8 K 3327/13

VERWALTUNGSGERICHT STUTTGART

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

- Antragsteller -

prozessbevollmächtigt:
Rechtsanwälte Früh & Martinek,
Uhlandstraße 11, 70182 Stuttgart, Az: 65/13

gegen

Land Baden-Württemberg,
vertreten durch die Bereitschaftspolizeidirektion Böblingen,
Wolfgang-Brumme-Allee 52, 71034 Böblingen, Az: P - 0311.2

- Antragsgegner -

beigeladen:

1.

2.

3.

4.

wegen

Beförderungsauswahl,
hier: Antrag nach § 123 VwGO

hat das Verwaltungsgericht Stuttgart - 8. Kammer - durch den Vizepräsidenten des Verwaltungsgerichts Gaber und die Richterinnen am Verwaltungsgericht Zeitler und Wilke

am **19. November 2013**

beschlossen:

Dem Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, 4 der 5 vorgesehenen Beförderungsstellen im Bereich der Bereitschaftspolizeidirektion Böblingen nach der Besoldungsgruppe A 9 mit den Beigeladenen zu besetzen, solange nicht über die Bewerbung des Antragstellers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gericht neu entschieden ist.

Der Antragsgegner trägt die Gerichtskosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten des Antragstellers. Die Beigeladenen tragen ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

Der Streitwert wird auf 18.336,30 € festgesetzt.

Gründe

Der sachdienlich ausgelegte (§ 88 VwGO) Antrag des Antragstellers, dem Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu untersagen, 4 der 5 zur Verfügung stehenden Beförderungsstellen im Bereich der
nach der Besoldungsgruppe A 9 mit den Beigeladenen zu besetzen, solange nicht über die Bewerbung des Antragstellers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gericht neu entschieden ist, ist zulässig und hat in der Sache Erfolg. Der Antragsteller hat den für den Erlass der erstrebten einstweiligen Anordnung erforderlichen Anordnungsgrund sowie einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht (§ 123 Abs. 1, 3 VwGO i.V.m. § 920 ZPO).

Da der Antragsgegner die Absicht hat, die 5 noch offenen Beförderungsstellen nach A 9 zu besetzen, davon 4 Stellen mit den Beigeladenen und eine Stelle mit einem Mitbewerber, der eine in der Gesamtbewertung bessere dienstliche Beurteilung hat

als der Antragsteller und die Beigeladenen, weshalb der Antragsteller seine Auswahl nicht - mehr - beanstandet hat, ist ein Anordnungsgrund gegeben.

Nach Auffassung des Gerichts ist auch der erforderliche Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Denn die vom Antragsgegner getroffene Auswahlentscheidung zu Gunsten der Beigeladenen verletzt aller Voraussicht nach den sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebenden Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers. Es besteht daher ein Anspruch auf erneute Entscheidung über die Bewerbung des Antragstellers nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Kammer, denn der vorliegende Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG kann sich auf die Erfolgsaussichten seiner Bewerbung auswirken. Bei rechtsfehlerfreier Bewerberauswahl auf der Grundlage - noch zu erstellender - rechtmäßiger dienstlicher Beurteilungen ist angesichts des geringen Unterschieds der bislang vorgenommenen und mangels Begründung nicht in sachgerechter Weise weiter angreifbaren dienstlichen Beurteilung des Antragstellers im Vergleich zu den Beigeladenen ein Erfolg der Bewerbung des Antragstellers zumindest ernsthaft möglich (vgl. VGH Bad.-Württ., Urteil vom 31.07.2012 - 4 S 575/12 - juris).

Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Ein abgelehnter Bewerber, dessen subjektives Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG, d.h. dessen Bewerbungsverfahrensanspruch, 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. Dieser Prüfungsmaßstab ist wie im Hauptsacheverfahren auch bei einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung anzulegen. Hierbei gebietet das Grundrecht auf wirkungsvollen Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG eine umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung der Auswahlentscheidung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes dann, wenn der ausgewählte Bewerber - wie hier - befördert werden soll. Denn in diesem Fall muss das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes die Funktion des Hauptsacheverfahrens übernehmen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 27.09.2011 - 2 VR 3/11 -, juris, m.w.N.).

Ein Beamter, der die Übertragung eines höherwertigen Dienstpostens (Beförderungsdienstposten) oder eine mit einer Ernennung verbundene Beförderung (§ 20 Abs. 1 LBG) anstrebt, hat Anspruch darauf, dass der Dienstherr das ihm bei der Entscheidung über die Bewerbung zu Gebote stehende Auswahlermessen - unter Einhaltung etwaiger Verfahrensvorschriften - fehlerfrei ausübt (Bewerbungsverfahrensanspruch). Er kann insbesondere verlangen, dass die Auswahl nach Art. 33 Abs. 2 GG, § 9 BeamtStG (nur) nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung getroffen wird (vgl. BVerwG, Beschluss vom 22.11.2012 - 2 VR 5.12 -, juris, und Urteile vom 04.11.2010 - 2 C 16.09 -, BVerwGE 138, 102, vom 28.10.2004 - 2 C 23.03 -, BVerwGE 122, 147 und vom 17.08.2005 - 2 C 37.04 -, BVerwGE 124, 99). Der von Art. 33 Abs. 2 GG geforderte Leistungsvergleich der Bewerber um ein Beförderungsamt ist anhand aktueller dienstlicher Beurteilungen, deren Inhalt auf das Statusamt bezogen ist, vorzunehmen. Deren Eignung als Vergleichsgrundlage setzt voraus, dass sie inhaltlich aussagekräftig sind. Hierfür ist erforderlich, dass sie die dienstliche Tätigkeit im maßgebenden Beurteilungszeitraum vollständig erfassen, auf zuverlässige Erkenntnisquellen gestützt sind, das zu erwartende Leistungsvermögen in Bezug auf das angestrebte Amt auf der Grundlage der im innegehabten Amt erbrachten Leistungen hinreichend differenziert darstellen sowie auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhen. Maßgebend für den Leistungsvergleich ist in erster Linie das abschließende Gesamturteil, das durch eine Würdigung, Gewichtung und Abwägung der einzelnen leistungsbezogenen Gesichtspunkte zu bilden ist. Sind Bewerber mit dem gleichen Gesamturteil bewertet worden, muss der Dienstherr zunächst die Beurteilungen unter Anlegung gleicher Maßstäbe umfassend inhaltlich auswerten und Differenzierungen in der Bewertung einzelner Leistungskriterien zur Kenntnis nehmen (st. Rspr; vgl. BVerwG, Beschluss vom 20.06.2013 - 2 VR 1.13 - IÖD 2013, 194 = ZBR 2013, 376 m.w.N.). Um praktischen Erfordernissen in einer großen Behörde Rechnung zu tragen, ist es, um dem Gebot der umfassenden inhaltlichen Auswertung der letzten dienstlichen Beurteilung zu entsprechen, beispielsweise möglich, zu Beginn des Auswahlverfahrens einzelne als besonders bedeutsam erachtete Leistungsmerkmale zu definieren, dies zu dokumentieren und die insoweit erzielten Bewertungen bei der Reihung in der Beförderungsrangliste zu berücksichtigen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 22.11.2012 - 2 VR 5.12 - a.a.O.). Stellt der Dienstherr bei nach den Gesamturteilen im Wesentlichen gleich geeigneten Bewerbern auf einzelne Gesichtspunkte ab, muss er deren besondere Bedeutung begründen. Die Entschei-

dung des Dienstherrn, welches Gewicht er den einzelnen Gesichtspunkten für das abschließende Gesamturteil und für die Auswahl zwischen im Wesentlichen gleich geeigneten Bewerbern beimisst, unterliegt nur einer eingeschränkten gerichtlichen Nachprüfung (st. Rspr; vgl. BVerwG, Beschluss vom 20.06.2013 - 2 VR 1.13 - a.a.O. m.w.N.).

Gemessen an diesen Vorgaben ergibt sich ein Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. Art 19 Abs. 4 Satz 1 GG zu Lasten des Antragstellers vorliegend daraus, dass ein Leistungsvergleich unter den Mitbewerbern nicht möglich (gewesen) ist, weil es an aussagekräftigen dienstlichen Beurteilungen fehlt. Zwar geht der Antragsgegner nach dem Auswahlvermerk vom 08.08.2013 zutreffend davon aus, dass die Beigeladenen zu 1 bis 3 (mit 3,93 und 3,86 Punkten) in ihren letzten Regelbeurteilungen ein besseres arithmetisches Mittel der Leistungs- und Befähigungsbeurteilung als der Antragsteller (mit 3,79 Punkten) erzielt haben. Der Antragsgegner hat in für die Auswahlentscheidung (ausschließlich) herangezogenen Regelbeurteilungen (zum Stichtag 28.02.2013) der Beigeladenen zu 1 und 2 das diesen Beigeladenen (einheitlich) vergebene Gesamturteil von 3,75 Punkten auch begründet. Bei den für die Auswahlentscheidung weiter herangezogenen dienstlichen Regelbeurteilungen (zum Stichtag 28.02.2013) der Beigeladenen zu 3 und 4 wurde jedoch das Gesamturteil von 3,75 Punkten nicht begründet; diese Regelbeurteilungen sind daher mangels Begründung des (einheitlich vergebenen) Gesamturteils von 3,75 Punkten nicht aussagekräftig und damit fehlerhaft. Sie sind keine brauchbare Grundlage für eine sachgerechte Auswahlentscheidung.

Der Antragsgegner kann sich auch nicht auf die aufgrund von § 51 LBG n.F. und der Verordnung der Landesregierung über die dienstliche Beurteilung der Beamten vom 06.06.1983 (Beurteilungsverordnung, GBl. S. 209) - mit späteren Änderungen - erlassenen Verwaltungsvorschrift des Innenministeriums über die dienstliche Beurteilung der Beamtinnen und Beamten des Polizeivollzugsdienstes vom 21.12.2010 (VwV-Beurteilung Pol, GABl. 2011, 2) berufen, nach deren Nr. 4.4 VwV-Beurteilung Pol die Beurteilung mit einer Gesamtbewertung abschließt, die aus den für alle 14 Submerkmale vergebenen Einzelbewertungen der Leistungs- und Befähigungsbeurteilung unter Berücksichtigung der Bedeutung der Submerkmale sowie Würdigung ihrer Gewichtung und Würdigung der Gesamtpersönlichkeit des Polizeibeamten zu

bilden ist und (nur) bei der Zuerkennung von 1,5 sowie von 4,5 und mehr Punkten näher zu begründen ist (Satz 3). Zwar hat der Dienstherr beim Erlass von Beurteilungsrichtlinien einen weiten Gestaltungs- und Ermessensspielraum, der ihn berechtigt, entsprechend seinen Vorstellungen über die Erfordernisse seiner Verwaltungen unterschiedliche Beurteilungssysteme einzuführen, einschließlich der Aufstellung einer Notenskala und der Festlegung, welcher Begriffsinhalt mit den einzelnen Notenbezeichnungen auszudrücken ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 30.04.1981 - 2 C 8.79 - NVwZ 1982, 101 m.w.N.). Ob der Dienstherr jeweils das zweckmäßigste System getroffen hat oder ob zweckmäßigere denkbar wären, ist nicht Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. Das richtlinienkonforme Unterlassen einer jeglichen Begründung der allein durch Punkte ausgedrückten Gesamtbewertung in der Beurteilung des Antragstellers - wie in derjenigen der Beigeladenen zu 3 und 4 - erweist sich jedoch als rechtswidrig. Zwar ist es mangels anderweitiger Regelung in Gesetz oder Rechtsverordnung grundsätzlich zulässig, die Noten, auch die Gesamtnote, allein durch eine Zahl (Punkte) auszudrücken (VGH Bad.-Württ., Urteil vom 31.07.2012 - 4 S 575/12 -juris; vgl. auch BVerwG, Beschluss vom 31.01.1994 - 2 B 5.94 -, Buchholz 232.1 § 40 BLV Nr. 16), doch erfordert es der Anspruch sowohl aus Art. 33 Abs. 2 GG als auch - bezogen auf das gerichtliche Verfahren - aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, dass schon die dienstliche Beurteilung selbst in einer die gerichtliche Nachprüfung ermöglichenden Weise klar abgefasst ist (VGH Bad.-Württ., Urteil vom 31.07.2012 - 4 S 575/12 - a.a.O. m.w.N.) Die Beurteilung muss geeignet sein, den - den Beurteilten nicht kennenden - Leser in den Stand zu setzen, sich ein klares Bild über das Leistungsvermögen und die charakterlichen Eigenarten des Beurteilten zu machen, wobei vom Wortlaut des verfassten Textes auszugehen ist (BVerwG, Beschluss vom 21.07.1992 - 1 WB 87.91 -, BVerwGE 93, 279).

Dem genügt eine dienstliche Beurteilung jedenfalls dann nicht, wenn für deren Gesamtbewertung durch Vergabe einer bestimmten Punktzahl jegliche Begründung fehlt. Denn ohne eine Begründung ist der Antragsteller nicht - wie erforderlich - in der Lage, die seine dienstliche Beurteilung abschließende Gesamtbewertung nachzuvollziehen. Die fehlende Nachvollziehbarkeit der für die Auswahlentscheidung herangezogenen dienstlichen Beurteilungen wird hier dadurch unterstrichen, dass beispielsweise nicht erkennbar ist, aus welchen Gründen der Beigeladene zu 3 mit einem Mittel der Leistungs- und Befähigungsbeurteilung von 3,86 Punkten in seiner

dienstlichen Beurteilung auf ein Gesamturteil von 3,75 Punkten kommt, ebenso wie der Beigeladene zu 4 und der Antragsteller, die einen Mittelwert von „nur“ 3,79 aufzuweisen haben, zumal der Antragsgegner im Auswahlvermerk vom 08.08.2013 einen „signifikanten Leistungsvorsprung“ des Beigeladenen zu 3 feststellt. Zwar ist das nach Nr. 4.4 VwV-Beurteilung Pol zu treffende und für den Leistungsvergleich bei der Auswahlentscheidung in erster Linie maßgebliche Gesamturteil nicht rein rechnerisch zu ermitteln, sondern ist aus den für alle 14 Submerkmale vergebenen Einzelbewertungen der Leistungs- und Befähigungsbeurteilung unter Berücksichtigung der Bedeutung der Submerkmale sowie Würdigung ihrer Gewichtung und Würdigung der Gesamtpersönlichkeit des Polizeibeamten zu bilden. Doch müssen die wesentlichen Gründe der vorgenommenen Beurteilung erkennbar gemacht werden, um vor dem Hintergrund der - unangetasteten - Beurteilungsermächtigung und des bestehenden weiten Spielraums im Rahmen eines Auswahlverfahrens nachfolgend effektiven Rechtsschutz im Sinne des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG - sei es in einem Verfahren gegen die dienstliche Beurteilung selbst, sei es wie hier im Verfahren gegen die Auswahlentscheidung, die auf der Grundlage dienstlicher Beurteilungen getroffen wurde - gewährleisten zu können.

Hinzu kommt, dass auch die im Rahmen der Auswahlentscheidung bei Gleichstand mehrerer Bewerber nach dem Gesamturteil gebotene Ausschöpfung der dienstlichen Beurteilungen (VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 21.06.2011 - 4 S 1075/11 -, IÖD 2011, 230 m.w.N.; BVerwG, Beschluss vom 20.06.2013 - 2 VR 1.13 - a.a.O.) mangels Begründung nicht möglich ist. Sind die Bewerber im Gesamturteil der aktuellen dienstlichen Beurteilungen gleich beurteilt worden, ist der Dienstherr verpflichtet, den weiteren Inhalt der Beurteilungen daraufhin zu würdigen, ob sich aus ihm Anhaltspunkte für einen Qualifikationsvorsprung eines oder mehrerer Bewerber gewinnen lassen. Der Dienstherr ist zu einer inhaltlichen Ausschöpfung dienstlicher Beurteilungen nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet.

Weder aus den Auswahlerwägungen des Antragsgegners (vgl. zur Dokumentationspflicht hinsichtlich der Auswahlentscheidung BVerfG, Beschluss vom 09.07.2007 - 2 BvR 206/07 -, NVwZ 2007, 1178; vgl. dazu, dass die Auswahlentscheidung die maßgebenden Erwägungen des Dienstherrn erkennen lassen muss, auch BVerwG, Urteil vom 04.11.2010 - 2 C 16.09 - NVwZ 2011, 358) noch aus seinen Ausführungen im

verwaltungsgerichtlichen Verfahren in den Schriftsätzen vom 30.09.2013 und 11.11.2013 ist aber ersichtlich, dass der Antragsgegner die aktuellen dienstlichen Beurteilungen der Bewerber über die Gesamtbewertung hinaus einzelfallbezogen im Sinne der gebotenen Binnendifferenzierung bzw. Binnenbewertung in den Blick genommen hat.

Der Antragsgegner hat für die von ihm vorgenommene „Binnendifferenzierung", die er seiner Auswahlentscheidung zu Grunde gelegt hat, zunächst 6 der für alle 14 Submerkmale vergebenen Einzelbewertungen der jeweiligen Gesamtbewertungen herangezogen und einen sich hieraus ergebenden Mittelwert errechnet. Bei den 6 Submerkmalen handelte es sich dabei um solche der Leistungsbeurteilung, nämlich um die unter Nr. 3.1.3. der VwV-Beurteilung Pol genannten Nrn. 1.1 (Leistungsumfang), 1.2 (Leistungsgüte), 1.3 (Planung und Disposition), 1.4 (Initiative und Selbstständigkeit), 2.1. (Sozialverhalten nach innen gegenüber Mitarbeiterinnen, Mitarbeitern, Kolleginnen und Kollegen einschließlich Vorgesetzten), 2.2 (Sozialverhalten nach außen im Umgang mit Bürgern), 3.1 (Zielvereinbarung; Beurteilen und Fördern), 3.2 (Umgang mit Konfliktsituationen) und 3.3 (Delegieren und Kontrollieren) Außen vor blieben sämtliche Submerkmale der Befähigungsbeurteilung. Unter den jetzt noch zu berücksichtigenden 16 Bewerbern mit einer Gesamtbewertung von 3,75 Punkten ergaben sich danach Mittelwerte von 3,70 Punkten bis zu 3,93 Punkten; der Antragsteller erzielte einen Mittelwert von 3,79 Punkten, die Beigeladenen Mittelwerte von 3,79, 3,86 und 3,93 Punkten. Bei seiner Auswahlentscheidung hat der Antragsgegner sodann alle Beamtinnen und Beamte weiter berücksichtigt, die einen Mittelwert von 3,86 Punkten oder besser vorwiesen. Unter den Bewerbern, die einen Mittelwert von 3,79 vorwiesen - also der Beigeladene zu 4 und der Antragsteller - war dann die Gesamtbewertung der vorangegangenen Beurteilung aus dem Jahr 2011 und das Ergebnis der Laufbahnprüfung maßgeblich.

Dieser Leistungsvergleich, auf den der Antragsgegner seine Auswahlentscheidung gestützt hat, verletzt den Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers. Zwar dürfte es dem Anspruch eines Bewerbers auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl entsprechen, wenn sein Dienstherr im Rahmen der gebotenen „Binnenbewertung" (vgl. zum inhaltlich anders definierten Begriff der Binnendifferenzierung BVerwG, Urteil vom 27.02.2003 - 2 C 16/02 - NVwZ 2003, 1397: „verbale

Zusätze zur abgestuften Bewertung innerhalt von Gesamtnoten") im Falle einer Beförderungsrunde wie der vorliegenden vornehmlich die Einzelbewertungen in den Blick nimmt, die die Bewerber im „Leistungsteil" erzielt haben (vgl. auch BVerwG, Urteil vom 04.11.2010 - 2 C 16.09 - NVwZ 2011, 358). Die Bildung eines arithmetischen Mittels der Einzelbewertungen dieser Submerkmale und der anschließende Vergleich der Mittelwerte wird jedoch nicht dem Gebot gerecht, die in der dienstlichen Beurteilung vergebenen Einzelbewertungen im Hinblick auf die zu vergebenden Beförderungsstellen in den Blick zu nehmen (vgl. BVerwG, Urteil vom 24.11.1994 -2 C 21/93 - BVerwGE 97,128 = NVwZ-RR 1995, 340).

Vorliegend fehlt es damit an einer hinreichenden Grundlage für den im Rahmen der Auswahlentscheidung vorzunehmenden Leistungsvergleich.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 154 Abs. 1 und 3, 162 Abs. 3 VwGO. Es entspricht nicht der Billigkeit, die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen für erstattungsfähig zu erklären, weil sie keinen Antrag gestellt haben.

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 52 Abs. 5 Satz 3 und 4 i.V.m. Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 GKG n.F.. Danach ist hier als Streitwert der ungekürzte 6 -fache Betrag des Endgrundgehalts der Besoldungsgruppe A 9 in Höhe von 18.336,30 € (6 x 3.056.05 €) zugrunde zu legen (so im Ergebnis auch VGH Baden-Württemberg, Beschlüsse vom 12.04.2011 - 4 S 353/11 - NVwZ-RR 2011, 909 und vom 23.04.2013 - 4 S 439/13 - juris).