

Auswahlentscheidung und Berücksichtigung einer Schwerbehinderung

Verwaltungsgericht Köln, AZ.: 19 L 2728/04, Beschluss vom 27.01.2005

Der Antrag wird abgelehnt. Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der notwendigen außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen.

Der Streitwert wird auf 2.500,00 EUR festgesetzt.

Gründe:

Der Antrag,

dem Antragsgegner im Wege einstweiliger Anordnung zu untersagen, die dem Landrat des Rhein-Sieg-Kreises als Kreispolizeibehörde T. zum 01. September 2004 zugewiesene Beförderungsplanstelle der Besoldungsgruppe A 10 BBesO dem Beigeladenen zu übertragen, bis über den Widerspruch des Antragstellers gegen die zu seinen Lasten ergangene Auswahlentscheidung erneut unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts entschieden worden ist,

hat keinen Erfolg.

Eine einstweilige Anordnung des vorliegend begehrten Inhalts kann gemäß § 123 Abs. 1 und 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO nur ergehen, wenn der betreffende Antragsteller glaubhaft macht, dass ihm ein Anspruch auf eine bestimmte Leistung zusteht (Anordnungsanspruch), dieser Anspruch gefährdet ist und durch vorläufige Maßnahmen gesichert werden muss (Anordnungsgrund). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor.

Für das Rechtsschutzbegehren des Antragstellers ist zwar insoweit ein Anordnungsgrund gegeben, als der Anordnungsantrag auf die einstweilige Unterlassung der Beförderung des Beigeladenen in ein Amt der Besoldungsgruppe A 10 BBesO bei dem Landrat des Rhein-Sieg-Kreises als Kreispolizeibehörde T. (im Folgenden: Landrat) gerichtet ist. Der Landrat beabsichtigt ausweislich des Besetzungsvermerks vom 22. September 2004 sowie der (hausinternen) Mitteilung an die Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten der Besoldungsgruppe A 9 BBesO (Erste Säule) vom 23. September 2004, die ihm zum 01. September 2004 zugewiesene Beförderungsplanstelle nach Besoldungsgruppe A 10 BBesO (Erste Säule) dem Beigeladenen zu übertragen. Der Vollzug dieses Vorhabens würde die von dem Antragsteller mit seinem Widerspruch vom 27. September 2004 im Beförderungsauswahlverfahren geltend gemachten Rechte vereiteln, weil er in einem Hauptsacheverfahren nach der endgültigen, nicht mehr rückabzuwickelnden Übertragung der Beförderungsstelle an den Beigeladenen keinen effektiven Rechtsschutz mehr erlangen könnte; vgl. BVerwG, Urteil vom 25.08.1988 - 2 C 62.85-, BVerwGE 80, 127 (129 f.).

Für die beantragte einstweilige Unterlassungsanordnung gegen die vorgesehene Beförderung des Beigeladenen hat der Antragsteller allerdings den erforderlichen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht (vgl. § 123 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO).

Nach geltendem Dienstrecht hat ein Beamter auch bei Erfüllung aller laufbahnrechtlichen Voraussetzungen grundsätzlich keinen Rechtsanspruch auf Übertragung eines Beförderungsamtes. Er kann vielmehr nur verlangen, in seinem beruflichen Fortkommen nicht aus gesetz- oder sachwidrigen

Erwägungen des Dienstherrn beeinträchtigt zu werden. Die Entscheidung über eine Beförderung obliegt nach Maßgabe der Personalbedarfs und des Vorhandenseins freier besetzbarer Planstellen dem pflichtgemäßen Ermessen des für den Dienstherrn handelnden Dienstvorgesetzten. Dieser hat sich bei seiner Ermessensausübung gemäß Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. §§ 25 Abs. 6 Satz 1, 7 Abs. 1 LBG am Leistungsgrundsatz zu orientieren. Er ist danach gehalten, ein Beförderungssamt demjenigen von mehreren Beförderungsbewerbern zu übertragen, der nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung für die Wahrnehmung der betreffenden Dienstaufgaben am besten qualifiziert erscheint. Im Übrigen ist die Auswahlentscheidung bei im Wesentlichen gleicher Qualifikation nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen. Dem einzelnen Beförderungsbewerber steht insoweit nur ein Anspruch auf eine rechts- und ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung zu. Dieser sog. Bewerbungs- Verfahrensanspruch ist gemäß § 123 Abs. 1 VwGO durch eine einstweilige Anordnung in der Weise sicherungsfähig, dass dem Dienstherrn untersagt werden kann, vorläufig die streitbefangene Beförderungsstelle (endgültig) zu besetzen.

Der Antragsteller hat eine Verletzung dieses Rechts durch die Auswahlentscheidung des Landrats zugunsten des Beigeladenen aber nicht glaubhaft gemacht. Aufgrund der vorliegend gebotenen Prüfung der maßgebenden Sach- und Rechtslage - vgl. zum Prüfungsmaßstab: BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 24.09.2002 - 2 BvR 857/02 -, DVBl. 2002, 1633(1634)- kann nicht festgestellt werden, dass die Aussichten des Antragstellers in einer neuen - von ihm begehrten - Auswahlentscheidung offen sind, d.h. dass seine Auswahl möglich ist. Die angegriffene Auswahlentscheidung verstößt im Rahmen des hier allein relevanten Konkurrenzverhältnisses zwischen dem Antragsteller und dem Beigeladenen nicht gegen den Leistungsgrundsatz und ist auch nicht aus sonstigen Gründen ermessensfehlerhaft.

Für den vom Leistungsgrundsatz geforderten Qualifikationsvergleich ist in erster Linie auf die Ergebnisse der jeweils letzten, hinreichend zeitnahen dienstlichen Beurteilungen abzustellen, die den aktuellen Leistungsstand der Bewerber wiedergeben. Denn dienstliche Beurteilungen dienen vornehmlich dem Zweck, einen am Leistungsgrundsatz orientierten Vergleich der Beurteilten bei Entscheidungen über ihre Verwendung und ihre Beförderung zu ermöglichen (vgl. § 104 Abs. 1 Sätze 1 bis 3 LBG NRW). Bei der Auswahl unter mehreren nach Maßgabe der aktuellen dienstlichen Beurteilung im Wesentlichen gleich qualifizierten Beförderungsbewerbern ist es nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gemäß Art. 33 Abs. 2 GG grundsätzlich geboten, vorrangig frühere, hinreichend vergleichbare dienstliche Beurteilungen als zusätzliche Erkenntnismittel zu berücksichtigen, bevor auf Hilfskriterien zurückgegriffen wird.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 19.12. 2002 - 2 C 31.01 -, Buchholz 237.9 § 20 SaarLBG Nr. 1, vom 27.02.2003 - 2 C 16.02-, DÖD 2003, 2002 und vom 21.08. 2003 - 2 C 14.02 -, IÖD 2004, 38.

Nach der diese höchstrichterliche Rechtsprechung fortentwickelnden neueren Rechtsprechung des 6. Senats des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen, der die Kammer folgt, darf sich der für die Beförderung zuständige Dienstvorgesetzte im Rahmen des Vergleichs des aktuellen Leistungsstandes der Bewerber nicht ohne weiteres auf die Gesamturteile ihrer letzten Beurteilungen beschränken. Bei zuletzt

gleichlautend Gesamtbeurteilten muss er vielmehr der Frage nachgehen, ob Einzelfeststellungen in den aktuellen Beurteilungen eine Prognose über die zukünftige Bewährung im Beförderungsamt ermöglichen. Bei wesentlichen Unterschieden in den Einzelbewertungen der den Bewerbern erteilten letzten Beurteilungen ist der Dienst- vorgesetzte verpflichtet, eine solche "inhaltliche Ausschöpfung" zumindest ernsthaft in den Blick zu nehmen, bevor die Ergebnisse älterer Beurteilungen für einen erweiterten Qualifikationsvergleich herangezogen werden. Bei der Würdigung von Einzelbewertungen dienstlicher Beurteilungen kommt dem Dienstvorgesetzten ein Beurteilungsspielraum zu, der nur eingeschränkt darauf verwaltungsgerichtlich überprüfbar ist, ob der in diesem Zusammenhang anzuwendende Begriff oder der gesetzliche Rahmen, in dem sich der Dienstherr frei bewegen kann, verkannt worden ist oder ob von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen, allgemeingültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt worden sind. Insoweit trifft den Dienstvorgesetzten eine erhöhte Begründungs- und Substantiierungspflicht, wenn ersieh aufdrängenden oder zumindest naheliegenden Unterschieden in den Einzelfeststellungen der aktuellen Beurteilungen der Konkurrenten keine Bedeutung beimessen will.

Vgl. st. Rspr. des 6. Senats des OVG NRW: z.B. Beschlüsse vom 27.02.2004 - 6 B 2451/03 -, IÖD 2004, 147 = RIA 2004, 248, vom 25.08.2004 - 6 B 1649/04 -, vom 10.09.2004 - 6 B 1584/04 - (Juris), vom 05.11.2004 - 6 B 2182/04 -(Juris), vom 29.12.2004 - 6 B 1509/04 - (n.v.).

Bei Anwendung dieser Grundsätze erweist sich die Auswahlentscheidung des Landrats vom 22. September 2004 zu Gunsten des Beigeladenen nach summarischer Prüfung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als rechtlich bedenkenfrei. Der Landrat ist bei seiner Beförderungsentscheidung zu Recht zunächst davon ausgegangen, dass der Antragsteller und der Beigeladene nach Maßgabe des ihnen in den letzten Regelbeurteilungen vom 10. April 2003 [jeweils für den Zeitraum vom 01. Januar 2000 bis 31. Dezember 2002] übereinstimmend zuerkannten Gesamturteils "Leistung und Befähigung übertreffen die Anforderungen" (4 Punkte) aktuell im Wesentlichen gleich qualifiziert sind. In einem im Ergebnis nicht zu beanstandenden weiteren Qualifikationsvergleich des Antragstellers mit dem Beigeladenen - sowie weiteren Konkurrenten - hat der Landrat sodann den weiteren Inhalt dieser aktuellen Beurteilungen in den Blick genommen und ausweislich seiner im Besetzungsvermerk vom 22. September 2004 niedergelegten Auswahlentscheidung zunächst maßgebend darauf abgestellt, ob einer der in die Auswahlentscheidung einzubeziehenden Beamten in einem Hauptmerkmal mit 5 Punkten ("übertrifft die Anforderungen im besonderen Maße") beurteilt wurde. Vor dem Hintergrund der im Besetzungsvermerk enthaltenen Überlegung eines Eignungsvorsprungs dieser Beamten vor solchen, die in einem Hauptmerkmal (nur) mit 3 Punkten ("entspricht voll den Anforderungen") bzw. in allen Hauptmerkmalen mit 4 Punkten ("übertrifft die Anforderungen") und dem Hinweis auf nur allgemeine Anforderungen an die Beförderungsstellen sind dies sachgerechte Abwägungskriterien, um eine Prognose über die zukünftige Bewährung im Beförderungsamt zu ermöglichen.

Von dieser inhaltlichen Ausschöpfung der aktuellen dienstlichen Beurteilungen ausgehend hat der Landrat zu Recht einen Leistungsvorsprung des Beigeladenen gegenüber dem Antragsteller angenommen: Der Beigeladene hat in der dienstlichen Beurteilung vom 10. April 2003 im Hauptmerkmal "Sozialverhalten" 5 Punkte erzielt und war in den weiteren Hauptmerkmalen "Leistungsverhalten" und "Leistungsergebnis" mit jeweils 4 Punkten bewertet worden; der Antragsteller hat

hingegen in der dienstlichen Beurteilung vom 10. April 2003 im Hauptmerkmal "Leistungsergebnis" 3 Punkte und in den anderen Hauptmerkmalen "Leistungsverhalten" und "Sozialverhalten" 4 Punkte erreicht. Auf dieser Grundlage hat der Landrat sodann, ohne dass dies rechtlich zu beanstanden wäre, in dem weiteren Auswahlverfahren den Antragsteller nicht mehr berücksichtigt.

Soweit der Antragsteller dieser zutreffend und in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen und der Kammer vorgenommenen inhaltlichen Ausschöpfung der letzten dienstlichen Beurteilungen durch den Landrat entgegen hält, dass einer nachträglichen Gewichtung der Hauptmerkmale im Rahmen einer Beförderungsauswahl entgegen stehe, dass die den Hauptmerkmalen nunmehr beigemessene Tragweite bei der Abfassung der Regelbeurteilung in dieser Form nicht berücksichtigt worden sei und auch nicht habe berücksichtigt werden können, vermag die Kammer dem - im Anschluss an den Beschluss des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 10. September 2004 - 6 B 1584/04 - a.a.O. nicht zu folgen. Dieser Einwand verkennt die Bedeutung der Hauptmerkmale im Verhältnis zum Gesamturteil vgl. Nr. 9.1 BRL Pol (Das Gesamturteil basiert auf der Bewertung der Leistungs- und Befähigungsmerkmale unter Würdigung ihrer Gewichtung); Nr. 8.2.2 BRL Pol (Richtsätze sind nicht nur beim Gesamturteil, sondern auch bei der Beurteilung der Hauptmerkmale zu berücksichtigen) und übersieht, dass es darum geht, die Bewertung der Hauptmerkmale zur Gewinnung zusätzlicher Erkenntnisse für den Qualifikationsvergleich heranzuziehen. Die Durchführung eines solchen umfassenden Qualifikationsvergleichs ist zudem nicht vom Inhalt der jeweiligen Beurteilungsrichtlinien abhängig, sondern das Ergebnis höherrangigen Rechts, das nicht zur Disposition des Dienstherrn steht; vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 27.02.2004 und 29.12.2004, jeweils a.a.O..

Insoweit kommt es für die vorliegende Auswahlentscheidung nicht entscheidend darauf an, dass der Landrat seine Beförderungspraxis - ausgehend von der zitierten Rechtsprechung - zum September 2004 geändert hat.

Entgegen der Ansicht des Antragstellers hat der Landrat bei der zu Lasten des Antragstellers getroffenen Auswahlentscheidung zu Recht dessen Schwerbehinderung nicht berücksichtigt.

Nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen, der die Kammer folgt, kommt dem Umstand der Schwerbehinderung im Rahmen einer Beförderungsentscheidung lediglich der Charakter eines sog. Hilfskriteriums zu, d.h. der Dienstherr braucht auf dieses Kriterium nur dann zurück zu greifen, wenn im Übrigen ein Qualifikationsgleichstand zwischen den Beförderungsbe- Werbern festzustellen ist und damit auf der Ebene der Leistungsbewertung Unterschiede von erheblichem Gewicht nicht bestehen. Im Rahmen des ihm eröffneten Ermessens ist es dem Dienstherrn dann überlassen, welchem weiteren sachlichen Gesichtspunkt, z.B. der Schwerbehinderung oder sonstigen Umständen, er bei seiner Auswahlentscheidung das größere bzw. ausschlaggebende Gewicht beimisst, wenn durch das gewählte Auswahlkriterium das Leistungsprinzip selbst nicht in Frage gestellt wird; OVG NRW, Beschlüsse vom 04.01.1999 - 6 B 2096/98-, ZBR 1999, 271, vom 23.12.1999 - 12 B 1857/99-, DÖD 2000, 137, vom 28.12.1999 - 6 B 2002/99 -, ZBR 2001, 222, vom 08.11.2000 - 6 B 865/00 -, DÖD 2001, 261 (ständige

Rechtsprechung); vgl. auch BVerwG, Urteil vom 26.06.1986 - 2 C 4.84-, DVBl. 1986, 1156(1157).

Da der Landrat vorliegend mit zutreffenden Erwägungen im Rahmen der ihm obliegenden inhaltlichen Ausschöpfung der letzten Beurteilungen einen qualitativen Gleichstand zwischen dem Antragsteller und dem Beigeladenen aber nicht feststellen konnte, war ein Rückgriff auf das Hilfskriterium der Schwebehinderung für ihn nicht veranlasst.

Der Antragsteller kann die von ihm angenommene Fehlerhaftigkeit der Auswahlentscheidung auch nicht damit begründen, dass er vermeintliche Defizite der ihm für den Zeitraum 01. Januar 2000 bis 31. Dezember 2002 erteilten Regelbeurteilung vom 10. April 2003 aufzeigt.

Es kann offen bleiben, ob die vom Antragsteller gerügten Mängel der möglicherweise fehlenden Beurteilungsbeiträge - die der Antragsteller allerdings nicht vorlegt - bzw. der unterbliebenen Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung tatsächlich vorliegen oder ob nicht - entsprechend dem Vorbringen des Antragsgegners - von einer Verwirkung des Rügerechts des Antragstellers auszugehen ist. Nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein Westfalen, der die Kammer folgt, verletzt eine Auswahlentscheidung den Bewerbungsverfahrensanspruch des an dem Auswahlverfahren beteiligten Bewerbers nur dann, wenn dessen zugrunde gelegte dienstliche Beurteilung formelle oder materielle Fehler aufweist und diese Fehler potentiell für das Auswahlergebnis ursächlich sind; vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 17.09.2003 - 1 B 1253/03 u.a. - und Beschluss vom 13.09.2001 - 6 B 1776/00 -, DÖD 2001, 316, jeweils mit weiteren Nachweisen.

Eine solche Ursächlichkeit kann aufgrund der von dem Antragsteller behaupteten Mängel nicht festgestellt werden. Es ist nämlich nicht überwiegend wahrscheinlich, dass der Antragsteller abweichend von der Bewertung der Hauptmerkmale in der dienstlichen Beurteilung vom 10. April 2003 (Leistungsverhalten: 4 Punkte; Leistungsergebnis: 3 Punkte; Sozialverhalten: 4 Punkte) in einer neu zu erstellenden dienstlichen Beurteilung in einem dieser Hauptmerkmale mit "5 Punkten" und im Übrigen mit ausschließlich "4 Punkten" zu beurteilen wäre, so dass insoweit ein qualitativer Gleichstand mit dem Beigeladenen bestünde. Gegen eine solche Annahme spricht bereits der Umstand, dass der für den Zeitraum 01. Januar bis 03. Dezember 2000 erstellte und damit nahezu ein Drittel des Beurteilungszeitraums umfassende Beurteilungsbeitrag in sämtlichen Hauptmerkmalen auf "3 Punkte" lautet. Zudem bestehen für eine (erforderliche) Steigerung gegenüber der dienstlichen Beurteilung vom 14. März 2000 in einem der Hauptmerkmale von den dort durchgängig vergebenen "3 Punkten" auf "5 Punkte" in einem Hauptmerkmal keine nachvollziehbaren Anhaltspunkte; die Lebenserfahrung steht vielmehr der Annahme einer solchen Steigerung entgegen.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 1, 162 Abs. 3 VwGO; es entspricht der Billigkeit, die notwendigen außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen dem Antragsteller aufzuerlegen, weil der Beigeladene einen Sachantrag gestellt und sich daher einem Kostenrisiko ausgesetzt hat (§ 154 Abs. 3 VwGO). Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 3 Nr. 1, 52 Abs. 1 und 2 GKG

■