1 B 133/13
12 L 1512/12 Gelsenkirchen

U. Breitkreutz
Dr. jur. U. Wiese
Rechtsanwälte und Notare
H. Legarth
Rechtsanwälte
45657 Recklinghausen
Reitzensteinstraße 4
Tel. 0 23 61 / 92 72 - 0
Fax 0 23 61 / 1 38 32
Sparkasse Recklinghausen
Kto.-Nr. 54 478 (BLZ 426 501 01)

proT-in
Bundesvorstand
Kellerbergstr. 16
57319 Bad Berleburg
eMail bundesvorstand@proT-in.de
Tel. (0 27 51) 95 91 96

Beschluss

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

des Technischen Fernmeldeoberamtsrats

Antragstellers,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Kupferschläger und Kollegen,
Reitzensteinstraße 4, 45657 Recklinghausen,
Az.:

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Vorstand der Deutschen Telekom AG, HR BS, BRS, Rechtsservice Dienstrecht, Gradestraße 18, 30163 Hannover, Az.: 12.481-3 BRS,

Antragsgegnerin,

Beigeladener:

wegen Beförderung;
hier: Beschwerde im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

hat der 1. Senat des

OBERVERWALTUNGSGERICHTS FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN

am 15. März 2013

durch

den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht H o l t b r ü g g e ,

den Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. K n o k e ,

den Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. G ü n t h e r

auf die Beschwerden des Antragstellers sowie der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen vom 17. Januar 2013

beschlossen:

> Die Beschwerde des Antragstellers und die Beschwerde der Antragsgegnerin werden zurückgewiesen.
>
> Der Antragsteller und die Antragsgegnerin tragen die Kosten des Beschwerdeverfahrens je zur Hälfte. Die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen werden nicht erstattet.
>
> Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 14.866,02 Euro festgesetzt.

G r ü n d e :

Die Beschwerden haben keinen Erfolg (I. und II.). Der Senat nimmt mit Blick auf die große Anzahl von Parallelverfahren, die vor dem Senat und darüber hinaus auch in erster Instanz anhängig sind, dieses Verfahren zudem zum Anlass, zu weiteren, hier nicht angesprochenen Fragen Stellung zu nehmen (III.).

I.

Die Beschwerde der Antragsgegnerin ist zulässig, aber unbegründet.

Das Verwaltungsgericht hat der Antragsgegnerin mit dem angefochtenen Beschluss im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, die nach A 13 VZ+Z bewertete Stelle in der Einheit „VCS-Gesamt" mit einem anderen Bewerber als dem Antragsteller zu besetzen, bis über die Bewerbung des Antragstellers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden worden ist. Die hiergegen von der Antragsgegnerin vorgebrachten Gründe, auf deren Überprüfung der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO in der Sache beschränkt ist, soweit es um die begehrte Änderung des Beschlusses geht, rechtfertigen es nicht, den Beschluss des Verwaltungsgerichts zu ändern und den Antrag des Antragstellers insgesamt abzulehnen.

1.

Die Antragsgegnerin wendet sich zunächst gegen die Auffassung des Verwaltungsgerichts, die letzte Beurteilung des Antragstellers hätte der Auswahlentscheidung nicht zu Grunde gelegt werden dürfen, weil sie dem Antragsteller entgegen § 50 Abs. 3 Satz 1 BLV weder zuvor eröffnet noch mit ihm besprochen worden sei. Nach Auffassung der Antragsgegnerin war eine Eröffnung und Besprechung der Beurteilung nicht möglich, weil der Antragsteller im relevanten Zeitraum länger erkrankt gewesen sei. Eine postalische Versendung wäre entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts verfahrensfehlerhaft gewesen und damit nicht in Betracht gekommen, weil die Beurteilungsrichtlinie, das Personalentwicklungsinstrument Compass bei der Deutschen Telekom (Anlage 1 zur Konzernbetriebsvereinbarung Compass (KBV Compass)), in Ziffer 3 Abs. 5 die Regelung enthalte, dass die dienstliche Beurteilung der Beamtin/dem Beamten im Basisgespräch bis Ende November gegen Unterschrift bekannt zu geben und mit ihr/ihm zu besprechen sei.

Diese Auffassung ist unzutreffend. Dienstliche Beurteilungen sind das hauptsächliche Instrument, mit dem der Dienstherr ein Werturteil über Eignung, Befähigung und fachliche Leistung eines Beamten trifft. Ihr maßgeblicher Zweck besteht darin, Grundlage für eine zwischen konkurrierenden Beamten zu treffende Auswahlentscheidung anhand der Kriterien der Bestenauslese des Art. 33 Abs. 2 GG zu sein.

> Vgl. BVerwG, Urteil vom 26. September 2012 – 2 A 2.10 –, juris, Rn. 9; Beschluss des Senats vom 19. Dezember 2012 – 1 A 7/11 –, juris, Rn. 5 = NRWE; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 31. Juli 2012 – 4 S 575/12 –, juris, Rn. 27.

Verfahrensrechtlich erlangen dienstliche Beurteilungen gegenüber dem Beamten erst Wirksamkeit, wenn sie ihm bekannt gegeben werden. Das folgt aus einer entsprechenden Anwendung des § 43 VwVfG. Davor sind sie nicht verwendbar.

> Vgl. BVerwG, Beschluss vom 24. Mai 2011 – 1 WB 59.10 –, NVwZ-RR 2012, 32 = juris, Rn. 40; Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis, 7. Aufl. 2011, § 10 Rn. 30.

Sie sind ihm zudem in ihrem vollen Wortlaut zu eröffnen und mit ihm zu besprechen (§ 50 Abs. 3 Satz 1 BLV).

Gegen diese beiden Voraussetzungen hat die Antragsgegnerin bei der Beurteilung des Antragstellers verstoßen. Die Beurteilung, welche nicht einmal zur Personalakte gelangt ist, ist dem Antragsteller zu keinem Zeitpunkt vor der Auswahlentscheidung vom 19. November 2012 zur Kenntnis gelangt. Sie ist damit nicht als wirksame Grundlage für die Auswahlentscheidung heranzuziehen. Rechtlich betrachtet war sie zu diesem maßgeblichen Zeitpunkt (und ist sie im Übrigen, soweit ersichtlich, noch immer) nicht existent.

Dem kann die Antragsgegnerin nicht mit Erfolg entgegenhalten, eine Aushändigung der Beurteilung sei an der Erkrankung des Antragstellers gescheitert; eine Versendung sei nach den Vorschriften der Beurteilungsrichtlinie nicht zulässig. Es liegt auf der Hand, dass ein Untätigkeitbleiben der Antragsgegnerin angesichts dieser vermeintlichen Notlage die Eröffnung der Beurteilung als Wirksamkeitsvoraussetzung nicht ersetzen kann. Auch in einer solchen Situation bleibt die nicht eröffnete Beurteilung unwirksam und hindert ihr Fehlen eine beabsichtigte Auswahlentscheidung unter Beteiligung des betreffenden Beamten. Geht die Verwaltungspraxis der Antragsgegnerin dahin, in Situationen wie der vorliegenden von einer Eröffnung einer Beurteilung abzusehen, so hat sie schlicht die für sie nachteiligen verwaltungspraktischen Folgen zu tragen. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass § 50 Abs. 3 Satz 1 BLV jedoch keine persönliche Übergabe der Beurteilung verlangt und so die Möglichkeit einer schriftlichen Bekanntgabe, z. B. in Form der Zusendung, grundsätzlich nicht ausschließt.

> Vgl. Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis, 7. Aufl. 2011, § 10 Rn. 29.

Im Übrigen kann die nach § 50 Abs. 3 Satz 1 BLV erforderliche Besprechung der Beurteilung zu einem späteren Zeitpunkt oder wenn die Umstände des Einzelfalls – wie hier durch Erkrankung des Antragstellers – dies erfordern, jedenfalls im Einverständnis mit dem Beamten auch telefonisch oder – soweit seine Erkrankung dies zulässt – auch anlässlich eines Hausbesuchs erfolgen. Schließlich ist es dem Beamten unbenommen, auf eine mündliche Erörterung der Beurteilung zu verzichten.

2.

Zu Recht ist das Verwaltungsgericht auch davon ausgegangen, dass Beschäftigten der VCS GmbH, einer Tochtergesellschaft der Deutschen Telekom AG, der der Antragsteller dauerhaft zugewiesen ist, trotz ihrer Vorgesetztenfunktion nicht die Berechtigung zukommt, dienstliche Beurteilungen zu erstellen. Die hiergegen erhobenen Einwände der Antragsgegnerin, welche im Kern auf das Argument hinauslaufen, die Antragsgegnerin könne in pflichtgemäßer Ermessensausübung den Beurteiler selbst bestimmen, greifen nicht durch.

Die Erstellung dienstlicher Beurteilungen gehört zu den Kernpflichten des Dienstherrn im Rahmen seiner Fürsorgepflicht gegenüber den Beamten. Im Hinblick auf die Beamten der ehemaligen Deutschen Bundespost bestimmt § 1 Abs. 1 Satz 1 PostPersRG, dass die Aktiengesellschaften – hier die Deutsche Telekom AG – ermächtigt werden, die dem Dienstherrn Bund obliegenden Rechte und Pflichten gegenüber den bei ihnen beschäftigten Beamten wahrzunehmen, soweit im einzelnen nichts anderes bestimmt ist. Die Einschränkung im Hinblick auf die Übertragung dienstrechtlicher Befugnisse, die die Deutsche Telekom AG hier im Vergleich zu öffentlichen Dienstherren erfährt, beruht darauf, dass sie nicht selbst Dienstherr ist, sondern aufgrund der Vorschriften der Art. 143b Abs. 3 Satz 2 GG, § 1 Abs. 1 PostPersRG nur im Wege der Beleihung die Befugnisse des Dienstherrn, der Bundesrepublik Deutschland, wahrnimmt. Da der Dienstherr gegenüber den Beamten letztverantwortlich bleibt, hat er insoweit die nur beschränkte, nämlich auf gesetzlicher Grundlage erfolgende Übertragung der Dienstherrenbefugnisse vorgesehen, um so seiner Kontrollfunktion nachkommen zu können.

> Vgl. zur Dienstherrenstellung der Bundesrepublik Deutschland nach der Privatisierung der Deutschen Bundespost BVerwG, Urteil vom 20. August 1996 – 1 D 80.95 –, BVerwGE 103, 375 = NVwZ 1997, 584 = juris, Rn. 11, m. w. N.

Im Bereich der Deutschen Telekom AG nimmt gemäß § 1 Abs. 2 PostPersRG der Vorstand die Befugnisse der obersten Dienstbehörde wahr. Insoweit ist eine Übertragung auf eine andere Stelle, nämlich auf andere Organisationseinheiten der Gesellschaft oder auf Außenstehende nur auf gesetzlicher Grundlage möglich.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 26. Februar 2008 – 2 B 122.07 –, NVwZ-RR 2008, 477 = juris, Rn. 17 f.

Eine gesetzliche Grundlage zur Übertragung der Aufgabe der Beurteilung auf privat-rechtlich organisierte Tochtergesellschaften der Deutschen Telekom AG besteht nicht. Gemäß § 1 Abs. 4 Satz 1 PostPersRG kann der Vorstand, soweit die allgemein geltenden dienstrechtlichen Vorschriften dies zulassen, die ihm zustehenden Befugnisse durch allgemeine, im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichende (Satz 2) Anordnung auf Organisationseinheiten oder Stelleninhaber übertragen, die nach § 3 Abs. 1 PostPersRG die Befugnisse einer Dienstbehörde oder eines Dienstvorgesetzten ausüben. Bei solchen Organisationseinheiten und Stelleninhabern muss es sich aber um solche innerhalb der Deutschen Telekom AG handeln, so dass privat-rechtlich verfasste Tochterunternehmen der Deutschen Telekom AG und die dortigen Stelleninhaber nicht erfasst werden. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 3 Abs. 1 PostPersRG, nach dem die Befugnisse einer Dienstbehörde und eines Dienstvorgesetzten durch Organisationseinheiten und Stelleninhaber „unterhalb des Vorstands" wahrgenommen werden können. Damit ist eine Wahrnehmung in Organisationseinheiten außerhalb der Deutschen Telekom AG, die lediglich in deren (Teil-)Eigentum stehen, ausgeschlossen. Entsprechend sieht die hier einschlägige Anordnung des Bundesministeriums der Finanzen über dienstrechtliche Befugnisse für den Bereich der Deutschen Telekom AG (DTAGBefugAnO) vom 21. Juli 2010 (BGBl. I S. 1044), inzwischen abgelöst durch die DTAGBefugAnO vom 14. Januar 2013 (BGBl. I S. 82), auf Grundlage des § 3 Abs. 1 PostPersRG die Wahrnehmung der Befugnisse einer Dienstbehörde durch den Betrieb Sozialstrategie, Beamten- und Dienstrecht, durch den Betrieb Vivento sowie durch den Betrieb Personal-Service-Telekom und die Wahrnehmung der Befugnisse eines Dienstvorgesetzten durch die jeweiligen Sprecher/Leiter dieser Betriebe vor. Bei diesen Betrieben handelt es sich trotz ihrer Bezeichnung als „Betrieb" sämtlich um Organisationseinheiten innerhalb der Deutschen Telekom AG.

Die Konzernzugehörigkeit der privat-rechtlich organisierten Tochtergesellschaften der Deutschen Telekom AG und ihre Beherrschung durch die Deutsche Telekom AG, auf die sich die Antragsgegnerin beruft, mag die Beurteilung durch Beschäftigte der Tochtergesellschaften aus Sicht der Antragsgegnerin praktikabel erscheinen lassen.

Mit einer Verlagerung der Beurteilungszuständigkeit auf die VCS GmbH hat sie aber den aufgezeigten, gesetzlich vorgesehenen Rahmen ihrer Organisationsfreiheit verlassen. Es ist im Übrigen nicht ersichtlich, dass eine - nach dem Vorstehenden ohnehin rechtswidrige - entsprechende Übertragung auf die VCS GmbH gemäß § 1 Abs. 4 PostPersRG tatsächlich durch den Vorstand erfolgt und im Bundesgesetzblatt veröffentlicht worden ist. Die Darlegungen der Antragsgegnerin enthalten diesbezüglich ebenfalls keinen Hinweis.

Anderes ergibt sich auch nicht aus dem von der Antragsgegnerin angeführten

> Urteil des BVerwG vom 11. Februar 1999 – 2 C 28.98 –, BVerwGE 108, 274 = NVwZ 2000, 329 = juris.

Denn dort hat das Bundesverwaltungsgericht entsprechende Befugnisse im Verhältnis zwischen dem Bundeseisenbahnvermögen und der Deutschen Bahn AG erläutert, die jeweils auf gesetzlicher Grundlage bestanden (s. dort, juris, Rn. 21 f.); eine solche fehlt hier aber gerade.

Ebenso wenig kann sich die Antragsgegnerin darauf berufen, dass der Beurteiler nicht der Dienstvorgesetzte sein müsse,

> vgl. BVerwG, Urteil vom 17. April 1986 – 2 C 8.83 –, NVwZ 1987, 135 = juris.

Darum geht es vorliegend nicht. Dreh- und Angelpunkt ist, dass die Deutsche Telekom AG die ihrem Vorstand gesetzlich zugewiesenen Befugnisse nur in dem gesetzlich vorgesehenen Rahmen übertragen kann.

Der Senat weist in diesem Zusammenhang noch auf Folgendes hin: Eine dienstliche Beurteilung muss nicht zwingend auf persönlichen Eindrücken des Beurteilers beruhen. Dieser kann sich die erforderlichen Kenntnisse auch auf andere Weise verschaffen.

> Vgl. BVerwG, Urteil vom 2. April 1981 – 2 C 34.79 –, BVerwGE 62, 135 = juris, Rn. 19; Urteil des Senats

vom 24. Januar 2011 – 1 A 1810/08 –, ZBR 2011, 311 = juris, Rn. 47, = NRWE, jeweils m. w. N.

Ist der zuständige Beurteiler nicht in der Lage, sich aus eigener Anschauung ein vollständiges Bild von den Leistungen bzw. der Befähigung und Eignung des zu Beurteilenden zu machen, so ist er darauf angewiesen, dieses Bild durch (ergänzende) Ausschöpfung anderer geeigneter Erkenntnisquellen zu gewinnen, wie namentlich durch Beurteilungsbeiträge bzw. Befragung anderer Personen, welche die Dienstausübung des zu Beurteilenden aus eigener Anschauung kennen. Was Feststellungen und Bewertungen Dritter betrifft, ist der Beurteiler an diese nicht gebunden. Da die Entscheidung über die Beurteilung letztlich von ihm verantwortet wird, kann (und ggf. muss) er vielmehr auf der von ihm ermittelten Erkenntnisgrundlage selbstständige Gewichtungen und Bewertungen vornehmen. Dies berücksichtigend kann er auch im Ergebnis zu einem von der Einschätzung der Auskunftsperson(en) abweichenden Urteil gelangen, solange er die vorliegenden Beurteilungsbeiträge bzw. Informationen jedenfalls zur Kenntnis nimmt sowie in seine Überlegungen einbezieht und er die eigene Bewertung nachvollziehbar begründet.

Vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 – 2 C 16.09 –, BVerwGE 138, 102 = NJW 2011, 695 = ZBR 2011, 91 = juris, Rn. 46 f.; Urteil des Senats vom 16. Mai 2012 – 1 A 499/09 –, juris, Rn. 37 = NRWE; Beschlüsse des Senats vom 19. Dezember 2012 – 1 A 7.11 –, juris, Rn. 9 = NRWE, und vom 14. März 2012 - 1 B 1042/11 -, juris, Rn. 17 = NRWE.

Bezogen auf die Situation der Antragsgegnerin und der bei den Tochtergesellschaften der Deutschen Telekom AG tätigen Beamten bedeutet dies, dass die Beurteilung der Beamten gemäß § 1 Abs. 2 PostPersRG durch den Vorstand zu erfolgen hat, soweit nicht eine – zulässige – Bestimmung nach § 1 Abs. 4 PostPersRG oder eine Übertragung dieser Aufgaben auf den Arbeitsdirektor (Personalvorstand) nach § 1 Abs. 7 Satz 3 PostPersRG erfolgt ist. Die danach zur Beurteilung zuständige Stelle kann bzw. hat (s. unten, III. 2.) im Rahmen der Sammlung der Erkenntnisse über die Leistungen der Beamten auch Stellungnahmen der Fach- und/oder Dienstvorgesetzten bei den Tochterunternehmen ein(zu)holen. Deren Bewertungen sind aber ihrerseits von der innerhalb der Deutschen Telekom AG zuständigen Stelle zu gewichten und zu bewerten. Denn nur die Deutsche Telekom AG kann in Ausübung ihrer Funk-

tion, die dem Dienstherrn obliegenden Rechte und Pflichten gegenüber den bei ihr beschäftigten Beamten wahrzunehmen (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 PostPersRG), die Verantwortung für den Inhalt der Beurteilung übernehmen.

3.
Die Beschwerde richtet sich weiter gegen die Ansicht des Verwaltungsgerichts, es liege ein Verstoß gegen den Grundsatz der individuellen leistungsgerechten Beurteilung vor, weil die Beurteilung nicht die individuelle Leistung des Beamten zum Maßstab habe, sondern ausschließlich am Beförderungsstellenkontingent ausgerichtete personalpolitische Erwägungen. Diese zutreffende Auffassung des Verwaltungsgerichts wird durch das Beschwerdevorbringen nicht durchgreifend in Frage gestellt.

Soll ein Beförderungsamt oder ein Beförderungsdienstposten besetzt werden, so ist der Dienstherr bei seiner Auswahlentscheidung zwischen Bewerbern an Art. 33 Abs. 2 GG gebunden. Dieser gewährleistet – unbeschränkt und vorbehaltlos – jedem Deutschen nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Danach darf der Dienstherr bei seiner Auswahlentscheidung keinen Bewerber übergehen, der im Vergleich mit anderen Bewerbern die vom Dienstherrn – etwa im Rahmen eines Anforderungsprofils für die Stelle/den Dienstposten – aufgestellten Kriterien am besten erfüllt. Die von Art. 33 Abs. 2 GG erfassten Auswahlentscheidungen können grundsätzlich nur auf solche Gesichtspunkte gestützt werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffen; anderen Gesichtspunkten darf nur Bedeutung zugemessen werden, wenn ihnen ebenfalls Verfassungsrang eingeräumt ist bzw. erst dann, wenn sich aus dem Vergleich von unmittelbar leistungsbezogenen Gesichtspunkten kein Vorsprung von Bewerbern ergibt.

> Vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 20. September 2007 – 2 BvR 1972/07 –, ZBR 2008, 167 = juris, Rn. 8, und vom 8. Oktober 2007 – u. a. 2 BvR 1846/07 –, ZBR 2008, 162 = juris, Rn. 11; BVerwG, Urteile vom 28. Oktober 2004 – 2 C 23.03 –, BVerwGE 122, 147 = juris, Rn. 11 f., und vom 25. November 2004 – 2 C 17.03 –, BVerwGE 122, 237 = juris, Rn. 13 f.

Wird das insoweit durch Art. 33 Abs. 2 GG vermittelte (grundrechtsgleiche) subjektive Recht, der sog. Bewerbungsverfahrensanspruch, durch eine fehlerhafte Auswahl-

entscheidung des Dienstherrn verletzt, so folgt daraus zwar regelmäßig kein Anspruch auf Beförderung oder Vergabe des begehrten Dienstpostens; der unterlegene Bewerber kann aber eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung beanspruchen, wenn seine Auswahl möglich erscheint.

> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. September 2002 – 2 BvR 857/02 –, ZBR 2002, 427 = juris, Rn. 13.

Den für die Auswahlentscheidung nach dem Vorstehenden maßgeblichen Leistungs- und Eignungsvergleich der Bewerber hat der Dienstherr regelmäßig anhand aussagekräftiger, also hinreichend differenzierter und auf gleichen Beurteilungsmaßstäben beruhender dienstlicher Beurteilungen vorzunehmen.

> Vgl. BVerwG, Urteil vom 27. Februar 2003 – 2 C 16.02 –, NVwZ 2003, 1397 = juris, Rn. 11 f.; OVG NRW, Beschlüsse vom 2. April 2009 – 1 B 1833/08 –, ZBR 2009, 344 = juris, Rn. 17 f., und vom 14. September 2010 – 6 B 915/10 –, juris, Rn. 4 f., m.w.N.

Verletzungen des Bewerbungsverfahrensanspruchs des Beamten können sich neben anderem sowohl daraus ergeben, dass seine eigene Beurteilung zu seinen Lasten fehlerhaft ist, als auch daraus, dass die Beurteilung des Konkurrenten zu dessen Gunsten fehlerhaft, also zu gut ist. Auch bei der danach im Rahmen des Streits um die Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung inzident vorzunehmenden Kontrolle dienstlicher Beurteilungen sind diese verwaltungsgerichtlich nur beschränkt überprüfbar. Nur der Dienstherr bzw. der für ihn handelnde jeweilige Vorgesetzte soll nach dem Sinn der Regelungen über dienstliche Beurteilungen ein persönlichkeitsbedingtes Werturteil darüber abgeben, ob und inwieweit der Beamte den – ebenfalls grundsätzlich vom Dienstherrn zu bestimmenden – zahlreichen fachlichen und persönlichen Anforderungen seines Amtes und seiner Laufbahn entspricht. Bei einem derartigen dem Dienstherrn vorbehaltenen Akt wertender Erkenntnis steht diesem eine der gesetzlichen Regelung immanente Beurteilungsermächtigung zu. Gegenüber dieser hat sich die verwaltungsgerichtliche Rechtmäßigkeitskontrolle darauf zu beschränken, ob die Verwaltung gegen Verfahrensvorschriften verstoßen, den anzuwendenden Begriff oder den gesetzlichen Rahmen, in dem sie sich frei bewegen kann, verkannt, einen unrichtigen Sachverhalt zugrunde gelegt, allgemein gültige

Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt hat. Soweit der Dienstherr Richtlinien für die Abgabe dienstlicher Beurteilungen erlassen hat, ist vom Gericht auch zu prüfen, ob diese – über Art. 3 Abs. 1 GG den Dienstherrn gegenüber dem Beamten rechtlich bindenden – Richtlinien eingehalten sind und ob sie mit den gesetzlichen Regelungen über die dienstliche Beurteilung im einschlägigen Beamtengesetz und der Laufbahnverordnung wie auch sonst mit gesetzlichen Vorschriften im Einklang stehen.

> Vgl. BVerwG, Urteile vom 11. Dezember 2008 – 2 A 7.07 –, Schütz/Maiwald, BeamtR ES/D I 2 Nr. 98 = juris Rn. 11, vom 21. März 2007 – 2 C 2.06 –, Buchholz 232.1 § 40 BLV Nr. 27 = juris Rn. 7, vom 19. Dezember 2002 – 2 C 31.01 –, NVwZ 2003, 1398 = juris Rn. 17, vom 5. November 1998 – 2 A 3.97 –, BVerwGE 107, 360 = juris Rn. 12, vom 27. Oktober 1988 – 2 A 2.87 –, Buchholz 232.1 § 40 Nr. 12 = juris Rn. 13, vom 26. Juni 1980 – 2 C 8.78 –, BVerwGE 60, 245 = juris Rn. 18; OVG NRW, Urteile vom 24. Januar 2011 – 1 A 1810/08 –, ZBR 2011, 311 = juris, Rn. 30, vom 26. Februar 2007 – 1 A 2603/05 –, juris, Rn. 25 ff., und vom 11. Februar 2004 – 1 A 2138/01 –, Schütz/Maiwald, BeamtR ES/D I 2 Nr. 68 = juris, Rn. 34 f.

Unstreitig hat die Antragsgegnerin den Beurteilern innerhalb einer Organisationseinheit vorgegeben, die Spitzennote innerhalb dieser Einheit genauso oft zu vergeben, wie sie Beförderungsstellen für die jeweilige Organisationseinheit ausgebracht bzw. zur Verfügung gestellt hat. Damit ist aber vorgezeichnet, dass mit einer Beurteilung nicht Eignung, Befähigung und fachliche Leistung eines Beamten bewertet werden, sondern dass eine in absoluten Zahlen vorgegebene Anzahl von Bestnoten vergeben werden soll, ohne dass dabei berücksichtigt werden kann, ob diese Anzahl mit der Anzahl der aufgrund der genannten Kriterien der Bestenauslese Besten tatsächlich übereinstimmt.

> Vgl. auch VG Darmstadt, Beschluss vom 15. Februar 2013 – 1 L 1653/12.DA –, juris, Rn. 35 ff.

Über die Frage, welcher Maßstab bei den weiteren vergebenen Noten unterhalb der Spitzennote Anwendung gefunden hat, kann bei diesem System, das nach den Erläuterungen der Antragsgegnerin das Ziel hat, eine ggf. erforderliche Ausschärfung

von Beurteilungen wegen der großen Anzahl der vakanten Beförderungsstellen im Konzern (rd. 2.700) zu vermeiden, nur spekuliert werden. Die Vorgehensweise der Antragsgegnerin führt dazu, dass mit der Vergabe der Spitzennote gewissermaßen automatisch auch die Beförderungsstelle vergeben ist. Insofern „entscheidet" der um diesen Zusammenhang wissende Beurteiler mit der Notenvergabe auch über die Beförderung.

Diese anhand der Anzahl der zur Verfügung stehenden Beförderungsstellen vorgenommene „Synchronisierung" mit der Spitzennote oder – wie die Antragsgegnerin in der Beschwerdebegründung anführt – „Korrespondenz von O-Bewertung und positiver Beförderungsentscheidung" ist auch nicht im Hinblick auf die Regelung des § 50 Abs. 2 BLV gerechtfertigt. Vielmehr hat diese mit der „Synchronisierung" überhaupt nichts zu tun. Bei der durch § 50 Abs. 2 BLV vorgegebenen Notenquotierung handelt es sich um ein Instrument, der Inflation guter (Beurteilungs-)Noten vorzubeugen. Den Noten soll damit ihre Aussagekraft bewahrt und ihre Funktion erhalten werden, ein angemessenes Bild von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung eines Beamten zu ermöglichen. Dabei trifft es zu, dass die durch § 50 Abs. 2 Satz 1 BLV vorgegebenen Höchstquoten (Richtwerte) im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit u.a. auch unterschritten werden können. Das ist allerdings nur dann möglich, wenn innerhalb der bei der Beurteilung zu bildenden Vergleichsgruppe im Rahmen der gebotenen Einzelfallbetrachtung der Anteil der Spitzenleistungen tatsächlich unterhalb dieser Quote liegt. Um dies festzustellen, müsste aber zunächst eine an den Kriterien der Bestenauslese orientierte Beurteilung der Beamten erfolgen, was hier gerade wegen der „starren" numerischen Vorgabe der auszuwerfenden Höchstnoten unterblieben ist.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass § 50 Abs. 2 BLV lediglich Soll-Vorgaben macht und damit aus sachlichem Grund – letztlich zur Wahrung der Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG – eine Abweichung gestattet, was bei dem von der Antragsgegnerin gewählten System gerade nicht vorgesehen ist. Entscheidend kommt aber Folgendes hinzu: Mit prozentualen Vorgaben versucht § 50 Abs. 2 BLV eine der Realität entsprechende Normalverteilung innerhalb des Leistungsspektrums der Beamten vorzugeben. Eine solche Verteilung führt in absoluten Zahlen zu mehr Spitzenleistungen, je größer die Vergleichsgruppe ist. Dies ist auch naheliegend, weil bei einer

größeren Gruppe die absolute Anzahl der Bestqualifizierten nach der allgemeinen Lebenserfahrung in der Regel auch größer sein wird. Das von der Antragsgegnerin durchgeführte System führt hingegen dazu, dass sich die Anzahl der Spitzenleistungen innerhalb einer Vergleichsgruppe in Abhängigkeit von vorhandenen Beförderungsstellen entwickelt. In anderen Worten: Sind viele Beförderungsstellen vorhanden, erbringen viele Beamte auch sehr gute Leistungen; fehlen Beförderungsstellen, scheiden Spitzenleistungen – unabhängig von der Größe der Vergleichsgruppe und den tatsächlich erbrachten Leistungen – kategorisch aus. Einem solchen System steht es auf die Stirn geschrieben, dass es nicht rechtens sein kann. Auch die Darstellung des Verwaltungsgerichts, „das Pferd werde hier von hinten aufgezäumt", beschreibt die Verhältnisse anschaulich und treffend.

Schließlich greift auch das Argument der Antragsgegnerin nicht durch, sie stoße bei einer ggf. durchzuführenden Ausschärfung der Beurteilungen an die Grenzen eines zumutbaren Verwaltungshandelns. Einerseits fehlt diesem Argument die Zuordnung zu einer rechtlichen Kategorie. Andererseits hat die Antragsgegnerin nicht hinreichend dargelegt, welche konkreten Folgen die Notwendigkeit von Ausschärfungen für ihren Verwaltungsablauf und damit womöglich für ihre Funktionsfähigkeit hätte. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin allein deswegen eine solch große Zahl an Beförderungsstellen zu besetzen hat, weil die Anzahl ihrer Mitarbeiter, namentlich der Beamten sehr groß ist. Das rechtfertigt aber auch die Annahme, dass die Personalverwaltung der Antragsgegnerin entsprechend dimensioniert ist. Auch aus anderen großen Bundes- und Landesverwaltungen sind zudem umfangreiche Beförderungsverfahren bekannt,

> vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 17. Dezember 2012 – OVG 6 S 50.12 –, IÖD 2013, 31 = juris, Rn. 9,

die seit Jahren durchgeführt werden und nicht an dem aufgezeigten, schwerwiegenden Mangel leiden. Letztlich ist dies eine Frage sowohl des für die Vorbereitung und Durchführung einer Beförderungsrunde gesteckten Zeitrahmens als auch der angewandten Sorgfalt.

4.
Die Antragsgegnerin beanstandet des Weiteren die Annahme des Verwaltungsgerichts, dass die Auswahl des Antragstellers zumindest möglich erscheine. Dies hält sie angesichts der Tatsache, dass zwischen seiner Gesamtnote und der Spitzennote insgesamt drei Notenstufen liegen, für ausgeschlossen. Dabei übersieht sie allerdings, dass überhaupt keine wirksame Beurteilung des Antragstellers vorliegt (s.o., 1.). Die nicht wirksame Beurteilung ist zudem von einer unzuständigen Stelle erstellt worden (s.o., 2.). Auch kann angesichts der rechtswidrigen Synchronisierung der Anzahl der Bestnoten mit der Anzahl der Beförderungsstellen nicht beurteilt werden, in welcher Weise und anhand welchen Maßstabs die übrigen Beurteilungen zu Stande gekommen sind (s.o., 3.). Bei einer derart fehlerhaften Beurteilung ist es auch aus Sicht des Senats zumindest möglich, dass bei einer erneuten Auswahlentscheidung – aufgrund hierfür zu erstellender erneuter Beurteilungen durch die zuständige Stelle – der Antragsteller ausgewählt werden würde.

5.
Soweit die Antragsgegnerin meint, eine Auswahlentscheidung zugunsten des Antragstellers sei auch deswegen ausgeschlossen, weil er angesichts erheblicher krankheitsbedingter Fehlzeiten nicht über die gesundheitliche Eignung für das angestrebte Amt verfüge, genügt dieses Vorbringen nicht den Darlegungsanforderungen des § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO. Die danach im Rahmen der Beschwerdebegründung erforderliche Darlegung von Gründen verlangt eine argumentative Auseinandersetzung mit der Entscheidung des Verwaltungsgerichts, die deren Fehlerhaftigkeit aufzeigt. Hieran fehlt es.

Das Verwaltungsgericht hat die von der Antragsgegnerin erstmalig im Rahmen der erstinstanzlichen Antragserwiderung thematisierte gesundheitliche Eignung des Antragstellers unter Berufung auf verfassungsgerichtliche Rechtsprechung auch deswegen für unbeachtlich gehalten, weil die Auswahlentscheidung hierauf nicht beruht habe. Der Dienstherr müsse spätestens mit der Mitteilung über die Auswahlentscheidung den unterlegenen Bewerber in die Lage versetzen zu überprüfen, ob sein Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt worden sei. Aus Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG folge die Verpflichtung, die wesentlichen Auswahlerwägungen spätestens im Rahmen der Auswahlentscheidung schriftlich niederzulegen, was im

Hinblick auf die gesundheitliche Eignung unterblieben sei. Mit dieser Auffassung des Verwaltungsgerichts setzt sich das Beschwerdevorbringen nicht auseinander. Die Antragsgegnerin setzt der Ansicht des Verwaltungsgerichts lediglich ihre gegenläufige Ansicht entgegen, dass eine spätere Berufung auf die mangelnde gesundheitliche Eignung sehr wohl möglich sei. Eine argumentative Auseinandersetzung mit der Auffassung des Verwaltungsgerichts, das insbesondere den Grundsatz effektiven Rechtsschutzes hierfür angeführt hat, fehlt. Soweit die Antragsgegnerin darauf abstellt, dass sie in der Lage sein müsse, Umstände zu berücksichtigen, die nach der Konkurrentenmitteilung auftreten, genügt sie den Darlegungsanforderungen schon deshalb nicht, weil sie solche Umstände nicht benennt. Denn sie bezieht sich zur Begründung ihrer Auffassung, der Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers sei nicht verletzt, allein auf dessen im Schriftsatz vom 10. Dezember 2012 aufgeführte Fehlzeiten. Diese lagen aber zu diesem Zeitpunkt zu etwa sechs Siebtel vor dem Zeitpunkt der Konkurrentenmitteilung vom 19. November 2012 (rd. 160 Tage zwischen dem 4. April und dem 19. November 2012) und traten damit nicht erst nach dieser auf.

Ohne dass es darauf noch ankommt, geht der Senat zudem davon aus, dass allein mit Blick auf die in der Vergangenheit bestehenden krankheitsbedingten Fehlzeiten des Antragstellers auch nicht darüber negativ befunden werden kann, ob es zumindest möglich erscheint, dass der Antragsteller in einem erneuten Auswahlverfahren zum Zuge kommt. Hierzu wäre eine verlässliche Prognose seiner künftigen gesundheitlichen Entwicklung erforderlich, an der es fehlt.

II.

Die Beschwerde des Antragstellers ist ebenfalls zulässig, aber nicht begründet. Für den im Beschwerdeverfahren sinngemäß weiterverfolgten Antrag,

> der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu untersagen, über die nach A 13 VZ + Z bewertete Stelle in der Einheit "VCS-Gesamt" hinaus auch sämtliche weiteren Beförderungsplanstellen der Besoldungsgruppe A 13 VZ+Z mit anderen Bewerberinnen/Bewerbern als dem Antragsteller zu besetzen, bis erneut über das Begehren des Antragstellers um Beförderung in ein Amt der Besoldungsgruppe A 13

VZ+Z unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts entschieden worden ist,

hat er keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht (§§ 123 Abs. 3 VwGO, 920 Abs. 2, 294 Abs. 1 ZPO). Der Antragsteller hat keinen Anspruch darauf, dass er auch bezüglich solcher Stellen im Auswahlverfahren nach den Kriterien der Bestenauslese zu berücksichtigen ist, die von der Deutschen Telekom AG einer anderen Betriebseinheit als der des Antragstellers zugewiesen worden sind.

Die vom Bundesministerium der Finanzen ausgebrachten Beförderungsstellen verteilt die Deutsche Telekom AG im Rahmen der ihr übertragenen Dienstherrenbefugnisse in dem ihr insoweit zustehenden, gerichtlich nur beschränkt überprüfbaren Organisationsermessen auf die einzelnen Betriebseinheiten des Konzerns. Bei der Zuweisung von Beförderungsplanstellen handelt es sich um eine Entscheidung im Vorfeld späterer Auswahlentscheidungen, in deren Rahmen subjektive Rechte der Beamten noch nicht berührt werden. Insbesondere besteht kein Anspruch darauf, dass Beförderungsplanstellen stets derjenigen Stelle zugewiesen werden, an der die am besten beurteilten Beamten tätig sind. Ebenso wenig muss sich die Organisationsentscheidung an den Maßstäben des Art. 33 Abs. 2 GG messen lassen.

So aber VG Osnabrück, Beschluss vom 18. Februar 2013 – 3 B 36/12 –, juris, Rn. 37 ff.

Die Anwendung von Art. 33 Abs. 2 GG setzt eine Organisationsentscheidung des Dienstherrn voraus, der zufolge überhaupt Stellen zu besetzen sind; die Vorschrift determiniert diese Entscheidung im Grundsatz aber nicht. Eine gerichtliche Kontrolle ist deshalb darauf beschränkt zu prüfen, ob die Zuweisung der Stellen willkürlich bzw. rechtsmissbräuchlich erfolgt ist oder ob mit ihr die eigentliche Auswahlentscheidung schon vorweggenommen wird.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 15. Dezember 1992 – 6 P 32.90 –, ZBR 1993, 151 = juris, Rn. 23; OVG Lüneburg, Beschluss vom 17. September 2012 – 5 ME 121/12 –, RiA 2012, 264 = juris, Rn. 13 ff.; OVG NRW, Beschluss vom 7. Juli 2008 – 6 B 767/08 –, juris, Rn. 6 = NRWE. Kritisch: VG Osnabrück, Beschluss vom 18. Februar 2013 – 3 B 36/12 –, juris, Rn. 37 ff.

Ein solches ist hier nicht zu erkennen. Die Antragsgegnerin hat vielmehr nach ihrer unwidersprochen gebliebenen Darstellung die insgesamt rd. 2.700 zur Verfügung stehenden Beförderungsplanstellen gleichmäßig verteilt. Sie hat insoweit dargelegt, zunächst die Prozentanteile der (aktiven und beurlaubten) Beamten der einzelnen Besoldungsgruppen an der Gesamtzahl der Beamten ermittelt und sodann die Planstellen den so ermittelten Prozentsätzen entsprechend auf die einzelnen Besoldungsgruppen verteilt zu haben. Die danach pro Besoldungsgruppe vorhandenen Planstellen seien sodann auf die einzelnen 41 Betriebe aufgeteilt worden, und zwar grob in Abhängigkeit von deren Personalstärke in der jeweils betroffenen Besoldungsgruppe. Hierin kann ein willkürliches oder rechtsmissbräuchliches Verhalten nicht erblickt werden; die Bedenken, die der Senat in seine eine Zwischenregelung betreffenden Beschlüssen geäußert hat,

> vgl. etwa Beschluss vom 14. Dezember 2012 – 1 B 1404/12 –, juris, Rn. 10 = NRWE,

tragen nach weitergehender Prüfung nicht. Auch wenn eine umfängliche Erläuterung der Antragsgegnerin, wie sie auf genau 41 Einheiten gekommen ist, nicht vorliegt, ist jedenfalls ein willkürliches Vorgehen nicht ersichtlich. Soweit kleine Einheiten durch die proportionale Verteilung der Beförderungsplanstellen bevorzugt worden sein mögen, hat die Antragstellerin dies mit dem von ihr beabsichtigten „Minderheitenschutz" begründet. Auch dieses Kriterium lässt sich nicht als willkürlich bezeichnen.

Entgegen der Auffassung des Antragstellers ist die Verteilung der Beförderungsplanstellen auch nicht deswegen willkürlich, weil die Antragsgegnerin die Anzahl der Bestnoten in den erstellten Beurteilungen (s. o., I. 3.) mit der Anzahl der in jeder Einheit für die jeweilige Besoldungsgruppe zur Verfügung stehenden Beförderungsplanstellen synchronisiert hat. Denn die Vorgabe zur Synchronisierung betraf die Anfertigung der Beurteilungen, welche u. a. deshalb auch rechtswidrig sind. Die Verteilung der Beförderungsplanstellen war dieser Vorgabe jedoch vorgelagert und von daher nicht hierdurch „infiziert". Dass die Anzahl der zugewiesenen Beförderungsplanstellen einen zumindest mittelbaren Einfluss auf die Chancen der einzelnen Beamten hat, bei der Auswahlentscheidung zum Zuge zu kommen, liegt in der Natur der Sache. Denn die Anzahl der Beförderungsplanstellen wird in der Regel geringer sein als

die Anzahl der Aspiranten, sodass mit ihrer Zuweisung regelmäßig ein gewisser Teil der Bewerber nicht zum Zuge kommen wird.

> OVG Lüneburg, Beschluss vom 17. September 2012 – 5 ME 121/12 –, RiA 2012, 264 = juris, Rn. 15.

Hieraus kann jedoch nicht darauf geschlossen werden, dass mit der Zuweisung bereits die Auswahlentscheidung vorweggenommen worden ist.

An diesen Grundsätzen ändert sich auch nichts dadurch, dass es sich bei der Deutschen Telekom AG nicht um eine dem Gemeinwohl verpflichtete Behörde, sondern um ein privatisiertes Unternehmen handelt. Der Antragsteller macht insoweit geltend, dass das Organisationsermessen der öffentlichen Hand bei der Zuweisung der Beförderungsplanstellen zum Zweck der bestmöglichen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben bestehe. Dieses könne bei der Deutschen Telekom AG als privat-rechtlich organisiertem Unternehmen nicht gleichermaßen gelten.

> In diesem Sinne wohl auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 17. Dezember 2012 – OVG 6 S 50.12 –, IÖD 2013, 31 = juris, Rn. 7.

Diese Ansicht greift zu kurz. Der Deutschen Telekom AG steht bei der Zuweisung von Beförderungsplanstellen für in ihrem Zuständigkeitsbereich beschäftigte Beamte in gleichem Maße ein Organisationsermessen zur bestmöglichen Erreichung ihrer unternehmerischen Zwecke zu, wie dies für Behörden im Hinblick auf die bestmögliche Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben anerkannt ist. Mit der Privatisierung der ehemaligen Deutschen Bundespost sind ihre Beamten Beamte der Bundesrepublik Deutschland geblieben und unter Wahrung ihrer Rechtsstellung und der Verantwortung des Dienstherrn bei den privaten Unternehmen beschäftigt worden (Art. 143b Abs. 3 Satz 1 GG). Gemäß Art. 143b Abs. 3 Satz 2 GG üben die Unternehmen Dienstherrenbefugnisse aus. Dies ist entsprechend der Ermächtigung des Art. 143b Abs. 3 Satz 3 GG durch den Gesetzgeber in § 1 Abs. 1 PostPersRG so ausgefüllt worden, dass die Aktiengesellschaften die dem Dienstherrn Bund obliegenden Rechte und Pflichten gegenüber den bei ihnen beschäftigten Beamten wahrnehmen (Hervorhebung durch den Senat). Hierzu gehört es beispielsweise, Beurteilungen zu erstellen und die Beamten durch mögliche Beförderungen zu fördern. Neben diesen

Pflichten nimmt die Aktiengesellschaft aber auch die Rechte des Dienstherrn Bund wahr. Unauflösbar mit der zunächst ebenfalls vorrangig im öffentlichen Interesse bestehenden Verpflichtung, geeignete Beamte bei Vorliegen der Voraussetzungen zu befördern,

vgl. BVerwG, Beschluss vom 15. Dezember 1992
– 6 P 32.90 –, ZBR 1993, 151 = juris, Rn. 23,

ist aber die Möglichkeit verbunden, die Voraussetzungen für die Beförderung zu schaffen, nämlich die zur Verfügung stehenden Beförderungsplanstellen zu verteilen. Dient nämlich das System der Beförderungen dazu, im öffentlichen Interesse eine bestmögliche Aufgabenwahrnehmung zu erzielen, so bezieht sich dies nicht nur auf Beurteilungen, Auswahlentscheidungen und Beförderungen, sondern auch auf die richtige „Platzierung" der Beförderungsplanstelle. Der Bund hat bei der Privatisierung der Deutschen Bundespost die Möglichkeiten der Postnachfolgeunternehmen in Bezug auf die dort tätigen Beamten aber nicht im Verhältnis zu den früheren Behördenbefugnissen einschränken wollen. Er hat vielmehr aufgrund des im Beamtenrechts geltenden Lebenszeitprinzips durch die Beleihung der Postnachfolgeunternehmen mit den dienstrechtlichen Befugnissen erreichen wollen, dass die Beamten unter Wahrung ihrer Rechte und Pflichten dort weiterbeschäftigt werden können. Nähme man hingegen an, die Postnachfolgeunternehmen hätten mit der Privatisierung jegliche Handlungsspielräume verloren, die der Deutschen Bundespost aufgrund ihrer Orientierung am öffentlichen Wohl zugestanden haben, so führte das im Ergebnis dazu, dass die Postnachfolgeunternehmen überhaupt keine personalpolitische Maßnahme wie etwa eine Umsetzung, Versetzung oder ähnliches vornehmen könnten. Denn solche Maßnahmen erfolgen bei einer Behörde auch vorwiegend im öffentlichen Interesse. Bei konsequenter Anwendung führte die Position des Antragstellers somit zu einer personalpolitischen Lähmung der Postnachfolgeunternehmen, die vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt ist. Im wohlverstandenen Interesse der Beamten sind die Postnachfolgeunternehmen auch an alle Verpflichtungen des Dienstherrn gegenüber seinen Beamten gebunden.

III.

Wie eingangs angekündigt weist der Senat mit Blick auf die große Anzahl von Parallelverfahren noch auf Folgendes hin:

1.

Die Personalratstätigkeit eines deswegen freigestellten Beamten darf seinem beruflichen Fortkommen nicht im Wege stehen, §§ 46 Abs. 3 Satz 6, 107 Satz 1 BPersVG. Da für freigestellte Personalratsmitglieder keine Beurteilungen erteilt werden können, weil es an einer beurteilungsfähigen Diensterbringung fehlt, sind ihre letzten Beurteilungen bei Auswahlentscheidungen fortzuschreiben (vgl. § 33 Abs. 3 Nr. 4 BLV). Bei der Fortschreibung der letzten dienstlichen Beurteilung darf der Dienstherr in typisierender Weise vorgehen und den Verwaltungsaufwand zur Ermittlung einer fiktiven Laufbahnentwicklung in praktikablen Grenzen halten sowie die Erörterung von Personalangelegenheiten anderer Beamten auf das unvermeidliche Maß beschränken. Die fiktive Laufbahnnachzeichnung muss den beruflichen Werdegang des Bewerbers wie den Werdegang vergleichbarer Kollegen behandeln, die weder freigestellt noch beurlaubt sind. Das bedeutet, dass der Dienstherr ausgehend von der letzten dienstlichen Beurteilung des Bewerbers eine Vergleichsgruppe mit solchen anderen Beamten bilden muss, die zum selben Zeitpunkt (Beginn der Freistellung) derselben Besoldungsgruppe angehörten, eine vergleichbare Tätigkeit ausübten und vergleichbar beurteilt waren. Sodann ist zu ermitteln, wie sich diese Beamten durchschnittlich seitdem weiterentwickelt haben. In diesem Maß darf unterstellt werden, dass auch derjenige Beamte, dessen beruflicher Werdegang fiktiv nachzuzeichnen ist, sich entwickelt hätte.

> Vgl. BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 2010 – 2 C 11.09 –, IÖD 2011, 63 = juris, Rn. 9; Urteil des Senats vom 8. Juni 2010 – 1 A 2859/07 –, PersV 2010, 463 = juris, Rn. 95 ff. = NRWE, Rn. 101 ff., sowie OVG NRW, Beschlüsse vom 14. Februar 2005 – 6 B 2496/03 –, PersV 2005, 271 = juris, Rn. 15 ff. = NRWE, Rn. 16 ff., und vom 4. April 2007 – 6 B 57/07 –, ZBR 2007, 421 = juris, Rn. 15 = NRWE, Rn. 16; OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 20. August 2012 – 2 B 10673/12 –, juris, Rn. 16, unter Hinweis auf die dort relevante Erlasslage.

Die so zu erstellende Prognose über die voraussichtliche Leistungsentwicklung und die demnach zu erstellende Beurteilung des Beamten muss auf einer belastbaren Tatsachengrundlage erfolgen, die jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu ermitteln ist. Dies gilt zunächst für diejenigen Tatsachen, die

den fiktiv zu beurteilenden Beamten betreffen. Zu diesen Tatsachen gehören v. a. seine frühere dienstliche Tätigkeit sowie die in diesem Zusammenhang erstellten Beurteilungen.

Weiterhin muss eine belastbare Tatsachengrundlage auch bezüglich der Vergleichsgruppe bestehen, anhand deren Leistungsentwicklung auf die fiktive Leistungsentwicklung des zu beurteilenden Beamten geschlossen werden soll. Das bedeutet, dass hinreichende Erkenntnisse darüber bestehen müssen, dass eine Gruppe zumindest einiger anderer Beamter zum Zeitpunkt der letzten dienstlichen Beurteilung vorhanden war, die seinerzeit eine vergleichbare Tätigkeit ausübten und vergleichbar beurteilt waren. Sodann muss die weitere berufliche und Leistungsentwicklung dieser Gruppe den Schluss auf ihren gegenwärtigen Leistungsstand zulassen, dessen durchschnittliches Niveau sodann auf den zu beurteilenden Beamten zu übertragen ist.

> Beschluss des Senats vom 5. Oktober 2012 – 1 B 681/12 –, NVwZ-RR 2013, 59 = juris, Rn. 18 ff. (25) = NRWE.

Darüber hinaus ist es anerkannt, dass der Dienstherr zur Wahrung des Bewerbungsverfahrensanspruchs der nicht ausgewählten Bewerber seine wesentlichen Auswahlerwägungen schriftlich niederzulegen hat (Dokumentationspflicht).

> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 9. Juli 2007 – 2 BvR 206/07 –, NVwZ-RR 2007, 1178 = juris, Rn. 20 f.; BVerwG, Beschlüsse vom 27. Januar 2010 – 1 WB 52.08 –, juris, Rn. 27, und vom 22. November 2011 – 1 WB 38.11 –, juris, Rn. 30; OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 20. August 2012 – 2 B 10673/12 –, juris, Rn. 28.

Dieses Erfordernis erfasst auch die in Rede stehende Fallgruppe. Sinn der Dokumentationspflicht ist es, den unterlegenen Bewerbern zu ermöglichen, die Auswahlentscheidung nachzuvollziehen und auf dieser Grundlage zu entscheiden, ob und aus welchen Gründen sie ggf. um Rechtsschutz nachsuchen. Wird ein Mitbewerber aufgrund der fiktiven Fortschreibung seiner früheren Beurteilung ausgewählt, hat die Dokumentation der wesentlichen Auswahlerwägungen hinreichende Informationen über das zu Grunde liegende Tatsachenmaterial sowie über das Ergebnis der Fort-

schreibung zu enthalten. Das bedeutet, dass es im Einzelnen jedenfalls eine Beschreibung des Ergebnisses der letzten dienstlichen Beurteilung, der Bildung der Vergleichsgruppe, ihrer Eignung zur vergleichsweisen Heranziehung, die früheren Leistungen der Gruppenmitglieder sowie ihre Leistungsentwicklung hinreichend nachvollziehbar enthalten muss.

> Vgl. den Senatsbeschluss vom 5. Oktober 2012 – 1 B 681/12 –; a.a.O., juris, Rn. 25 ff. = NRWE, m.w.N.

Diesen Grundsätzen wird die Antragsgegnerin nicht gerecht, wenn sie im Rahmen der Auswahlentscheidung dem betroffenen Beamten lediglich das Ergebnis der Fortschreibung mitteilt. Denn der Bewerbungsverfahrensanspruch des Beamten ist nur gewahrt, wenn ihm die wesentlichen Erwägungen, die der jeweiligen Auswahlentscheidung zu Grunde gelegen haben, bekannt sind. Es ist zwar richtig, dass in einem Rechtsstreit, der isoliert die Rechtmäßigkeit der Beurteilung betrifft, diese auch noch während des gerichtlichen Verfahrens plausibilisiert werden kann. Steht die Rechtmäßigkeit der Beurteilung – wie auch der fortgeschriebenen Beurteilung – aber nur inzident zur Überprüfung an, weil dies Bedeutung im Rechtsstreit um die Rechtmäßigkeit einer Auswahlentscheidung hat, gilt die zitierte verfassungsgerichtliche Rechtsprechung, nach der wesentliche Auswahlerwägungen, zu denen auch die Nachvollziehbarkeit einer Beurteilung gehört, vor der Auswahlentscheidung dokumentiert worden sein müssen.

Ebenfalls kann eine Fortschreibung nicht unter Vergleich mit Personen erfolgen, die ihrerseits nicht zu beurteilen sind. Es ist eine Selbstverständlichkeit, dass die fortzuschreibende Beurteilung nicht an einem beruflichen Werdegang orientiert werden kann, in dem seinerseits nur eine Fortschreibung alter Beurteilungen ein fiktives Leistungsbild ergibt.

2.

Vorstehende Grundsätze galten auch für nach § 4 Abs. 3 PostPersRG oder § 13 Abs. 1 SUrlV beurlaubte Beamte. Diese leisteten während der Beurlaubung keinen Dienst und konnten folglich insoweit auch nicht beurteilt werden.

> Vgl. zur früheren Rechtslage auch Beschluss des Senats vom 27. August 2010 – 1 B 332/10 –, ZBR 2011, 170 = juris, Rn. 24, 31 ff. = NRWE, Rn. 25, 32 ff., zur (fiktiven) Beurteilung eines aus der Insichbeurlaubung zurückkehrenden Beamten der Deutschen Post AG, bei der aber auch schon eignungs-, befähigungs- und leistungsrelevante Erkenntnisse über die Tätigkeit während der Beurlaubung vom Dienstherrn bei der Fortschreibung der Beurteilung zu berücksichtigen waren.

Diese Rechtslage hat sich mit der Neuregelung in der PostLV vom 12. Januar 2012 (BGBl. I S. 90) geändert: Gemäß § 1 Abs. 5 Nr. 1 und 2 PostLV gelten als Dienstposten im Sinne der BLV auch die Tätigkeiten bei den Postnachfolgeunternehmen oder bei anderen Unternehmen, die während einer Beurlaubung nach § 4 Abs. 3 PostPersRG oder während einer ruhegehaltfähigen Beurlaubung nach § 13 Abs. 1 SUrlV wahrgenommen werden. Das ist so zu verstehen, dass damit zugleich die auf dem (fiktiven) Dienstposten wahrgenommene Tätigkeit als "Dienst" gilt; hierdurch ist auch die Möglichkeit dienstlicher Beurteilung grundsätzlich eröffnet.

> Vgl. hierzu auch VG Stuttgart, Beschluss vom 7. Februar 2013 – 8 K 3954/12 –, juris, Rn. 16.

Für diese Fälle (und die Zuweisungen nach § 4 Abs. 4 PostPersRG) ist § 6 Abs. 2 PostLV Folgendes zu entnehmen: In erster Linie ist zur Vorbereitung der Beurteilung eine geeignete Stellungnahme des Beschäftigungsunternehmens einzuholen, die dann durch den nach allgemeinen Vorschriften zu bestimmenden zuständigen Beurteiler zu berücksichtigen ist. (Die oben unter I. 2. gemachten Ausführungen zur Berücksichtigung von Beurteilungsbeiträgen Dritter gelten insoweit entsprechend.) Erst dann, wenn diese Stellungnahme nicht innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens erlangt werden kann, was im Einzelfall von dem Postnachfolgeunternehmen nachzuweisen sein wird, ist die letzte Beurteilung des Beamten unter Beachtung vorstehender (oben, III. 1.) Grundsätze fiktiv fortzuschreiben. Nur für diese Fälle der Fortschreibung gibt § 6 Abs. 1 Satz 2 PostLV – in Übereinstimmung mit den Ausführungen des Senats unter III. 1. – den anzuwendenden Maßstab vor.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 2, 162 Abs. 3 VwGO sowie einer entsprechenden Anwendung des § 155 Abs. 1 VwGO. Die außergerichtlichen Kosten

des Beigeladenen für erstattungsfähig zu erklären entspricht nicht der Billigkeit, weil dieser in beiden Instanzen keinen Antrag gestellt und sich damit selbst keinem Kostenrisiko ausgesetzt hat (§ 154 Abs. 3 VwGO).

Die Streitwertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren erfolgt auf der Grundlage der §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 1 i.V.m. Abs. 5 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 GKG nach dem 3,25-fachen Betrag des Endgrundgehalts (seit dem 1. Januar 2013: 4.574,16 Euro), welches der Wertigkeit der angestrebten Stelle entspricht. Das führt vorliegend auf den im Tenor festgesetzten Betrag.

Dieser Beschluss ist nach § 152 Abs. 1 VwGO und - hinsichtlich der Streitwertfestsetzung - gemäß §§ 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG unanfechtbar.

Holtbrügge Dr. Knoke Dr. Günther

Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen

Ausgefertigt

B. Würfel

Würfel, VG-Beschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle