtsregime nicht losgelöst von dem gegenwärtigen aktiven Dienstverhältnis gesehen werden darf. Befindet sich ein Beamter wie der Antragsteller aufgrund der Beurlaubung vorübergehend in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis, so prägt dieses seinen dienstrechtlichen Status. Der beurlaubte Beamte ist während dieser Zeit innerhalb des Telekom-Konzerns als Tarifbeschäftigter tätig und könnte – was vorliegend allerdings nicht geschehen ist - als solcher auch beurteilt werden. Da sich der Beamte entweder nur in dem einen (öffentlich-rechtlichen) oder in dem anderen (privatrechtlichen) aktiven Dienstverhältnis befinden kann, ist eine Parallelität beider „Dienste“ – tatsächlich und fiktiv (§ 1 Abs. 5 Nr. 2 PostLV) - nicht konstruierbar. Was „Dienst“ ist, bestimmt sich vielmehr ausschließlich nach dem der laufenden Tätigkeit zugrunde liegenden Rechtsverhältnis.

Vgl. zu nicht möglichen beamtenrechtlichen Sanktionen bei der Ausübung von Tätigkeiten als Mitglied des Personalrates, bei denen es sich nicht um

beamtenrechtlichen Dienst handele: VG Berlin, Beschluss vom 20. November 2013 – 71 K 10.13.PVB, PersR 2014, 227 ff. = ZfPR online 2014, Nr 11, 15 f.; ferner zur Nachzeichnung des beruflichen Werdeganges bei freigestellten Personalratsmitgliedern: BVerwG, Beschluss vom 30. Juni 2014 – 2 B 11.14 -, ZfPR 2014, 98 f. = PersV 2014, 456 ff.

Da die Beurlaubung eines Beamten einer Beförderung „im Rahmen einer regelmäßigen Laufbahnentwicklung“ nicht entgegensteht (§ 4 Abs. 3 S. 4 PostPersRG), ist dem durch die Nachzeichnung des beruflichen Werdeganges („fiktiv fortzuschreiben“) Rechnung zu tragen, dies insbesondere deshalb, um den Beamten in eine nachfolgende Bewerberkonkurrenz einbeziehen zu können. An die Stelle der dienstlichen Beurteilung, wie sie regelmäßig für die übrigen Beamten anlässlich der Beförderungsrunde 2014/15 zu erstellen gewesen ist, hätte als „Beurteilungssurrogat“ ein Nachzeichnungsvermerk oder Nachzeichnungsbescheid treten müssen. Dieser ist in Bezug auf die Rechtsschutzgewährung nicht anders zu behandeln als eine dienstliche Beurteilung.

Vgl. zu den Grundsätzen der Nachzeichnung: BVerwG, Urteil vom 10. April 1997 – 2 C 38.95 -, DVBl. 1998, 191 ff. = ZBR 1998, 46 ff. = PersR 1997, 533 ff.; Schnellenbach, ZfPR 2002, 51 m.w.N.

Das Erfordernis der Nachzeichnung (statt einer dienstlichen Beurteilung) wird erhärtet durch § 6 Abs. 1 S. 2 PostLV, der den „Maßstab für die regelmäßige Laufbahnentwicklung“ mit Blick auf die Fälle des § 4 Abs. 3 und 4 PostPerRG sowie auf die Fälle einer ruhegehaltfähigen Beurlaubung gemäß § 13 Abs. 1 SUrIV kennzeichnet, indem er auf das „Fortkommen“ der bei dem jeweiligen Postnachfolgeunternehmen „hauptamtlich beschäftigten“ Beamten „derselben Laufbahn und Laufbahngruppe mit der gleichen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung“ als richtungsweisendes Kriterium abstellt. In diese Richtung äußerte sich auch § 6 Abs. 2 S. 2 PostLV, wonach in dem Fall, in dem vergleichbare Beamte nicht in der erforderlichen Anzahl vorhanden sind, an ihre Stelle die Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer tritt. Soweit § 6 Abs. 2 S. 1 PostLV davon spricht, dass eine „zur Vorbereitung der Beurteilung geeignete Stellungnahme des Unternehmens“ einzuholen ist, bei dem der Beamte tätig ist, ist diese Formulierung – jedenfalls begrifflich - zwar insofern unscharf, als in Fällen der

Beurlaubung eine dienstliche Beurteilung von vornherein ausscheidet. Inhaltlich wird aber die Intention des Ordnungsgebers deutlich, die „Stellungnahme“ als (bedeutsame oder gar maßgebliche) Erkenntnisquelle bei der Erstellung des entsprechenden „Beurteilungssurrogats“ möglichst zu berücksichtigen. Der verordnungsrechtlich geforderten zeitnahen „Stellungnahme“ kann vor allem dann besonderes Gewicht beizumessen sein, wenn die qualifikationsbezogenen Erkenntnisse über die (auch externe) „fiktiv fortzuschreibende“ Entwicklung, bei der auch die (externe) Entwicklung – nach Status und zwischenzeitlicher Verwendung vergleichbar – („das Fortkommen“, § 6 Abs. 1 S. 2 PostLV) anderer zu beachten ist, gering sind oder gar fehlen.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 1, 162 Abs. 3 VwGO. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen für erstattungsfähig zu erklären, entspricht nicht der Billigkeit, weil diese keinen Antrag gestellt und sich damit selbst keinem Kostenrisiko ausgesetzt haben (§ 154 Abs. 3 VwGO).

Die Streitwertfestsetzung erfolgt auf der Grundlage der §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 1, 6 Satz 1 Nr. 1, Satz 4 GKG. Hier ist der 3,25 fache Betrag des Endgrundgehalts (2876,91 €) zugrunde zu legen, welches der Wertigkeit der angestrebten Stelle entspricht.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen den Beschluss zu 1. steht den Beteiligten die Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster zu.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe des Beschlusses schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Verwaltungsgerichten und den Finanzgerichten im Lande Nordrhein-Westfalen - ERVVO VG/FG – vom 7. November 2012 (GV. NRW. S. 548) bei dem Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, Bahnhofsvorplatz 3, 45879 Gelsenkirchen, einzulegen. Sie ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, beim Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Aegidiikirchplatz 5, 48143 Münster, schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der ERVVO VG/FG 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. Das Oberverwaltungsgericht prüft nur die dargelegten Gründe.